

## COLOFON

TENDER NIEUWSBRIEF IS EEN UITGAVE VAN  
SDU UITGEVERS BV EN VERSCHIJNT  
ACHTMAAL PER JAAR.

### Redactie

Mr. R.S. Damsma  
Loyens & Loeff N.V.

Mr. I.A.H. Dolmans-Budé  
Dolmans-Budé Legal B.V.

Drs. H. 't Hart  
Tender Services Group

Drs. S. de Jong  
Inkopenvoor

Mr. J.S. Muntz-Beekhuis  
PIANO

Mr. L.J.W. Sueters  
Bartels Sueters Rassa Aanbestedingsadvocaten

Mr. A.W. van Wijngaarden  
International Tender Services BV

### Eindredacteur

Marit Hazeleger, marit@redactioneleproducties.nl

### Redactieadres

Sdu Uitgevers  
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag  
aanbestedingsrecht@sdu.nl

### Uitgever

Dineke Sonderen

### Ontwerp en vormgeving

Colorscan, www.colorscan.nl  
ISSN 1384-2838  
©Sdu Uitgevers 2019.

### www.vindinkoopenaanbesteding.nl

De artikelen uit de Tender Nieuwsbrief worden  
gearchiveerd in de kennisbank VIND Inkoop en  
Aanbesteding van Sdu Uitgevers.

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopieën, dienen te worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060, 2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan Tender Nieuwsbrief impliceert toestemming voor openbaarmaking en vervoelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) Tender Nieuwsbrief in enige vorm.

### Abonnementen en -administratie

Tender Nieuwsbrief verschijnt achtmaal per jaar. Een jaarabonnement kost € 231,- (excl. btw/incl. verzend- en administratiekosten). Prijswijzigingen voorbehouden. Abonnementen: Sdu Klantenservice o.v.v. Tender Nieuwsbrief. Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Tel.: (070) 378 98 80. E-mail: sdu@sdu.nl of via www.sdu.nl. Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht. Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnement)overeenkomst en om u, ook per e-mail, op uw vakgebied van informatie te voorzien over uitgaven en diensten van Sdu Uitgevers bv. In iedere e-mail is een afmeldmogelijkheid opgenomen. Als u in het geheel geen prijs stelt op deze informatie, ook niet over producten en diensten van zorgvuldig door Sdu geselecteerde derden, dan kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.

## DE ZAAK

# Maximale omvang raamovereenkomst vooraf bepalen

**Is het mogelijk dat aanbestedende diensten gebruikmaken van een door een andere aanbestedende dienst aanbestede en ondertekende overeenkomst? Volgens het HvJ EU<sup>1</sup> is dit mogelijk, mits is vermeld: (1) de aanbestedende dienst die later ook gebruik kan gaan maken van de raamovereenkomst en (2) de maximumhoeveelheid en het -bedrag waarop de raamovereenkomst betrekking heeft voor alle daarvan gebruikmakende aanbestedende diensten. Anders dan in de praktijk vaak het geval is, dient de (maximale) omvang van de raamovereenkomst dus vooraf door de aanbestedende dienst te worden bepaald.**

De Italiaanse hoogste bestuursrechter, de Consiglio di Stato (hierna: de verwijzende rechter), heeft zijn twijfels over de vraag of een openbare gezondheidsdienst, die optreedt als aanbestedende dienst, in 2015 een opdracht voor afvalinzamelings- en verwerkingsdiensten direct kon plaatsen bij de onderneming waarmee een andere, vergelijkbare, openbare dienst al eerder (in 2011/2012) een raamovereenkomst had gesloten. Van belang hierbij is dat in het bestek van de aanbesteding van die raamovereenkomst een uitbreidingsclausule was opgenomen die een of meerdere in die clausule specifiek genoemde instellingen de mogelijkheid bood om de gekozen opdrachtnemer te verzoeken de opdracht tot hen uit te breiden onder dezelfde condities. De verwijzende rechter heeft daarom het Europese Hof van Justitie de vraag voorgelegd of dit is toegestaan. Verder wil hij weten of in de raamovereenkomst verplicht de hoeveelheid prestaties moet worden vermeld die de aanbestedende diensten bij de afsluiting van de latere overeenkomsten kunnen verlangen en, zo ja, of het dan voldoende is om in dat kader te verwijzen naar hun 'normale behoefte'. Deze zaak speelt nog onder de voormalige aanbestedingsrichtlijn<sup>2</sup>, maar aangezien de bepalingen over de raamovereenkomst nauwelijks zijn gewijzigd in de nieuwe richtlijn<sup>3</sup>, is dit arrest ook onder de huidige regelgeving relevant.

