

## notitie

van mr. A.J.H.W.M. Versteeg  
datum 26 mei 2020  
referentie 2020.0014  
betreft motie van afkeuring van BOP en het verhandelde in de debatraad

Deze notitie bevat de juridische analyse van de standpunten die de Baarnse Onafhankelijke Partij (hierna: "de BOP") heeft verwoord in een motie van afkeuring, ingebracht voor de vergadering van de raad van de gemeente Baarn van 27 mei 2020 alsmede een juridische reactie op door de BOP tijdens de debatraad van 20 mei 2020 verwoorde standpunten. Uit mijn eerdere betrokkenheid bij dit dossier ben ik als advocaat van de gemeente bekend met de opdrachtverlening aan Awareness B.V.

### over de motie van afkeuring

Ik volg in mijn analyse en dus in deze notitie de motie op de voet:

1. In de eerste volzin van de motie (regel 1, tot en met 5,) neemt de BOP het standpunt in dat "*moet worden vastgesteld*" dat het college van burgemeester en wethouders (hierna: "het college") bij de verlening van de opdracht aan Awareness B.V. (hierna: "Awareness") gehandeld heeft "*in strijd met*" bepalingen uit de regeling Inkoop- en aanbestedingsbeleid voor de gemeente Baarn.  
Het is niet duidelijk op welke bepalingen de BOP het oog heeft, maar gelet op het verloop van de motie mag worden aangenomen dat de BOP van mening is dat de opdracht niet onderhands gegund had mogen worden omdat het drempelbedrag voor toepassing van een van de aanbestedingsprocedure overschreden zou zijn. De BOP lijkt die opinie te baseren op de gedachte dat de som van de waarde van de opdracht aan Awareness vermeerderd met de waarde voor meerwerk het drempelbedrag van € 50.000,- overschrijdt.  
In haar motie spreekt de BOP van de "regeling" Inkoop- en aanbestedingsbeleid gemeente Baarn maar volgens de publicatie in de Staatscourant is sprake van een beleidsnota. Voor de beoordeling van de betekenis van de in de nota opgenomen beginselen wil ik geen discussie voeren over de vraag of er rechtens verschil bestaat tussen

een "regeling" en een "beleidsnota" want dat verschil is er, maar voor de interne verhouding is de vraag van belang of de beginselen waarop de BOP zich beroept, zijn geëerbiedigd.

De beleidsnota bepaalt dat een opdracht diensten te verlenen met een waarde van minder dan € 50.000,- enkelvoudig onderhands aanbesteed mag worden. De beleidsnota bepaalt in onderdeel 5., dat de gemeente de Europeesrechtelijke regels voor waardebeoordeling toepast.

Voor de beoordeling van de stelling van de BOP dient dus te worden nagegaan op welk moment de waarde van een opdracht bepaald dient te worden volgens die Europeesrechtelijke regels.

Artikel 2.15, eerste lid, van de Aanbestedingswet 2012 dat de implementatie is van artikel 9, eerste lid, van Richtlijn 2004/18/EG bepaalt dat de waarde van een overheidsopdracht geraamd wordt op *het tijdstip van verzending van de aankondiging van die overheidsopdracht* of, indien niet in een aankondiging is voorzien, op *het tijdstip waarop de procedure voor de gunning door de aanbestedende dienst wordt ingeleid*.

Artikel 2.15, tweede lid, bepaalt dat bij de raming van de waarde rekening dient te worden gehouden met alle opties en mogelijkheden van verlenging van de overeenkomst zoals die blijken uit de aanbestedingsstukken.

Indien enkelvoudig wordt aanbesteed, zijn er veelal geen aanbestedingsstukken en zal moeten worden uitgegaan van de offerte die is ingediend. Uit de offerte van Awareness die in het bezit van de leden van de raad is, blijkt dat de opdracht nauwkeurig bepaald was en dat niet was voorzien in de mogelijkheid van meerwerk.

Vast staat ook dat de waarde van de opdracht ruim onder de drempel bleef.

De BOP lijkt zich de consequentie van deze feiten ook te realiseren omdat anders niet goed te begrijpen is waarom zij naast de oorspronkelijke offerte ook de waarde van meerwerk bij haar beoordeling betreft en voorbijgaat aan het feit dat voor meerwerk apart opdracht is verleend.

In de motie legt de BOP niet uit dat en waarom ten tijde van de waardering van de opdracht (en dus ten tijde van ten laatste de offerte die is uitgebracht) het college wist of redelijkerwijs kon voorzien dat de opdracht zou worden uitgebreid.

Ik ben niet bekend met documenten waaruit blijkt dat het college die wetenschap had of had kunnen hebben.

De BOP gebruikt dus ten onrechte het argument dat als gevolg van apart opgedragen meerwerk dat ten tijde van de waardering niet was voorzien, de drempelwaarde is overschreden. Het argument faalt.

2. In het tweede deel van de inleiding stelt de BOP dat de raad pas de beschikking heeft gekregen over informatie "*na stevig aandringen*". Uit de mij bekende stukken blijkt dat het college de uitgebrachte offerte vertrouwelijk aan de raad ter beschikking heeft gesteld en dat pas nadien debat ontstaan is over de vraag of de offerte niet openbaar gemaakt kon worden. Ik meen dat het college op goede gronden de offerte uit de openbaarheid heeft gehouden omdat deze bedrijfsvertrouwelijke gegevens bevat in de zin van artikel 10, eerste lid, aanhef en onderdeel c., van de Wet openbaarheid van bestuur.

Die vertrouwelijkheid is bevestigd in een advies van de bezwaarschriftencommissie van de gemeente over een bezwaar tegen de beslissing van het college op een verzoek ook de offerte te openbaren. Tegen de door het college genomen beslissing op bezwaar die niet afwijkt van het advies van de commissie is beroep ingesteld bij de rechtbank Midden-Nederland. De positie van het college in die procedure wordt door de motie van de BOP doorkruist en om die reden doet de motie afbreuk aan de belangen van het college op eerlijke wijze zijn standpunt te kunnen verdedigen.

3. De hiervoor aangehaalde wettelijke bepalingen over de maatstaf voor de raming van de waarde van een opdracht en het tijdstip waarop die raming dient plaats te vinden, ontnemen de juridische basis aan de eerste overweging van de motie van de BOP. De conclusie in de tweede overweging dat er meervoudig had moeten worden aanbesteed, is juridisch onjuist omdat deze steunt op een verkeerde uitleg van die wettelijke bepalingen.
4. De derde overweging dat het "*zeer de vraag is of de aan Awareness verleende opdracht is gegund op basis van objectieve criteria*" is niet alleen speculatief omdat er geen feitelijke onderbouwing wordt gegeven voor de suggestie die gedaan wordt, maar is bovendien juridisch onjuist omdat bij een enkelvoudige onderhandse aanbesteding de gunning plaatsvindt op basis van een uitgebrachte offerte die daarmee de objectieve maatstaf geeft.
5. De vierde overweging bevat een waardering van de handelwijze van de verantwoordelijk wethouder die juridisch onvolkomen is omdat de BOP buiten beschouwing laat dat er voor de weigering de offerte in zijn geheel in de openbaarheid te brengen, goede en deugdelijke redenen bestonden, te weten (i) de bescherming van vertrouwelijke bedrijfsgegevens en (ii) de bescherming van de positie van het college in een door een derde aangespannen procedure die niet illusoir moet worden gemaakt via een interventie in de raad.

6. De vijfde overweging is zonder nadere toelichting die ontbreekt, niet te begrijpen omdat de offerte vertrouwelijk ter kennis van de raad is gebracht met inachtneming van de daarvoor gegeven wettelijke voorschriften en er dus geen sprake is geweest van een "verhullende wijze".
7. De laatste drie overwegingen bevatten conclusies die naar mijn mening juridisch niet op de vaststaande feiten en toepasselijke voorschriften zijn gebaseerd.

over de standpunten in de debatraad van 20 mei 2020

8. Deels zijn de door de BOP verwoorden standpunten een prelude op hetgeen in de motie van afkeuring tot uitdrukking is gebracht. Met verwijzing naar hetgeen ik dienaangaande heb opgemerkt, stel ik vast dat de BOP in haar benadering van een verkeerde veronderstellingen en een verkeerde juridische beoordeling is uitgegaan.
9. De BOP heeft blijkens het verslag van de debatraad gesteld dat volgens de Budgethoudersregeling 2019 Gemeente Baarn (hierna: "de Budgethoudersregeling") naar voren gebracht dat een offerteverzoek "schriftelijk" dient te worden gedaan. In de Budgethoudersregeling is dat niet met zoveel woorden bepaald en aangenomen mag dus worden dat een verzoek ook mondeling kan worden gedaan. Aan de BOP moet worden toegegeven dat het om reden van de mogelijkheid te verifiëren dat de opdracht aansluit bij hetgeen de gemeente voor ogen staat, de voorkeur verdient een offerteverzoek schriftelijk te doen. Dat gezegde zijnde, moet evenwel worden geconcludeerd dat voor de stelligheid waarmee de BOP haar standpunt verwoordt, geen steun kan worden gevonden in de Budgethoudersregeling.  
Als de BOP vervolgens stelt dat artikel 171, van de Gemeentewet voorschrijft dat een offerte door de burgemeester of een gemandateerde van de burgemeester dient te worden ondertekend, geeft de BOP een rechtens verkeerde voorstelling van zaken. Artikel 171, van de Gemeentewet bepaalt dat de gemeente in en buiten rechte door de burgemeester vertegenwoordigd wordt. Het artikel beperkt de burgemeester niet in de mogelijkheid een ander te machtigen namens hem de gemeente te vertegenwoordigen. Die machtiging kan de vorm van een mandaat of delegatie hebben, maar ook de vorm van een privaatrechtelijke vertegenwoordiging. De opvatting van de BOP is juridisch onjuist. Het artikel verlangt evenmin dat de vertegenwoordiging gestalte krijgt in een door de burgemeester geplaatste handtekening. Vertegenwoordiging kan ook op andere wijze, bijvoorbeeld mondeling.