

Advies 513 | Samenvatting

De klacht ziet op een – na een nationale openbare procedure – in 2013 of 2014 gesloten concessieovereenkomst voor het leveren, plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren van 120 A0-reclamedisplays. In de aanbestedingsstukken is onder meer bepaald dat bij uitbreiding van het aantal reclamedisplays hetzelfde type reclamedisplays moet worden bijgeplaatst, dat de met de uitbreiding gemoeide kosten voor rekening van de concessiehouder zijn en dat de door de concessiehouder te betalen afdracht bij uitbreiding naar rato zal worden verhoogd.

Geklaagd wordt dat de concessieovereenkomst wezenlijk is gewijzigd, zonder dat deze opnieuw is aanbesteed. Voordat de Commissie de klacht behandelt, geeft zij eerst het toetsingskader weer betreffende wijzigingen tijdens de uitvoering van een overeenkomst. Daarbij sluit de Commissie aan bij het toetsingskader dat zij heeft toegepast in een eerder advies en geeft daar een nadere invulling aan (zie overweging 5.2 van het advies).

Volgens de ondernemer is er sprake van twee wezenlijke wijzigingen bij de uitvoering van de concessieovereenkomst. De eerste wijziging betreft de uitbreiding van het aantal reclamedisplays met 50 of 51 displays, van 120 naar 170 of 171. In dat kader heeft de ondernemer gesteld dat de concessiehouder heimelijk extra A0-reclamedisplays heeft geplaatst waarvoor hij geen afdracht heeft gedaan. Van heimelijke plaatsing blijkt echter in het geval van 50 van de 51 extra geplaatste A0-reclamedisplays geen sprake te zijn. Ook lijkt er voor deze 50 A0-reclamedisplays wel een afdracht te worden gedaan.

Vervolgens onderzoekt de Commissie of de uitbreiding van het aantal reclamedisplays op basis van twee verschillende gronden kan worden gerechtvaardigd. Naar het oordeel van de Commissie kan de uitbreiding niet door een zogenoemde herzieningsclausule worden gerechtvaardigd. De wijze waarop de uitbreidingsmogelijkheid in de aanbestedingsstukken is omschreven (zie de eerste alinea hiervoor) voldoet namelijk niet aan de vereisten van een herzieningsclausule doordat geen enkele beperking aan de omvang van deze uitbreidingsmogelijkheid wordt gesteld. De uitbreiding kan evenmin worden gerechtvaardigd op basis van de tweede grond dat de wijziging niet wezenlijk is. Naar het oordeel van de Commissie is de uitbreiding van 120 naar uiteindelijk 170 of 171 A0-reclamedisplays immers aanzienlijk en is sprake van een wezenlijke wijziging in de zin van de criteria uit het Preettext-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

De tweede wijziging betreft het niet of onvoldoende optreden door de aanbesteder tegen tekortkomingen in de nakoming van de concessieovereenkomst door de concessiehouder. In dat kader heeft de ondernemer gesteld dat de concessiehouder in strijd handelt met de concessievoorwaarden door de voorrangsregel en het maximumtarief voor niet-commerciële culturele en maatschappelijke campagnes niet voldoende duidelijk op haar website te vermelden. Naar het oordeel van de Commissie leidt ook het niet optreden tegen deze niet-nakoming van de concessieovereenkomst tot een wezenlijke wijziging in de zin van de Preettext-criteria.

Naar het oordeel van de Commissie heeft de aanbesteder de opdracht ten onrechte niet opnieuw aanbesteed. De Commissie acht de klacht gegrond.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 513

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 23 oktober 2013 een nationale openbare aanbesteding aangekondigd voor een concessieovereenkomst voor diensten met betrekking tot het leveren, plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren van A0-reclamedisplays. Overigens spreekt de Aanbestedingswet 2012 sinds 1 juli 2016 van 'concessieopdracht'.
- 1.2. In het Bestek van 23 oktober 2013 is, onder meer, het volgende bepaald:

2 ALGEMENE GEGEVENS

(...)

2.3 Beschrijving context

(...)

Het doel van deze aanbesteding is het selecteren van een opdrachtnemer waarmee een concessieovereenkomst afgesloten zal worden voor de duur van 5 jaar. Als voorwaarde geldt dat de gehele uitvoering moet voldoen aan het in deze aanbesteding opgenomen Programma van Eisen.

Er mogen maximaal 120 A0-reclamedisplays geplaatst worden. Na voorlopige gunning dient de onderneming aan wie voorlopig gegund is met een voorstel te komen voor locaties waar A0-reclamedisplays geplaatst moeten worden.

(...)

2.4 Algemene context

(...)

Afspraken tussen opdrachtgever en opdrachtnemer worden vastgelegd in een concessieovereenkomst, die gebaseerd is op 1) Nota van Inlichtingen, 2) bestek aanbesteding A0-reclamedisplays, 3) het inschrijvingsdocument van de opdrachtnemer en 4) de Algemene voorwaarden voor leveringen en diensten die hierbij van toepassing worden verklaard. (...)

Het Programma van Eisen is bedoeld om de inschrijvers de mogelijkheid te bieden op een goede, gelijke en juiste wijze mee te dingen naar de gunning van de opdracht.

2.5 De overeenkomst

De opdrachtgever wil op een transparante, objectieve en niet discriminerende wijze een concessieovereenkomst aangaan voor de periode van 5 jaar, te weten van 1 januari 2014 en eindigende op 31 december 2018. De opdrachtgever heeft de optie

om de overeenkomst eenmalig voor een periode van 3 jaar onder dezelfde condities voort te zetten.

(...)

3 DE AANBESTEDINGSPROCEDURE

(...)

3.2 Toepasselijk aanbestedingsreglement

Bij Koninklijk Besluit van 11 februari 2013 is bepaald dat de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aanbestedingswet) op 1 april 2013 in werking is getreden. Een overeenkomst voor A0-reclamedisplays tussen een gemeente en een exploitant is aan te merken als een concessieovereenkomst. De exploitant – en niet de gemeente – draagt immers het exploitatierisico van A0-reclamedisplays. De Europese aanbestedingsrichtlijnen (en daarmee deel 2 en deel 3 van de Aanbestedingswet 2012) zijn niet van toepassing op het sluiten van de onderhavige concessieovereenkomst. Deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 is echter wél van toepassing op het sluiten van de onderhavige overeenkomst. [Aanbesteder] heeft ervoor gekozen de concessie via een nationale openbare aanbesteding in de markt te zetten.

Op basis van de aard en waarde van deze overeenkomst en de plaats van uitvoering is er geen sprake van een grensoverschrijdend belang. Dit mede gelet op de ingekomen inschrijvingen op eerdere aanbestedingen voor A0-reclamedisplays bij andere aanbestedende diensten.

Aangezien de delen 2 en 3 van de Aanbestedingswet niet van toepassing zijn, kan deze aanbesteding worden vormgegeven op een wijze die past bij deze concessie. Waar in dit aanbestedingsdocument gesproken wordt van een 'openbare aanbesteding' wordt dus niet een openbare aanbesteding in de zin van de Aanbestedingswet bedoeld. Echter, ook in dat geval geldt dat de beginselen van transparantie en gelijke behandeling moeten worden nageleefd (gelet op de precontractuele goede trouw en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur).

(...)

3.12 Geschillen

Op zowel deze aanbestedingsprocedure als de te sluiten overeenkomst is het Civiel recht van toepassing. De geschillen voortvloeiende uit onderhavige procedure alsmede uit de te sluiten overeenkomsten, zullen worden beslecht door de ter zaken bevoegde rechter (...).

(...)

3.20 Akkoordverklaring

Door het indienen van een inschrijving geeft inschrijver te kennen volledig kennis te hebben genomen van de inhoud van het document "Bestek aanbesteding A0-reclamedisplays [Aanbesteder]", alle bijlagen en de te ontvangen geanonimiseerde Nota(s) van Inlichtingen en eventuele andere bijbehorende documenten, én verklaart hij daarmee tevens akkoord te gaan met alle bepalingen en de gestelde eisen in deze documenten.

Tevens verklaart hij door het indienen van de inschrijving dat hij alle vragen en bijlagen volledig en naar waarheid heeft beantwoord en dat de in dit vragenformulier verstrekte inlichtingen met de werkelijkheid overeenstemmen en juist en volledig zijn. Indien na inschrijving blijkt dat dat niet het geval is, kan dat leiden tot uitsluiting van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

(...)

5 PROGRAMMA VAN EISEN

Het programma van eisen is opgesteld en gebaseerd op de minimale eisen die door de opdrachtgever worden gesteld. De inschrijver dient onderstaande eisen onverkort in acht te nemen bij zowel de inschrijving als de eventuele uitvoering van de opdracht. Bij vervanging en/of uitbreiding van A0-reclamedisplays zal aan de minimale technische specificatie, te weten gelijkwaardig zijn aan de reeds geplaatste objecten, moeten worden voldaan.

Bij deze opdracht geldt dat opdrachtnemer maximaal 120 A0-reclamedisplays dient te plaatsen, onderhouden en exploiteren.

5.1 Beleid, kwaliteit openbare ruimte en verkeersveiligheid

De opdrachtgever wil een evenwicht creëren tussen de inkomsten voor de opdrachtgever en het verbeteren van de kwaliteit in de openbare ruimte en het garanderen van de (verkeers-)veiligheid. De te handhaven c.q. te plaatsen A0-reclamedisplays moeten voldoen aan de volgende uitgangspunten:

- de A0 reclamedisplays moeten herkenbaarheid, kwaliteit, gebruiksvriendelijkheid en veiligheid uitstralen;
- de A0-reclamedisplays worden niet geplaatst en geëxploiteerd op lichtmasten, waar een lichtmast voorzien van een A0-reclamedisplay naar het oordeel van de opdrachtgever storend is voor omwonenden of andere belanghebbenden;
- het openbare gebied mag niet in strijd met de publieke functie daarvan worden gebruikt als dit overlast voor de omgeving geeft of gevaar oplevert voor de bruikbaarheid van de weg;
- de locaties moeten altijd vooraf goedkeuring dragen van de opdrachtgever.

5.2 Algemene eisen

(...)

5.2.2 De opdrachtgever is bevoegd om op grond van uitbreiding, verplaatsingen of opheffingen van locaties in het aantal geplaatste A0-reclamedisplays wijzigingen door te voeren. Waar mogelijk zal de opdrachtnemer in dit traject worden betrokken en zal nadere afstemming plaatsvinden.

(...)

5.2.10 Iedere wijziging in locatie, vorm, constructie of kleurstelling van de A0-reclamedisplays behoeft voorafgaande toestemming van de opdrachtgever. Verzoeken tot wijziging zullen schriftelijk moeten worden ingediend bij de opdrachtgever. Goedgekeurde wijzigingen zullen door de opdrachtnemer binnen twee (2) maanden na goedkeuring in een aangepast locatieoverzicht worden verwerkt en aan de opdrachtgever worden toegestuurd.

5.3 (Ruimtelijke) kwaliteit van de A0-reclamedisplays

5.3.1 Na voorlopige gunning zal opdrachtnemer een lijst met 120 locaties (en 20 reservelocaties) aan de gemeente voorstellen. In gezamenlijk overleg tussen [Aanbesteder] en opdrachtnemer zullen vervolgens de definitieve locaties bepaald worden. De locaties dienen te voldoen aan de eisen zoals gesteld in dit artikel.

(...)

5.8 Plaatsing, verplaatsing, wijziging gedurende de looptijd en verwijdering

5.8.1 Indien gedurende de concessieovereenkomst het aantal A0-reclamedisplays in de openbare ruimte op verzoek van de opdrachtgever mag toenemen, dan zal bij deze uitbreiding aan de opdrachtnemer de mogelijkheid worden geboden om ook deze extra A0-reclamedisplays te leveren, plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren tegen minimaal het gelijke tarief dat geboden wordt in de concessieovereenkomst, die op basis van deze aanbesteding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer tot stand is gekomen. De jaarlijks reeds doorgevoerde prijsindexatie voor de A0-reclamedisplays zal dan eveneens voor deze extra A0-reclamedisplays van toepassing zijn en worden doorberekend aan de opdrachtnemer. Er zal voorafgaand overleg tussen de opdrachtnemer en de opdrachtgever plaatsvinden of uitbreiding commercieel haalbaar is. Momenteel is nog geen zicht of en wanneer er eventuele uitbreiding zal plaatsvinden. Bij vermindering in opdracht van de opdrachtgever wordt de afdracht pro rato aangepast.

5.8.2 Indien uitbreiding van het aantal A0-reclamedisplays in de openbare ruimte mogelijk is en de opdrachtgever instemt met deze uitbreiding dan wel deze initieert, dan zal met de opdrachtnemer worden overlegd over de commerciële haalbaarheid van de extra te plaatsen A0-reclamedisplays. De opdrachtnemer zal bij uitbreiding er zorg voor dragen dat hetzelfde type A0-reclamedisplay (zelfde specificaties, kleurstelling, etc.) wordt bijgeplaatst. De kosten voor het leveren, plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren van deze extra te leveren A0-reclamedisplays zijn voor rekening van de opdrachtnemer.

(...)

5.9 Commerciële eisen

5.9.1 Primaire doelgroep (groep A)

De A0-reclamedisplays zijn primair bestemd voor:

- Lokale charitatieve instellingen
- Evangelische- en wijkorganisaties
- Lokale fondsenwerving & collectes
- Ideële campagnes
- Jongerenverenigingen
- Koren
- Maatschappelijke campagnes
- Muziek- toneel- en amateurvoorstellingen
- Publieksevenementen zonder winstoogmerk
- Sportevenementen, niet gesponsord
- Tentoonstellingen
- Theatervoorstellingen
- (Vlooiën)markten

5.9.2 Overige doelgroepen (groep B)

De A0-reclamedisplays mogen ook ingezet worden voor alle overige reclame.

5.9.3 Voorrangsregel

Adverteerders uit groep A (genoemd onder 5.9.1) krijgen voorrang op alle overige campagnes (groep B), welke bij voldoende beschikbaarheid van A0-reclamedisplays pas 8 weken voor de ingangsdatum van een campagne door de opdrachtnemer geaccepteerd mag worden.

Opdrachtnemer dient te allen tijde een deugdelijke administratie bij te houden en op verzoek te kunnen overleggen aan opdrachtgever. De voorrangsregel en de volledige tariefstelling dient ook openbaar, duidelijk en blijvend gecommuniceerd te worden.

5.9.4 Prijsstelling

Voor alle reclamecampagnes die vallen onder groep A zoals genoemd onder 5.9.1 geldt dat maximaal € 2,75 (excl. Btw.) per bord per dag aan de adverteerder (tussenpersonen vallen hier niet onder) in rekening mag worden gebracht (= totaalbedrag per A0-reclamedisplay). Het betreft de mediakosten, de kosten voor het aanleveren van het drukwerk vallen hier niet onder.

Het staat de opdrachtnemer in principe vrij de vergoeding voor overige campagnes vast te stellen.

Jaarlijks mogen de tarieven op basis van het prijsindexcijfer aangepast worden.

(...)

6 DE GUNNINGSFASE

6.1 Toepasselijk gunningscriterium

De aanbiedingen worden beoordeeld en gerangschikt

(...)

6.3 De gewogen gunningscriteria

	Gunningscriterium	Weging	Maximum te behalen punten	Maximum punten gewogen
G1	Afdracht	70%	70	7,00
G2	Informatievoorziening	10%	10	1,00
G3	Benadering niet-commerciële sector	10%	10	1,00
G4	Kwaliteitsbewaking	5%	10	0,50
G5	Veiligheid	5%	10	0,50
To-taal		100%		10

6.4 Beoordeling gunningcriterium Afdracht (G1)

De inschrijver met de hoogste totale afdracht over de contractperiode (5 jaar) zal de maximale waardering krijgen. Alle overige inschrijvers krijgen een percentage

van de maximale bieding. Dat percentage wordt berekend op het percentage dat deze bieding afwijkt van de maximale bieding.

(...)

6.5 Beoordeling overige gunning criteria

(...)

6.5.2 Benadering Niet-Commerciële Sector – G3

De beoordeling zal geschieden conform de systematiek zoals beschreven in paragraaf 6.3. (...)

Een van de doelstellingen van de A0-reclamedisplays is om de niet-commerciële sector een kans te geven om betaalbaar te adverteren. De opdrachtgever heeft daarom ook een maximum tarief vastgesteld voor deze adverteerdersgroep.

Opdrachtgever stelt het op prijs dat de niet-commerciële sector goed en professioneel bediend wordt door de opdrachtgever [*bedoeld zal zijn: 'opdrachtnemer' of eigenlijk: 'concessiehouder', Commissie*]. In het plan 'Benadering Niet-Commerciële Sector' dient de inschrijver aan te geven alle betrokken partijen binnen de niet-commerciële sector benaderd worden (met extra diensten en mogelijkheden die niet in het programma van eisen vermeld staan).

Uw plan met betrekking tot dit gunningcriterium dient minimaal de volgende punten te bevatten:

- aanbieden van kleine seriegroottes
- hulp aan adverteerders met betrekking tot ontwikkelen lay-out en drukwerk
- korting bij produceren van drukwerk

Het is echter ook mogelijk om extra, niet hier benoemde, diensten aan te bieden. Deze extra diensten zullen meegenomen worden in de beoordeling.

(...)

7 BIJLAGEN

(...)

7.3 CONCEPT CONCESSIEOVEREENKOMST A0-RECLAMEDISPLAYS

(...)

Artikel 2: Recht tot plaatsing

(...)

2.2 De gemeente verleent aan de exploitant het recht om gedurende de looptijd van deze overeenkomst op 120 locaties A0-reclamedisplays uitgevoerd in RAL kleur 7016, welke locaties vooraf met wederzijdse goedkeuring zijn bepaald, op het grondgebied van [Aanbesteder] te exploiteren ten behoeve van reclamedoeleinden. Indien de opdrachtnemer uitbreiding wenst van het aantal te plaatsen en exploiteren A0-reclamedisplays is dat toegestaan, indien opdrachtgever hiervoor akkoord verleent. Bij uitbreiding zal de opdrachtnemer een naar rato te verrekenen vergoeding hiervoor moeten betalen.

(...)

Artikel 3: Afdracht

- 3.1 De opdrachtnemer betaalt aan [Aanbesteder] voor het in artikel 2 bedoelde recht een vaste afdracht van € xxxx per jaar uitgaande van 120 A0-reclamedisplays. (...)

Artikel 6: Toepassingsgebied, voorrangregeling en tariefstelling

[Dit artikel stemt inhoudelijk geheel overeen met paragraaf 5.9 van het bestek, Commissie]

Artikel 9: Technische eisen, onderhoud, schadeherstel, (ver)plaatsing en wijzigingen

- 9.1 De opdrachtnemer dient te voldoen aan de eisen zoals deze zijn opgenomen in het bestek behorende bij deze aanbesteding.

- 9.2 Bij het in gebreke blijven van de opdrachtnemer ten aanzien van een van de overeengekomen bepalingen van het aanbestedingsdocument is de opdrachtnemer een bedrag van € 100,- per A0-reclamedisplay per week of per gebeurtenis verschuldigd met een maximum van € 500,- per A0-reclamedisplay.

(...)

Artikel 10: Looptijd en tussentijdse beëindiging

(...)

- 10.2 Tussentijdse beëindiging is niet toegestaan, behoudens de in dit artikel genoemde gevallen.

(...)

- 10.7 [Aanbesteder] zal verder in de navolgende gevallen zonder gerechtelijke tussenkomst gerechtigd zijn deze concessieovereenkomst te ontbinden:

- (...)
- Indien niet wordt voldaan aan de uitvoering van deze concessieovereenkomst.

(...)'

- 1.3. Bij brief van 4 december 2013 heeft aanbesteder de mededeling van de gunningsbeslissing aan ondernemer gezonden waarin hij aankondigt de concessieovereenkomst aan ondernemer X te gunnen. Ondernemer is op de tweede plaats in de rangorde geëindigd. Uit de mededeling van de gunningsbeslissing blijkt dat ondernemer op de kwalitatieve criteria G 2, G 4 en G 5, die betrekking hebben op de informatievoorziening, kwaliteitsbewaking en veiligheid de hoogste score heeft behaald. Op criterium G 1, dat betrekking heeft op de afdracht, en kwalitatief criterium G 3, dat betrekking heeft op benadering van de culturele sector, is ondernemer op de tweede plaats geëindigd.
- 1.4. Aanbesteder heeft de concessieovereenkomst gesloten met ondernemer X.
- 1.5. In een tevredenheidsverklaring van 25 januari 2018 vermeldt aanbesteder dat de waarde van de concessieovereenkomst met ondernemer X circa € 50.000 per jaar bedraagt. Tevens is vermeld dat het aantal A0-reclamedisplays van 120 later is uitgebreid naar 150.
- 1.6. Op 26 januari 2018 heeft ondernemer aan aanbesteder een brief gestuurd waarin op een aantal tekortkomingen van ondernemer X bij de uitvoering van de concessieovereenkomst wordt gewezen en waarin verzocht wordt de overeenkomst te beëindigen en opnieuw aan te besteden. In deze brief wordt onder meer gewezen

op overschrijding van het aantal A0-reclamedisplays en vermelding van tarieven op de website van ondernemer X die hoger zijn dan contractueel vastgelegd.

- 1.7. Op 14 december 2018 [*de brief noemt bij vergissing als datum 14 december 2017, Commissie*] heeft een advocaat namens ondernemer een klacht ingediend bij aanbesteder over de gebrekkige handhaving van de voorwaarden van de concessieovereenkomst. In die klacht wordt verwezen naar de brief van ondernemer van 26 januari 2018.
- 1.8. Bij brief van 21 december 2018 heeft aanbesteder geantwoord dat het aantal displays is verhoogd wegens de groei van de gemeente als gevolg van gemeentelijke herindelingen en dat de tarieven zijn verhoogd conform de jaarlijkse indexatie, alsmede dat ondernemer X kortingen hanteert en dat overleg mogelijk is tussen ondernemer X en adverteerders. Aanbesteder geeft aan zeer content met concessiehouder te zijn en zeker geen ontbinding te overwegen.

2. Beschrijving klacht

De concessieovereenkomst is wezenlijk gewijzigd, zonder dat deze opnieuw is aanbesteed. In dat kader stelt ondernemer, onder meer, dat aanbesteder in strijd handelt met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door niet op te treden tegen tekortkomingen in de nakoming van de concessieovereenkomst door ondernemer X.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Ondernemer heeft geconstateerd dat ondernemer X in veel gemeenten waarin zij krachtens een concessie, veelal verkregen na een aanbestedingsprocedure, exploitant is van A0-reclamedisplays de concessievoorwaarden schendt. Ondernemer X plaatst heimelijk meer A0-reclamedisplays dan toegestaan (zonder extra afdracht te betalen), plaatst niet toegestane campagnes, brengt te hoge tarieven in rekening en laat na voorrangsregels en maximumtarieven correct te communiceren. In gemeente Y heeft ondernemer X, nadat zij was aangemaand te veel geplaatste A0-reclamedisplays te verwijderen, zelfs opnieuw meer A0-reclamedisplays geplaatst dan toegestaan. Ondernemer stelt dat ondernemer X in verschillende gemeenten de gesloten concessieovereenkomsten schendt en heeft in dat kader ter illustratie enkele stukken overgelegd.
- 3.2. Uit een telling is ondernemer gebleken dat ondernemer X ook de voorwaarden van de door aanbesteder gesloten concessieovereenkomst schendt. Ondernemer X heeft ten minste 171 in plaats van het voorgeschreven maximumaantal 120 A0-reclamedisplays geplaatst. Verder handelt ondernemer X in strijd met het bepaalde in eis 5.9.3 van het Programma van Eisen in hoofdstuk 5 van het Bestek en artikel 6.4 van de concept concessieovereenkomst in paragraaf 7.3 van het Bestek (zie 1.2 hiervoor) door een onjuist – te hoog – tarief op haar website te vermelden. De voorrangsregel van eis 5.9.3 van het Programma van Eisen en artikel 6.3 van de concept concessieovereenkomst wordt in het geheel niet op de website van ondernemer X vermeld. Ondernemer heeft bij brief van 26 januari 2018 de schending van de concessievoorwaarden door ondernemer X bij aanbesteder onder de aandacht gebracht en aangedrongen op ontbinding van de overeenkomst. De brief van ondernemer is onderbouwd met stukken.
- 3.3. Aanbesteder heeft ondanks herhaald verzoek niet van zich laten horen. Bij brief van 14 december 2018 heeft ondernemer bij monde van haar advocaat een klacht

ingediend bij aanbestedder, waarbij is verwezen naar de eerdergenoemde brief van ondernemer.

- 3.4. Bij brief van 21 december 2018 heeft aanbestedder op de klacht van ondernemer gereageerd. Aanbestedder stelde dat uitbreiding van het aantal A0-reclamedisplays in gezamenlijk overleg is toegestaan en voorts dat met name door groei van de gemeente als gevolg van herindelingen het aantal displays zou zijn toegenomen om te blijven voldoen aan de oorspronkelijke wens van een dekkend netwerk van displays. Uit een door aanbestedder op 25 januari 2018 aan X verstrekte tevredenheidsverklaring (zie 1.5 hiervoor) blijkt echter dat het aantal A0-reclamedisplays met toestemming van aanbestedder tot 150 stuks is uitgebreid, terwijl X ten minste 171 A0-reclamedisplays heeft geplaatst. Ondernemer X heeft dus ten minste 21 A0-reclamedisplays heimelijk, zonder toestemming van aanbestedder, geplaatst. Ondernemer X is dus wel degelijk in overtreding.
- 3.5. In reactie op de klacht van ondernemer over het maximumtarief voor niet-commerciële culturele en maatschappelijke campagnes merkte aanbestedder op dat het vermelden door ondernemer X van een hoger dan het vastgestelde maximumtarief 'deels' zou komen door het hanteren van kortingen. Kennelijk is aanbestedder van oordeel dat ondernemer X niet in strijd met de concessievoorwaarden handelt. Zij miskent de strekking van de concessievoorwaarden. Eis 5.9.3. van het Programma van Eisen en artikel 6.3 van de concept concessieovereenkomst (zie 1.2 hiervoor) hebben tot doel potentiële adverteerders te informeren over de gunstige voorwaarden die gelden voor niet-commerciële culturele en maatschappelijke campagnes, althans zo zal een normaal oplettende en behoorlijk geïnformeerde inschrijver de betreffende bepaling hebben begrepen. Aan deze doelstelling zou op ontoelaatbare wijze afbreuk worden gedaan, als het de opdrachtnemer zou zijn toegestaan ieder willekeurig tarief op de website te vermelden en 'kortingen' te geven om op het vastgestelde maximumtarief uit te komen. Adverteerders wordt op deze wijze bovendien de mogelijkheid ontnomen te controleren of zij niet te veel betalen. Ook op dit punt is ondernemer X dus in overtreding.
- 3.6. Terzijde merkt ondernemer op dat aan eis 5.9.3. van het Programma van Eisen en artikel 6.3 van de concept concessieovereenkomst niet kan worden voldaan door in een tariefkaart waarin de prijzen voor meerdere gemeenten zijn opgenomen, op de laatste pagina onderaan in kleine letters in algemene zin te vermelden dat voor "culturele en/of lokale campagnes speciale tarieven, specifieke kortingen en/of voorrangsregelingen kunnen gelden," zoals ondernemer X inmiddels pleegt te doen. Hiermee wordt immers niet voldaan aan het vereiste van communicatie van de voorrangsregel en de volledige tariefstelling die 'openbaar, duidelijk en blijvend' is.
- 3.7. Ondernemer stelt dat een aanbestedende dienst op grond van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie verplicht is de door hemzelf opgestelde voorwaarden nauwgezet na te leven, niet alleen tijdens de aanbestedingsprocedure maar tot aan het einde van de uitvoering van de opdracht (zie o.a. HvJ EU 7 september 2016, C-549/14, ECLI:EU:C:2016:634 (Finn Frogne), r.o. 37-38; HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757 (Connexxion/Staat), r.o. 3.6.3.). De aanbestedende dienst is gehouden op te treden tegen tekortkomingen van de opdrachtnemer en dient daarbij gebruik te maken van de wettelijke en contractuele mogelijkheden die hem ten dienste staan. Laat de aanbestedende dienst dit na, dan is sprake van een wezenlijke wijziging, in welk geval een (concessie)overeenkomst moet worden beëindigd en opnieuw moet worden aanbesteed (Vzr. Rb. Den Haag 12 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933, JAAN 2018/226, m.nt. De Wit, r.o. 4.6.; Vzr. Rb. Den Haag 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940, TBR 2018/164, m.nt. Bax, r.o. 5.5).

- 3.8. Ondernemer X handelt volgens ondernemer in strijd met de concessievoorwaarden door meer A0-reclamedisplays te plaatsen dan toegestaan, de voorrangsregel voor niet-commerciële culturele en maatschappelijke campagnes niet op haar website te vermelden en een hoger dan het door aanbesteder vastgestelde maximumtarief van € 2,75 exclusief btw per bord per dag voor niet-commerciële culturele en maatschappelijke campagnes op haar website te vermelden. Aanbesteder laat na tegen deze toerekenbare tekortkomingen op te treden, waardoor ondernemer X een on-eigenlijk voordeel in de schoot krijgt geworpen. Bij uitbreiding van het aantal A0-reclamedisplays dient immers de afdracht naar rato te worden verhoogd (artikel 2.2 concept concessieovereenkomst, zie 1.2 hiervoor), wat niet gebeurt als ondernemer X heimelijk meer A0-reclamedisplays plaatst dan toegestaan. Door de tekortkomingen en het nalaten van optreden daartegen door aanbesteder, wordt het economisch evenwicht dus veranderd op een wijze die niet is voorzien in de aanbestedingsprocedure. Er is sprake van een wezenlijke wijziging. Aanbesteder dient de concessieovereenkomst te beëindigen en opnieuw aan te besteden, maar laat dat na en handelt daarmee in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.
- 3.9. Ondernemer wijst in dit verband nog op het volgende. Ondernemer X wint veel aanbestedingsprocedures door een hogere afdracht te bieden dan haar concurrenten. Dat lijkt ook bij de onderhavige aanbestedingsprocedure het geval te zijn geweest. Door vervolgens bij de uitvoering van de concessieovereenkomst heimelijk meer A0-reclamedisplays te plaatsen dan toegestaan, zonder dat er een verhoging van de afdracht plaatsvindt, verdient ondernemer X het verschil eenvoudig terug. Dit maakt van aanbestedingsprocedures een farce. Door de handelwijze van ondernemer X, in combinatie met de houding van aanbestedende diensten, die veelal menen dat tekortkomingen van ondernemer X andere exploitanten niet aangaan, wordt de concurrentie in ernstige mate vervalst. Een duidelijk signaal aan aanbestedende diensten dat toezicht op de naleving van de voorwaarden van een (concessie)overeenkomst noodzakelijk is en dat tegen tekortkomingen moet worden opgetreden, is naar het oordeel van ondernemer geboden.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Volgens aanbesteder is er geen sprake van dusdanige tekortkomingen bij de uitvoering van de concessieovereenkomst door ondernemer X dat er sprake is van een wezenlijke wijziging. De redenen daarvoor worden hieronder nader toegelicht.
- 4.2. Allereerst stelt ondernemer dat ondernemer X in strijd handelt met de concessievoorwaarden door meer A0-reclamedisplays te plaatsen dan toegestaan. Aanbesteder is van mening dat ondernemer X wat dat betreft niet handelt in strijd met de concessievoorwaarden en dat er hier geen sprake is van een wezenlijke wijziging.
- 4.2.1. Aanbesteder heeft in het programma van eisen in het bestek aangegeven dat het aantal A0-reclamedisplays in de openbare ruimte mag toenemen. In eis 5.8.1. staat dat uitbreiding op verzoek is van de opdrachtgever, echter uit eis 5.8.2 blijkt dat de opdrachtnemer ook om uitbreiding kan verzoeken. Anders zou 'instemmen met' immers zinledig zijn.
- 4.2.2. In artikel 2.2 van de concept concessieovereenkomst is tevens opgenomen dat het kan gaan om een verzoek van de opdrachtnemer: "Indien de opdrachtnemer uitbreiding wenst van het aantal te plaatsen en exploiteren A0-reclamedisplays is dat toegestaan, indien opdrachtgever hiervoor akkoord verleent."

- 4.2.3. De toename van het aantal A0-reclamedisplays is met name het gevolg van de uitbreiding van de gemeente doordat een omliggende gemeente is gefuseerd dan wel heringedeeld.
- 4.2.4. Aanbesteder geeft aan dat met ondernemer X op basis van vertrouwen wordt gewerkt. Onderdeel daarvan is dat de administratieve afhandeling en ook de afdracht altijd achteraf volgt. Meestal is er aan het begin van het nieuwe jaar afstemming over de aanpassingen en afdracht. Deze werkmethode is een werkafspraken.
- 4.2.5. Aanbesteder stelt dat de toename van 120 naar 150 is vastgelegd en verwijst in dat kader naar een e-mail van 7 januari 2017 van ondernemer X gericht aan aanbestedder, waarin is medegedeeld dat het areaal borden per 6 juni 2016 van 120 naar 150 stuks ging.
- 4.2.6. Ook ten aanzien van de toename van 150 naar 170 stelt aanbestedder dat deze is vastgelegd. In dat kader verwijst aanbestedder naar een e-mailwisseling tussen aanbestedder en ondernemer X van eind februari en begin maart 2018 waarin aanbestedder aan ondernemer X vraagt het aantal borden in mei van dat jaar uit te breiden zodat ook het gebied wordt gedekt van de voormalige omliggende gemeente die als gevolg van een gemeentelijke herindeling aan het gebied van aanbestedder is toegevoegd. Aanbestedder geeft hierin akkoord voor een uitbreiding met 20 A0-reclamedisplays.
- 4.2.7. Ten slotte geeft aanbestedder aan dat alleen de toename van 170 naar 171 A0-reclamedisplays niet is vastgelegd.
- 4.2.8. Naar aanleiding van de klacht is geconstateerd dat er 1 A0-reclamedisplay te veel is geplaatst. Hierover zal zo spoedig mogelijk contact worden opgenomen met ondernemer X. Aanbestedder zal met ondernemer X in overleg treden of deze display behouden kan worden of dat die verwijderd dient te worden. Overigens is het plaatsen van 1 extra A0-reclamedisplay geen wezenlijke wijziging in de zin van de Aanbestedingswet.
- 4.3. Verder stelt ondernemer zich op het standpunt dat ondernemer X in strijd handelt met de concessievoorwaarden door de voorrangregel voor niet-commerciële culturele en maatschappelijke campagnes niet op haar website te vermelden. Aanbestedder betwist dat en wijst op het volgende.
- 4.3.1. Op de website van ondernemer X staat onder meer:
- 'Algemene bijzonderheden
Voor culturele en/of lokale campagnes kunnen speciale tarieven gelden. Wellicht komt u hiervoor in aanmerking. Voor meer informatie, neem contact met ons op: [telefoonnummer].'
- 4.3.2. In artikel 6.4 van de overeenkomst is inderdaad het tarief van € 2,75 opgenomen. Daar staat bij dat er maximaal € 2,75 per bord per dag aan de adverteerder in rekening mag worden gebracht. Dit is echter wat anders dan het plaatsen van het maximumtarief op de website.
- 4.3.3. In het bestek is bij 5.9.3 is wel het volgende bepaald:
- 'De voorrangregel en de volledige tariefstelling dient ook openbaar, duidelijk en blijvend gecommuniceerd te worden.'

- 4.3.4. Aanbesteder is van mening dat ondernemer X de voorrangsregel en de volledige tariefstelling nog meer openbaar en duidelijker dient te communiceren. Aanbesteder zal dan ook van ondernemer X vorderen dit zo spoedig mogelijk uit te voeren.
- 4.4. Voorts stelt ondernemer zich op het standpunt dat ondernemer X in strijd met de concessievoorwaarden handelt door een hoger dan het door aanbesteder vastgestelde maximumtarief van €2,75 exclusief btw per bord per dag voor niet-commerciële culturele en maatschappelijke campagnes op haar website te vermelden. In reactie hierop wijst aanbesteder op het volgende.
- 4.4.1. Aanbesteder verwijst allereerst naar hetgeen hij hiervoor in 4.3.1-4.3.4 heeft opgemerkt en voegt daar nog het volgende aan toe.
- 4.4.2. In artikel 6.4 van de overeenkomst is inderdaad het tarief van € 2,75 opgenomen. Tevens is in artikel 6.4 opgenomen dat de tarieven jaarlijks op basis van het prijsindexcijfer aangepast mogen worden.
- 4.4.3. Navraag bij ondernemer X leert dat deze bruto tarieven hanteert die hij netto maakt met kortingen. Er is gekozen voor deze aanpak omdat media- en reclamebureaus recht hebben op kortingen (branche-afspraken) van 15% waardoor zij onder de toegestane tarieven uitkomen als zij niet eerst bruteren.
- 4.4.4. Verder zijn de prijzen geïndexeerd.
- 4.4.5. Aanbesteder zal ondernemer X vragen om de juistheid van zijn bruto-/nettofacturen en de prijsindex te onderbouwen met kopiefacturen inclusief een toelichting. Mocht hieruit blijken dat het netto-tarief niet overeenstemt met het contracttarief (inclusief indexatie) dan zal de aanbesteder ondernemer X sommeren om dit met terugwerkende kracht te corrigeren.
- 4.5. Volgens ondernemer laat aanbesteder na tegen bovenstaande toerekenbare tekortkomingen op te treden, waardoor ondernemer X een oneigenlijk voordeel in de schoot krijgt geworpen. Bij uitbreiding van het aantal A0-reclamedisplays dient immers de afdracht naar rato te worden verhoogd (art. 2.2 overeenkomst), wat niet gebeurt als ondernemer X heimelijk meer A0-reclamedisplays plaatst dan toegestaan.
- 4.5.1. Aanbesteder is van mening dat er geen sprake is van oneigenlijk voordeel voor ondernemer X. De reden daarvoor is dat de uitbreiding van het aantal A0-reclamedisplays niet heimelijk is gebeurd, maar dat aanbesteder hiermee akkoord is gegaan (zie 4.2.5 en 4.2.6 hiervoor). Bovendien vindt er meer afdracht plaats doordat er meer displays zijn geplaatst. Dit is ook bepaald in het bestek (eis 5.8.2, zie 1.2 hiervoor): 'De kosten voor het leveren, plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren van deze extra te leveren A0-reclamedisplays zijn voor rekening van de opdrachtnemer.' Tevens is in artikel 2.2. van de concept concessieovereenkomst bepaald dat de opdrachtnemer bij uitbreiding hiervoor een naar rato te verrekenen vergoeding zal moeten betalen.
- 4.5.2. Alleen de uitbreiding van 170 naar 171 displays is zonder toestemming van aanbesteder gebeurd. Hierdoor is daarover ook geen extra afdracht betaald. Zoals in 4.2.8 hiervoor al is aangegeven, zal aanbesteder met ondernemer X in overleg treden of deze ene display behouden kan worden of verwijderd zal moeten worden.
- 4.6. Ondernemer stelt verder dat door de tekortkomingen en het nalaten van optreden daartegen door aanbesteder, het economisch evenwicht wordt veranderd op een wijze die niet is voorzien in de aanbestedingsprocedure. Volgens ondernemer is er sprake van een wezenlijke wijziging. Aanbesteder dient de concessieovereenkomst

te beëindigen en opnieuw aan te besteden, maar laat dat na en handelt daarmee in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, aldus ondernemer.

- 4.7. Zoals in bovenstaande is uitgewerkt, is aanbesteder van mening dat er geen sprake is van tekortkomingen en het nalaten van optreden daartegen, dan wel zal aanbesteder daar op korte termijn tegen optreden. Er kan derhalve geen sprake zijn van een verandering van het economisch evenwicht en daarmee ook niet van een wezenlijke wijziging. Laat staan dat aanbesteder in strijd handelt met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.
- 4.8. Ondernemer wijst in dit verband nog op het volgende. Ondernemer X wint veel aanbestedingsprocedures door een hogere afdracht te bieden dan haar concurrenten. Dat lijkt ook bij de onderhavige aanbestedingsprocedure het geval te zijn geweest. Door vervolgens bij de uitvoering van de concessieovereenkomst heimelijk meer A0-reclamedisplays te plaatsen dan toegestaan, zonder dat er een verhoging van de afdracht plaatsvindt, verdient ondernemer X het verschil eenvoudig terug. Dit maakt van aanbestedingsprocedures een farce. Door de handelwijze van ondernemer X, in combinatie met de houding van aanbestedende diensten, die veelal menen dat tekortkomingen van ondernemer X andere exploitanten niet aangaan, wordt de concurrentie volgens ondernemer in ernstige mate vervalst.
- 4.9. In reactie op het voorgaande merkt aanbesteder op dat de manier waarop ondernemer X inschrijft en daarmee veel aanbestedingsprocedures wint een zaak is van ondernemer X zelf. Zoals eerder aangegeven is aanbesteder van mening dat er geen sprake is van heimelijk meer A0-reclamedisplays plaatsen dan toegestaan en vindt er wel een verhoging van de afdracht plaats. Tegen de te veel geplaatste display zal aanbesteder optreden en aanbesteder zal alsnog de verhoogde afdracht vorderen. De concurrentie wordt naar de mening van aanbesteder dan ook niet vervalst.
- 4.10. Verder wil aanbesteder graag nog vermelden dat zij wel heeft gereageerd op de brief van 28 januari 2018. Er is namelijk naar aanleiding van deze brief een aantal malen telefonisch contact geweest met ondernemer.
- 4.11. Volgens aanbesteder is er geen sprake van een wezenlijke wijziging, want de uitbreiding van het aantal geplaatste A0-reclamedisplays is voorzien in de stukken. Ondernemer X opereert binnen de contractuele mogelijkheden. Wel zal aanbesteder in overleg treden met ondernemer X over de ene A0-reclamedisplay die niet in overleg is geplaatst. Verder zal aanbesteder vorderen dat ondernemer X de voorangsregel en de volledige tariefstelling nog meer openbaar en duidelijker zal communiceren. Ten slotte zal aanbesteder ondernemer X vragen om de juistheid van haar bruto-/nettofacturen te onderbouwen met kopiefacturen inclusief een toelichting. Mocht hieruit blijken dat het netto-tarief niet overeenstemt met het contract-tarief (inclusief indexatie) dan zal aanbesteder ondernemer X sommeren om dit met terugwerkende kracht te corrigeren.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbestedder op 23 oktober 2013 een nationale openbare aanbesteding heeft aangekondigd voor een concessieovereenkomst voor diensten met betrekking tot het leveren, plaatsen, beheren, onderhouden en exploiteren van A0-reclamedisplays. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, meer in het bijzonder afdelingen 1.2.1 en 1.2.3 van de ten tijde van de aankondiging van de concessieovereenkomst geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Alvorens over te gaan tot beoordeling van de klacht, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
 - 5.2.1. Ondanks het feit dat de onderhavige concessieovereenkomst eind 2013 of begin 2014 is gesloten, is op eventuele wijzigingen daarvan die het voorwerp van deze klacht vormen, naar het oordeel van de Commissie, Deel 1 van de ten tijde van die wijzigingen geldende Aw 2012 van toepassing (vgl. Advies 400, overweging 5.4). Het per 1 juli 2016 ingevoerde Deel 2a van de Aanbestedingswet is naar het oordeel van de Commissie niet op wijzigingen van na die datum van toepassing, omdat de oorspronkelijke concessieovereenkomst is gesloten – en naar de Commissie aanneemt ook mocht worden gesloten – met gebruikmaking van een nationale openbare procedure en de geraamde waarde van de oorspronkelijke concessieovereenkomst inclusief de waarde van de wijzigingen niet de drempelwaarde van € 5.225.000 en vanaf 1 januari 2018 € 5.548.000 overschrijdt. Zelfs indien gedurende een looptijd van acht jaar – vijf jaar, plus drie jaar verlenging – 171 A0-reclamedisplays continu gevuld zouden zijn tegen een commercieel tarief van € 41,78 per bord per week (zie 5.5.3 hierna) zou de totale waarde immers niet in de buurt van deze drempelwaarde komen.
 - 5.2.2. Het voorgaande laat onverlet dat aanbestedder met zijn in 2013 gemaakte keuze om de concessieovereenkomst aan te besteden op basis van de nationale openbare procedure, zich op grond van artikel 1.12 en 1.13 Aw 2012 gebonden heeft aan de beginselen van aanbestedingsrecht. De Commissie is van oordeel dat die gebondenheid mede inhoudt dat het aanbestedder in beginsel niet vrijstaat de concessieovereenkomst na gunning daarvan te wijzigen, zonder die concessieovereenkomst opnieuw aan te besteden op basis van een openbare procedure, tenzij aanbestedder zich in dat kader op een uitzonderingsgrond voor die aanbestedingsplicht kan beroepen (vgl. Rb. Den Haag (vzr.) 30 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO9252, r.o. 4.14 en Advies 323, overweging 5.2; vgl. ook met betrekking tot een meervoudig onderhandse procedure Hof Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2466, r.o. 7).
 - 5.2.3. Naar het oordeel van de Commissie dient een wijziging van vóór 1 juli 2016 van een op basis van een nationale openbare procedure gesloten concessieovereenkomst te worden beoordeeld naar analogie van de regels die vóór 1 juli 2016 golden in het geval dat die overeenkomst zou zijn gesloten met gebruikmaking van een Europese aanbestedingsprocedure (vgl. Advies 323, overweging 5.4). Wijzigingen ná 1 juli 2016 dienen naar het oordeel van de Commissie bovendien naar analogie te worden beoordeeld van de regels die na 1 juli 2016 voor Europese aanbestedingsprocedures gelden (zie artikel 2a.53 en hoofdstuk 2.5 Aw 2012), voor zover deze regels een codificatie vormen van de jurisprudentie over de periode tot 1 juli 2016 (vgl. Advies 323, overweging 5.4 en 5.5.1).
 - 5.2.4. Op grond van jurisprudentie over de periode vóór 1 juli 2016 zijn wijzigingen van de overeenkomst, zelfs wezenlijke, toegestaan indien daarin in de oorspronkelijke gunningsprocedure is voorzien met een herzieningsclausule. Door uitdrukkelijk in deze mogelijkheid te voorzien en de voorwaarden voor de toepassing ervan in de

documenten van de opdracht vast te stellen, waarborgt een aanbestedende dienst dat alle marktdeelnemers die interesse hebben om deel te nemen aan deze opdracht daarvan bij aanvang kennis hebben en bijgevolg op voet van gelijkheid staan bij het formuleren van hun inschrijving (zie r.o. 30, 36 en 37 van het arrest Finn Frogne, en eerder HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P, ECLI:EU:C:2004:236, r.o. 118 (Succhi di Frutta), alsmede r.o. 40 en 60 van het Preetext-arrest). Ook naar huidig recht zijn wijzigingen toegestaan, indien de wijziging is voorzien in een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule die een omschrijving geeft van de omvang en de aard van de wijziging alsmede van de voorwaarden waaronder de mogelijkheid tot wijziging kan worden gebruikt en die niet voorziet in een wijziging die de algemene aard van de opdracht kan veranderen (zie artikel 72, eerste lid, onder a, Richtlijn 2014/24/EU, geïmplementeerd in artikel 2.163c Aw 2012). De Commissie gaat er van uit dat de Uniewetgever met deze formulering niet heeft beoogd een materiële wijziging aan te brengen ten opzichte van de regel die het Hof van Justitie heeft gegeven in zijn hiervoor genoemde jurisprudentie (vgl. Advies 323, overweging 5.5.1).

- 5.2.5. Het Europese Hof heeft in het Preetext-arrest (HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, r.o. 35-37, zie ook HvJ EU 7 september 2016, zaak C-549/14, ECLI:EU:C:2016:634 (Finn Frogne), r.o. 28) geoordeeld dat een wijziging als wezenlijk wordt aangemerkt indien:
- (i) zij de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen;
 - (ii) zij het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld; of
 - (iii) zij voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen (zie ook HvJ EG 13 april 2010, zaak C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182 (Wall), r.o. 38).
- Naar huidig recht is deze jurisprudentie gecodificeerd in artikel 72, lid 4, onder a, b en c, Richtlijn 2014/24/EU en vervolgens geïmplementeerd in artikel 2.163g, lid 3, onder a, b en c, Aw 2012. Op basis van artikel 2a:53 Aw 2012 geldt dit ook voor concessieopdrachten.
- 5.2.6. Aanbestedende diensten dienen er bij de uitvoering van een overheidsopdracht goed op toe te zien dat aan de in de aanbestedingsprocedure gestelde eisen wordt voldaan (zie r.o. 114-121, arrest Succhi di Frutta). Indien de gestelde eisen niet worden gehandhaafd, loopt een aanbestedende dienst namelijk niet alleen het risico dat de gewijzigde overeenkomst moet worden aangemerkt als een nieuwe aanbestedingsplichtige opdracht, maar is het bovendien de vraag of de opdracht wel is gegund aan de inschrijver die de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. Indien de betreffende eisen tijdens de aanbestedingsprocedure niet waren gesteld, valt immers niet uit te sluiten dat andere (potentiële) inschrijvers andere, meer concurrerende inschrijvingen hadden kunnen doen. Indien de eisen tijdens de uitvoering van de opdracht niet worden gehandhaafd, handelt een aanbestedende dienst in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie (vgl. Advies 469, overweging 5.3.3).
- 5.3. De Commissie zal nu overgaan tot beoordeling van de klacht. In dat kader zal de Commissie onderzoeken hoe de wijzigingen van de onderhavige concessieovereenkomst in het licht van het bovenstaande toetsingskader dienen te worden beoordeeld.
- 5.4. De Commissie zal allereerst ingaan op de uitbreiding van de opdracht met in totaal 51 A0-reclamedisplays (van 120 naar 171 A0-reclamedisplays).

- 5.4.1. Ondernemer heeft gesteld dat ondernemer X heimelijk extra A0-reclamedisplays heeft geplaatst waarvoor hij geen afdracht heeft gedaan. Van heimelijke plaatsing blijkt echter in het geval van 50 van de 51 extra geplaatste A0-reclamedisplays geen sprake te zijn. Aanbesteder stelt dat hij van de met deze 50 extra plaatsingen gemoeide uitbreidingen van de concessieovereenkomst op de hoogte was (zie 4.2.5 en 4.2.6 hiervoor). Uit de overgelegde mailwisseling tussen aanbesteder en ondernemer X blijkt overigens dat de tweede uitbreiding – bestaande uit 20 van de 50 hiervoor bedoelde A0-reclamedisplays – op verzoek van aanbesteder plaatsvond. Aanbesteder heeft ook gesteld dat er meer afdracht door ondernemer X plaatsvindt doordat er meer A0-reclamedisplays zijn geplaatst (zie 4.9 hiervoor). Voor deze 50 A0-reclamedisplays lijkt er dan ook geen sprake te zijn van plaatsing van displays zonder dat daar een afdracht tegenover stond. Overigens valt het te betreuren dat aanbesteder hierover niet eerder openheid van zaken heeft gegeven aan ondernemer.
- 5.4.2. Vervolgens is het de vraag of de uitbreiding met uiteindelijk 50 of 51 A0-reclamedisplays, van 120 naar 170 of 171, door een zogenoemde herzieningsclausule kan worden gerechtvaardigd (zie 5.2.4 hiervoor). In eis 5.8.1 en 5.8.2 van het Programma van Eisen en in artikel 2.2 van de concept concessieovereenkomst (zie 1.2 hiervoor) is in de mogelijkheid van uitbreiding van het aantal A0-reclamedisplays voorzien. De overeenkomst stelt echter geen enkele beperking aan de omvang van deze uitbreidingsmogelijkheid. Naar het oordeel van de Commissie voldoen eis 5.8.1 en 5.8.2 van het Programma van Eisen en artikel 2.2 van de concessieovereenkomst daarmee niet aan de vereisten voor een herzieningsclausule in die zin dat een herzieningsclausule duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig moet zijn en de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen moet omschrijven (zie 5.2.4 hiervoor en vgl. in dit kader ook HvJ EU 19 december 2018, zaak C-216/17, ECLI:EU:C:2018:1034, r.o. 57-70 betreffende de bepaalbaarheid van raamovereenkomsten).
- 5.4.3. Nu eis 5.8.1 en 5.8.2 van het Programma van Eisen en artikel 2.2 van de concessieovereenkomst de uitbreiding van 120 naar uiteindelijk 170 of 171 A0-reclamedisplays niet kunnen rechtvaardigen, zal de Commissie vervolgens onderzoeken of sprake is van een wezenlijke wijziging in de zin van de Presstext-criteria (zie 5.2.5 hiervoor). De uitbreiding van 120 naar uiteindelijk 170 of 171 A0-reclamedisplays is naar verhouding aanzienlijk. Met deze uitbreiding kan de concessiehouder een aanzienlijk hogere omzet en daarmee waarschijnlijk ook schaalvoordelen realiseren. Naar het oordeel van de Commissie wordt dan ook aan twee van de in 5.2.5 hiervoor bedoelde voorwaarden uit het arrest Presstext voldaan. De Commissie acht aannemelijk dat de inschrijvers bij de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure een andere offerte hadden ingediend indien deze uitbreidingsmogelijkheid tijdens deze aanbestedingsprocedure in een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule als bedoeld in 5.2.4 hiervoor was bekendgemaakt. Mogelijk zou de concessieovereenkomst in dat geval met een andere inschrijver zijn gesloten. Naar het oordeel van de Commissie is daarmee eveneens het economische evenwicht van de concessieovereenkomst als gevolg van de uitbreidingen in het voordeel van de concessiehouder gewijzigd op een wijze die in de oorspronkelijke voorwaarden niet was bedoeld.
- 5.4.4. Op grond van het voorgaande komt de Commissie dan ook tot het oordeel dat de uitbreidingen met in totaal 50 of 51 A0-reclamedisplays gezamenlijk als een wezenlijke wijziging moeten worden aangemerkt.
- 5.5. Vervolgens zal de Commissie onderzoeken of ook sprake is van een wijziging doordat aanbesteder niet of onvoldoende is opgetreden tegen tekortkomingen in de nakoming van de concessieovereenkomst door ondernemer X en die wijziging als

wezenlijk kan worden aangemerkt in het licht van de Pressetext-criteria (zie 5.2.5 hiervoor). In dat kader stelt ondernemer dat ondernemer X in strijd handelt met de concessievoorwaarden door de voorrangsregel en het maximumtarief voor niet-commerciële culturele en maatschappelijke campagnes niet voldoende duidelijk op haar website te vermelden.

- 5.5.1. Daarop heeft aanbesteder in de reactie op de bij de Commissie ingediende klacht gesteld dat ondernemer X het volgende op zijn website heeft vermeld (zie 4.3.1 hiervoor):

‘Algemene bijzonderheden

Voor culturele en/of lokale campagnes kunnen speciale tarieven gelden. Wellicht komt u hiervoor in aanmerking. Voor meer informatie, neem contact met ons op: [telefoonnummer]’

- 5.5.2. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer X daarmee niet voldaan aan eis 5.9.3 van het Programma van Eisen en evenmin aan artikel 6.3 van de concept concessieovereenkomst (zie 1.2 hiervoor), waarin is bepaald dat de voorrangsregel en de volledige tariefstelling openbaar, duidelijk en blijvend gecommuniceerd dienen te worden.

- 5.5.3. In de reactie op de klacht bij de Commissie heeft aanbesteder aangegeven van mening te zijn dat ondernemer X de voorrangsregel en de volledige tariefstelling nog meer openbaar en duidelijker dient te communiceren en dat aanbesteder van ondernemer X zal vorderen dit zo spoedig mogelijk te realiseren (zie 4.3.4 hiervoor). Inmiddels is op de website van ondernemer X, onder meer, het volgende vermeld over de tarieven in het gebied van aanbesteder:

‘Tarief (per week per bord):

- **Tarief 1: €23,64**
Lokale, culturele en charitatieve (niet commerciële) campagnes.
- **Tarief 2: €41,78**
Overige campagnes (incl. handelsreclame).

Lokale niet-commerciële – en maatschappelijke campagnes hebben voorrang op andere campagnes en krijgen een standaardkorting van 15% op het hier genoemde lage tarief.

* Alle genoemde tarieven zijn exclusief productiekosten en 21% BTW.

* Voor sommige campagnes geldt een special tarief. Neem voor meer informatie contact op met uw accountmanager.’

- 5.5.4. Ook heeft aanbesteder in de reactie op de klacht aangekondigd dat hij ondernemer X zal vragen om de juistheid van zijn bruto-/nettofacturen en de prijsindex te onderbouwen met kopiefacturen inclusief een toelichting. Mocht hieruit blijken dat het netto-tarief niet overeenstemt met het contracttarief (inclusief indexatie) dan zal aanbesteder ondernemer X sommeren om dit met terugwerkende kracht te corrigeren (zie 4.4.5 hiervoor).

- 5.5.5. De Commissie leidt hieruit af dat aanbesteder voornemens is om de concessievoorwaarden betreffende de voorrangsregel en het maximumtarief voor de toekomst te handhaven. Voor het verleden zal aanbesteder ondernemer X sommeren om eventueel te veel in rekening gebrachte bedragen met terugwerkende kracht te corrigeren.

- 5.5.6. Nog daargelaten dat aanbesteder deze maatregelen nog niet had genomen ten tijde van het indienen van de klacht bij de Commissie, laat aanbesteder naar het oordeel van de Commissie ondanks deze maatregelen voor de toekomst en het verleden nog een wijziging ten opzichte van de oorspronkelijke concessievoorwaarden in stand. Doordat ondernemer X de voorrangregel en de volledige tariefstelling voor niet-commerciële culturele en maatschappelijke campagnes zeker vijf jaar lang (van 1 januari 2014 tot de reactie op de klacht bij de Commissie op 21 februari 2019) niet 'openbaar, duidelijk en blijvend' heeft gecommuniceerd, valt niet uit te sluiten dat als gevolg daarvan bij dergelijke campagnes is afgezien van het gebruik van de A0-reclamedisplays via ondernemer X. Voor zover bij niet-commerciële culturele en maatschappelijke campagnes is afgezien van het gebruik van deze A0-reclamedisplays, valt ook niet uit te sluiten dat ondernemer X zijn aanzienlijk hogere, commerciële tarief voor de A0-reclamedisplays heeft kunnen realiseren en daarmee aanzienlijk meer inkomsten heeft kunnen verwerven dan op basis van de oorspronkelijke concessievoorwaarden mogelijk zou zijn geweest. In dat kader heeft aanbesteder geen gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid om overeenkomstig artikel 9.2 van de concept concessieovereenkomst boetes op te leggen aan ondernemer X die zijn gerealiseerde voordeel eventueel zouden kunnen neutraliseren.
- 5.5.7. Naar het oordeel van de Commissie leidt het niet optreden tegen deze niet-nakoming van de concessieovereenkomst tot een wezenlijke wijziging van deze overeenkomst, aangezien naar haar oordeel aan twee van de in 5.2.5 hiervoor bedoelde voorwaarden uit het arrest Preettext wordt voldaan. Naar het oordeel van de Commissie kan deze wijziging immers allereerst worden aangemerkt als een wijziging die het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de concessiehouder op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke concessieovereenkomst niet was bedoeld. Indien deze wijziging ten tijde van de aanbestedingsprocedure bekend was geweest, zou dit tevens tot andere offertes en daarmee ook tot een keuze voor een andere offerte hebben kunnen leiden.
- 5.6. Daarmee is de concessieovereenkomst naar het oordeel van de Commissie wezenlijk gewijzigd doordat het aantal displays is uitgebreid van 120 naar uiteindelijk 170 of 171 (zie 5.4-5.4.4), alsmede doordat aanbesteder niet is opgetreden tegen tekortkomingen in de nakoming van de concessieovereenkomst door ondernemer X als gevolg waarvan de overeenkomst tevens wezenlijk is gewijzigd (zie 5.5-5.5.7 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder de opdracht dan ook ten onrechte niet opnieuw aanbesteed en daarmee acht de Commissie de klacht gegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 13 september 2019

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid