



# Rapport gemeentelijke ombudsman

inzake de klacht van de heer P. te Rotterdam  
over het college van burgemeester en wethouders van  
de gemeente Rotterdam

Dossiernummer: 2014.1729  
Datum: 14 december 2016



### *Samenvatting*

De heer P. is fotograaf. Al 24 jaar verricht hij op freelancebasis opdrachten voor de gemeente Rotterdam. Uit zijn opdrachten aan de gemeente haalt hij zijn grootste omzet. Naast hem waren er nog zo'n 80 fotografen aan wie de gemeente op deze basis opdrachten verstrekke. Sinds 1 september 2014 werkt de gehele gemeente Rotterdam met een fotografenpool bestaande uit 15 fotografen. De vorming van deze pool heeft de gemeente niet (openbaar) aanbesteed. De gemeente heeft de heer P. (of anderen) van tevoren niet in kennis gesteld van haar plannen en heeft hem evenmin laten meedingen naar een plaats binnen de pool.

De gemeente verstrekt sinds de vorming van de pool alleen nog maar opdrachten aan de 15 fotografen die hiervan deel uitmaken. Omdat de heer P. niet voor de fotografenpool is geselecteerd, verliest hij de gemeente Rotterdam als opdrachtgever. De heer P. heeft hierover bij de ombudsman een klacht ingediend. Hij vindt dat hij ten onrechte niet voor de pool is geselecteerd, dat de gemeente voorafgaande aan de vorming van de pool niet transparant is geweest en dat ten onrechte geen aanbesteding heeft plaatsgevonden.

De ombudsman oordeelt dat de gemeente zich niet afdoende rekenschap heeft gegeven van de naleving van de Aanbestedingswet 2012 en van het eigen gemeentelijke aanbestedingsbeleid en aldus niet heeft voldaan aan het behoorlijkheidsvereiste van een goede voorbereiding. De gemeente had actief informatie moet verstrekken over haar plannen en transparant moeten zijn over de criteria voor selectie of uitsluiten en de manier van contracteren.

De gemeente is het niet met de ombudsman eens.

De ombudsman verbindt aan zijn oordeel geen aanbeveling. De gemeente geeft tijdens het onderzoek naar de klacht aan dat het haar bedoeling is om met ingang van mei 2017 fotografiediensten door middel van een Dynamisch Inkoop Systeem aan te besteden en dat de heer P. hieraan deel kan nemen. De ombudsman gaat ervan uit dat de heer P. vooraf wordt geïnformeerd hoe hij mee kan doen aan deze aanbesteding.



## ***Inleiding***

De heer P. is fotograaf. Al vele jaren verricht hij op freelancebasis opdrachten voor de gemeente Rotterdam. Naast hem waren er nog zo'n 80 fotografen aan wie de gemeente op deze basis opdrachten verstrekke. Sinds 1 september 2014 werkt de gehele gemeente Rotterdam echter met een fotografenpool bestaande uit 15 fotografen. De gemeente verstrekt alleen nog maar opdrachten aan de 15 fotografen, die deel uitmaken van de fotografenpool. De heer P. behoort daar niet toe. Hij verliest daarmee de gemeente Rotterdam als opdrachtgever en lijdt dientengevolge (aanzienlijke) omzetschade. De heer P. heeft hierover bij de ombudsman een klacht ingediend.

Naar aanleiding van de klacht, de interne klachtbehandeling en de resultaten van het onderzoek heeft de ombudsman zijn bevindingen opgesteld en klager en de gemeente de gelegenheid gegeven om op de bevindingen te reageren. De ombudsman heeft van de heer P. en de gemeente een reactie ontvangen. De ombudsman stelt nu de bevindingen definitief vast en geeft hieronder zijn definitieve oordeel. Bijlage en onderdeel van deze bevindingen is een overzicht van de interne en externe klachtbehandeling.

## ***Klachten***

De heer P. beklagt zich er – kort gezegd - over dat hij, ondanks het feit dat hij al 24 jaar naar volle tevredenheid als freelance fotograaf voor de gemeente Rotterdam werkzaam is, niet is geselecteerd voor de gemeentelijke fotografenpool. De heer P. beklagt zich verder over het gebrek aan transparantie voorafgaande aan de samenstelling van die pool en over het uitblijven van een aanbesteding.

## ***Bevindingen***

De ombudsman gaat uit van de volgende feiten en omstandigheden.

1. De heer P. is fotograaf en verricht al vele jaren op freelancebasis opdrachten voor de gemeente Rotterdam. Volgens hemzelf al 24 jaar.
2. De inkomsten uit deze opdrachten vormen een aanzienlijk deel van de omzet van de heer P.. De heer P. is daarmee min of meer economisch afhankelijk van de gemeente.



### *De vorming van een fotografenpool in 2014*

3. Tot 2012 werkte de gemeente voor fotografieopdrachten op freelancebasis met zo'n 80 opdrachtnemers. Vanaf 2012 werkte de gemeente voor de concerncommunicatiemiddelen, zoals de Stadswerker en de Stadskrant, al met een kleine vaste groep van zo'n 10 fotografen. Voor andere opdrachten waren de diverse gemeentelijke diensten, maar ook de deelgemeenten (en later de gebiedscommissies) vrij om naar eigen wens en behoefte fotografiediensten in te kopen. In totaal deed de gemeente met ongeveer 140 fotografen zaken.
4. Vanaf 1 september 2014 is in de gemeente echter sprake van een gecentraliseerde werkwijze en verstrekt de gemeente uitsluitend nog opdrachten aan fotografen die deel uitmaken van een gemeentebrede pool. De gemeente heeft daartoe, zoals zij bij brief van 22 juli 2015 aan de ombudsman toelicht, de markt benaderd via een enkelvoudige onderhandse aanbesteding. Daarbij heeft zij 15 fotografen geselecteerd voor de fotografenpool.
5. De gemeente schrijft in de brief aan de ombudsman van 22 juli 2015 verder: *“Een werkgroep van zes mensen heeft in het voorjaar van 2014 gewerkt aan de fotografenselectie, het opstellen van contracteisen en de overeenkomst, de oplegnota voor de communicatieraad en het verder uitwerken van het werkproces. Na goedkeuring van de Communicatieraad zijn de fotografen benaderd. (...) Gekozen is voor een flexibele pool van 15 fotografen die als ZZP'er ingehuurd worden via SSC Flex. (...). Er is met de verschillende fotografen een inhuurcontract op afroepbasis afgesloten voor 1 jaar. (...) Vanaf 1 september 2014 wordt gewerkt met de fotografenpool. (...) Het inhuurcontract geeft echter geen omzetgarantie. (...) Bij de selectie is gekeken naar de afkomst (uit regio Rotterdam), de werkrelatie met de clusters, de spend (...), specialisme en kennis & ervaring.”*

### *Correspondentie tussen de gemeente en de heer P.*

6. Nadat de heer P. het gerucht verneemt dat er een aanbesteding voor fotografie en een *“lijstje van fotografen”* zouden komen, stuurt hij op 21 juli 2014 een e-mail aan de (Beeld)redacteur RSO Communicatie van de gemeente Rotterdam. In deze e-mail vraagt de heer P. aan deze of deze hem hier meer over kan vertellen.



7. Op 22 juli 2014 schrijft de (Beeld)redacteur RSO Communicatie aan de heer P.: *“Er komt geen aanbesteding, maar we zijn de fotografie wel anders aan het organiseren. Dat proces is nog in volle gang en is nog niet gecommuniceerd aan de fotografen. (...). Medio augustus brengen we iedereen op de hoogte”.*
8. Op 22 augustus 2014 deelt de (Beeld)redacteur RSO Communicatie telefonisch aan de heer P. mee dat hij niet is opgenomen in de nieuwe gemeentelijke fotografenpool.
9. In een e-mail van 7 september 2014 deelt de heer P. aan de (Beeld)redacteur RSO Communicatie mede dat het telefonisch bericht van 22 augustus 2014 hem heeft verrast, *“zeker gezien de jarenlang prettige samenwerking en het werk dat ik altijd naar tevredenheid heb geleverd”.* De heer P. merkt daarbij op dat hij de beslissing niet begrijpt, dat er geen aanbesteding is geweest waardoor hij niet heeft kunnen meedingen naar een plek in de fotografenpool en dat hij van mening is dat hij een plaats binnen die pool verdient.
10. Het hoofd Concerncommunicatie bericht de heer P. bij brief van 11 september 2014: *“Dank voor uw mail. Ik kan me goed voorstellen dat u het bericht dat u niet bent opgenomen in de nieuwe gemeentelijke fotografenpool als vervelend ervaart. De gemeente Rotterdam heeft er voor gekozen om de fotografenpool op een andere manier in te richten. Bij de selectie is gekeken naar de afkomst (uit regio Rotterdam), de huidige werkrelatie met de clusters, de huidige spend (hoeveelheid en grootte van opdrachten voor gemeente Rotterdam), specialisme en kennis & ervaring. Kijkend naar het aantal opdrachten is de omvang van de pool beperkt tot 15 fotografen. U behoort helaas niet tot de 15 geselecteerde fotografen. Met ingang van 1 oktober loopt de samenwerking met u dan ook af. Via deze brief wil ik u hartelijk danken voor de opdrachten die u de afgelopen jaren voor de gemeente heeft uitgevoerd en voor de prettige samenwerking.”*
11. In zijn brief d.d. 22 september 2014 aan het college van burgemeester en wethouders, schrijft de heer P.: *“Ik teken beroep aan tegen de beslissing om mij per 1 oktober a.s. uit te sluiten van een pool van freelance fotografen, die werk voor de gemeente Rotterdam kunnen verrichten. Deze beslissing werd mij per brief van 11 september 2014, getekend door het Hoofd Concerncommunicatie, meegedeeld (...). In deze brief worden ook criteria vermeld, waar een fotograaf aan zou moeten voldoen om deel te kunnen nemen aan de zogenaamde pool. De betreffende criteria zijn bij mijn weten niet eerder gepubliceerd en mij als jarenlang ingehuurde fotograaf ook nooit medegedeeld. Bovendien voldoe ik aan elk criterium dat wordt genoemd: (...)”*



12. Bij brief van 6 oktober 2014 schrijft de wethouder Haven, Duurzaamheid, Mobiliteit en Organisatie aan de heer P.: *“Omdat er geen sprake is van een bestuursrechtelijk besluit, is bezwaar of beroep formeel niet mogelijk. Uw brief is daarom behandeld als een klacht. (...) De nieuwe, gecentraliseerde, werkwijze leidt tot een concernbrede fotografenpool voor alle fotografieopdrachten van de gemeente. (...) Om te komen tot 15 fotografen is gekeken naar de criteria zoals genoemd in onze brief van 11 september 2014. Het feit dat u niet bent geselecteerd, betekent dat anderen beter voldoen, mede gezien de omvang van de fotografenpool en de daarin benodigde specialismen.”*

#### *Aard, omvang en duur van de fotografenpool*

13. De gemeentelijke fotografenpool vertoont de kenmerken van een zgn. ‘raamovereenkomst’. Hiervan is sprake wanneer een opdrachtgever gedurende een bepaalde periode (fotografie)diensten wil afnemen van een of meer aanbieders (fotografen) en met hen vooraf afspraken wil maken over bijv. te leveren kwaliteit, hoeveelheid en leveringstermijnen. In haar brief aan de ombudsman d.d. 22 juli 2015 spreekt de gemeente met betrekking tot de fotografenpool over een met de geselecteerde fotograaf *“afgesloten inhuurcontract op afroepbasis afgesloten voor 1 jaar.”* De fotografen worden hierbij als ZZP’er ingehuurd via SSC Flex. Tevens schrijft de gemeente: *“Er zijn vaste prijsafspraken gemaakt, er zijn kwaliteitseisen gesteld, is het facturatieproces voor de fotografen een stuk eenvoudiger geworden en behouden de medewerkers van de gemeente flexibiliteit in de keuze van een fotograaf.”*
14. Het totaal van de door de gemeente aan de fotografen uit de fotografenpool te verstrekken opdrachten omvat het pakket van concerncommunicatiemiddelen plus de opdrachten van de gemeentelijke diensten plus die van de deelgemeenten (en de huidige gebiedscommissies).
15. Volgens opgave van de gemeente bedroeg de totale economische waarde van alle door de gemeente aan de 80 fotografen verstrekte opdrachten in 2012 € 265.494,-. Voor 2013 en 2014 was dit respectievelijk € 196.787,- en € 181.108,-.
16. Vanaf 1 oktober 2014 tot en met 31 december 2015, de (eerste) looptijd van de fotografenpool, is bij fotografen uit de pool voor € 277.156,- aan opdrachten uitgezet (€ 54.135,- in het 4<sup>e</sup> kwartaal van 2014 en € 223.021,- in geheel 2015).



17. Bij brief van 27 juli 2015 deelt de Senior Communicatieadviseur van de gemeente aan de heer P. mede dat er per 1 oktober 2015 geen ruimte vrijkomt in de fotografenpool, en dat besloten is de pool niet uit te breiden met nieuwe fotografen. De brief vermeldt verder: *“Terugkijkend op die positieve ervaringen is besloten om door te gaan met de gemeentebrede fotografenpool in de huidige omvang en samenstelling.”*
18. Bij brief aan de ombudsman van 18 april 2016 deelt de gemeente mede dat de looptijd van de overeenkomsten met in de fotografenpool participerende fotografen één jaar is. De gemeente schrijft ook: *“De lopende overeenkomsten zijn afgesloten op 1 oktober 2015 en lopen tot 30 september 2016. Het zijn inhuurcontracten op afroepbasis.”*

#### Overige

19. Bij brief van 21 juli 2016 schrijft de gemeente aan de ombudsman dat bij de selectie voor de fotografenpool de kwaliteit van reeds uitgevoerde opdrachten een rol speelde, en dat de heer P. een aantal opdrachten voor de gemeente zou hebben uitgevoerd waarvan de kwaliteit onder de maat was. Een en ander zou voor de gemeente reden zijn geweest om de heer P. niet te selecteren voor de pool. De gemeente heeft dienaangaande bij brief aan de ombudsman van 29 augustus 2016 een interne notitie van 22 januari 2015 van twee gemeentelijke beeldredacteurs gevoegd die gaat over een opdracht voor het maken van portretfoto's van de gemeentesecretaris die de heer P. in september / oktober 2012 niet naar behoren voor de gemeente zou hebben verricht. In de notitie staat: *“Wij vonden de hele serie ver onder de maat en hebben uiteindelijk maar één foto kunnen gebruiken die redelijk was.”* De gemeente zou hierover destijds met de heer P. hebben gecommuniceerd.
20. Bij brief van 19 augustus 2016 stuurt de heer P. aan de ombudsman kopieën van e-mailverkeer over de in de voormelde notitie bedoelde opdracht. In deze e-mails wordt aan de heer P. kennelijk de desbetreffende opdracht (m.b.t. de portretfoto's van de gemeentesecretaris) verstrekt. Deze e-mails dateren van medio mei 2012. Ook heeft hij een e-mail bijgevoegd die dateert van 24 mei 2012, waarin een van de beeldredacteurs die de notitie hebben opgesteld, aan de heer P. schrijft: *“Ha Tom, Vergeet ik nog aan je te vragen: de Bestuursdienst wil graag een of twee portretten van de gemeentesecretaris gebruiken voor op ons intranet. Is dat wat jou betreft akkoord? Ik hoor het graag, alvast bedankt!”*



21. De heer P. merkt tijdens een gesprek met de (plaatsvervangend) ombudsman en medewerkers van de gemeente op 25 februari 2015 op dat er één keer een foto van hem retour is gekomen en dat hem nooit ter ore is gekomen dat zijn werk niet goed was.
22. Het dossier van de ombudsman bevat geen nadere stukken of gegevens waaruit blijkt dat de gemeente in de loop der jaren op enig moment aan de heer P. kenbaar heeft gemaakt, niet tevreden te zijn over de kwaliteit van het door hem geleverde werk.

#### *Standpunt klager*

23. Er is ten onrechte geen aanbesteding geweest en ten onrechte heb ik niet kunnen meedingen naar een plek in de fotografenpool. Vooraf is er geen transparantie geweest over de criteria en vorm van de aanbesteding. Na de vorming van de fotografenpool is aan mij enkel medegedeeld dat 'anderen beter voldoen'. Ik voldoe aan alle selectiecriteria die in de brief van het Hoofd Concerncommunicatie d.d. 11 september 2014 zijn vermeld. Ik verdien een plek in de fotografenpool. Veel medewerkers van de gemeente hebben op basis van recente ervaringen met mijn werk verklaard in de toekomst te willen blijven samenwerken met mij. Eén keer is een foto van mij geretourneerd, en nooit is mij ter ore gekomen dat mijn werk niet goed was. Daarentegen is mij door medewerkers van de gemeente diverse malen bericht dat men tevreden was over mijn werk.

#### *Standpunt gemeente*

24. De gemeente heeft er in 2014 voor gekozen om 15 fotografen te selecteren voor een fotografenpool. Bij die selectie is gekeken naar de afkomst (uit regio Rotterdam), de werkrelatie met de clusters, de spend (hoeveelheid en grootte van opdrachten voor de gemeente), specialisme en kennis en ervaring. De pool is gelet op het aantal opdrachten tot 15 fotografen beperkt. In de pool zijn verschillende specialismen vertegenwoordigd. Omdat voordien vele tientallen fotografen op al dan niet reguliere basis werkzaam waren voor (onderdelen van) de gemeente Rotterdam, konden niet alle fotografen in de pool worden opgenomen. De heer P. is niet geselecteerd omdat anderen beter voldoen, mede gezien de omvang van de fotografenpool en de daarin opgenomen specialismen.





25. De fotografenpool hoefde door de gemeente niet (Europees) te worden aanbesteed. Fotografiediensten vallen onder de zgn. '2B-diensten'. De waarde van de opdrachten ligt onder de Europese drempelwaarde en er is ook geen duidelijk grensoverschrijdend belang. Het stond de gemeente daarom vrij om de markt te benaderen via een enkelvoudige onderhandse aanbesteding. Bij een dergelijke aanbesteding gelden er geen voorschriften tot openbare bekendmaking of voorschriften voor de duur van termijnen en geldt er derhalve geen verplichting tot voorafgaande transparantie. De gemeente is derhalve vrij in haar keuze welke fotograaf zij uitnodigt voor de fotografenpool. De gemeente heeft zich gehouden aan de Gids Proportionaliteit en gehandeld conform haar eigen 'Algemene Regeling Inkoop 2014'.
26. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad<sup>1</sup> volgt dat uitgegaan moet worden van het vermoeden dat 2B-diensten naar hun aard geen grensoverschrijdend belang hebben. Het ligt aldus op de weg van de partij die zich op het niet-naleven van de transparantieverplichting beroept om een duidelijk grensoverschrijdend belang te stellen en zo nodig te bewijzen. Die partij zal moeten aantonen dat er sprake is van een vaststaand grensoverschrijdend belang. Een potentieel grensoverschrijdend belang of een vermoeden van grensoverschrijdend belang is volgens het Europese Hof onvoldoende. De gemeente benadrukt in dat kader dat het zeer onwaarschijnlijk is dat een buitenlandse fotograaf de kosten zou willen maken die gemoeid zijn met het bedienen van de gemeente Rotterdam. De plaats van uitvoering is immers niet direct gelegen in de grensstreek. Voor de opdracht is ook nimmer buitenlandse belangstelling getoond.
27. In par. 2.2.2.4. ('Bijzondere voorschriften betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor B-diensten'), onder art. 2.38 van de Aanbestedingswet 2012 (zoals deze medio 2014 luidde) is bepaald dat de aanbestedende dienst voor een 2B-dienst de procedure voor 2B-diensten als bedoeld in art. 2.39, lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 *kán* toepassen. Het betreft hier dus geen verplichting. Het stond de gemeente dan ook vrij om af te zien van voornoemde procedure voor 2B-diensten en te kiezen voor een enkelvoudige onderhandse procedure.
28. De gemeente heeft voor een enkelvoudige onderhandse aanbesteding gekozen omdat ze op basis van ervaringen 15 fotografen wilde selecteren voor een flexibele fotografenpool. Het was niet doelmatig om voor een meervoudige

---

<sup>1</sup> De gemeente verwijst naar het arrest HR d.d. 18 januari 2013, nr. BY0543



onderhandse procedure te kiezen omdat op grond van voorschrift 3.4B van de Gids Proportionaliteit dan maximaal vijf partijen mogen worden uitgenodigd. Een enkelvoudige onderhandse procedure met opname in een fotografenpool biedt aan meer fotografen kansen om mee te dingen naar opdrachten dan bij een meervoudige onderhandse procedure het geval zou zijn.

29. Omdat de gemeente juist het accent wilde leggen op mogelijkheden voor lokale zelfstandige (creatieve) fotografen, die veelal ZZP'er zijn, was een Europese aanbesteding geen logische keuze. Voor kleine zelfstandigen/eenpitters zou de inschrijving op een Europese aanbesteding ook buitenproportioneel veel tijd en kosten vragen. De inzet staat niet in verhouding tot de verwachten omzet bij gunning.
30. De heer P. heeft een aantal opdrachten uitgevoerd voor de gemeente waarvan de kwaliteit onder de maat was. Dit is ook aan de heer P. medegedeeld en door hem erkend. Daarom heeft de gemeente besloten de heer P. niet te selecteren voor de fotografenpool.
31. De heer P. kon en kan nog steeds in aanmerking komen voor het uitvoeren van opdrachten die buiten de fotografenpool vallen en heeft ruim voldoende tijd gehad om zijn bedrijfsvoering aan te passen op de invoering van de fotografenpool. Lopende opdrachten van gebiedscommissies tot 1 januari 2015 kon de heer P. 'gewoon uitvoeren', zo schrijft de gemeente de heer P. bij brief van 6 oktober 2014.

## *Wet en regelgeving*

### *Aanbestedingswet 2012 en EG Richtlijnen*

32. Op 1 april 2013 is de Aanbestedingswet 2012 (hierna: 'Aw'), zoals deze medio 2014 luidde, in werking getreden. Door deze inwerkingtreding is o.a. de Europese richtlijn 2004/18/EG (betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten) geïmplementeerd in Nederland.
33. Hoofdstuk 1.1 Aw ('Begripsbepaling') verstaat onder het begrip 'overheidsopdracht voor diensten': *"een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende*



*titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten en die (...) a. uitsluitend betrekking heeft op het verrichten van in bijlage II van richtlijn nr. 2004/18/EG aangewezen diensten (...)" Onder het begrip 'overheidsopdracht' verstaat het: "een overheidsopdracht voor werken, een overheidsopdracht voor leveringen, een overheidsopdracht voor diensten of een raamovereenkomst (...)"*

34. Bijlage II bij richtlijn 2004/18/EG bestaat uit twee onderdelen: IIA en IIB. Onder IIA is een 16-tal categorieën van diensten genoemd (categorieën 1 t/m 16), en onder IIB een 11-tal (categorieën 17 t/m 27). Categorie 27 van bijlage IIB betreft de categorie 'Overige diensten'. Dienstencategorieën op bijlage IIB worden ook wel '2B-diensten' genoemd.

35. Hoofdstuk 1.2, afdeling 1.2.1. ('Algemene bepaling voor het sluiten van schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel voor het verrichten van werken, leveringen of diensten'), onder art. 1.4 Aw bepaalt:

*"1. Een aanbestedende dienst die (...) voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van (...) diensten te sluiten, bepaalt op basis van objectieve criteria:*

*a. de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst (...) voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen;*

*b. de keuze voor de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.*

*2 De aanbestedende dienst (...) draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.*

*3 De aanbestedende dienst (...) verstrekt een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid, onderdelen a en b, bedoelde keuze."*

De toepasselijkheid van dit artikel is niet beperkt tot bepaalde (sub)categorieën van overheidsopdrachten voor diensten (en is met name niet beperkt tot opdrachten boven een bepaalde opdracht- of drempelwaarde en/of tot opdrachten met een bepaald (grensoverschrijdend) belang).

36. De Aw kent in hoofdstuk 1.2 andere afdelingen (1.2.2. t/m 1.2.4.) die wel enkel op bepaalde (sub)categorieën van overheidsopdrachten voor diensten van toepassing zijn. Meest van belang voor onderhavige kwestie is afdeling 1.2.2.



(‘Beginselen bij Europese aanbestedingen’) dat onder art. 1.7, onder a en b bepaalt:

*“De bepalingen in deze afdeling [Ombudsman: 1.2.2.] gelden voor aanbestedende diensten (...) bij:*

*a. het plaatsen van een overheidsopdracht (...) die op grond van het bepaalde bij of krachtens de hoofdstukken 2.1 en 3.1 onder het toepassingsbereik van onderscheidenlijk deel 2 of deel 3 van de wet valt;*

*b. het plaatsen van een overheidsopdracht (...) met een duidelijk grensoverschrijdend belang die uitsluitend op grond van het bepaalde in de artikelen 2.1 tot en met 2.8 of de artikelen 3.8 en 3.9 niet onder het toepassingsbereik van deel 2 onderscheidenlijk deel 3 van deze wet valt; (...).”*

37. Het vermelde onder art. 1.7, onder a Aw heeft betrekking op de zg. ‘drempelbedragen’ boven welke volgens hoofdstuk 2.1, art. 2.3 Aw een Europese aanbestedingsprocedure (d.i. een procedure volgens deel 2 van de Aw) verplicht is. Deze drempelwaarde voor overheidsopdrachten voor o.a. 2B-diensten bedroeg medio 2014 € 207.000<sup>2</sup>. Het bepaalde onder art. 1.7, onder b Aw heeft betrekking op overheidsopdrachten voor diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang die uitsluitend vanwege hun geschatte waarde onder de drempelwaarde niet Europees-aanbestedingsplichtig zouden zijn. Deze vallen ondanks hun (lagere) waarde vanwege hun grensoverschrijdende belang toch onder afdeling 1.2.2. Aw.
38. Afdeling 1.2.2. Aw schrijft de toepassing van de algemene aanbestedingsbeginselen voor: non-discriminatie, transparantie, het publiek aankondigen van een opdracht, proportionaliteit e.d..
39. Deel 2 van de Aw handelt over Europees-aanbestedingsplichtige procedures voor o.a. overheidsopdrachten voor diensten. In hoofdstuk 2.1 van de Aw wordt de reikwijdte van deel 2 bepaald. Deze wordt bepaald door overschrijding van de desbetreffende drempelbedragen. Deel 2 van de Aw is ook van toepassing op 2B-diensten voor zover deze het desbetreffende drempelbedrag overschrijden.
40. Met betrekking tot Europees-aanbestedingsplichtige 2B-diensten bepaalt deel 2, hoofdstuk 2.2, afdeling 2.2.2., art. 2.38, lid 1 Aw: *“De aanbestedende dienst kan voor*

---

<sup>2</sup> Verordening (EU) nr. 1336/2013 van de Commissie van 13 december 2013



*een overheidsopdracht betreffende diensten die zijn opgenomen in bijlage II-B van richtlijn nr. 2004/18/EG de procedure voor B-diensten toepassen."* Die procedure wordt uiteengezet onder art. 2.39 Aw. Het gaat om een (zeer) lichte uitzonderingsprocedure die o.a. dwingt tot bekendmaking van de gunning.

41. Art. 2.39, lid 3 Aw bepaalt dat indien een overheidsopdracht voor een ('boven-drempelige') 2B-dienst een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, de aanbestedende dienst een aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van de overheidsopdracht bekend maakt.
42. Uit het voorgaande volgt:
  - dat voor alle overheidsopdrachten voor 2B-diensten art. 1.4 Aw geldt. Dat dwingt de aanbestedende dienst enkel tot het op objectieve wijze bepalen van een keuze voor een aanbestedingsprocedure en de daaraan deel te nemen ondernemers. Die keuze moet (achteraf) kunnen worden gemotiveerd. Ook moet zoveel mogelijk maatschappelijke waarde worden gerealiseerd;
  - dat op overheidsopdrachten voor 2B-diensten 'boven de drempel' afdeling 1.2.2 (dat aanbestedingsbeginselen voorschrijft) en ook deel 2 Aw van toepassing is (de Europese aanbestedingsprocedure). Volgens art. 2.38 van deel 2 Aw geldt echter een lichte uitzonderingsprocedure voor 2B-diensten (waarbij een aankondiging van de opdracht niet hoeft te worden gepubliceerd);
  - dat op overheidsopdrachten voor 2B-diensten 'boven de drempel' met een duidelijk grensoverschrijdend belang volgens art. 2.39, lid 3 Aw de verplichting geldt om een aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van de opdracht bekend te maken;
  - dat op overheidsopdrachten voor 2B-diensten 'onder de drempel', maar met een grensoverschrijdend belang, afdeling 1.2.2. Aw van toepassing is (dat aanbestedingsbeginselen voorschrijft, w.o. de publicatie van een aankondiging van de opdracht).
43. Op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU is al snel sprake van een 'duidelijk grensoverschrijdend belang'. Onder andere in de SECAP-uitspraak bepaalde het Hof dat een opdracht, waarvan de economische waarde onder de drempelwaarde valt, een grensoverschrijdend belang kan vertonen:
  - a) wegens de geraamde waarde ervan (wanneer die relatief hoog is), samen met
  - b) de technische aard ervan (wanneer die specialistisch is), of



- c) indien de locatie van de uit te voeren opdracht op een plek ligt die voor buitenlandse marktdeelnemers interessant kan zijn (in een grensgebied)<sup>3</sup>.
44. Met betrekking tot de vraag bij wie de bewijslast ligt dat van een duidelijk grensoverschrijdend belang sprake is, is de Belgacom-uitspraak van het Hof van Justitie van belang<sup>4</sup>. Het Hof bepaalde dat het niet van het bewijs van de eiser afhangt om aan te kunnen nemen of van een dergelijk belang sprake is. De rechter mag in afwezigheid van dat bewijs niet van het vermoeden uitgaan dat dat belang ontbreekt. Het is de aanbestedende dienst die vooraf moet vaststellen of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang is niet vereist dat een marktdeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft geuit. Het Hof overweegt daarbij: *“Dit geldt in het bijzonder wanneer het geschil, zoals in het hoofdgeding, betrekking heeft op het gebrek aan transparantie dat ten aanzien van de betrokken overeenkomst heerste. In een dergelijk geval hebben de marktdeelnemers uit andere lidstaten immers geen reële mogelijkheid om hun belangstelling voor de betrokken concessie te uiten”*<sup>5</sup>.
45. Voor de bepaling van de waarde van een opdracht – van belang voor de vraag of deze de drempel overschrijdt - in de vorm van een raamovereenkomst bepaalt art. 2.15, lid 3 Aw: *“De aanbestedende dienst gaat bij de berekening van de waarde van een raamovereenkomst uit van de geraamde waarde van alle voor de duur van de raamovereenkomst voorgenomen overheidsopdrachten.”* Voor de raming van de waarde van overheidsopdrachten voor diensten die met een zekere regelmaat worden verricht of die de aanbestedende dienst gedurende een bepaalde periode wil hernieuwen, bepaalt art. 2.21 Aw een grondslag (met als uitgangspunt de levering van soortgelijke diensten gedurende twaalf maanden).
46. Per 1 juli 2016<sup>6</sup> is de Aw gewijzigd wegens de implementatie van de Europese richtlijn 2014/24/EU. Hierbij is het onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten verdwenen. Er geldt geen licht uitzonderingsregime meer voor 2B-diensten ‘boven de drempel’ (die nu € 209.000 bedraagt).

---

<sup>3</sup> SECAP-uitspraak HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 ro. 24

<sup>4</sup> Belgacom-uitspraak HvJ EG 14 november 2013, C-221/12

<sup>5</sup> Belgacom-uitspraak, r.o. 31

<sup>6</sup> Deels met terugwerkende kracht tot en met 18 april 2016



### ***Gedragscode 'Publiek Opdrachtgeverschap' van de Gemeente Rotterdam***

47. In de Gedragscode 'Publiek Opdrachtgeverschap' van de gemeente Rotterdam is het hoofdstuk "*Kernwaarden en Gedragsregels*" opgenomen. Onder het kopje "*Transparant*" wordt daar onder andere vermeld: "*Wij geven vooraf duidelijk aan hoe wij selecteren en welke criteria voor de opdracht van belang zijn. Bij afschrijvingen geven wij de betreffende opdrachtnemer met redenen aan waarom wij geen gebruik maken van de aangeboden diensten*".

### ***Algemene Regeling Inkoop Gemeente Rotterdam februari 2014***

48. In de Algemene Regeling Inkoop van de gemeente Rotterdam is onder het kopje "*2B Diensten*" het volgende opgenomen: "*Dit betekent dat, daar waar de Wet de ruimte laat én daar waar het in het belang van de stad is, de gemeente zelf leveranciers benadert voor het uitbrengen van een offerte. Hierbij wordt marktwerking toegepast. Slechts in gevallen waar dat evident niet doelmatig is, dan wel een onaanvaardbaar groot risico voor de gemeente oplevert, kan worden besloten marktwerking achterwege te laten*".

### ***Inkoop- en aanbestedingsbeleid Gemeente Rotterdam januari 2014***

49. In het Inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente Rotterdam is onder het kopje "*Economische uitgangspunten*" het volgende opgenomen: "*De gemeente heeft oog voor de lokale economie, zonder dat dit leidt tot enige vorm van discriminatie van ondernemers. (...) Om toegankelijk te zijn voor alle ondernemers en iedereen gelijke kansen te geven, werkt de gemeente op een uniforme wijze bij het informeren, uitnodigen en kennisdelen met (potentiële) leveranciers. (...) Bij onderhandse aanbestedingen is extra aandacht voor borging van objectiviteit en integriteit van de selectie van uit te nodigen marktpartijen. Een instrument dat daaraan bijdraagt is de toepassing van 'past performance' (...)*".
50. Het begrip 'past performance' heeft een (kennelijke) relatie met een van de facultatieve uitsluitingsgronden van (het per 1 juli 2016 geldende) art. 2.87, aanhef en lid 1 onder g van de Aw: "*De aanbestedende dienst kan een inschrijver of gegadigde uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure op de volgende grond(...): (...) de inschrijver of gegadigde heeft blijk gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht (...) en dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere*



*opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties (...)*". De medio 2014 geldende tekst van de Aw kende deze bepaling nog niet.

51. In het Inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente Rotterdam is onder het kopje "Juridische uitgangspunten" opgenomen: *"De gemeente Rotterdam neemt bij het verstrekken van opdrachten de volgende algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, die alle gericht zijn op een vrij verkeer van diensten en goederen en gelijke behandeling van ondernemers in acht: (...) Beginsel van gelijke behandeling (non discriminatie) (...) Aanbestedende diensten behandelen gegadigden op gelijke wijze (...) Transparantie (...) Objectiviteit Alle keuzes die de gemeente maakt bij een aanbesteding (keuze van aanbestedingsprocedure, keuze van de leverancier dienen objectief gemaakt en gemotiveerd te worden. Ook de te stellen eisen en criteria moeten zo objectief mogelijk zijn. (...) Proportionaliteit (...)"*.

#### ***Gids Proportionaliteit***

52. De Gids Proportionaliteit beoogt te waarborgen dat eisen, voorwaarden en criteria aan inschrijvers en inschrijvingen in redelijke verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht. Voorschrift 3.4B van de Gids bepaalt: *"Bij een meervoudige onderhandse procedure onder de Europese aanbestedingsdrempel nodigt de aanbestedende dienst ten minste drie en ten hoogste vijf inschrijvers uit tot het doen van een inschrijving."*

#### ***Toetsing aan behoorlijkheidsvereisten***

53. De ombudsman toetst het optreden van de gemeente Rotterdam aan de behoorlijkheidsvereisten:

##### ***Transparant***

De overheid is in haar handelen eerlijk en voorspelbaar, zodat het voor de burger duidelijk is waarom de overheid bepaalde dingen doet.

*Transparantie vereist van de overheid een open houding. De overheid zorgt ervoor dat burgers inzicht kunnen hebben in procedures die tot beslissingen leiden en het hoe en waarom ervan. De overheid zorgt ervoor dat haar handelingen getoetst kunnen worden.*

##### ***Goede informatieverstrekking***

De overheid zorgt ervoor dat de burger de juiste informatie krijgt en dat deze informatie klopt en volledig en duidelijk is. Zij verstrekt niet alleen informatie als de burger erom vraagt, maar ook uit zichzelf.





*De overheid is verplicht de burger gevraagd en ongevraagd alle informatie te geven over handelingen en besluiten die de belangen van de burger kunnen raken. Zij is daarbij servicegericht en stelt zich actief op om de informatie die van belang is op eigen initiatief te geven.*

### ***Goede voorbereiding***

De overheid verzamelt alle informatie die van belang is om een weloverwogen beslissing te nemen.

*Dit betekent dat de overheid actief informatie verwerft en deze informatie toetst door middel van wederhoor bij de burger.*

## **Overwegingen**

54. De ombudsman stelt voorop dat het niet primair tot zijn taak behoort om te toetsen of het handelen van het college van burgemeester en wethouders voldoet aan de toepasselijke aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving. Hij onderzoekt op basis van art. 9:27, lid 1 van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb') of het bestuursorgaan zich in de door hem onderzochte aangelegenheid al dan niet behoorlijk heeft gedragen. Daaraan geeft hij mede invulling door de hiervoor genoemde behoorlijkheidsvereisten. In het kader van de toetsing aan die behoorlijkheidsvereisten is de toepasselijke wet- en regelgeving echter wel van belang. In de eerste plaats geldt met betrekking tot het vereiste van een goede voorbereiding bijvoorbeeld dat de overheid zich rekenschap geeft van de naleving van die wet- en regelgeving. En in de tweede plaats kennen andere behoorlijkheidsvereisten – zoals transparantie en goede informatieverstrekking – een (deels) overeenkomstige inhoud binnen het aanbestedingsrecht.
55. De ombudsman merkt overigens op dat hij zich met betrekking tot enkele aanbestedingsrechtelijke aspecten van de onderhavige kwestie heeft laten adviseren door prof. mr. E.R. Manunza van het Public Procurement Research Centre te Utrecht. Deze deskundige heeft naar aanleiding van enkele onderzoeksvragen van de ombudsman op 25 februari 2016 advies uitgebracht.
56. Voor wat betreft de toepassing van de regels uit de Aw (zoals deze medio 2014 luidde) stelt de ombudsman, mede op basis van het advies van de deskundige, vast dat fotografiediensten onder categorie 27 ('Overige diensten') van bijlage IIB bij de voormalige Europese richtlijn 2004/18/EU vielen. Het gaat dus om voormalige 2B-diensten.



57. Om te bepalen welke voorschriften op de aanbesteding van deze diensten van toepassing waren, zijn twee vragen van belang: a) de waarde van de desbetreffende overheidsopdracht, en b) de vraag of die opdracht een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' had.
58. De waarde op jaarbasis van gelijksoortige opdrachten lag in de jaren vóór 2014 in de buurt van het in 2014 toepasselijke drempelbedrag van € 207.000. Daarmee kon niet met zekerheid worden gesteld of de opdracht onder de 'boven-drempelige' Europese procedureverplichtingen van deel 2 van de voormalige Aw (artt. 2.38 en 39 Aw) viel. Los daarvan kon echter ook niet worden uitgesloten dat de waarde van de opdracht niet toch substantieel genoeg was om te kunnen spreken van een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' (het eerste 'SECAP-criterium'). Het is de ombudsman niet gebleken dat de gemeente zich voorafgaande aan de aanbesteding over deze vraag heeft beraden. Uit het dossier leidt de ombudsman af dat de gemeente enkel heeft vastgesteld dat het in casu om 2B-diensten gaat en dat reeds om die reden geen Europese procedure hoefde te worden gevolgd, geen aanbestedingsrechtelijke beginselen zouden gelden en evenmin een publicatie van een aankondiging van de opdracht hoefde plaats te vinden.
59. Ook met betrekking tot het derde 'SECAP-criterium' voor de aanname van een duidelijk grensoverschrijdend belang - de locatie van de uit te voeren opdracht ligt op een plek die voor buitenlandse marktdeelnemers interessant kan zijn - is de ombudsman niet gebleken dat de gemeente zich voorafgaande aan de aanbesteding afdoende heeft beraden over de toepasselijkheid van dit criterium.
60. De gemeente heeft zich dienaangaande in de correspondentie met de ombudsman op de standpunten gesteld dat a) volgens een arrest van de Hoge Raad d.d. 18 januari 2013 dient te worden uitgegaan van het vermoeden dat een 2B-dienst naar zijn aard geen grensoverschrijdend belang heeft, b) de plaats van uitvoering niet direct is gelegen in de grensstreek en dat het zeer onwaarschijnlijk is dat een buitenlandse fotograaf de kosten zou willen maken die gemoeid zijn met het bedienen van de gemeente Rotterdam, en c) voor de opdracht nimmer buitenlandse belangstelling is getoond.
61. De ombudsman stelt vast dat na het bedoelde arrest van de Hoge Raad van 18 januari 2013 door het Hof van Justitie EU op 14 november 2013 uitspraak is gedaan in de hiervoor al genoemde Belgacom-zaak. In die uitspraak heeft het Hof bepaald dat niet mag worden uitgegaan van het vermoeden dat een duidelijk



grensoverschrijdend belang ontbreekt. Deze zaak had geen betrekking op een 2B-dienst, maar op een concessie-overeenkomst, welke evenwel net als 2B-diensten niet onder de materiële werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen viel. Mogelijk mocht de gemeente op grond van deze laatste uitspraak voorafgaande aan de aanbesteding dus niet uitgaan van het vermoeden dat de fotografiediensten geen duidelijk grensoverschrijdend belang hadden. Dat betekent dat de gemeente nader onderzoek had behoren te doen naar de aanwezigheid van een dergelijk belang.

62. Verder stelt de ombudsman vast dat in de Belgacom-zaak door het Hof eveneens is bepaald dat voor het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet is vereist dat een marktdeelnemer daadwerkelijk belangstelling heeft getoond (wat immers ook een gevolg kan zijn van een gebrek aan transparantie).
63. Ten slotte heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts in een advies uit 2013 (over de aanbesteding van brandweertrainingen) een grensoverschrijdend belang aangenomen in een geval waar de afstand opdrachtlocatie – potentiële gegadigde circa 200 kilometer was<sup>7</sup>. Van een grensoverschrijdend belang is kennelijk niet enkel sprake in een grensstreek-situatie.
64. De stelling van de gemeente dat art. 2.38 Aw bepaalt dat een aanbestedende dienst voor 2B-diensten de lichte procedure van art. 2.39 Aw *kán* toepassen, dat het dus geen verplichting is en dat in plaats daarvan dus voor een enkelvoudige onderhandse procedure kan worden gekozen, komt de ombudsman onlogisch voor. De bepaling beoogt immers kennelijk een uitzondering te geven op de hoofdregel die een 'normale' ('zwarte') Europese procedure voorschrijft bij overheidsopdrachten voor diensten boven de drempel.
65. Het is de ombudsman niet gebleken dat de gemeente zich over dit alles voorafgaande aan de aanbesteding afdoende rekenschap heeft gegeven. De ombudsman meent dat de gemeente hiermee niet heeft voldaan aan het behoorlijkheidsvereiste van een goede voorbereiding. De ombudsman merkt hierbij op dat het medio 2014 op alle overheidsopdrachten voor diensten toepasselijke art. 1.4 Aw eveneens een goede voorbereiding (nl. het op basis van objectieve criteria maken van keuzes aangaande de aanbesteding) verlangde van de aanbestedende dienst.

---

<sup>7</sup> Commissie van Aanbestedingsexperts d.d. 14 oktober 2013, advies nr. 31



66. Ook indien geen sprake was van een geraamde opdracht 'boven de drempel' en/of met een duidelijk grensoverschrijdend belang, golden medio 2014 in ieder geval de beginselen en uitgangspunten van het eigen gemeentelijke beleid. De ombudsman verwijst hierbij naar de hiervoor genoemde Algemene Regeling Inkoop van de gemeente van februari 2014, de Gedragscode 'Publiek Opdrachtgeverschap' en het Inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente van januari 2014. Deze beleidsstukken kennen eigen beginselen en uitgangspunten voor aanbestedingen door de gemeente, ongeacht of het gaat om Europese aanbestedingen, 2B-diensten, opdrachten 'boven' dan wel 'onder de drempel', of anderszins.
67. Enkele van de in deze beleidsstukken genoemde beginselen behelzen het vooraf duidelijk aangeven hoe de gemeente selecteert en welke criteria voor de opdracht van belang zijn, het toepassen van marktwerking, de toegankelijkheid voor alle ondernemers, gelijke kansen, het op een uniforme wijze werken bij het informeren, uitnodigen en kennisdelen met (potentiële) leveranciers, het bij onderhandse aanbestedingen extra aandacht hebben voor borging van objectiviteit en integriteit van de selectie van uit te nodigen marktpartijen en het in acht nemen van de beginselen van gelijke behandeling (non-discriminatie), transparantie, objectiviteit en proportionaliteit.
68. Van belang is dan ook de vraag of de gemeente deze beginselen en uitgangspunten heeft gehanteerd bij haar handelen inzake de totstandkoming van de fotografenpool. Met name nu deze beginselen en uitgangspunten in deze kwestie (deels) een gelijke inhoud hebben als de behoorlijkheidseisen waaraan de ombudsman het handelen van de gemeente toetst.
69. De ombudsman stelt vast dat de heer P., na 24 jaren te hebben gewerkt voor de gemeente en daarmee een substantiële omzet te hebben gehad, medio 2014 in het 'geruchtencircuit' moest vernemen over de destijds op handen zijnde fotografenpool (een 'fotografenlijstje'). Hij heeft toen zelf hierover bij e-mail van 21 juli 2014 vragen gesteld bij de gemeente. Een gemeentelijke medewerker (de beeldredacteur) deelde hem daarop mede dat er geen aanbesteding kwam, dat wel de fotografie anders georganiseerd zou worden en dat iedereen medio augustus 2014 op de hoogte zou worden gebracht. Vervolgens werd de heer P. op 22 augustus 2014 telefonisch op de hoogte gebracht van het feit dat hij niet is



opgenomen in de pool. Die pool ging vervolgens per 1 september 2014, of in ieder geval per 1 oktober 2014, oftewel vrijwel direct, van start.

70. Uit deze gang van zaken kan worden afgeleid dat de gemeente noch voorafgaande aan, noch tijdens de vorming van de fotografenpool, daarover op enige manier (actief) informatie heeft verstrekt aan (potentiële) gegadigden en/of belanghebbende partijen. Het gehele proces lijkt zich bij de gemeente volkomen intern te hebben afgespeeld. De gemeente heeft voorafgaand aan de vorming van de pool niet duidelijk aangegeven hoe zij zou selecteren en welke criteria voor de opdracht van belang zouden zijn. Bovendien is onduidelijk in hoeverre zij marktwerking toepast, in hoeverre sprake was van toegankelijkheid voor alle (belanghebbende) ondernemers en/of van gelijke kansen. Daarnaast lijkt geen aandacht te zijn besteed aan het op een uniforme wijze werken bij het informeren, uitnodigen en kennisdelen met (potentiële) gegadigden en blijkt niet hoe zij de objectiviteit en integriteit van de selectie, en gelijke behandeling van te benaderen marktpartijen heeft gewaarborgd. Evenmin blijken de beginselen van gelijke behandeling (non-discriminatie), transparantie, objectiviteit en proportionaliteit in acht te zijn genomen.
71. Hiermee heeft de gemeente zich geen rekenschap heeft gegeven van de beginselen en uitgangspunten van haar eigen beleid hierover. De ombudsman stelt daarmee vast dat het handelen van de gemeente ook op dit punt niet conform het behoorlijkheidsvereiste van een goede voorbereiding was.
72. Ook de argumenten die de gemeente in haar correspondentie met de ombudsman geeft voor het hanteren van de enkelvoudige onderhandse procedure (een procedure waarbij de gemeente kan volstaan met het opvragen van één offerte bij een dienstverlener naar keuze) in plaats van de meervoudige onderhandse procedure (waarbij offertes van meerdere – veelal drie tot vijf - dienstverleners worden gevraagd) lijken niet te wijzen op een goede voorbereiding. De gemeente verklaart deze keuze, onder verwijzing naar voorschrift 3.4B van de Gids Proportionaliteit, met de stelling dat ze bij de meervoudige onderhandse aanbesteding niet meer dan vijf dienstverleners om een offerte had mogen vragen en aldus nooit een pool van 15 fotografen had kunnen vormen. De door de ombudsman geraadpleegde deskundige vindt de wijze waarop de gemeente hier met de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit omgaat 'opmerkelijk'. Zij schrijft: *“Uit de uitleg die Voorschrift 3.4B geeft is goed te begrijpen dat het aantal uit te nodigen inschrijvers, tussen het aantal van 3 en 5 vooral bedoeld is om voor ‘voldoende’*



*uit te nodigen inschrijvers te zorgen, zelfs in geval het om een kleinere opdracht onder de drempel gaat (van niet overschrijdend belang)."*

73. Evenmin voldoet het handelen van de gemeente aan de behoorlijkheidsvereisten van transparantie en goede informatieverstrekking. De totstandkoming van de fotografenpool gebeurde bepaald niet transparant en daarover werd noch vooraf, noch tijdens de vorming (actief) informatie verstrekt. Dat een dergelijke pool werd gevormd, moest de heer P. uit het geruchtcircuit vernemen. Over voorwaarden voor deelname aan de pool, criteria voor selectie dan wel uitsluiting en/of wijze van contractering werd niets (actief) medegedeeld door de gemeente. Niet uitgesloten kan worden dat indien de heer P. op 21 juli 2014 naar aanleiding van geruchten, niet zelf actief had geïnformeerd bij de gemeente, hem in het geheel niets was medegedeeld over de fotografenpool (buiten een korte telefonische mededeling medio augustus 2014 dat de gemeente per vrijwel direct geen verdere diensten meer van hem zou afnemen).
74. Het is duidelijk dat het voornemen van de gemeente om per 1 september 2014 een fotografenpool met 15 fotografen te starten grote gevolgen zou hebben voor de fotografen die voor de pool niet geselecteerd zouden worden. Zeker als zij de jaren daarvoor, voor hun inkomen grotendeels afhankelijk waren van de opdrachten van de gemeente. De gemeente weet of had zich moeten realiseren dat fotografen vaak freelancers zijn en dat sommige fotografen voor een deel financieel afhankelijk waren van de gemeente als opdrachtgever. De gemeente had daarom de betrokken fotografen tijdig, gevraagd en ongevraagd, open en transparant, alle informatie over haar voornemen een fotografenpool te vormen, moeten geven. Daarbij was het ook passend geweest om inzicht te geven in de selectiecriteria die bij de vorming van de pool zouden worden gehanteerd.
75. Aldus had bovendien voorkomen kunnen worden dat de gemeente pas achteraf, dus na de vorming van de fotografenpool en nadat de heer P. bij haar om opheldering had gevraagd over de gang van zaken bij de vorming daarvan, met de stelling kwam dat het werk van de heer P. niet zou voldoen aan de te stellen kwaliteitsnormen. Door dergelijke normen vooraf af te spreken, deze tevoren naar gegadigden te communiceren en (objectieve) criteria vast te stellen (bijv. middels de benoeming van een externe kwaliteits-beoordelingscommissie of 'jury' bestaande uit deskundigen op het gebied van fotografie) had een discussie over e.e.a. voorkomen kunnen worden. Nu is volstrekt onduidelijk of het werk van de heer P., mede in relatie tot het werk van andere gegadigden, al dan niet



van afdoende kwaliteit was en of uitsluiting van de pool om die reden gerechtvaardigd was. Onduidelijk is ook of in het verleden naar de heer P. is gecommuniceerd dat bepaald werk van hem onvoldoende was, en of werk van andere gegadigden niet ook ooit eens onvoldoende werd bevonden. Mede door het gebrek aan transparantie, goede informatievoorziening en goede voorbereiding biedt het dossier hierover geen aanknopingspunten. Dat betekent ook dat op geen enkele wijze kan worden nagegaan of de 'past performance' van de heer P. (en/of van anderen) aanleiding kon geven tot uitsluiting van mededinging.

76. Ten slotte meent de ombudsman dat het gebrek aan transparantie en goede informatieverstrekking tot gevolg heeft gehad dat de heer P., in tegenstelling tot wat de gemeente stelt, uiterst weinig tijd heeft gekregen om zijn bedrijfsvoering aan te passen aan het beëindigen van de samenwerking met de gemeente. Die bedrijfsvoering kende gedurende circa 24 jaar de gemeente als belangrijke opdrachtgever. Die samenwerking eindigde per ingang van de fotografenpool op 1 september 2014 of uiterlijk 1 oktober 2014. En deze beëindiging werd op 22 augustus 2014 telefonisch aan de heer P. gecommuniceerd. Zulks nadat de heer P. zelf op 21 juli 2014 bij de gemeente informeerde of de geruchten over de vorming van een 'fotografenlijstje' klopte. De ombudsman meent dat dit een uiterst krappe tijdspanne is om een samenwerking van 24 jaar af te wikkelen. Ook indien de heer P. nog lopende opdrachten van gebiedscommissies tot 1 januari 2015 mocht afronden.
77. De klacht van de heer P. over de onderzochte gedraging van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Rotterdam is gegrond wegens strijd met de behoorlijkheidsvereisten Transparantie, Goede informatieverstrekking en Goede voorbereiding.

### ***Oordeel***

De onderzochte gedraging van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Rotterdam is niet behoorlijk. De gemeente heeft in strijd gehandeld met de behoorlijkheidsvereisten Transparantie, Goede informatieverstrekking en Goede voorbereiding.

### ***Geen aanbeveling***

De ombudsman ziet geen aanleiding om een aanbeveling te doen omdat uitgangspunten, beginselen en (procedure)praktijk van inkoop en aanbesteding van



diensten reeds volgen uit het (Europese en nationale) aanbestedingsrecht en het (gemeentelijke) aanbestedingsbeleid. Bovendien heeft de gemeente in haar brief aan de ombudsman van 24 november 2016 aangegeven dat het haar bedoeling is om fotografiediensten vanaf mei 2017 door middel van een Dynamisch Inkoop Systeem (DAS) aan te besteden. Daarbij zal selectie plaats vinden op basis van vooraf bekend gemaakte criteria. De gemeente heeft laten weten dat de heer P. aan deze aanbesteding mee kan doen. De ombudsman gaat ervan uit dat de heer P. vooraf geïnformeerd wordt hoe hij mee kan doen aan deze aanbesteding.





## **Bijlage bij rapport dossiernummer 2014.1729**

### ***Klachtbehandeling door de gemeente***

1. Op 7 september 2014 stuurt de heer P. een e-mail aan de (Beeld)redacteur RSO Communicatie van de gemeente Rotterdam waarin hij reageert op de telefonische mededeling van de (Beeld)redacteur RSO Communicatie dat hij niet langer deel uitmaakt van de fotografenpool.
2. Op 11 september 2014 reageert het Hoofd Concerncommunicatie schriftelijk op deze e-mail.
3. Per brief van 22 september 2014 tekent de heer P. bezwaar aan bij het college van burgemeester en wethouders tegen de beslissing om hem "*per 1 oktober a.s. uit te sluiten van een pool van freelance fotografen*".
4. Op 6 oktober 2014 reageert de wethouder Haven, Duurzaamheid, Mobiliteit en Organisatie schriftelijk op deze brief.
5. De heer P. is ontevreden over de reactie van de gemeente op zijn klacht en stuurt op 1 december 2014 een e-mail aan de ombudsman.

### ***Klachtbehandeling door de ombudsman***

6. Op 1 december 2014 ontvangt de ombudsman per e-mail de klacht van de heer P..
7. Bij brief van 18 december 2014 deelt de ombudsman aan de gemeente mee dat hij overgaat tot een onderzoek naar de klachten van de heer P.. De ombudsman informeert tevens of de gemeente bereid is tot het voeren van een bemiddelingsgesprek.
8. Nadat de gemeente en de heer P. hun bereidheid tot medewerking daaraan hebben uitgesproken, vindt er op 25 februari 2015 op het kantoor van de ombudsman een bemiddelingsgesprek plaats. Op 4 maart 2015 stuurt de ombudsman de gemeente en de heer P. het concept-verslag van dit gesprek toe en stelt hen in de gelegenheid om daar binnen 2 weken op te reageren. Op 16 maart 2015 reageren de gemeente en de heer P. op het concept-verslag. De ombudsman verwerkt deze reacties en stelt het verslag definitief vast, waarna hij dit op 26 maart 2015 aan de gemeente en de heer P. toestuurde.
9. In zijn brieven van 16 en 30 maart 2015 verschaft de heer P. de ombudsman nadere informatie en verzoekt hij de ombudsman die bij zijn onderzoek te betrekken.
10. Op 1 juli 2015 schrijft de ombudsman aan de gemeente dat - aangezien het bemiddelingsgesprek niet tot een oplossing heeft geleid - hij zijn onderzoek zal voortzetten. De ombudsman verzoekt de gemeente op de klachten te reageren,



- hem alle relevante informatie toe te sturen en zijn onderzoeksvragen te beantwoorden.
11. Op 24 juli 2015 ontvangt de ombudsman de schriftelijke reactie van de gemeente van 22 juli 2015.
  12. Op 27 juli 2015 stuurt de ombudsman deze brief aan de heer P. toe en stelt hem in de gelegenheid om daarop te reageren.
  13. Op 27 juli 2015 schrijft de gemeente aan de heer P. dat *“gezien het teruglopende aantal opdrachten en de bezuinigingen die het concern ook het komende jaar nog te wachten staat, is besloten de pool niet uit te breiden met nieuwe fotografen”*.
  14. Op 13 augustus 2015 ontvangt de ombudsman de schriftelijke reactie van de heer P. op de brief van de gemeente van 22 juli 2015.
  15. Bij brief van 7 september 2015 stelt de ombudsman de gemeente een aantal aanvullende onderzoeksvragen.
  16. Op 6 oktober 2015 ontvangt de ombudsman de schriftelijke reactie van de gemeente van 1 oktober 2015.
  17. Op 9 oktober 2015 stuurt de ombudsman de reactie van de gemeente aan de heer P. toe en stelt hem in de gelegenheid om daarop te reageren.
  18. Op 23 oktober 2015 ontvangt de ombudsman de schriftelijke reactie van de heer P. op de brief van de gemeente van 1 oktober 2015.
  19. Op 24 november 2015 schrijft de ombudsman aan de gemeente dat hij heeft besloten om zich op de voet van de artikelen 9:32 en 9:33 Awb door een deskundige nader over het aanbestedingsrecht te laten informeren.
  20. Bij brief van 21 december 2015 verstrekt de ombudsman een opdracht aan prof. mr. E. R. Manunza en stelt haar een 5-tal vragen.
  21. Op 25 februari 2016 ontvangt de ombudsman het gevraagde advies.
  22. Naar aanleiding van de inhoud van het deskundig advies stelt de ombudsman bij brief van 18 maart 2016 enkele aanvullende vragen aan de gemeente.
  23. Op 20 april 2016 ontvangt de ombudsman de schriftelijke reactie van de gemeente van 19 april 2016.
  24. Op 26 april 2016 vraagt de ombudsman aan prof. mr. Manunza of de inhoud van de brief van de gemeente van 19 april 2016 haar aanleiding geeft tot het maken van nadere opmerkingen.
  25. Op 29 mei 2016 laat prof. mr. Manunza de ombudsman weten dat dit niet het geval is.
  26. Op 9 juni 2016 verzendt de ombudsman zijn ‘Bevindingen en voorlopig oordeel’ alsmede afschrift van het advies van de deskundige aan de heer P. en aan de gemeente met het verzoek daarop te reageren.



27. Bij brief aan de ombudsman van 21 juni 2016 geeft de heer P. aan vooralsnog geen behoefte te hebben om nader te reageren.
28. Bij brief van 21 juli 2016 reageert de gemeente inhoudelijk op de 'Bevindingen en voorlopig oordeel' van de ombudsman en op het rapport van de deskundige.
29. Bij brief van 5 augustus 2016 stelt de ombudsman naar aanleiding van de brief van de gemeente enkele aanvullende vragen aan de gemeente.
30. Bij brief aan de ombudsman van 29 augustus 2016 beantwoordt de gemeente de aanvullende vragen van de ombudsman, onder verwijzing naar twee bijgevoegde notities.
31. Bij brief aan de ombudsman van 19 september 2016 reageert de heer P. inhoudelijk op de reacties van de gemeente van 21 juli en 29 augustus 2016.
32. Bij brief van 2 november 2016 verzendt de ombudsman zijn aangepaste 'Bevindingen en voorlopig oordeel' aan de heer P. en aan de gemeente met het verzoek daarop te reageren.
33. Bij brief van 16 november 2016 reageert de heer P. inhoudelijk op de aangepaste 'Bevindingen en voorlopig oordeel' van de ombudsman.
34. Bij brief van 24 november 2016 reageert de gemeente op de aangepaste 'Bevindingen en voorlopig oordeel' van de ombudsman.