

# NOTITIE

---

**datum** : 21 april 2017

**aan** : JCDecaux  
**t.a.v.** : 5.1,2,e  
**uw ref.** : Amsterdam

**van** : 5.1,2,e 5.1,2,e  
Mobiel: 5.1,2,e  
E-mail: 5.1,2,e @ 5.1,2,e

**onze ref.** : 5.1,2,e

**betreft** : Digitalisering reclamevitines Abri

---

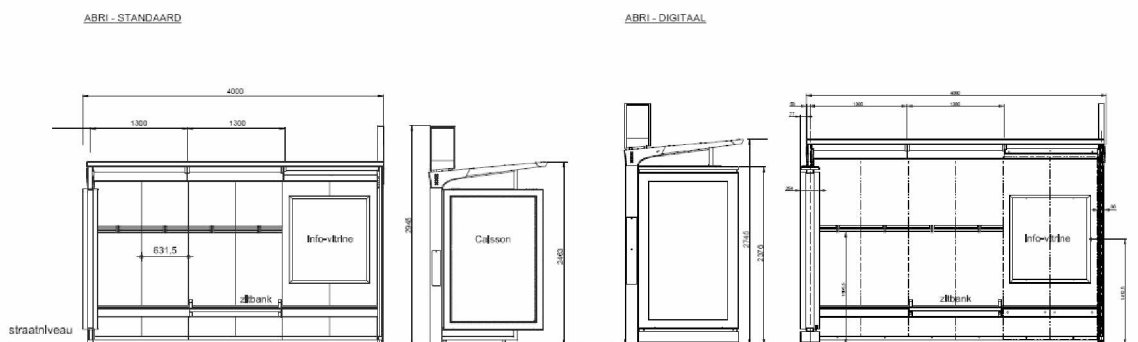
## Inleiding

1. In het directieoverleg tussen JCDecaux ("de Exploitant") en de Gemeente Amsterdam, RvE Verkeer en Openbare Ruimte ("de Concessieverlener"), is naar ik begrijp de vraag gerezen of Exploitant zonder enig bezwaar de reclamevitines in de huidige wachthuisjes in de gemeente Amsterdam digitaal kan uitvoeren. Mijn conclusie ten aanzien van die vraag is dat de overeenkomst de Exploitant binnen de hierna te noemen kaders de ruimte biedt deze wachthuisjes van een digitale vitrine te voorzien en deze te exploiteren. In dit advies zal ik deze vraag in zijn algemeenheid en vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief beantwoorden en de onvermijdelijke, resterende (beperkte) risico's inschatten en onderbouwen.
2. Mocht er onverhoopt een partij in rechte bezwaar maken en in die procedure tot het oordeel worden gekomen dat sprake is van een ongeoorloofde, wezenlijke wijziging van de bestaande overeenkomst, dan is de uiterste consequentie dat Wachthuisjes met de digitale reclamevitines dienen te worden verwijderd en de huidige Wachthuisjes met analoge reclame vitrines dienen terug te keren. De Exploitant dient dit als haar ondernemersrisico te beschouwen en zal in voorkomend geval daarvan ook de eigen kosten volledig dienen te dragen.

## Situatieschets

3. De Wachthuisjes in Amsterdam zijn straatmeubilair waarin verschillende functies zijn gecombineerd. Naast een wachtvoorziening, een infovitrine met OV informatie, mag het object commercieel worden geëxploiteerd middels een reclamevitrine ten behoeve van het zogenaamde 2m2 formaat.

4. Buitenreclame ontwikkelt zich naar een interactief en digitaal medium met veel verschillende toepassingsmogelijkheden. Objecten die voorheen alleen een reclameposter hadden, kunnen bijvoorbeeld op gewenste tijden ook publieksinformatie tonen. Ook kunnen er op een digitaal scherm bewegingseffecten of filmpjes worden getoond, en kunnen er situatie-gebonden (reclame)boodschappen worden getoond.
5. Het digitale reclame medium heeft verschillende voordelen voor de Concessieverlener. Zo biedt het medium de mogelijkheid van informatievoorziening naar bewoners en bezoekers. Zo kan de Concessieverlener gebruik maken van de digitale schermen voor crisiscommunicatie of de actuele wachtrijen van geplande evenementen of tentoonstellingen laten zien. Daarnaast is te verwachten dat het digitaliseren van de vitrines in de wachthuisjes bijdraagt aan de verduurzaming van de openbare ruimte. Zo hoeft er geen papier meer worden toegepast en vermindert het aantal vervoersbewegingen in het stedelijk gebied substantieel op dit gebied, doordat de poster niet meer fysiek hoeft te worden gewisseld.



6. Om de digitale reclamevitrine te integreren in het huidige ontwerp Wachthuisje is de hoogte van de vitrine aangepast. De verschillen zijn hier schematisch weergegeven. Hierop is te zien dat de hoogte van het dak uitkomt op 2745mm, in het bestaande geval is dit 2463mm. Het betreft wijzigingen die zichtbaar zijn als de vitrines direct naast elkaar worden geplaatst. Bij afzonderlijke beschouwing zijn de veranderingen daarentegen veel moeilijker waarneembaar en geldt dat het totaalbeeld van de wachthuisjes niet wezenlijk wordt veranderd.

### Aanbestedingsrechtelijk perspectief

7. Via een Europese aanbestedingsprocedure heeft de Concessieverlener de Exploitant per 1 januari 2013 het recht verleend om eigen wachthuisjes te plaatsen en deze voor reclamedoeleinden te exploiteren ("Concessie").

8. De eerste vraag die de Exploitant van belang acht, mede vanwege haar relatie met de Concessieverlener, is of de geschetste activiteiten zich verhouden met de voorwaarden van de Concessie. Als aanbestedingsrechtelijk uitgangspunt geldt dat wanneer de Concessie inhoudelijk wezenlijk wijzigt, er een nieuwe concessie ontstaat en dienovereenkomstig mogelijk een verplichting bestaat om opnieuw aan te besteden. Van een wezenlijke wijziging is op grond van de jurisprudentie en de huidige wetgeving (Aw 2012) kort gezegd sprake wanneer de wijziging:
- zou hebben geleid tot het toelaten van andere inschrijvers of tot de keuze voor een andere aanbidding; en/of
  - de markt in belangrijke mate uitbreidt tot (werken, leveringen en) diensten die in de oorspronkelijke opdracht niet waren opgenomen; en/of
  - het economisch evenwicht van de overeenkomst op niet-voorzien wijze wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer (*in casu* De Exploitant).
9. Bij de beoordeling van de vraag óf de Concessie wezenlijk wordt gewijzigd, zijn de aanbestedingsstukken zoals die in het kader van de aanbestedingsprocedure door de Concessieverlener (gemeente Amsterdam) zijn gepubliceerd (inclusief de tekst van de concessie zelf) van doorslaggevende betekenis. Is in de aanbestedingsstukken voorzien in de mogelijkheid om de reclamevitrine in de wachthuisjes te digitaliseren, dan is er geen blokkade. De aanbestedingsstukken betreffen:
- De aankondiging van de Concessie;
  - Het *Bestek beheer 10-48 Openbare aanbesteding exploitatie van wachthuisjes en informatiepanelen Gemeente Amsterdam Dienst Infrastructuur Verkeer en Vervoer d.d. 29 september 2011* (“**Bestek**”), waaronder de contractuele bepalingen; en
  - De Nota's van Inlichtingen.

### **Eigendom en exploitatierecht van de wachthuisjes bij de Concessiehouder**

10. In hoofdstuk 2 van de Concessieovereenkomst is opgenomen dat de Concessiehouder het recht om Wachthuisjes en informatiepanelen “te exploiteren ten behoeve van commerciële reclaimedoeleinden” (Bestek, paragraaf 2.2, pagina 9)
11. In artikel 6 van de Concessieovereenkomst is bepaald dat de eigendomsrechten van de Wachthuisjes bij de Concessiehouder berusten, in dit geval derhalve de Exploitant. Eigendom is het meest omvattende recht dat een (rechts)persoon op een zaak kan hebben, aldus artikel 5:1 BW. Op grond van artikel 5:2 BW staat het de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken, mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen. De Exploitant mag haar

eigendom derhalve benutten zoals haar goeddunkt. Uitgangspunt van de concessie is derhalve dat de Exploitant op elke gewenste wijze mag exploiteren en de exploitatie derhalve niet is beperkt tot een bepaalde vorm van reclame exploitatie.

### Wijzigingen in Reclamebeleid zijn leidend voor de uitleg van de overeenkomst

12. In artikel 1.1.2 van de overeenkomst is bepaald dat bij vervanging, verplaatsing of nieuw te plaatsen Objecten gedurende de looptijd van de Overeenkomst het reclamebeleid van de zeven stadsdelen leidend is:

*“Het reclamebeleid van de zeven stadsdelen is leidend; indien gedurende de contractperiode het reclamebeleid van één of meer stadsdelen aangepast wordt, zullen deze wijzigingen onverkort in deze Overeenkomst meegenomen worden.” (Bestek, pagina 43)*

13. Aldus is beoogd om een exploitatierecht te geven dat het reclamebeleid van de Gemeente volgt. In december 2016 heeft de Gemeenteraad van Amsterdam een nieuw reclamebeleid vastgesteld voor alle stadsdelen. Hierin is de mogelijkheid voor het digitaliseren van de vitrines in Abri's opgenomen:

*“De overeenkomst van de gemeente Amsterdam loopt nog tot 2027. In de overeenkomst voor het plaatsen van de abri's is ruimte open gelaten voor het digitaliseren van de reclamedisplays.” (Stedelijk kader Buitenreclame, pagina 32)*

14. Deze verruiming in het beleid biedt aldus de ruimte tot het digitaliseren van de wachthuisjes binnen de kaders van de overeenkomst.

### Bijdragen aan Duurzaamheid

15. De Concessieverlener doet in hoofdstuk 3 van de overeenkomst een beroep op haar leverancier om alle mogelijkheden binnen de concessie te benutten om te verduurzamen:

*“Daar waar kansen liggen de markt stimuleert tot verdere verduurzaming en innovatie.” “Zo rekent Amsterdam er op dat haar leveranciers/dienstverleners hun eigen verantwoordelijkheid nemen ten aanzien van ketenbeheer” (Bestek, hoofdstuk 3, pagina 10)*

16. Het digitaliseren van buitenreclame wordt door de gemeenteraad gezien als een kans voor verduurzaming van de openbare ruimte, zo is gesteld in het Stedelijk Kader Buitenreclame:

*“De gemeente Amsterdam wil de verduurzaming van de hoofdstad versnellen. Ook de reclamebranche wordt uitgedaagd om nog duurzamer te adverteren. Digitale reclame maakt affiches overbodig. Zo wordt er minder papier verbruikt en hoeven de onderhoudsmedewerkers niet wekelijks met de auto de stad in om de posters te verwisselen. Zo neemt het aantal autobewegingen in de stad af en is er minder CO<sup>2</sup>-uitstoot.” (Stedelijk Kader Buitenreclame, Pagina 2)*

*“Wij verwachten dat de digitalisering van buitenreclame een bijdrage levert aan de verduurzaming van de openbare ruimte. De toepassing van de grote hoeveelheid papieren posters met reclame kan hierdoor op den duur grotendeels verdwijnen. Ook wordt het aantal vervoersbewegingen van exploitanten*

*beperkt, omdat de beelden op afstand kunnen worden aangepast.” (Stedelijk kader Buitenreclame, Pagina 25)*

17. Het digitaliseren van de reclamevitrine van de wachthuisjes voldoet aan de oproep om binnen de overeenkomst alle mogelijkheden tot duurzaamheid te benutten en is een van de doelstellingen van de gemeente Amsterdam, zoals verwoordt binnen het Stedelijk Kader Buitenreclame.

### **Contractuele uitsluitingsgrond**

18. Het digitaliseren van de reclamevitrine van de wachthuisjes is alleen mogelijk als dit niet expliciet is uitgesloten in de Concessieovereenkomst. Binnen die overeenkomst is de volgende definitie van een wachthuisje opgenomen:

*“Een overdekte wachtgelegenheid voor OV-reizigers waarin ruimte beschikbaar is voor een bankje, een Informatievitrine en een Reclamevitrine voor reclameposters op het 2m2 formaat” (Bestek, pagina 5).*

19. De definitie zoals opgenomen veronderstelt dat de reclamevitrine een papieren poster zal herbergen. Dat is een begrijpelijk uitgangspunt, omdat dat in 2011 nu eenmaal de bestaande situatie was. Dat dit voor de gehele looptijd bedoeld zou zijn als beperking van de exploitatiemogelijkheden, ligt naar de aard al niet voor de hand en wordt ook niet bevestigd door de overige aanbestedingsstukken. In paragraaf 3.3. wordt bijvoorbeeld de eis vermeld dat de reclame in de Reclamevitrites in de Wachthuisjes statisch is. Dit betekende aanvankelijk dat er geen roterende reclame in de Wachthuisjes was toegestaan. In de eerste Nota van Inlichtingen tijdens de aanbestedingsprocedure is de Concessieverlener hier reeds deels op teruggekomen: In Mededeling A2, pagina 3 vermeldt de concessieverlener de bereidheid om het gedeeltelijk roteren van de reclamevitrine van de wachthuisjes toe te staan, als compenserende maatregel voor een substantiële vermindering van het aantal haltes.

20. In de Nota van Inlichtingen beantwoordt de Concessieverlener ook positief bevestigend op de vraag of de reclamevitrites van de informatiepanelen digitaal mogen worden uitgevoerd.

*Vraag “Is het mogelijk om de reclamevitrites niet roterend uit te voeren maar te vervangen voor digitale reclamevitrites?” Antwoord “Ja, in dat geval blijft de Gemeentelijke (B) zijde analoog en niet roterend” (Vraag 105 Nvl, pagina 36).*

21. Ook al wordt dit antwoord in de Nota van Inlichtingen gegeven ter zake van de Informatiepanelen, dit duidt op de afwezigheid van de bedoeling de exploitatie in enige mate in te perken. Technisch en qua ontwerp bestaat er geen verschil tussen reclamevitrites die los staan en de rol van informatiekanalen vervullen, en de vitrites die zijn geïntegreerd in een wachthuisjes. Ook via deze informatie in de nota van inlichtingen moet worden geconcludeerd dat de overeenkomst voorziet in de mogelijkheid van het digitaliseren van de reclamevitrites.

## Uiterlijke vormgeving

22. In de aanbestedingsprocedure heeft ook de uiterlijke vormgeving van de Wachthuisjes een rol gespeeld. Het komt zorgvuldig voor in het kader van de voorgelegde vraag te onderzoeken of toestemming zijdens de Gemeente voor het plaatsen van een digitale reclamevitrine meebrengt dat er een onaanvaardbare wijziging van het uiterlijk van de Wachthuisjes wordt toegestaan.
23. Uit § 5.8.4.4 van het Bestek volgt wel dat de vormgeving van het wachthuisje een rol heeft gespeeld bij de beoordeling van de aanbiedingen. Het ontwerp van het wachthuisje moest namelijk enerzijds, op straffe van uitsluiting van verdere deelname aan de Aanbestedingsprocedure, voldoen aan de gestelde eisen. Anderzijds werden punten toegekend voor de mate waarin het ontwerp van het Wachthuisje voldeed aan de gestelde wensen. De eisen en wensen die de Concessieverlener ter zake het ontwerp van het wachthuisje heeft geformuleerd staan in Bijlage 21 en 22 van het Bestek. De eisen hebben betrekking op het te gebruiken materiaal, de merkidentiteit, typografie, de kleur, de markering met gezandstraalde Andreas kruisen, de vormgeving en de detaillering.
24. Ondanks dat bij de beoordeling van de aanbiedingen de vormgeving van het Wachthuisje een rol heeft gespeeld en het plaatsen van een digitale reclamevitrine in een Wachthuisje tot enige uiterlijke wijziging in de vormgeving/het ontwerp van het Wachthuisje leidt, ben ik van mening dat het verlenen van medewerking niet tot een wezenlijke wijziging van de Concessie leidt. Dit kan als volgt worden toegelicht.
25. Allereerst is van belang om op te merken dat in artikel 5.6 van Deel II van het Bestek betreffende *Contractuele bepalingen* is aangegeven dat naar aanleiding van de *Factory Acceptance Test* op een proefwachthuisje de exploitant de gelegenheid geboden krijgt om wijzigingen door te voeren. Met andere woorden: nadat de aanbiedingen waren ingediend en een voornemen tot gunning was geuit, kon (en zelfs moest) een exploitant dus nog (uiterlijke) wijzigingen doorvoeren op het ontwerp van het wachthuisje. Voornoemd artikel 5.6 luidt:
- “5.6 Op een proefwachthuisje [...] (prototype) wordt een factory acceptance test (FAT) uitgevoerd. Dit omvat een toets op de eisen die beschreven zijn in het PvE en een toets op het door de Exploitant ingediende ontwerp. De FAT vindt plaats vóór 1 februari 2012 en in Nederland. Binnen 2 weken na uitvoering van de test worden de resultaten van de test bekendgemaakt. De exploitant krijgt 2 weken voor het doorvoeren van de benodigde aanpassingen waarna een nieuwe FAT plaats vindt.”*
26. Volgens de regels van de aanbestedingsprocedure was het niet zo dat exact het wachthuisje zoals dat als winnaar uit de aanbestedingsprocedure kwam, zou worden gecontracteerd, geproduceerd en geplaatst. Feitelijk hebben er ook ten aanzien van het winnende object na gunning wijzigingen plaatsgevonden in het ontwerp, mede op

verzoek van de Concessieverlener. Het betreft allerhande wijzigingen die destijds reeds zijn doorgevoerd. Op hoofdlijnen is het Wachthuisje destijds niet wezenlijk veranderd, maar op een aanzienlijk aantal details dus wel. Het plaatsen van een digitale reclamevitrine in het wachthuisje is een geringe, uiterlijke verandering die vergelijkbaar is met de uiterlijke veranderingen die destijds na gunning zijn doorgevoerd en volgens de procedure mochten worden doorgevoerd.

27. In de hiervoor opgenomen tekeningen is de gewijzigde vormgeving schematisch weergegeven. Qua vormgeving is er derhalve sprake van een wijziging, maar deze is zeer gering. Zo is het verschil in hoogte kleiner dan 10% en blijft het verdere uiterlijk van het Wachthuisje onaangetast. Ook gezien het feit dat geringe uiterlijke wijzigingen waren voorzien, kan onmogelijk van een wezenlijke wijziging van de Concessie worden gesproken. Er valt ook niet in te zien hoe (het conform Concessieovereenkomst toe staan van) deze geringe, uiterlijke wijzigingen zou hebben kunnen leiden tot een andere kring van gegadigden of een verbetering van het economisch evenwicht voor JCDecaux. Het uiterlijk heeft geen betrekking op het economisch evenwicht van de overeenkomst en er zij herhaald dat de Exploitant gebruik maakt van zijn eigendomsrecht, zoals dat inherent is aan de Concessie.

### Eisen aan verlichting en stroomvoorziening

28. In eis 3.5 van het Bestek (pagina 47) stelt de Concessieverlener het volgende:

*“Alle Wachthuisjes en Informatiepanelen zijn gelijkgeschakeld aan de openbare verlichting. Dat wil zeggen dat de Wachthuisjes en Informatiepanelen alleen verlicht zullen worden als de openbare verlichting aan is.” Bestek (pagina 47)*

29. Voor de digitale informatiepanelen wordt het realiseren van een permanente stroomvoorziening expliciet toegestaan. Dit is niet voorzien voor de Wachthuisjes.

*“Indien de Exploitant kiest voor digitale informatiepanelen dan wordt het realiseren van een permanente stroomvoorziening toegestaan, ...” Bestek (pagina 47)*

30. Er is een mogelijkheid dat dat deze bepaling uitgelegd wordt als een uitsluiting voor permanente stroomvoorziening en permanente verlichting van Wachthuisjes. Van beide is sprake bij de introductie van een digitale reclamevitrine.
31. In de praktijk is de lichtopbrengst van een poster in daglicht vergelijkbaar met die van een verlicht digitaal scherm in hetzelfde omgevingslicht. Dit komt door de inpassing van lichtsortechnologie, die de lichtopbrengst van een digitaal scherm afstemt op het omgevingslicht. Daarom brengt dit mijns inziens geen wezenlijke wijziging met zich mee in de bedoelde eisen onder paragraaf 3.5 van het Bestek.

\* \* \* \* \*