## Welke aanbestedende diensten kunnen gebruikmaken van een raamovereenkomst?

Zowel in de voormalige als in de huidige aanbestedingsrichtlijn is de raamovereenkomst

gedefinieerd als: 'een overeenkomst tussen één of meer aanbestedende diensten en één of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid'. Beide richtlijnen beschrijven de procedures die gevolgd moeten worden voor de gunning van opdrachten die gebaseerd zijn op de raamovereenkomst. Alleen bepaalde de voormalige richtlijn dat die procedures slechts van toepassing waren 'tussen de aanbestedende diensten en de ondernemers die oorspronkelijk bij de raamovereenkomst partij waren'.<sup>4</sup> In de huidige richtlijn is dit iets anders verwoord, namelijk: 'tussen de aanbestedende diensten die duidelijk daarvoor zijn aangewezen in de oproep tot mededinging of in de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling, en de ondernemers die partij waren bij de gesloten overeenkomst'.<sup>5</sup> Het vereiste van daadwerkelijk partij zijn bij de raamovereenkomst (lees: deze ondertekend hebben) geldt onder de huidige regelgeving dus alleen voor ondernemers. Aanbestedende diensten hoeven de raamovereenkomst niet per se ondertekend te hebben. Voldoende is dat in de aanbestedingsstukken duidelijk staat vermeld dat en welke aanbestedende diensten in een later stadium ook gebruik kunnen gaan maken van die raamovereenkomst. De eerste vraag van de verwijzende rechter was dus eigenlijk of de regeling van het huidige recht ook al gold onder de voormalige richtlijn. Het Hof beantwoordt die vraag bevestigend.

## Bepaalbaarheid omvang raamovereenkomst

In het kader van de tweede vraag speelt een belangrijke rol dat de definitie van het begrip raamovereenkomst bepaalt dat daarin 'in een voorkomend geval' de beoogde hoeveelheid wordt vastgelegd. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat het niet verplicht is om de hoeveelheid prestaties waarop de raamovereenkomst betrekking heeft te vermelden. Het Hof spreekt in dit arrest echter duidelijk uit dat dit geen facultatieve bevoegdheid betreft, maar dat de raamovereenkomst van meet af aan de maximale hoeveelheid leveringen of diensten kenbaar moet maken waarop de volgende opdrachten betrekking kunnen hebben. Dit betekent dat, zo oordeelt het Hof, de aanbestedende dienst die de raamovereenkomst aanbesteedt en deze onderkent, zich slechts tot een bepaalde hoeveelheid kan verbinden, zowel voor zijn eigen rekening als voor rekening van potentiële aanbestedende diensten die later ook gebruik willen maken van de raamovereenkomst en daartoe duidelijk zijn aangewezen in de aanbestedingsstukken. Zodra die vooraf bepaalde maximale omvang van de raamovereenkomst is bereikt, sorteert de raamovereenkomst geen effect meer en kunnen potentiële aanbestedende diensten daar geen gebruik meer van maken. Onduidelijk is wat het Hof precies bedoelt met de woorden dat de raamovereenkomst nadien 'geen effect meer sorteert'. Is een nadere overeenkomst die wordt gesloten na het vollopen van een raamovereenkomst dan direct nietig of enkel vernietigbaar op grond van artikel 4.15 Aw? En hoe zit het met de raamovereenkomst zelf bij overschrijding van het maximum; leidt dit tot (gedeeltelijke) nietigheid of vernietigbaarheid van de raamovereenkomst?

Het Hof leidt de verplichting tot bekendmaking van de maximale omvang van de raamovereenkomst af uit een aantal bepalingen uit de richtlijn<sup>6</sup>, maar hangt zijn oordeel vooral op aan de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en de transparantieverplichting. Deze zouden, volgens het Hof, in het gedrang komen als de totale hoeveelheid waarop de raamovereenkomst betrekking heeft niet door de oorspronkelijke aanbestedende dienst wordt gespecificeerd. Ten aanzien van de opdrachten die onder de raamovereenkomst worden gegund, bestaat immers geen publicatieverplichting, ook niet ten aanzien van het gunningsresultaat daarvan. Indien de oorspronkelijke aanbestedende dienst niet verplicht is om van meet af aan de maximum-

hoeveelheid en het maximumbedrag van de raamovereenkomst te vermelden, bestaat het risico dat de raamovereenkomst wordt gebruikt om een opdracht kunstmatig te splitsen om zo onder de toepasselijke drempelbedragen te blijven, aldus het Hof. Ik moet zeggen dat ik dat risico niet zo direct voor mij zie. Als de overkoepelende raamovereenkomst correct is aanbesteed, maakt het naar mijn idee niet uit hoe de daaronder te verdelen opdrachten worden ingedeeld. Of dit nu grotere opdrachten zijn die qua waarde het drempelbedrag overschrijden of kleinere opdrachten die afzonderlijk niet boven het drempelbedrag uitkomen, in beide gevallen is aan de aanbestedingsverplichting reeds voldaan door aanbesteding van de overkoepelende raamovereenkomst.

Binnen de context van deze zaak kan ik mij wel een ander ontduikingsrisico voorstellen. Dat risico zit 'm in de onbekendheid van de hoeveelheid en de omvang van de opdrachten waarmee andere aanbestedende diensten later kunnen aansluiten bij de raamovereenkomst. Als de totale omvang van een raamovereenkomst niet vooraf is bepaald, terwijl daarin wel een uitbreidingsclausule voor aanbestedende diensten is opgenomen, bestaat het risico dat die andere aanbestedende diensten de door een collega-aanbestedende dienst aanbestede raamovereenkomst misbruiken om daaronder een-op-een opdrachten te verstrekken waarvoor op hen eigenlijk een zelfstandige aanbestedingsplicht rust. Er zou dan een gebruik kunnen ontstaan waarbij aanbestedende diensten elkaar voor de zekerheid altijd noemen in uitbreidingsclausules van raamovereenkomsten. Een aanbestedende dienst die een opdracht te vergeven heeft kan dan eerst kijken of een collega-aanbestedende dienst al een raamovereenkomst heeft gesloten met interessante voorwaarden. Zo ja, dan hoeft er niet (meer) te worden aanbesteed, maar kan er gebruik worden gemaakt van die raamovereenkomst. Is de prijs of zijn andere afspraken van die raamovereenkomst niet interessant genoeg, dan kan men altijd alsnog zelfstandig aanbesteden. In feite is dit niet toegestaan leurgedrag. De richtlijn en de Aanbestedingswet bepalen immers dat de raamovereenkomst niet mag worden gebruikt om de mededinging te hinderen, te beperken of te vervalsen.<sup>7</sup> Toegegeven, door te werken met een zeer groot maximumbedrag, zou dit leurgedrag onder de leer van dit arrest alsnog kunnen plaatsvinden, maar daarmee is dan mijns inziens sprake van niet toegestaan mededinging belemmerend gebruik van de raamovereenkomst. Terecht oordeelt het Hof dan ook dat het ter

bepaling van de omvang van de opdrachten die andere – specifiek benoemde – aanbestedende diensten later (ook) onder de raamovereenkomst kunnen wegzetten, niet voldoende is om slechts te verwijzen naar 'de normale behoefte' van die aanbestedende diensten. Dit is een rijkelijk vaag begrip. Het Hof wijst erop dat het hanteren van dit begrip het risico meebrengt dat nationale partijen wel weten wat dit ongeveer inhoudt, maar dat dit niet duidelijk is voor buitenlandse partijen. Ik voeg daaraan toe dat het vrijwel altijd de zittende partij zal zijn die het beste kan inschatten wat die 'normale behoefte' is, waardoor er al snel geen gelijk speelveld meer is.

## Conclusie en openstaande vragen

In de overwegingen van het Hof ten aanzien van de transparantieverplichting en het expliciete oordeel dat de aanbestedende dienst die de raamovereenkomst aanbesteedt, zich slechts tot een bepaalde hoeveelheid kan verbinden, zowel voor eigen rekening als voor rekening van potentiële aanbestedende diensten, ligt een belangrijk algemeen oordeel besloten. Namelijk dat bij raamovereenkomsten altijd vooraf de maximale omvang dient te worden bekendgemaakt in de vorm van de maximumhoeveelheid en het maximumbedrag. Dit vergt een omslag van de nu gangbare praktijk, waar de perceptie juist is dat het inherent is aan raamovereenkomsten dat de omvang daarvan niet bekend is.<sup>8</sup> Op zich lijkt mij niet onmogelijk om, op basis van de ervaringen uit het verleden en het beschikbare budget een maximumbedrag en -hoeveelheid te bepalen. Dreigt dat maximum bijna vol te zijn, dan zal er een nieuwe aanbesteding moeten worden georganiseerd. Anderzijds roept het arrest wel de nodige vragen op, zoals:

- Hoeft alleen de maximale omvang te worden bepaald of ook de minimale?
- Mag er een zekerheidsmarge worden gehanteerd bij het bepalen van de maximale omvang?
- Wat is het juridisch gevolg als de maximale omvang is bereikt en er toch nog nadere overeenkomsten worden gesloten?
- Wat zijn de consequenties van dit arrest voor reeds gesloten raamovereenkomsten zonder maximale omvang?

Hierover zullen vast nieuwe zaken volgen.

mr. E.E. Zeelenberg  
Hekkelman Advocaten N.V.

lees verder op pagina 8 >

vervolg van pagina 5 >

objectief gemeten en gescoord, waarbij de laagste waarden het hoogst scoorden.

## De beoordeling

De drie ingediende inschrijvingen werden beoordeeld door een groep van negen personen waarbij eerst individueel werd gescoord en uiteindelijk in een gezamenlijke sessie op

basis van consensus een definitieve score werd toegekend voor onder andere het criterium ISV. De drie ingediende plannen ISV hadden een duidelijk verschil van kwaliteit. Alle personen hadden dan ook unaniem dezelfde individuele scores toegekend voor dit criterium.

De LCA-berekening is uitgevoerd door een onafhankelijke specialist.

Drie inschrijvers hebben geen inschrijving ingediend omdat zij niet aan de functionele eisen konden voldoen.

De uiteindelijk gegunde partij heeft op alle kwalitatieve criteria de hoogste score behaald.

R.W.A. Scheerder  
Instituut Fysieke Veiligheid

vervolg van pagina 7 >

## Noten

1. HvJ EU 19 december 2018, zaak C-216/17, ECLI:EU:C:2018:1034.
2. Richtlijn 2004/18/EG.
3. Richtlijn 2014/24/EU.
4. Zie artikel 32 lid 2 Richtlijn 2004/18/EG.
5. Zie artikel 33 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU, gecodificeerd in artikel 2.140 (herziene) Aanbestedingswet 2012.
6. M.n. artikel 9 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG t.a.v. de berekening van de geraamde waarde van een raamovereenkomst.
7. Zie artikel 32 lid 2 Richtlijn 2004/18/EG, artikel 18 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 1.10a (herziene) Aw 2012.
8. Zie, o.a. V.zr. Rb. Midden-Nederland 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:312, r.o. 4.21.

## GEZIEN?!

### Nieuwe adviezen Commissie van Aanbestedingsexperts

Recent heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts nieuwe adviezen gepubliceerd, waaronder de volgende.

#### Advies 485

De twee klachtonderdelen in dit advies zien op een Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht voor het geheel of gedeeltelijk leveren van materialen en het vervangen van armaturen en lichtmasten. De aanbesteder heeft besloten de aanbesteding in te trekken, omdat in het bestek – onder vermelding van de woorden ‘of gelijkwaardig’ – is verwezen naar merken, terwijl een functionele omschrijving van de opdracht ook mogelijk was.

In het eerste klachtonderdeel stelt klager dat aanbesteder op onjuiste gronden is overgegaan tot de intrekking van de aanbesteding. De Commissie neemt tot uitgangspunt dat de opdracht inderdaad overeenkomstig artikel 2.76 lid 1 Aw omschreven kon worden. De Commissie oordeelt dat, nu een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht door toepassing van artikel 2.76 lid 1 Aw 2012 mogelijk was, het de aanbesteder niet was toegestaan om in de technische specificaties naar merken te verwijzen, ook niet onder vermelding van de woorden ‘of gelijkwaardig’.

De Commissie komt dan ook tot het oordeel dat de aanbesteder een deugdelijke grond voor de intrekking van de aanbesteding heeft gegeven en acht klachtonderdeel 1 ongegrond.

In het tweede klachtonderdeel stelt klager dat aanbesteder hem ten onrechte geen vergoeding heeft aangeboden voor de kosten die hij in het kader van de ingetrokken aanbestedingsprocedure tevergeefs heeft gemaakt. De Commissie oordeelt dat de vraag of, en zo ja in welke mate, de aanbesteder in een geval als het onderhavige een vergoedingsplicht jegens de ondernemer heeft, zich niet leent voor beantwoording door de Commissie. De ondernemer kan die vraag desgewenst voorleggen aan de civiele rechter. De Commissie acht dit klachtonderdeel dan ook ongegrond.

Ten overvloede wijst de Commissie erop dat een generieke uitsluiting van elke vergoedingsplicht in geval van intrekking van een aanbesteding strijdig lijkt met de visie van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, zoals verwoord in de brief aan de Tweede Kamer van 15 oktober 2018 over de handreiking tenderkostenvergoeding.

#### Advies 494

De klacht van een brancheorganisatie ziet op een Europese niet-openbare procedure voor een overheidsopdracht voor werken voor de

realisatie van een haven in welk verband onder meer wordt gesteld dat de aanbesteder de nadere gunningscriteria, in strijd met artikel 2.115 Aw 2012 en artikel 3.6.2 ARW 2016 niet in de aankondiging van de opdracht, maar in de Nota van Inlichtingen bekend heeft gemaakt. De Commissie memoreert in dit verband dat de Nederlandse wetgever verder is gegaan dan de Uniewetgever, door verplicht te stellen dat de nadere gunningscriteria in de aankondiging bekend worden gemaakt. In de wetsgeschiedenis is de reden hiervoor niet terug te vinden. De Commissie ziet als reden voor deze verplichting dat potentiële inschrijvers op basis van de aankondiging moeten kunnen beoordelen of het voor hen de moeite waard is om tijd en energie te steken in het bestuderen van de aanbestedingsstukken. Zou de aankondiging bijvoorbeeld vermelden dat milieucriteria een rol spelen, dan kan een ondernemer die op dit punt weinig te bieden heeft meteen besluiten af te zien van deelname aan de aanbesteding. De Commissie acht dit klachtonderdeel dan ook gegrond.

Deze adviezen zijn te raadplegen via:  
[www.commissievanaanbestedingsexperts.nl](http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl).