

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 436

### 1. Feiten

1.1. X heeft op 5 juni 2000 een offerte aan beklaagde verzonden voor het leveren van diensten met betrekking tot de begeleiding en ondersteuning van de organisatie van kermissen ten behoeve van beklaagde.

1.2. Op 19 februari 2001 heeft beklaagde de volgende brief aan X verzonden:

'In het najaar hebben wij met u besproken de door u uitgebrachte offerte d.d. 06-06-2000 inzake het organiseren van de [najaarskermis van Beklaagde].

Door omstandigheden zijn wij genoodzaakt geweest de organisatie van de kermis voor het jaar 2001 op de bestaande wijze alvast in gang te zetten. De behoefte om de kermisorganisatie voor een deel over te dragen is er nog steeds, o.a. door personeelstekort.

Graag vernemen wij van u, of het mogelijk is om met zo spoedig mogelijke ingang de organisatie van de [najaarskermis van Beklaagde] te verzorgen conform onze algemene voorwaarden (zie bijlagen) en op de wijze zoals wij de afgelopen jaren de kermis georganiseerd hebben. Voor het jaar 2001 zou dit bij wijze van proef kunnen geschieden, op b.v. uurbasistarief waarbij wel door u een raming voor de totale begeleidingskosten dient te worden opgegeven.'

1.3. Op 27 februari 2001 heeft beklaagde de volgende brief aan X verzonden:

'Medio 2000 heeft u ons geoffreerd onder welke condities u voor [Beklaagde] de kermis zou kunnen organiseren en begeleiden.

Zoals u mondeling is meegedeeld zijn diverse omstandigheden er de oorzaak van dat een definitieve beslissing op het gebied van de organisatie van de kermis door het college nog niet is genomen.

Wij zijn u erkentelijk om dat u naar aanleiding van ons gesprek van 27 februari j.l. erin heeft toegestemd de werkzaamheden, zoals omschreven in uw offerte voor het jaar 2000 uit te voeren, waarbij als belangrijkste randvoorwaarden geldt dat zoveel mogelijk de bestaande verpachtingen met één jaar worden verlengd.

(...)

In de loop van dit jaar zal een definitieve beslissing over het structurele uitbesteden worden genomen.'

1.4. Op 18 november 2003 heeft beklaagde de volgende brief aan X verzonden:

'Het College van B&W heeft op 11 november j.l. besloten dat wij aan u een opdracht voor onbepaalde tijd kunnen verstrekken om de [kermis van Beklaagde] organiseren.

Als uitgangspunt is van toepassing de door u uitgebrachte offerte medio juni 2000. Als opzegtermijn voor beide partijen zijn we uitgegaan van 3 maanden.'

- 1.5. X heeft vervolgens jaarlijks diensten voor de begeleiding en ondersteuning van de organisatie van kermissen ten behoeve van beklagde verricht.
- 1.6. In het Inkoopbeleid van beklagde van 1 juli 2014, klager verwijst daarnaar in haar brief van 30 juli 2016 (zie 1.8 hierna), is, onder meer, het volgende bepaald:

### **3.3 Algemene beginselen bij inkoop**

#### a. Algemene beginselen van het aanbestedingsrecht

De gemeente neemt bij overheidsopdrachten en concessie overeenkomsten boven de (Europese) drempelwaarden en bij overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten onder de (Europese) drempelwaarden met een duidelijk grensoverschrijdend belang de volgende algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht:

- Gelijke behandeling/non-discriminatie: gelijke omstandigheden mogen niet verschillend worden behandeld, tenzij dat verschil objectief gerechtvaardigd is. Ook verkapte of indirecte discriminatie is verboden.
- Transparantie: de gevolgde procedure dient navolgbaar (en dus controleerbaar) te zijn. Dit is een logisch uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling. Normaal zorgvuldige en oplettende inschrijvers moeten weten waar ze aan toe zijn.
- Proportionaliteit (evenredigheid): de gestelde eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot het voorwerp van de opdracht. De gemeente past het beginsel van proportionaliteit toe bij de te stellen eisen, voorwaarden en criteria aan inschrijvers en inschrijvingen en met betrekking tot de contractvoorwaarden.
- Objectiviteit: de gemeente moet objectieve criteria hanteren om de inschrijvers te beoordelen.
- Wederzijdse erkenning: diensten en goederen van ondernemingen uit andere lidstaten van de Europese Unie moeten worden toegelaten voor zover die diensten en goederen op gelijkwaardige wijze kunnen voorzien in de legitieme behoeften van de gemeente.

#### b. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

De gemeente neemt bij haar inkopen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht, zoals het gelijkheidsbeginsel, motiveringsbeginsel en vertrouwensbeginsel.

(...)

### **5.5 Bepalen van de inkoopprocedure**

De gemeente zal - met inachtneming van de Gids Proportionaliteit bij de onderstaande bedragen de volgende procedures hanteren, tenzij blijkt dat dit niet aansluit bij het type inkoop en het karakter van de markt waarin de ondernemers opereren. In dat laatste geval kan de gemeente ook kiezen voor een andere procedure nadat het college dat heeft besloten. De gemeente kan bijvoorbeeld voor een nationale aanbestedingsprocedure kiezen in plaats van een meervoudige onderhandse. Daarnaast kan de gemeente kiezen voor een enkelvoudig onderhand-

se procedure in situatie waarin een vertrouwensrelatie (zoals diensten van een advocaat, accountant, bedrijfsarts) een rol speelt indien de geraamde waarde van de opdracht minder dan € 200.000 is. Verder kan de gemeente voor diensten die zijn opgenomen in bijlage II-B van de richtlijn nr. 2004/18/EG de procedure voor B-diensten toepassen.

(Bedragen zijn exclusief BTW)

#### *Enkelvoudig onderhandse offerteaanvraag*

De gemeente vraagt minimaal aan één ondernemer een offerte.

#### *Meervoudig onderhandse offerteaanvraag*

De gemeente vraagt ten minste aan drie ondernemers en ten hoogste aan vijf ondernemers een offerte.[voetnoot niet overgenomen , Commissie]

#### *Nationaal aanbesteden*

Onder de (Europese) drempelbedragen zal de gemeente nationaal aanbesteden.

#### *Europees aanbesteden*

Boven de (Europese) drempelbedragen zal de gemeente in beginsel Europees aanbesteden, tenzij dit in een bepaald geval niet nodig is op grond van de geldende wet- en regelgeving.

(...)

### **5.7 Eerlijke mededinging en commerciële belangen**

	<b>Werken</b>	<b>Leveringen</b>	<b>Diensten</b>
Enkelvoudig	van € 0 tot € 50.000 Één of meer offerten	van € 0 tot € 30.000 Één of meer offerten	van € 0 tot € 30.000 Één of meer offerten
Meervoudig	van € 50.000-€ 1.500.000 min. drie max. vijf offerten	van € 30.000-€ 125.000 min. drie max. vijf offerten	van € 30.000 tot € 125.000 min drie max. vijf offerten
Nationaal	€ 1.500.000 tot 5.186.000	van € 125.000-€ 207.000	van € 125.000 tot € 207.000
Europees	> € 5.186.000	> van € 207.000	> € 207.000

- 1.7. In het Inkoopbeleid van beklagde van augustus 2017 is, onder meer, het volgende bepaald:

#### **4. Inkoopproces**

(...)

#### **4.3 Bepalen van de inkoopprocedure**

De gemeente zal bij de onderstaande bedragen de volgende procedures hanteleren, tenzij een andere procedure in een concreet geval geschikt en proportioneel is. In dat laatste geval kan de gemeente ook kiezen voor die andere procedure nadat het college dat heeft besloten. De gemeente kan bijvoorbeeld voor een nationale aanbestedingsprocedure kiezen in plaats van een meervoudige onderhandse of andersom.

(Bedragen zijn exclusief BTW)

	<b>Werken</b>	<b>Leveringen</b>	<b>Diensten</b>	<b>Sociale en andere diensten*</b>
<b>Enkelvoudig</b>	Tot € 75.000 één of meer offerten	Tot € 30.000 één of meer offerten	Tot € 30.000 één of meer offerten	
<b>Meervoudig</b>	€ 75.000-€ 3.000.000 min. drie max. vijf offerten	€ 30.000 - Europese drempel min. drie max. vijf offerten	€ 30.000 - Europese drempel min drie max. vijf offerten	
<b>Nationaal</b>	€ 3.000.000- Europese drempel			
<b>Europees</b>	Vanaf Europese drempel	Vanaf Europese drempel	Vanaf Europese drempel	Vanaf Europese drempel*

\* De gemeente beslist per geval welke procedure passend is voor opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten met opdrachtwaarde tot de Europese drempel. De gemeente kan voor opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten met een waarde boven de Europese drempel een Europese vereenvoudigde procedure voor sociale en andere specifieke diensten volgen.'

1.8. Op 30 juli 2016 heeft (de advocaat van) klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

### **'1. Verzoek 1**

Namens cliënte [Klager] verzoek ik uw Gemeente krachtens art. 1.4 lid 3 Aanbestedingswet te motiveren hoe de Gemeente op basis van objectieve criteria m.b.t. overeenkomsten inzake evenementen en meer specifiek kermissen (al dan niet via een concessie en / of vergunning) de keuze bepaalt voor de:

- a) wijze waarop de Gemeente de overeenkomsten tot stand brengt;
- b) ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedings-/bied-/ inschrijfprocedure.

Ik verzoek de Gemeente dit te motiveren vanuit:

- de EU-verplichting sinds 18 april 2016 om dienstenconcessies EU aan te besteden, gekoppeld aan de lagere nationale aanbestedingsdrempels uit de Gids Proportionaliteit die een meervoudig onderhandse procedure proportioneel acht vanaf een waarde van € 30.000 en een openbare procedure vanaf € 150.000,-.
- De conclusie van advocaat-generaal Widdershoven d.d. 25 mei 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1421) Raad van State inzake de verplichting om schaarse rechten aan te besteden;
- Par 3.3 van het inkoop- een aanbestedingsbeleid. [zie 1.6 hiervoor, Commissie]

Daarbij verzoek ik u te motiveren waarom [Klager] eventueel niet werd / wordt uitgenodigd voor mededinging. Het voorgaande is geen verzoek uit hoofde van de Wet openbaarheid bestuur.

### **2. Verzoek 2**

Geheel afgezien van het voorgaande, verzoek ik de Gemeente uit hoofde van de Wet openbaarheid bestuur om

- alle documenten inzake aanbesteding van evenementen en kermissen die zijn verzonden aan marktpartijen in 2012 t/m 2016, waaronder enkelvoudig onderhandse procedures en onderhandelingsprocedures;
- welke overeenkomsten inzake evenementen en kermissen zijn gesloten met looptijd en verlengingsopties.'

- 1.9. Op 4 oktober 2016 heeft beklagde als volgt gereageerd op de brief van (de advocaat van) klager:

**'Uw verzoek**

U vraagt om de volgende informatie:

- Hoe de Gemeente op basis van objectieve criteria m.b.t. overeenkomsten inzake evenementen en meer specifiek kermissen (al dan niet via een concessie en / of vergunning) de keuze bepaalt voor de:
  - a) Wijze waarop de Gemeente de overeenkomsten tot stand brengt;
  - b) Ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedings-/bied-/inschrijfprocedure

**Reactie op verzoek**

Wij hebben besloten om uw verzoek toe te wijzen.

- a) De huidige overeenkomst met [X] is tot stand gekomen door een collegebesluit op 11 november 2003. Het is een overeenkomst voor onbepaalde tijd. We zien op dit moment geen aanleiding om deze overeenkomst te ontbinden. Een nieuwe aanbestedingsprocedure is dan ook niet aan de orde.
- b) Als er een aanbestedings- /bied- /inschrijfprocedure plaatsvindt, wordt deze aangekondigd in de media. Voor de borreltent zijn deze aankondigingen geplaatst op de gemeentepagina in [weekblad van Beklaagde] en op onze website. Het staat een ieder vrij in te schrijven. Daarvoor is van te voren geen keuze bepaald. De voorwaarden die we voor de borreltent hebben gehanteerd vindt u in de bijlage. In 2000 is ook aan uw cliënt gevraagd vrijblijvend informatie toe te sturen. In de bijlage kunt u zijn brief van destijds vinden.'

- 1.10. Op 12 maart 2017 heeft (de advocaat van) klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

**'1. Inleiding**

Op mijn schriftelijke verzoeken d.d. 30 juli 2016 ontving ik uw brief met als bijlage enkele documenten op basis van de Wet openbaarheid bestuur. De op basis van de Wob aan mij verstrekte stukken werpen enig summier licht op de beantwoording van mijn vragen.

Uw brief gaat gemakshalve al helemaal niet in op mijn verzoek ex art. 1.4 lid Aanbestedingswet. U stelde louter dat bij besluit d.d. 11 november 2003 (veertien jaar geleden!!) een overeenkomst in het leven zou zijn geroepen en dat u het daarbij zal laten.

Met deze brief herhaal ik daarom het verzoek ex art. 1.4 Aanbestedingswet, waarbij ik u verzoek uw handelwijze te baseren op de daarvoor geldende wettelijke criteria zoals ik die hierna uitleg. Het staat u vrij dat achterwege te laten, maar de juridische consequenties zijn dan voor uw rekening. Ik ga er vooralsnog vanuit dat uw gemeente integer, rechtmatig en transparant zal handelen. Zo niet, dan volgen rechtsmaatregelen.

**2. Het juridische kader**

**a. Aanbestedingsrecht**

Uit de verstrekte Wob-stukken blijkt dat de gemeente in strijd handelt met de regels en beginselen van het aanbestedingsrecht. Dat licht ik als volgt toe.

Bij het sluiten van alle overeenkomsten voor overheidsopdrachten of diensten-concessies 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. Nergens blijkt uit dat de organisatie van kermisevenementen zou zijn uitgezonderd van de regels en beginselen van het aanbestedingsrecht.

Niet blijkt dat de gemeente **per opdracht** (dus niet op basis van het algemene beleid waarnaar u verwijst) heeft overwogen welke aanbestedingsprocedure geschikt en proportioneel is, waarbij de gemeente **in ieder geval** acht zou moeten slaan op de volgende zes 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.

Op basis van deze zes aspecten moet worden overwogen welke procedure het meest geschikt en proportioneel is, hetgeen moet kunnen worden gemotiveerd ex art. 1.4 Aanbestedingswet. Nu uw gemeente dat kennelijk niet kan motiveren, mag ervan worden uitgegaan dat de gemeente geen acht heeft geslagen op de zes aspecten. Dat wordt bevestigd door uw algemene subjectieve opmerking dat u veertien jaar geleden een overeenkomst hebt gesloten en dat u voorlopig niet van plan bent om daarin verandering aan te brengen. U weet ook zeer wel dat dat geen objectief criterium is.

Het zou kunnen zijn dat het geraamde bedrag voor één jaar de drempel van € 30.000 voor een enkelvoudig onderhandse aanbesteding niet overschrijdt (zie voorschrift 3.4A Gids Proportionaliteit). Inzake de omvang van de opdracht is van belang dat [X] op basis van gemeentelijk beleid reeds gedurende de afgelopen jaren vast opdrachtnemer van de gemeente is. Een overeenkomst van feitelijk onbepaalde tijd (jaarlijks opnieuw enkelvoudig onderhands gegund of jaarlijks stilzwigend verlengd) is echter onrechtmatig en sluit mededinging uit.

Onrechtmatig (strijdig met art. 2.14 en 2.15 Aanbestedingswet) is dan ook de raming te baseren op slechts een enkele overeenkomst voor één jaar. Opknippen om aanbestedingsdrempels te omzeilen is immers ook onrechtmatig.

Een gebruikelijke en proportionele looptijd voor diensten(concessies) is in beginsel vier tot zes jaar. Op basis van zorgvuldig beleid had art. 2.17e een raming op basis van een looptijd van vier jaar kunnen waarborgen dat art. 2.14 en 2.15 niet zou zijn geschonden. Met een dergelijke rechtmatige looptijd en raming is een meervoudig onderhandse aanbesteding minimaal proportioneel. Vrijwel vast staat dat inmiddels zelfs de EU-drempel is overschreden. In ieder geval had [Klager] moeten zijn uitgenodigd voor inschrijving, op basis van een analyse van het aantal potentiële inschrijvers en het type van de opdracht en het karakter van de markt.

## **b. Bestuursrecht**

Ik heb u ook uitdrukkelijk gevraagd om bij uw motivering het bestuursrechtelijke juridische kader inzake schaarse rechten te betrekken. U laat ook dat gemaks-

halve maar even achterwege. Ook die normen schendt uw gemeente kennelijk. Dat licht ik als volgt toe.

Geheel afgezien van het aanbestedingsrecht is zoals zeer wel weet immers van belang dat de gemeente voor de uitvoering van de overeenkomst een evenementenvergunning moet verstrekken. 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. Om elk misverstand te vermijden meld ik u hierbij dat cliënte belangstelling heeft en graag kennis wil nemen van de details.

### **3. Besluit**

Uit zowel de Aanbestedingswet (de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit) als een op het bestuursrechtelijke gelijkheidsbeginsel gebaseerde rechtsnorm blijkt dat de handelwijze (en de uitgangspuntennota) van de gemeente met betrekking tot zowel de verleende vergunning als de gesloten overeenkomst onrechtmatig is. Ik verzoek de gemeente dan ook de gebrekkige motivering als onrechtmatig te heroverwegen door geen enkelvoudig onderhands contract voor meer jaren met [X] te sluiten, althans door lopende overeenkomsten op te zeggen of te ontbinden, en door [Klager] onverwijld uit te nodigen voor een vorm van marktconsultatie of mededinging.

Ik verzoek uw gemeente dan ook haar handelwijze en beleid binnen een redelijke termijn van uiterlijk vier weken alsnog rechtmatig 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 veel meer kwaliteit, doelmatigheid (kosten / budget), economisch voordeel, maatschappelijke waarde 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.'

- 1.11. Op 5 april 2017 heeft beklagde de volgende brief aan (de advocaat van) klager verzonden:

'In uw brief van 12 maart 2017 vraagt u meer onderbouwing van ons standpunt om het contract met [X] niet te ontbinden.

Hieronder reageren we kort op uw argumenten.

### **Vergunning**

We verlenen geen vergunning aan [X]. We schakelen hen in als adviseur en organisator van onze kermisattracties. Uw jurisprudentie over schaarse vergunning is niet van toepassing.

### **Overeenkomst**

We hebben de overeenkomst met [X] rechtmatig gesloten op basis van toenmalig geldende regelgeving. Ook uw cliënte heeft destijds de kans gehad vrijblijvend informatie toe te sturen.

Er is geen wettelijke regeling die ons verplicht lopende contracten te ontbinden. [Beklaagde] is zelf medeorganisator van de kermis. We zijn tevreden over de samenwerking met [X]. De kermis in de gemeente van [Beklaagde] is succesvol. We zijn tevreden over de samenwerking [X]. Wij zien geen reden voor een nieuwe aanpak.'

- 1.12. Op 11 mei 2017 heeft (de advocaat van) X de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Tot mij wendde zich [X] met het verzoek haar belangen te behartigen.

In opdracht van [Beklaagde] (hierna: "de Gemeente") organiseert cliënte sinds enkele jaren en naar volle tevredenheid de kermis. Cliënte heeft vernomen dat de Gemeente onlangs een verzoek om informatie over de rechtsverhouding tot cliënte heeft ontvangen op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: "het Wob-verzoek"). Daarnaast zou er, al dan niet gelijktijdig, door derde worden geïnsinueerd dat de opdracht van de Gemeente aan cliënte niet voldoet aan de huidige aanbestedingsregelgeving.

Cliënte wenst enerzijds te voorkomen dat (bedrijfsvertrouwelijke) informatie van cliënte, daaronder begrepen de inhoud van de overeenkomst met de Gemeente, openbaar wordt gemaakt. Daarnaast wenst cliënte te benadrukken dat de Gemeente wel voldoet aan de aanbestedingsregelgeving. Op grond van de Aanbestedingswet 2012 geldt voor opdrachten voor het organiseren van evenementen, waaronder het organiseren van een kermis, slechts een beperkte aanbestedingsplicht bij opdrachten boven de drempel. Ik licht beide punten hierna toe.

### **WOB-verzoek**

Voor zover de Gemeente daadwerkelijk het Wob-verzoek heeft ontvangen vertrouwt cliënte erop dat de Gemeente het Wob-verzoek zal afwijzen, althans zeer terughoudend om zal gaan met het verstrekken van documenten en/of informatie welke betrekking heeft op de opdracht(en) aan cliënte.

Ten eerste bevatten de documenten informatie van cliënte die als bedrijfsgegevens moet worden gekwalificeerd en welke gegevens door cliënte als vertrouwelijk aan de Gemeente zijn medegedeeld. Het betreft in ieder geval die documenten waarin de prijs, vergoedingen en/of overige voorwaarden waaronder de Gemeente en cliënte hebben gecontracteerd zijn opgenomen. Deze documenten mogen op grond van artikel 10 lid 1 sub c Wet openbaarheid van bestuur niet openbaar worden gemaakt.

Voorts zou het openbaar maken van voornoemde documenten een onevenredige bevoordeling van de verzoekende partij opleveren, dan wel een onevenredige benadeling van cliënte. Het openbaar maken van de documenten dient om die reden eveneens achterwege te blijven op grond van artikel 10 lid 2 sub g Wet openbaarheid van bestuur. Van een onevenredige benadeling van cliënte is in ieder geval sprake in het geval dat de verzoekende partij als een concurrente van



cliënte moet worden beschouwd. In de branche waarin cliënte zich haar onderneming drijft vindt concurrentie bijna uitsluitend plaats op basis van de aangeboden prijs. Daarnaast is er sprake van een markt met zeer weinig aanbieders. Wanneer een concurrent inzicht zou krijgen in de door cliënte aangeboden prijs levert dat, met het oog op toekomstige opdrachten en aanbestedingen, een onevenredig voordeel op voor de verzoekende partij. Cliënte krijgt immers ook geen inzicht in de door de concurrent aangeboden prijs. Om die reden mogen de documenten ten aanzien van de opdracht aan cliënte niet aan derden worden verstrekt.

Voor zover de Gemeente toch positief zou beslissen over het Wob-verzoek en voornemens is om de documenten openbaar te maken, verzoekt cliënte om tenminste die gegevens die betrekking hebben op de door cliënte aangeboden prijs en/of overige financiële gegevens weg te lakken of deze op een andere wijze onleesbaar te maken.

### **Vermeende aanbestedingsplicht**

Of de Gemeente de opdracht aan cliënte onderhands mocht gunnen, dat wil zeggen zonder daartoe een nationale of Europese aanbestedingsprocedure te doorlopen, hangt onder andere af van de kwalificatie en de waarde van de opdracht.

Van cliënte vernam ik dat de Gemeente onlangs aan cliënte heeft opgedragen om de jaarlijkse kermis te organiseren. Deze opdracht kwalificeert als een overheidsopdracht voor diensten, zoals bedoeld in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012.

Op grond van artikel 2.6a en 2.39 Aanbestedingswet 2012 is deel 2 van deze wet slechts beperkt van toepassing op opdrachten voor het organiseren van een kermis. Diensten voor het organiseren van evenementen (CPV: 79952000-2) – een kermis is ontegenzeggelijk een evenement – vallen namelijk binnen de categorie “sociale en andere specifieke diensten”, nu deze diensten zijn genoemd in Bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU. Vanaf een geraamde waarde van € 750.000,- (exclusief btw) is op deze diensten een verlicht aanbestedingsregime van toepassing. Dit verlicht regime is vergelijkbaar met het regime dat tot 1 juli 2016 voor zogenaamde 2B-diensten kon worden toegepast. Het organiseren van evenementen kwalificeerde voor de herziening van de Aanbestedingswet 2012 overigens als een 2B-dienst.

Van cliënte begreep ik dat de waarde van de opdracht vele malen lager is dan € 750.000,-. De Gemeente mocht de opdracht aan cliënte dan ook verlenen zonder de (lichte) procedure voor sociale en andere specifieke diensten (voorheen: 2B-diensten) toe te passen. Een verplichting tot het houden van een uitgebreide (Europese) aanbestedingsprocedure is hoe dan ook nooit aan de orde geweest. Een dergelijke verplichting volgt overigens ook niet uit deel 1 van de Aanbestedingswet 2012.

Voor zover de Gemeente zich zou hebben verplicht om de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit na te leven, geldt dat in deze voorschriften, daaronder begrepen voorschrift 3.4A, geen verplichting tot het houden van een nationale aanbestedingsprocedure is opgenomen. Van belang is dat de schema's op pagina 31 en 32 van de Gids Proportionaliteit niet rechtstreeks kunnen worden toegepast, nu er sprake is van een overheidsopdracht in de categorie “speciale en andere specifieke diensten”. Gelet op de geringe waarde van de opdracht aan cliënte in relatie tot de aanbestedingsdrempel mocht de Gemeente de opdracht aan cliënte enkelvoudig onderhands (een op een) gunnen. Door aldus te handelen voldoet de Gemeente aan haar wettelijke verplichtingen op grond van de Aanbestedingswet 2012.'

- 1.13. Op 15 mei 2017 heeft (de advocaat van) klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Hiermee maakt [Klager] haar interesse bekend voor het organiseren van kermis- en / of kersevenementen in uw gemeente. 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. [voetnoot 1 niet overgenomen, Commissie] Als daarnaast een overeenkomst wordt gesloten zijn de Aanbestedingswet 2012 en 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. [voetnoot 1 niet overgenomen, Commissie] 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.

Graag komen wij op korte termijn langs voor een vrijblijvend kennismakingsgesprek inzake een evenementenvergunning, marktconsultatie of een offerte voor een overeenkomst voor (advies)diensten of een dienstenconcessie. Wij verzoeken u deze brief conform de algemene beginselen van behoorlijk bestuur per omgaande te bevestigen met een reactie en / of een uitnodiging voor een gesprek of een offerteaanvraag of een vergunningaanvraag.'

- 1.14. Op 29 mei 2017 heeft beklagde als volgt gereageerd op de brief van (de advocaat van) klager:

'Uw brief van 15 mei 2017 heb ik ontvangen. In de brief geeft u aan dat u graag in gesprek met ons wilt over een evenementenvergunning, marktconsultatie of een offerte voor een overeenkomst voor (advies)diensten of een dienstenconcessie.

De brief is mij verder niet helemaal duidelijk. Ik leg u hieronder uit hoe de door u genoemde evenementen nu in de gemeente van [Beklaagde] zijn geregeld.

Voor de kermis schakelen wij als adviseur [X] in. Ook organiseren zij de attracties voor ons. Samen met hen organiseren we de kermis in de gemeente van [Beklaagde]. Wij als gemeente zijn zelf de vergunninghouder van de kermis. De samenwerking doen we al vele jaren tot onze volle tevredenheid. Er zijn geen plannen deze samenwerking te beëindigen.

Het succesvolle Kerstsprookjesfestijn in de gemeente van [Beklaagde] wordt georganiseerd door [Y]. Een ander winterevenement dat in de gemeente van [Beklaagde] eens in de twee jaar plaats vindt is [een schaatsevenement]. Dit wordt door vrijwilligers georganiseerd. Wij verlenen voor beide evenementen een ver-

gunning. Als u hen uw diensten wilt aanbieden, dan dient u met hen contact op te nemen.

Er worden in de gemeente van [Beklaagde] vele succesvolle evenementen georganiseerd door verschillende organisaties. Het aanvraagformulier voor een evenementenvergunning vindt u op onze website. Vragen over evenementenvergunningen kunt u stellen via [E-mailadres].'

## **2. Beschrijving klacht**

Beklaagde heeft in november 2003 een overheidsopdracht ten onrechte voor onbepaalde tijd enkelvoudig onderhands gegund aan X.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Klager stelt dat de opdracht voor diensten in 2003 enkelvoudig onderhands en voor onbepaalde tijd door beklagde is gegund aan X, ondanks de waarde van de opdracht. Volgens klager ligt de waarde voor deze opdracht, voor een termijn van maximaal vier jaar, om en nabij de € 75.000.
- 3.2. Volgens klager dient daarom artikel 1.4 Aw 2012 toegepast te worden en gaat het daarbij om objectieve criteria. Daarnaast merkt klager op dat de Gids Proportionaliteit een meervoudig onderhandse procedure aanbeveelt wanneer de opdracht een waarde heeft tussen ongeveer € 30.000 en € 100.000.
- 3.3. Klager merkt op dat beklagde haar keuze voor de enkelvoudig onderhandse procedure, en daarmee haar keuze om af te wijken van de Gids Proportionaliteit, nooit gemotiveerd heeft aan de hand van de objectieve criteria in artikel 1.4 Aw 2012.
- 3.4. Klager stelt dat zij haar belangstelling bij beklagde kenbaar heeft gemaakt en de stelling van beklagde gemotiveerd heeft weerlegd maar dat zij daar tot op heden van beklagde geen reactie op heeft ontvangen (zie 1.13 hiervoor).

## **4. Reactie beklagde**

- 4.1. Beklaagde stelt dat zij sinds 2003 een overeenkomst voor onbepaalde tijd heeft met X en dat deze overeenkomst rechtmatig tot stand is gekomen op basis van de toen geldende regelgeving (zie 1.4 hiervoor).
- 4.2. De overeenkomst heeft volgens beklagde betrekking op het organiseren van een kermis. Dit is volgens beklagde aan te merken als een dienst voor het organiseren van evenementen (CPV: 79952000-2). Hier voegt beklagde aan toe dat die diensten binnen de categorie 'sociale en andere specifieke diensten' (vroeger: 2B-diensten) vallen.
- 4.3. Bovendien is de waarde van de opdracht volgens beklagde vele malen lager dan het drempelbedrag van € 750.000,-. Als gevolg daarvan bestaat er volgens beklagde geen verplichting tot het houden van een aanbestedingsprocedure op basis van de nu geldende regelgeving.
- 4.4. Beklaagde stelt dat zij tevreden is over de samenwerking met X en dat zij geen reden ziet om de lopende overeenkomst op te zeggen.

## 5. Beoordeling

- 5.1. Beklaagde heeft in 2003 een overheidsopdracht voor diensten voor de begeleiding en ondersteuning van de organisatie van kermissen enkelvoudig onderhands aan X gegund. Partijen zijn het erover eens dat beklaagde in november 2003 een overeenkomst met X heeft gesloten voor onbepaalde duur.
- 5.2. Alvorens tot een beoordeling van de klacht over te gaan, overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het toe te passen toetsingskader.
  - 5.2.1. De Commissie stelt voorop dat zij op grond van artikel 1, onder c, en artikel 2, tweede lid, onder b van haar Reglement niet bindende adviezen geeft over handelen of nalaten van aanbestedende diensten voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) valt.
  - 5.2.2. De onderhavige, in 2003 voor onbepaalde duur gesloten, overeenkomst viel destijds onder het toepassingsbereik van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen (Wet van 31 maart 1993, Stb. 212) en het Besluit overheidsaanbestedingen (Stb. 1994, 380). Vanaf 1 december 2005 is het Besluit overheidsaanbestedingen vervangen door het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao, Stb. 2005, 650). De Raamwet en het Bao zijn met de invoering van de Aanbestedingswet 2012 op 1 april 2013 ingetrokken. Per 1 juli 2016 is de Aanbestedingswet 2012 gewijzigd.
  - 5.2.3. Behoudens overgangsbepalingen heeft een wet onmiddellijke werking. Dit houdt in dat de bepalingen uit een wet meteen kunnen en moeten worden toegepast. In beginsel werkt een wet echter niet met terugwerkende kracht.
  - 5.2.4. De onderhavige overheidsopdracht is op 11 dan wel 18 november 2003 aan X gegund voor onbepaalde tijd (zie 1.4 hiervoor). De daaraan voorafgaande inkoopprocedure is dus ruim vóór inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 afgerond. Dat betekent dat de Aanbestedingswet 2012 – mede gelet op de in die wet opgenomen overgangsbepalingen – niet op die procedure van toepassing is. Nu deze opdrachtverlening buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt, kan de Commissie de klacht niet in behandeling nemen.
- 5.3. Ten overvloede overweegt de Commissie het volgende.
  - 5.3.1. De Commissie had de klacht wel in behandeling kunnen nemen indien aannemelijk zou zijn gemaakt dat de overheidsopdracht, waarop de klacht betrekking heeft, in de loop der tijd en met name na de datum van inwerkingtreding van de Aw 2012 per 1 april 2013, wezenlijk is gewijzigd. Alsdan zou immers sprake zijn geweest van de plaatsing van een nieuwe overheidsopdracht, die in beginsel onder het toepassingsgebied van de Aw 2012 zou vallen. Klager heeft daartoe evenwel niets gesteld.
  - 5.3.2. Naar huidig recht zou een overheidsopdracht voor het organiseren van kermissen 'specifieke diensten' betreffen in de zin van artikel 2.6a Aw 2012 en Bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU. De overheidsopdracht zou dan immers zijn 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.

- 5.3.3. Op basis van artikel 2.6a Aw 2012 jo. artikel 4, onderdeel d, Richtlijn 2014/24/EU bedraagt de drempelwaarde voor dergelijke 'specifieke diensten' € 750.000 en kan het regime van de artikelen 2.38 en 2.39 worden toegepast. 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).
- 5.3.4. Naar huidig recht is het op zichzelf niet verboden een overeenkomst te sluiten voor een overheidsopdracht voor diensten voor onbepaalde duur. De waarde van die opdracht voor onbepaalde duur of met een looptijd langer dan 48 maanden dient dan te worden geraamd op grondslag van het maandelijks te bepalen bedrag vermenigvuldigd met 48 (artikel 2.17, onderdeel e, Aw 2012). De Commissie wijst beklagde er evenwel op dat naar het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese Unie een praktijk om een overheidsopdracht voor dienstverlening voor onbepaalde tijd af te sluiten op zichzelf niet past binnen het stelsel en de doelstelling van de Europese regels betreffende overheidsopdrachten. Het Hof is van oordeel dat een dergelijke praktijk op den duur de mededinging tussen potentiële dienstverleners kan belemmeren en de toepassing van de bepalingen van de Europese richtlijnen inzake de openbaarheid van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten kan verhinderen (vgl. HvJ 19 juni 2008, C-454/06, Pressetext, ECLI:EU:C:2008:351, r.o. 73; HvJ 25 maart 2010, C-451/08, Helmut Müller, ECLI:EU:C:2010:168, r.o. 79). Tegen deze achtergrond en mede gelet op het eigen inkoopbeleid van beklagde, beveelt de Commissie beklagde aan de keuze van de procedure voor het plaatsen van de onderhavige overheidsopdracht en de keuze voor de toe te laten ondernemer(s) met inachtneming van artikel 1.4 Aw 2012 te heroverwegen.

## **6. Advies**

De Commissie kan de klacht niet in behandeling nemen.

## **7. Aanbeveling**

De Commissie beveelt beklagde aan de keuze van de procedure en de keuze voor de toe te laten ondernemer(s) met inachtneming van artikel 1.4 Aw 2012 te heroverwegen.

Den Haag, 16 februari 2017

w.g.:

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

Mr. A.C.M Fischer-Braams  
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid