

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 697

1. Waar gaat dit Advies over?

In dit Advies staat de vraag centraal of aanbesteder gerechtvaardigd een onderdrempelige concessieopdracht één op één gegund heeft.

2. Hoe luidt dit Advies?

- 2.1. De Commissie is, alles afwegende van oordeel dat de onderhavige opdracht geen duidelijk grensoverschrijdend belang heeft en acht klachtonderdeel 1 **ongegrond**
- 2.2. De Commissie heeft geen kennis kunnen nemen van de inhoud van de motivering van aanbesteder om de enkelvoudige aanbestedingsprocedure te volgen en kan derhalve niet inhoudelijk beoordelen of aanbesteder gemotiveerd afgeweken is van de voorgeschreven procedurekeuze in Voorschrift 3.4 A van de Gids Proportionaliteit. De Commissie acht klachtonderdeel 2 **ongegrond**

3. Feitenrelaas

Feitelijk verloop

- 3.1. Een Nederlandse ondernemer heeft gedurende 7,5 jaar werkzaamheden uitgevoerd onder een met aanbesteder overeengekomen concessieovereenkomst voor de exploitatie van A0 reclaimedisplays in de gemeente van aanbesteder. Deze concessieovereenkomst liep af op 1 januari 2023.
- 3.2. Op 12 oktober 2022 heeft aanbesteder een concessieovereenkomst, voortkomend uit een enkelvoudig onderhandse gunning, gesloten voor de exploitatie van A0 reclaimedisplays met ondernemer X [een concurrent van ondernemer].
- 3.3. In november 2022 [exacte datum is onbekend bij de Commissie] is ondernemer hiervan op de hoogte gesteld door aanbesteder.
- 3.4. Op 1 december 2022 heeft ondernemer een Woo-verzoek ingediend bij aanbesteder om, onder andere, de concessieovereenkomst en de motivering voor de enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedure in te zien.
- 3.5. Op 26 januari 2023 heeft ondernemer de overeenkomst tussen aanbesteder en X ingezien waaruit blijkt dat de totale contractwaarde van de concessie ligt tussen de €625.000,00 en €825.000,00, exclusief btw.
- 3.6. Op 9 februari 2023 heeft ondernemer de motivering ingezien voor de keuze om de betreffende concessieopdracht middels een enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedure aan ondernemer X te gunnen.
- 3.7. Ondernemer heeft op 27 februari 2023 een bezwaar ingediend bij aanbesteder tegen de enkelvoudig onderhandse gunning van deze concessieopdracht aan ondernemer X.

- 3.8. Op 10 maart 2023 heeft aanbesteder inhoudelijk gereageerd op het bezwaar van ondernemer.
- 3.9. Op 18 april 2023 heeft ondernemer een klacht ingediend bij de Commissie en op 23 mei 2023 heeft aanbesteder zijn zienswijze op de klacht bij de Commissie ingediend.

4. Hoe luidt de klacht en wat is de reactie van aanbesteder?

Klachtonderdeel 1 - Sprake van grensoverschrijdend belang

- 4.1. Uit artikel 1.7 e.v., van de Aanbestedingswet 2012 volgt dat, indien een aanbestedende dienst een concessie voor diensten met een grensoverschrijdend belang gunt, hij een passende mate van openbaarheid moet hanteren zodat de concessie ook voor feitelijke en onpartijdige mededinging uit andere lidstaten openstaat.
- 4.1.1. In het onderhavige geval gaat het om een concessie met een grensoverschrijdend belang. De van belang zijnde criteria daarbij zijn volgens ondernemer vooral de economische waarde van de opdracht en de geografische ligging van het gebied waarin de opdracht uitgevoerd moet worden. In dit geval gaat het om de tweede stad van [provincie van aanbesteder] met totaal 100 tweezijdige displays, direct aan de grens met Duitsland, waarbij er ook met regelmaat Duitse adverteerders (soms zelfs in de Duitse taal) gebruik maken van de A0 displays. Het is dus aannemelijk dat ook Duitse ondernemers tot de gegadigden behoren, ook omdat de totale contractwaarde ligt tussen de € 625.000,00 en € 825.000,00, exclusief btw. Het gaat dus om een aanmerkelijk economisch belang, aldus ondernemer. Uit het vorenstaande volgt dat de concessie een grensoverschrijdend belang heeft. Als gevolg hiervan had overeenkomstig de artikelen 1.7, e.v. van de Aanbestedingswet 2012, moeten worden gehandeld. Aanbesteder had in voldoende mate tot mededinging moeten oproepen. Dat heeft aanbesteder ten onrechte nagelaten.
- 4.1.2. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat in onderhavig geval geen sprake is van grensoverschrijdend belang. Hij draagt hiertoe de volgende motivering aan.
- 4.1.3. Het argument dat [gemeente van aanbesteder] gelet op haar geografische locatie buitenlandse geïnteresseerden, bijvoorbeeld marktpartijen in Duitsland, kan aantrekken, is onvoldoende.
- 4.1.4. De geringe economische waarde van de onderdrempelige concessie is volgens aanbesteder een zwaarwegende en een bruikbare indicatie (tevens een objectief criterium) dat geen grensoverschrijdend belang aanwezig is. Aanbesteder tekent daarbij aan dat er, gelet op de geringe economische waarde, geen reële mogelijkheid bestaat dat ondernemingen in andere lidstaten bij een passende mate van openbaarheid belangstelling zouden hebben getoond. Dit zou anders zijn geweest als de economische waarde van de concessie substantieel hoog zou zijn geweest en om of nabij de Europese drempelwaarde van € 5.382.000,00 exclusief btw zou hebben gelegen. In die situatie had de gemeente wel gekozen voor een openbare aankondiging van de onderdrempelige concessie. Aanbesteder is van oordeel dat, gelet op de geringe economische waarde van de onderhavige concessie, er derhalve geen sprake is van een grensoverschrijdend belang. Tevens bevat de concessieopdracht volgens aanbesteder niet zodanig technische kenmerken dat er aanwijzingen zouden zijn voor grensoverschrijdend belang.

Klachtonderdeel 2 - Verkeerde procedure toegepast

- 4.2. Ook als de opdracht geen grensoverschrijdend belang heeft, geldt dat ten onrechte geen mededinging is opgeroepen. In het inkoopbeleid van aanbesteder is niet uitdrukkelijk bepaald welke procedure moet worden gevolgd in geval van een concessie. In dat geval geldt volgens ondernemer als uitgangspunt hetgeen in de Gids Proportionaliteit is bepaald. Uit voetnoot 7 van de Gids Proportionaliteit volgt dat aangesloten kan worden bij de balkjes Werken. Daaruit volgt dat tussen de €150.000 en €1.500.000 (exclusief btw) een meervoudig onderhandse procedure gevolgd kan worden. Het betreft hier een concessie met een omzetwaarde tussen de € 625.000,00 en € 875.000,00 exclusief btw. Voor deze opdracht had volgens ondernemer dus tenminste een meervoudig onderhandse procedure gevolgd moeten worden.
- 4.2.1. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat hij op basis van objectieve gronden gekomen is tot de onderhavige procedurekeuze.
- 4.2.2. Voetnoot 7 in de Gids Proportionaliteit geeft volgens aanbesteder beleidsvrijheid aan aanbesteder, er kan aansluiting gezocht worden bij de balkjes Werken maar dit is geen verplichting. Aanbesteder heeft niet in strijd gehandeld met het bepaalde in de Gids Proportionaliteit en de Aw 2012, maar juist gebruik gemaakt van de beleidsvrijheid die de Gids Proportionaliteit biedt bij onderdrempelige concessies zonder grensoverschrijdend belang. Een andere lezing zou volgens aanbesteder in strijd zijn met het bepaalde in de Gids Proportionaliteit en de Aw 2012.
- 4.2.3. Bovendien is de omvang van de concessie dermate klein dat het proportioneel is de concessie onderhands te gunnen aan ondernemer X. In voorschrift 3.4A van de Gids Proportionaliteit wordt immers (ook) gesproken over de omvang van de opdracht. Dit lijkt te impliceren dat een geringe economische waarde als objectief criterium kan worden gehanteerd.

5. Onderbouwing van het advies

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 12 oktober 2022 op basis van een enkelvoudig onderhandse aanbestedingsprocedure een concessieovereenkomst, gesloten heeft voor de exploitatie van A0 reclamedisplays met ondernemer X [een concurrent van ondernemer]. De Commissie begrijpt dat een dergelijke overeenkomst eerder gedurende 7,5 jaar gegund is geweest aan ondernemer.

Klachtonderdeel 1 – Duidelijk grensoverschrijdend belang

- 5.2. In casu betreft het een onderdrempelige concessieopdracht voor diensten waarop in beginsel de Aw 2012, met uitzondering van afdeling 1.2.1 van deel 1 Aw 2012, niet van toepassing is. De bepalingen van Afdeling 1.2.2 Aw 2012 zijn echter wel van toepassing wanneer de concessieopdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft (artikel 1.7, aanhef en onder b, Aw 2012). De Gids Proportionaliteit (2^e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden) is eveneens van toepassing.
- 5.3. De Commissie stelt vast dat de opdracht een concessieopdracht betreft die wat omvang betreft beneden de Europese drempelwaarde blijft. Afdeling 1.2.1 Aw 2012 is dan ook van toepassing op de opdracht. Aanbesteder is op grond van artikel 1.4 Aw 2012 verplicht om zijn keuze voor het hanteren van een, in dit geval, enkelvoudig onderhandse procedure te bepalen op basis van objectieve criteria. Vaststaat dat aanbesteder een motivatie voor zijn keuze een enkelvoudig onderhandse procedure te volgen aan ondernemer heeft verstrekt (zie 3.6). De inhoud van die motivatie is de Commissie niet bekend en is niet ter discussie gesteld door ondernemer.

- 5.4. Ondernemer stelt dat bij de concessieopdracht, zoals door aanbestede aan ondernemer X is gegund, sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Op grond van artikel 1.7 sub b Aw 2012 heeft dat tot gevolg dat afdeling 1.2.2 'Beginselen bij Europese aanbestedingen' van de Aw 2012 van toepassing is op de opdracht. Artikel 1.9 Aw 2012 is daarmee van toepassing en lid 2 bepaalt dat aanbestede bij de toepassing van het transparantiebeginsel in ieder geval zorg moet dragen voor een passende mate van openbaarheid. Aanbestedende diensten zijn in dat geval gehouden om door middel van een passend medium een oproep tot mededinging te doen, zodat in de opdracht geïnteresseerde ondernemingen hun interesse kunnen laten blijken.
- 5.5. De vraag die de Commissie allereerst beantwoordt, is of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang bij deze concessieopdracht. Het feit dat ondernemer een Nederlandse en geen buitenlandse ondernemer is, staat niet in de weg aan een beroep op een duidelijk grensoverschrijdend belang. Een in Nederland gevestigde ondernemer kan zich, net als buitenlandse ondernemingen, beroepen op schending van de verplichting om een passende mate van openbaarheid in acht te nemen als een opdracht of concessie een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

Toetsingskader duidelijk grensoverschrijdend belang

- 5.6. In (Europese) jurisprudentie is invulling gegeven aan het begrip 'duidelijk grensoverschrijdend belang' (zie onder meer HvJ EU 15 mei 2008, zaken C-147/06 en C-148/06 (SECAP en Santorso), HvJ EU 14 november 2013, zaak C-221/12 (Belgacom), HvJ EU 16 april 2015, zaak C-278/14 (Enterprise Solutions), HvJ EU 6 oktober 2016, zaak C-318/15 (Tecnoedi), HvJ EU 5 april 2017, zaak C-298/15 (Borta/Klapeidos), HvJ EU 20 maart 2018, C-187/16 (Commissie/Oostenrijk), HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:722). Het begrip 'duidelijk grensoverschrijdend belang' voorkomt dat elke opdracht, hoe gering ook, transparant zou moeten worden gegund. Het begrip 'duidelijk grensoverschrijdend belang' moet geobjectiveerd worden uitgelegd. Vóórdat aanbestede de keuze maakt op welke wijze hij de opdracht wil aanbesteden, moet hij vaststellen of de te verlenen opdracht aan dit criterium voldoet. Aanbestede moet een inschatting kunnen maken van het belang van de opdracht voor partijen uit andere lidstaten.
- 5.6.1. Het duidelijk grensoverschrijdende belang kan volgens vaste rechtspraak met name voortvloeien uit de economische waarde van de opdracht, bezien in samenhang met de plaats van uitvoering en de technische kenmerken ervan. De Commissie citeert hierbij uit r.o. 3.4.4 van voornoemd arrest van de Hoge Raad:

'(...)

Het gaat hier niet om vereisten waaraan, al dan niet cumulatief, voldaan dient te zijn, maar om factoren die in het bijzonder voor het oordeel van de rechter van belang kunnen zijn. De rechter moet behalve deze factoren ook de eventuele andere relevante omstandigheden van het geval in zijn oordeel betrekken (vgl. het arrest Enterprise Solutions, punten 20 en 22). Andere in de rechtspraak van het HvJEU genoemde factoren zijn het belang van in andere lidstaten gevestigde ondernemers, mits dit belang reëel en niet fictief is (zie het arrest Borta/Klapeidos, punt 44), en de omstandigheid dat eventuele uit andere lidstaten afkomstige inschrijvers geconfronteerd kunnen worden met eisen en extra lasten in verband met de verplichting zich aan te passen aan het juridische en bestuurlijke kader van de lidstaat waar de opdracht wordt uitgevoerd en om te voldoen aan taalvereisten (zie het arrest Tecnoedi, punt 25). Niet is vereist dat marktdeelnemers daadwerkelijk belangstelling hebben geuit (zie het arrest Belgacom, punt 31).'

- 5.6.2. Bij de beoordeling of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang gaat het om een beoordeling per opdracht en moet het bestaan van dat belang op grond van objectieve criteria worden vastgesteld. De Commissie citeert hierbij uit voornoemd Tecnoedi-arrest, randnummer 20:

'Wat de objectieve criteria betreft die kunnen duiden op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang, heeft het Hof reeds geoordeeld dat met name het aanzienlijke bedrag van de betrokken opdracht, in combinatie met de plaats van uitvoering van de werken of de technische kenmerken van de opdracht en de specifieke kenmerken van de betrokken producten, dergelijke criteria kunnen zijn. In die context kan tevens rekening worden gehouden met het bestaan van klachten van in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers, mits wordt nagegaan of het werkelijke klachten en geen schijnklachten betreft (zie in die zin arresten van 15 mei 2008, SECAP en Santorso, C-147/06 en C-148/06, EU:C:2008:277, punt 31, en 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).'

- 5.6.3. Deze objectieve criteria kunnen derhalve wijzen op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het komt daarbij aan op een weging van deze criteria. Wanneer de economische waarde van de opdracht in een concreet geval aanzienlijk is te noemen, is dat een belangrijke indicatie dat de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.
- 5.6.4. Niet vereist is dat buitenlandse marktdeelnemers daadwerkelijk belangstelling voor de opdracht hebben geuit. Het begrip 'duidelijk grensoverschrijdend belang' is in zoverre een abstract begrip. De economische waarde van een opdracht kan echter zo substantieel zijn dat op grond daarvan een reële mogelijkheid bestaat dat ondernemingen uit andere lidstaten bij een passende mate van openbaarheid belangstelling zouden hebben getoond.

Sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang?

- 5.7. De vraag die voorligt, is of aanbesteder tekortgeschoten is in zijn verplichting tot het betrachten van een passende mate van openbaarheid. Daarvoor is het nodig te onderzoeken of de onderhavige opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. De Commissie stelt vast dat daarbij eerst en vooral moet worden gedacht aan de economische waarde van de opdracht, in samenhang beschouwd met de plaats van uitvoering, de technische kenmerken en de specifieke kenmerken van de betreffende diensten.
- 5.8. In deze zaak heeft aanbesteder een concessieopdracht voor de exploitatie van A0 reclamedisplays met een geraamde waarde gelegen tussen € 625.000,00 en € 825.000,00, exclusief btw, enkelvoudig onderhands aanbesteed. Aanbesteder is van mening dat de opdracht daarmee een 'geringe economische waarde' vertegenwoordigt (zie 4.1.4). Aanbesteder knoopt daarvoor aan bij de relevante drempelwaarde van € 5.382.000 en stelt dat het bij een opdracht met een geraamde waarde om en nabij de Europese drempelwaarde aannemelijk is dat sprake is van een grensoverschrijdend belang. Ondernemer stelt daartegenover dat de opdrachtwaarde een 'aanmerkelijk economisch belang' vertegenwoordigt, maar onderbouwt dit verder niet.
- 5.9. Alhoewel de economische waarde van een opdracht op zichzelf genomen niet doorslaggevend is voor de vraag of de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, maakt de Commissie uit jurisprudentie op dat wanneer in een concreet geval de economische waarde van een opdracht substantieel is, dit een belangrijke indicatie kan zijn dat de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.

Wat kan daaromtrent worden opgemerkt met betrekking tot de onderhavige opdracht?

- 5.10. De onderhavige opdracht is een concessieovereenkomst voor diensten. Uit overweging 23 bij de Concessierichtlijn 2014/23/EU blijkt dat deze richtlijn alleen van toepassing is op concessieovereenkomsten 'met een waarde gelijk aan of groter dan een bepaalde drempel, die het duidelijk grensoverschrijdend belang dient weer te geven van concessies voor ondernemers die gevestigd zijn in andere lidstaten dan die van de aanbestedende dienst (...)'. Op basis van het bepaalde in artikel 8 lid 1 van Richtlijn 2014/23 EU (art 2a.2 Aw 2012) geldt voor dergelijke concessieovereenkomsten een Europese drempelwaarde van € 5.382.000,00. Het grensoverschrijdende belang van concessieopdrachten met een waarde vanaf en boven die drempelwaarde staat daarmee vast. De onderhavige opdracht heeft een waarde tussen € 625.000,00 en € 825.000,00 en ligt daarmee niet dichtbij, maar ruim onder de Europese drempelwaarde. De Commissie overweegt dat in relatie tot deze drempelwaarde, de economische waarde van de opdracht eerder 'relatief gering' is dan 'substantieel of aanzienlijk'.
- 5.11 Met betrekking tot de plaats van uitvoering van de opdracht, overweegt de Commissie het volgende. Aanbesteder is gevestigd in een grensregio met Duitsland. De aard van de aanbestede opdracht brengt mee dat de te verrichten diensten ten dele moet plaatsvinden binnen de gemeentegrenzen van aanbesteder. De Commissie begrijpt dat ondernemer onder meer verantwoordelijk is voor plaatsing, schoonmaak en onderhoud van de displays en dat daarvoor fysieke aanwezigheid van personeel en apparatuur noodzakelijk zullen zijn. Voor andere werkzaamheden die behoren tot de opdracht, zoals verhuur, werven van adverteerders en contentbeheer kan de Commissie zich voorstellen dat het daarvoor niet nodig is fysiek aanwezig te zijn in de regio van aanbesteder en dat deze werkzaamheden op afstand kunnen worden verricht.
- 5.12. Met betrekking tot de vraag of de opdracht zodanig technische kenmerken bevat dat dit aanwijzingen zou opleveren voor een grensoverschrijdend belang, merkt de Commissie op dat aanbesteder stelt dat daarvan geen sprake is, maar deze stelling verder niet onderbouwt. Ondernemer is in zijn klacht op dit criterium in het geheel niet ingegaan.
- 5.13. Naast de toepassing van voornoemde objectieve criteria, moet het oordeel dat een opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, gebaseerd zijn op een weging van alle relevante omstandigheden van het geval. Ondernemer stelt dat de displays mede gebruikt worden door Duitse adverteerders, wat volgens hem een aanwijzing zou kunnen zijn voor belangstelling in onderhavige opdracht van Duitse ondernemers. De Commissie acht de omstandigheid dat de displays mede gebruikt zouden worden door Duitse adverteerders niet concreet genoeg voor een positieve aanwijzing van een duidelijk grensoverschrijdend belang. De economische waarde van de betreffende opdracht is daarnaast niet zo substantieel dat op grond hiervan een reële mogelijkheid bestaat dat ondernemingen uit andere lidstaten, die zich bezighouden met de exploitatie van A0 reclaimedisplays, bij een passende mate van openbaarheid belangstelling zouden hebben getoond.
- 5.14. De Commissie is, alles afwegende van oordeel dat de onderhavige opdracht geen duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. De Commissie mist omstandigheden die bij een globale beoordeling van alle relevante omstandigheden de balans doen doorslaan naar een duidelijk grensoverschrijdend belang. Tegenover de geringe economische waarde van de opdracht staat de plaats van uitvoering (grensregio). Nu ondernemer ten aanzien van de specifieke technische kenmerken van de opdracht niet nader heeft onderbouwd op welke wijze dit element de balans zou doen doorslaan naar een duidelijk grensoverschrijdend belang, kan de Commissie

dit objectieve criterium niet opnemen in haar afweging. Het had op de weg van ondernemer gelegen om, zeker gezien de relatief geringe economische waarde van de opdracht, relevante omstandigheden aan te dragen waardoor een duidelijk grensoverschrijdend belang in positieve zin aannemelijk gemaakt wordt. De Commissie kan zich voorstellen dat zulke gegevens mogelijk een reëel belang bij de opdracht van een buitenlandse ondernemer, actief in de exploitatie van reclame-displays, hadden kunnen betreffen. Derhalve acht de Commissie dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Klachtonderdeel 2 - Verkeerde procedure toegepast

- 5.15. Nu ondernemer de Commissie niet heeft overtuigd van het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang, komt de Commissie toe aan de vraag of aanbesteder de concessieopdracht door middel van een enkelvoudig onderhandse procedure mocht gunnen aan ondernemer X, althans of aanbesteder de opdracht niet door middel van een meervoudig onderhandse procedure in de markt had moeten zetten.
- 5.16. Via haar inkoopbeleid heeft aanbesteder zich verbonden aan naleving van hetgeen bepaald is in de Gids Proportionaliteit. Het toetsingskader om voornoemde vraag te beantwoorden wordt dan ook gevormd door deel 1 Aw 2012, in het bijzonder afdeling 1.2.1, en de Gids Proportionaliteit, in het bijzonder Voorschrift 3.4 A. Dit houdt in de eerste plaats in dat artikel 1.4, lid 1, onder a en b, jo. artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 van toepassing is hetgeen met zich meebrengt dat aanbesteder de keuze voor de enkelvoudig onderhandse gunning en de keuze van de gunning van de opdracht aan ondernemer X op basis van objectieve criteria diende te bepalen. In de tweede plaats houden deze bepalingen in dat aanbesteder die keuze op verzoek van ondernemer diende te motiveren.
- 5.17. In de toelichting op Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit is met betrekking tot de omvang van de opdracht een balkenschema opgenomen, waarbij de omvang van de opdracht, een van de aspecten die een rol spelen bij de keuze voor een aanbestedingsprocedure, wordt gekoppeld aan een bepaalde wijze van aanbesteden. Voor concessieopdrachten bepaalt de Gids Proportionaliteit dat kan worden aangesloten bij de balkjes Werken (voetnoot 7, paragraaf 3.4.2). In casu betreft de opdracht een dienstenconcessie met een waarde gelegen tussen de € 625.000,00 en €825.000,00, exclusief btw. Met inachtneming van de Gids Proportionaliteit zou aanbesteder gelet op de omvang van de opdracht een keuze hebben moeten maken voor de meervoudig onderhandse procedure.
- 5.18. De Commissie stelt vast dat aanbesteder, nu hij de enkelvoudig onderhandse procedure heeft toegepast, afgeweken is van de Gids Proportionaliteit. Afwijken van de Gids is toegestaan, mits deze afwijking wordt gemotiveerd ('pas toe of leg uit'). Uit de klacht kan de Commissie opmaken dat ondernemer op grond van artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 de motivering voor zijn keuze om de enkelvoudig onderhandse procedure toe te passen bij aanbesteder heeft opgevraagd. Ondernemer en aanbesteder hebben deze motivering niet aan de Commissie overlegd. De Commissie heeft dan ook geen kennis kunnen nemen van de inhoud van deze motivering en kan derhalve niet inhoudelijk beoordelen of aanbesteder gemotiveerd afgeweken is van de voorgeschreven procedurekeuze in Voorschrift 3.4 A van de Gids. Derhalve acht de Commissie ook dit klachtonderdeel **ongegrond**.

De commissieleden mr. M.C Pinto en mr. dr. A.J. van Heeswijck hebben zich onthouden van deelname aan de totstandkoming van dit advies (artikel 9 lid 5 Reglement).

Den Haag, 20 november 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter