

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 714

1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. Dit advies gaat over een aankondiging van aanbesteder waarin hij het voornemen kenbaar maakt een opdracht voor het sluiten van een raamovereenkomst voor de vervaardiging en levering van [product X], onderhands te gunnen aan één specifieke ondernemer, middels een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. De vraag is of aanbesteder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij in dit geval gebruik mocht maken van deze in de wet genoemde uitzondering tot onderhandse gunning, omdat de mededinging om technische redenen zou ontbreken.
- 1.2. Daarnaast speelt de vraag of aanbesteder mocht kiezen voor een looptijd van 10 jaar voor de hierboven genoemde raamovereenkomst.

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond**. De Commissie sluit zich aan bij het oordeel van het klachtenmeldpunt. Het klachtenmeldpunt oordeelt dat aanbesteder onvoldoende heeft aangetoond dat slecht één ondernemer geschikt zou zijn om de onderhavige opdracht uit te voeren, en dat sprake zou zijn van 'technische redenen' die de het noodzakelijk maken om de opdracht aan deze specifieke ondernemer te gunnen.
- 2.2. De Commissie acht klachtonderdeel 2 **gegrond**. Ook met betrekking tot dit klachtonderdeel sluit de Commissie zich aan bij het oordeel van het klachtenmeldpunt. Volgens het klachtenmeldpunt heeft aanbesteder niet gemotiveerd waarom hij ten aanzien van deze opdracht voor een langere looptijd van de raamovereenkomst heeft gekozen dan de in de Aw 2012 voorgeschreven looptijd voor raamovereenkomsten.

3. Wat zijn de relevante feiten?

- 3.1. Aanbesteder heeft middels een 'aankondiging van een gegunde opdracht' op 22 juni 2023 op TenderNed zijn voornemen kenbaar gemaakt om een opdracht voor het sluiten van een raamovereenkomst voor de vervaardiging en levering van alle soorten voorkomende [product X], onderhands te gunnen aan de ondernemer X. Aanbesteder wenst dit te doen via een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wegens het ontbreken van mededinging om technische redenen. De aanbesteding wordt voor aanbesteder uitgevoerd door een shared service organisatie (hierna: SSO).
- 3.2. In de aankondiging wordt onder meer het volgende meegedeeld:

II.1.7) Totale waarde van de aanbesteding:

Waarde zonder btw: 15000000.00 EUR

II.2.4) Beschrijving van de aanbesteding:

In de periode van 2013 tot en maart 2014 is een Europese aanbesteding (niet-openbare procedure) uitgevoerd voor de levering van [product X] ten behoeve van [Aanbesteder]. Deze aanbesteding heeft destijds 1 inschrijving opgeleverd. Deze inschrijving was van de leverancier die destijds de levering van [product X] al

verzorgde. De uitkomst van deze procedure en de marktsituatie over de periode tussen 2013 en heden bevestigt het bestaande beeld, dat er voor de bijzondere dienstverlening voor deze opdracht, gegeven de omvang van de opdracht en het zeer specialistische karakter hiervan, slechts 1 partij in staat is om deze opdracht te vervullen. Opdrachtgever beoogt daarnaast een beperking van transactiekosten.

De complexiteit van de opdracht zorgt ervoor dat het erg lastig is de opdracht te gunnen zonder voorafgaande onderhandelingen. Er is een gerede kans dat op een nieuwe Europese aanbesteding (niet-openbare procedure) wederom geen andere inschrijvingen worden ingediend, dan slechts door de huidige leverancier, vanwege de voor de opdracht benodigde outillage, kennis en expertise en benodigde capaciteit.

Dit is een aankondiging Vrijwillige transparantie vooraf zonder publicatie van een Aankondiging van Opdracht inzake het vervaardigen en leveren van [product X]. Via vrijwillige transparantie vooraf wil de Aanbestedende dienst met zekerheid vaststellen dat er inderdaad geen andere partijen zijn die zich kwalificeren om deze opdracht uit te kunnen voeren.

Bezwaren kunnen kenbaar worden gemaakt binnen twintig kalenderdagen na publicatie van deze aankondiging.

II.2.5) Gunningscriteria

De onderstaande criteria

Kwaliteitscriterium - Naam: Beschrijving uitvoering van de opdracht / Weging: 10

Kwaliteitscriterium - Naam: Beschrijving risico's en genomen beheermaatregelen / Weging: 10

Prijs - Weging: 10

IV.1.1) Type procedure

(...)

Verklaring:

. (.....) Een leverancier dient te beschikken over de benodigde vaardigheden en kennis om deze opdracht met succes te kunnen aanvaarden en tijdens de looptijd van de overeenkomst vanaf de start continu producten met een hoge kwaliteit te kunnen leveren.

Om in aanmerking te komen voor de onderhavige opdracht dient een leverancier daarnaast aantoonbaar in staat te zijn om op jaarbasis [aantal product X] te produceren en daarbij in staat te zijn om met de allergrootste spoed herstelwerkzaamheden uit voeren, wanneer een of meerdere [product X] beschadigd zou blijken te zijn of zou raken.

VI.3) Nadere inlichtingen

We zijn van plan de onderhandelingsprocedure te starten in juli 2023.

De opdracht wordt naar verwachting gegund in oktober 2023.

VI.4.3) Beroepsprocedure

Precieze aanduiding van de termijn(en) voor beroepsprocedures:

De opschortende termijn duurt twintig kalenderdagen, met inachtneming van de Algemene termijnenwet. In deze termijn heeft u de mogelijkheid om rechtsmaatregelen te treffen tegen de Gunningsbeslissing. De opschortende termijn geldt als een fatale termijn. Na de opschortende termijn kunt u geen bezwaar meer maken tegen de Gunningsbeslissing omdat uw rechten dan zijn vervallen. Wij zijn dan vrij een Overeenkomst te sluiten. U leest meer over de opschortende termijn in artikel 2.127 van de Aanbestedingswet 2012.'

- 3.3. Op 10 september 2023 heeft ondernemer per e-mail aanbesteder gevraagd waarom hij deze aanbesteding niet openbaar heeft aanbesteed. De marktomstandigheden en de Europese aanbestedingswetgeving zijn volgens ondernemer sinds 2013/2014 gewijzigd. Ondernemer vraagt zich ook af of er wel een marktconsultatie of marktonderzoek heeft plaatsgevonden. Er zijn zowel in Nederland als Europa meerdere bedrijven die [product X] kunnen produceren. Een opdracht als deze hoort volgens ondernemer in een grote Europese markt. Als reden dat hij na de termijn van 20 dagen heeft gereageerd voert ondernemer aan dat hij de aankondiging van aanbesteder pas later heeft ontdekt vanwege de vakantieperiode waarin aanbesteder de aankondiging heeft geplaatst op TenderNed.
- 3.4. Op 20 september 2023 heeft SSO per e-mail aan ondernemer geantwoord dat hij door middel van de 'ex ante' bekendmaking zekerheid heeft proberen te verkrijgen of er geen andere partijen gekwalificeerd zijn om de opdracht te kunnen uitvoeren, alvorens tot het sluiten van de overeenkomst over te gaan. Gedurende de opschortende termijn heeft één marktpartij belangstelling getoond. Na overleg bleek dat deze partij op dit moment niet de capaciteit en middelen heeft om de opdracht voor aanbesteder te kunnen uitvoeren. Omdat ondernemer pas twee maanden na afloop van de opschortende termijn heeft gereageerd, concludeert SSO dat ondernemer te laat is met zijn vragen.
- 3.5. Op 27 september 2023 dient ondernemer een klacht in bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder. Volgens ondernemer betekent het feit dat alleen hij al belangstelling toont voor de opdracht dat het hoofdargument van aanbesteder om onderhands te gunnen, namelijk dat er maar één partij in staat is om de opdracht te vervullen, niet opgaat. Het lijkt er volgens ondernemer op dat aanbesteder onderhands wenst te gunnen om het contract met de huidige leverancier te kunnen continueren, tegen onnodig hoge prijzen. Verder is de termijn van 10 jaar voor de bewuste raamovereenkomst in de ogen van ondernemer een ongebruikelijk lange termijn. In 10 jaar kan volgens ondernemer veel veranderen.
- 3.6. Op 29 september 2023 dient ondernemer een klacht in bij de Commissie. De Commissie antwoordt op 2 oktober 2023 dat zij de klacht pas in behandeling kan nemen wanneer aanbesteder de gelegenheid heeft gekregen op de klacht te reageren.
- 3.7. Op 27 oktober 2023 reageert het klachtenmeldpunt van aanbesteder.
- 3.7.1. Het klachtenmeldpunt constateert dat aanbesteder het ontbreken van mededinging om technische redenen meent te kunnen aantonen met de verwijzing naar een eerder uitgevoerde Europese aanbesteding in 2013, waarbij slechts één partij heeft ingeschreven. De marktsituatie vanaf dat moment tot aan het heden bevestigt voor aanbesteder het bestaande beeld. Het klachtenmeldpunt meent dat de redenen die aanbesteder hebben doen besluiten te kiezen voor een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, wegens het ontbreken van mededinging om technische redenen, door hem niet afdoende inzichtelijk zijn gemaakt. Een dergelijke procedure mag alleen in uitzonderingssituaties worden toegepast. Volgens het klachtenmeldpunt had aanbesteder het bestaan van een dergelijke uitzonderingssituatie op een andere wijze – bijvoorbeeld via een meer gedegen marktonderzoek naar huidig tijdstip – aan kunnen tonen.
- 3.7.2. Wat betreft de looptijd van de opdracht van 10 jaar is het klachtenmeldpunt van oordeel dat aanbesteder niet inzichtelijk heeft gemaakt waarom hij voor deze overheidsopdracht een langere dan de wettelijke voorgeschreven looptijd conform de Europese aanbestedingsregels heeft gekozen. Artikel 2.140 lid 3 Aanbestedingswet 2012 schrijft voor dat de looptijd van een raamovereenkomst niet langer is dan vier jaar, tenzij er sprake is van een uitzonderingsgeval dat deugdelijk is gemotiveerd.

- 3.7.3. Het klachtenmeldpunt adviseert om met elkaar om de tafel te gaan zitten. In het verlengde daarvan verdient het volgens het klachtenmeldpunt aanbeveling om, voordat dit gesprek heeft plaatsgevonden, niet over te gaan tot contractsluiting.
- 3.8. Op 10 november 2023 vindt een gesprek plaats tussen aanbesteder, SSO en ondernemer. Aanbesteder en SSO stellen de verschillende eisen die gesteld zijn in de eerste fase van de niet-openbare Europese aanbesteding uit de periode 2013-2014 ter beschikking aan ondernemer en lichten deze toe. De vragen van ondernemer hebben met name betrekking op de vraag waarom de opdracht niet is opgeknipt in kleinere delen, zodat ook het MKB kans maakt op een deel van de opdracht. Aanbesteder benadrukt dat de opdracht veel complexer is dan dat deze lijkt. Volgens aanbesteder zijn er vele soorten en varianten van [product X]. Afgesproken wordt dat ondernemer uiterlijk 15 november 2023 schriftelijk bewijs aanlevert dat hij aan de hierboven genoemde eisen uit de Europese niet-openbare aanbesteding uit 2013/2014 voldoet en dat SSO dit bewijs zal beoordelen alsof het een officiële aanmelding betreft voor de selectiefase van een niet-openbare Europese aanbesteding. Na de beoordeling van de documenten zal de vervolgstap bekend worden gemaakt.
- 3.9. Op 13 november verzoekt ondernemer de Commissie om zijn klacht alsnog in behandeling te nemen. De Commissie verzoekt SSO op 16 november om binnen twee weken zijn reactie op de klacht bij de Commissie in te dienen.
- 3.10. Op 15 november levert ondernemer materiaal aan op grond waarvan hij geschikt zou zijn opdracht te kunnen uitvoeren.
- 3.11. Op 29 november 2023 deelt SSO aan ondernemer mee dat de door ondernemer aangeleverde bewijsstukken geen aanknopingspunten leveren om te beoordelen of ondernemer aan de gestelde eisen voldoet. Omdat een afweging in deze onmogelijk is zal aanbesteder daarom de procedure met ondernemer X vervolgen.
- 3.12. SSO heeft niet binnen de door de Commissie gestelde termijn op de klacht van ondernemer gereageerd. Na verzoek van de Commissie aan SSO of zij alsnog een reactie van aanbesteder kan verwachten, verwijst deze naar eerdere correspondentie van aanbesteder/SSO aan ondernemer in deze zaak.

4. Waar komt de klacht van ondernemer in de kern op neer?

- 4.1. De klacht van ondernemer bestaat uit twee klachtonderdelen.

Klachtonderdeel 1: *Opdracht mag niet onderhands worden gegund wegens het ontbreken van de mededinging om technische redenen*

- 4.2. Ondernemer klaagt dat de door aanbesteder in de aankondiging genoemde argumenten voor onderhandse gunning aan ondernemer X geen rechtvaardiging opleveren voor beroep op de uitzondering (voor onderhandse gunning) van artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 AW 2012. De gebruikte technieken en materialen worden op grote schaal gebruikt door vele bedrijven binnen Europa. Een opdracht als deze, met een omvang van 15 miljoen op jaarbasis, hoort volgens ondernemer door middel van een Europese (niet-)openbare procedure te worden aanbesteed.
- 4.3. Het lijkt er volgens ondernemer op dat aanbesteder onderhands wenst te gunnen om het contract met de huidige leverancier te kunnen continueren, tegen onnodig hoge prijzen, terwijl prijs volgens ondernemer een belangrijke wegingsfactor is. Tijdens de looptijd van het huidige contract is een prijsverhoging van 40% doorgevoerd ten gunste van huidige leverancier en ten koste van gemeenschapsgeld.

Het Europees openbaar aanbesteden zal volgens ondernemer leiden tot beduidend lagere prijzen en besparing van veel gemeenschapsgeld.

- 4.4. Een marktconsultatie zou volgens ondernemer veel duidelijkheid kunnen bieden over de huidige marktomstandigheden.

Klachtonderdeel 2: Looptijd van 10 jaar van de raamovereenkomst is onrechtmatig

- 4.5. Ondernemer meent dat het feit dat de onderhands te gunnen raamovereenkomst aan ondernemer X een looptijd van 10 jaar heeft een verzwarende omstandigheid is waarom de onderhandse gunning van de opdracht onrechtmatig is.

5. Hoe luidt de onderbouwing van dit advies?

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 22 juni 2023 op TenderNed zijn voornemen kenbaar heeft gemaakt om een opdracht voor het sluiten van een raamovereenkomst voor de vervaardiging en levering van [product X], onderhands te gunnen aan de ondernemer X, middels een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wegens het ontbreken van mededinging om technische redenen, overeenkomstig artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, 2 en 4 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

Klachtonderdeel 1: Opdracht mag niet onderhands worden gegund wegens het ontbreken van de mededinging om technische redenen

- 5.2. Alvorens tot de behandeling van het klachtonderdeel over te gaan zal de Commissie het toetsingskader uiteenzetten.

Toetsingskader

Onderhandelingsprocedure zonder aankondiging

- 5.3. In artikel 2.32 Aw 2012 is, voor zover van belang, bepaald:

‘1. De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen indien:

(...)

b. de overheidsopdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat:

(...)

2° mededinging om technische redenen ontbreekt, of

(...)

3. Het eerste lid, onderdeel b, onder 2° en 3° is uitsluitend van toepassing indien er geen redelijk alternatief of substituut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.’

- 5.4. In overweging 50 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU geeft de Europese wetgever enkele voorbeelden van ‘technische redenen’ ter bepaling van het exclusieve karakter van de opdracht:

- het is voor een andere ondernemer technisch onhaalbaar de vereiste prestaties te leveren;
- er zijn specifieke kennis, instrumenten of middelen nodig die maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft;

- er gelden specifieke interoperabiliteitseisen waaraan moet worden voldaan met het oog op het goed functioneren van de aan te besteden werken, leveringen of diensten.
- 5.5. Blijkens het arrest van het Hof van 10 maart 1987 (HvJ EG 10 maart 1987, zaak C-199/85, Commissie/Italië, ECLI:EU:C:1987:115, r. o. 13-15) moet de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging restrictief worden geïnterpreteerd, en moet de aanbestedende dienst die een beroep doet op een van de uitzonderingssituaties waarbij wordt afgeweken van de algemene aanbestedingsregels (zoals de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging) aantonen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan. De bewijslast rust op aanbesteder (zie ook Advies 459, ov. 5.3.9, Advies 669, ov. 4.4.2 en 4.4.3 en Advies 689 ov. 5.7).
- 5.6. Een beroep op artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012 heeft blijkens Europese jurisprudentie slechts in beperkte gevallen kans van slagen. Een aanbestedende dienst moet niet alleen bewijzen dat technische redenen aanwezig zijn, maar ook dat die technische redenen het 'volstrekt noodzakelijk' maken de opdracht aan een bepaalde onderneming te gunnen (HvJ EG 18 mei 1995, Commissie/Italië, zaak C-57/94, ECLI:EU:C:1995:150, r.o. 23-28; zie ook Advies 669, ov. 4.4.3 en Advies 689, ov. 5.6).

Bevindingen van de Commissie

Beroep op 2.32 Aw 2012 gerechtvaardigd?

- 5.7. De Commissie stelt bij de behandeling van dit klachtonderdeel voorop dat een beroep op artikel 2.32 Aw 2012 de mededinging in ernstige mate beperkt. Daarom moeten de voorwaarden voor de toepassing van deze uitzondering ook restrictief worden toegepast.
- 5.8. Een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging op grond van artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012 kan worden gevolgd indien de overheidsopdracht slechts door één bepaalde ondernemer *kan* worden verricht. Zoals uit paragraaf 5.4 blijkt, heeft de Europese wetgever enkele voorbeelden van 'technische redenen' gegeven. De Commissie constateert dat deze voorbeelden die de Europese wetgever heeft gegeven van technische redenen telkens voorbeelden betreffen waarin andere ondernemers de betreffende dienst niet *kunnen* verrichten of producten niet *kunnen* leveren.
- 5.9. De Commissie overweegt dat een aanbesteder, wil hij een geslaagd beroep kunnen doen op artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012, allereerst moet aantonen dat de overheidsopdracht slechts door één bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat de mededinging om technische redenen ontbreekt. Aanbesteders moeten op grond van lid 3 van hetzelfde artikel echter ook kunnen aantonen dat (1) een redelijk alternatief of substituuut niet voorhanden is en (2) het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding (zie onder meer advies 669, overweging 4.5-4.8).
- *Technische redenen waardoor de opdracht slechts door één ondernemer kan worden verricht?*
- 5.10. De Commissie sluit zich aan bij het oordeel van het klachtenmeldpunt, dat de klacht van ondernemer met betrekking tot dit onderdeel gegrond heeft verklaard en overigens ook niet door aanbesteder en SSO is bestreden. Allereerst is de Commissie van oordeel dat aanbesteder niet heeft aangetoond dat de opdracht slechts door één opdrachtnemer kan worden verricht. De Commissie is het met het

klachtenmeldpunt eens dat een enkele verwijzing naar een eerdere vergelijkbare aanbesteding uit 2013 waarop slechts één partij heeft ingeschreven onder de enkele vermelding dat de huidige marktsituatie overeenkomt met de situatie uit 2013, onvoldoende is om aan te tonen dat anno 2023 slecht één ondernemer geschikt zou zijn om de onderhavige opdracht uit te voeren.

- 5.11. Daarnaast is de Commissie het eens met het klachtenmeldpunt dat aanbesteder onvoldoende heeft onderbouwd dat er 'technische redenen' zijn die het noodzakelijk maken om aan ondernemer X te gunnen. Om deze redenen aan te tonen ziet de Commissie dat aanbesteder 'het specialistische karakter' van de opdracht benoemt, en dat de opdracht een '[algemene omschrijving niveau product X]', 'zeer specifieke en beperkt beschikbare [omschrijving werkwijze]' en een 'grondige kennis van de bij de productie van de [product X] gebruikte materialen', zou vergen. De Commissie overweegt dat aanbesteder hier algemene termen hanteert die de specifieke vaardigheden die nodig zijn voor de productie van de [product X] niet omschrijven. Ook maken deze door aanbesteder gehanteerde termen niet duidelijk waarom andere ondernemingen de noodzakelijke specifieke kennis niet in huis zouden hebben en waarom het voor deze ondernemingen onhaalbaar zou zijn om de vereiste prestaties te leveren.
- 5.12. Aanvullend merkt de Commissie op dat de opmerking van aanbesteder in zijn aankondiging dat er 'een gerede kans' is dat wanneer een nieuwe Europese niet-openbare aanbesteding zou worden gevolgd wederom geen andere inschrijvingen zullen worden ingediend dan slechts door de huidige leverancier vanwege de voor de opdracht benodigde outillage, kennis en expertise en benodigde capaciteit, hoe dan ook een beroep op de in artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2, Aw 2012 bedoelde uitzonderingsgrond niet kan dragen. Voor een beroep op deze bepaling is het immers noodzakelijk dat slechts één ondernemer wegens technische redenen in staat is de opdracht te verrichten, niet de verwachting van de aanbestedende dienst over het aantal inschrijvingen.
- 5.13. De Commissie wijst er bovendien op, dat een aanbestedende dienst, wil hij juist kunnen beoordelen of er sprake is van een uitzonderingssituatie overeenkomstig artikel 2.32 Aw 2012, bij zijn onderzoek naar het bestaan van deze situatie zich niet mag beperken tot de Nederlandse markt. Ook in andere Europese landen kunnen ondernemers actief zijn die zich richten op het produceren van [product X]. Ondernemer heeft erop gewezen dat de 'gebruikte technieken en materialen op grote schaal [worden] gebruikt door vele bedrijven in Europa'. Aanbesteder heeft deze stelling niet bestreden en het komt de Commissie aannemelijk voor dat meerdere bedrijven in de Europese Unie in staat zijn [producten X] te vervaardigen op het door aanbesteder gewenste afwerkingsniveau en in de door hem gewenste volumes. Het [gebruik van product X] is immers een in veel, zo niet alle, lidstaten voorkomend fenomeen.
- 5.14. Aanbesteder heeft ondernemer, nadat het klachtenmeldpunt zijn advies heeft uitgebracht, uitgenodigd om informatie te verstrekken waaruit blijkt dat ondernemer aan de door aanbesteder gestelde eisen kan voldoen. Ondernemer heeft aanbesteder blijkbaar niet kunnen overtuigen de opdracht te kunnen uitvoeren. Of aanbesteder terecht heeft geconcludeerd dat ondernemer niet aan de door hem gestelde eisen kan voldoen, kan in het midden blijven. Ook deze omstandigheid kan namelijk niet het beroep van aanbesteder op artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012 rechtvaardigen. Daarvoor dient te worden aangetoond dat de opdracht maar door één bepaalde ondernemer kan worden uitgevoerd.

- *Sprake van een redelijk alternatief of substituut of kunstmatige beperking van de voorwaarden ingevolge artikel 2.32 lid 3 Aw 2012?*

5.15. Aanbesteder heeft niet aangetoond dat de opdracht slechts door één bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat de mededinging om technische redenen ontbreekt. Hierdoor wordt niet toegekomen aan de toets of sprake is van een redelijk alternatief of substituut of een kunstmatige beperking van de voorwaarden.

5.16. De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond**.

Overweging ten overvloede

5.17. Ten overvloede wijst de Commissie op een veel voorkomend misverstand dat, wanneer een aanbestedende dienst een aankondiging in het kader van vrijwillige transparantie vooraf doet en daar niet op wordt gereageerd, hij daarmee een legitieme reden zou hebben voor toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Door vrijwillige transparantie vooraf in acht te nemen sluit een aanbestedende dienst enkel het risico op vernietiging van de overeenkomst uit, mits aan alle in artikel 4.16 lid 1, Aw 2012 genoemde voorwaarden is voldaan. Een van die voorwaarden is dat de aanbestedende dienst zorgvuldig handelde en van mening kon zijn dat daadwerkelijk aan de voorwaarden voor toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging is voldaan (HvJ EU 11 september 2014, Fastweb II, zaak C-19/13, ECLI:EU:C:2014:2194, r.o. 50).

Klachtonderdeel 2: *Looptijd van 10 jaar van de raamovereenkomst is onrechtmatig*

5.18. Alvorens tot de behandeling van het klachtonderdeel over te gaan zal de Commissie het toetsingskader uiteenzetten.

Toetsingskader

5.19. In artikel 2.140 lid 3 Aw 2012 is, voor zover van belang, bepaald:

‘3. De looptijd van een raamovereenkomst is niet langer dan vier jaar, behalve in uitzonderingsgevallen die deugdelijk gemotiveerd zijn.’

5.20. In de Memorie van Toelichting bij de Aw 2012 (Kamerstukken II, 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 96) wordt aangegeven dat hoe langer de looptijd van de raamovereenkomst is, hoe zwaarder de eisen zijn die aan de motivering worden gesteld. Bij raamovereenkomsten met een langere looptijd wordt immers voor langere tijd de mededinging uitgesloten. In de motivering zal in ieder geval moeten worden aangegeven waarom in dat specifieke geval de langere looptijd noodzakelijk en proportioneel is.

5.21. In overweging 62, tweede alinea, van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU en artikel 33 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU verduidelijkt de Europese wetgever dat de langere looptijd van de raamovereenkomst met name kan worden gemotiveerd op grond van het voorwerp van de raamovereenkomst.

5.22. In Richtlijn 2014/24/EU, de Aw 2012, noch de wetsgeschiedenis wordt aangegeven op welk moment de aanbestedende dienst de langere looptijd van de raamovereenkomst bekend moet maken. In haar advies 285 (overweging 5.6.6 en 5.6.7) overweegt de Commissie het volgende hierover:

‘5.6.6. De verplichting om het aanbesteden van een raamovereenkomst met een looptijd van meer dan vier jaar deugdelijk te motiveren heeft tot doel te bewerkstelligen dat aanbestedende diensten alleen bewust kiezen voor een dergelijke looptijd, na een afweging van enerzijds het belang van een goede mededinging en anderzijds het belang van de aanbestedende dienst om voor een langere looptijd

te kiezen. (..) De Commissie overweegt verder dat de aanbestedende dienst die belangenafweging in een zo vroeg mogelijk stadium inzichtelijk moet maken voor alle ondernemingen die in de raamovereenkomst kunnen zijn geïnteresseerd. 5.6.7. De Commissie is dan ook van oordeel dat de keuze van de looptijd van een raamovereenkomst een bewuste beslissing is, waarvan de motivering moet worden opgenomen in de aankondiging van de opdracht dan wel in het beschrijvend document in geval van een openbare procedure respectievelijk de selectieleidraad in het geval van een niet-openbare procedure. Wanneer die motivering ontbreekt, moet worden aangenomen dat de aanbestedende dienst de in 5.6.6 beschreven belangenafweging niet heeft gemaakt en dat de keuze voor een langere looptijd dan vier jaar derhalve onrechtmatig is geweest.'

Bevindingen Commissie

- 5.23. De Commissie sluit zich aan bij het oordeel van het klachtenmeldpunt, dat de klacht van ondernemer met betrekking tot dit onderdeel gegrond heeft verklaard en overigens ook niet door aanbesteder en SSO is bestreden. Hoewel de Commissie in de aankondiging geen mededeling kan vinden over de looptijd van de raamovereenkomst, gaat de Commissie ervan uit dat de betreffende looptijd van 10 jaar van de raamovereenkomst op andere wijze, die niet aan de Commissie is toegezonden, aan geïnteresseerde partijen bekend is gemaakt. De Commissie stelt in ieder geval vast dat het klachtenmeldpunt van aanbesteder in zijn reactie van 27 oktober 2023 de looptijd van 10 jaar heeft bevestigd. Zoals de Commissie uit de reactie van het klachtenmeldpunt kan afleiden heeft aanbesteder in het geheel geen motivering gegeven waarom hij voor een langere looptijd heeft gekozen dan de in artikel 2.140 lid 3 Aw 2012 voorgeschreven termijn van 4 jaar. Op grond van ditzelfde artikel was hij hiertoe wel verplicht 5.20.
- 5.24. Aanbesteder heeft gekozen voor toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Deze procedure kent geen verplichting tot bekendmaking van de aankondiging van de opdracht en het beschikbaar stellen van de aanbestedingsstukken aan alle geïnteresseerde marktpartijen. Aanbesteder heeft in dit geval bedoeld zijn voornemen tot onderhandse gunning bekend te maken door middel van een 'aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf'. Onder de gegeven omstandigheden had aanbesteder naar het oordeel van de Commissie zijn keuze voor de langere looptijd van de raamovereenkomst in de 'aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf', dat wil zeggen op 22 juni 2023, bekend moeten maken en motiveren. Op die manier had hij kunnen verduidelijken dat zijn keuze voor de langere looptijd een bewuste keuze betrof die genomen was na een gedegen belangenafweging. Het feit dat aanbesteder geen enkele motivering voor zijn keuze voor een langere looptijd heeft gegeven, betekent naar het oordeel van de Commissie dat aanbesteder geen belangenafweging voorafgaande aan deze keuze heeft gemaakt, althans daar geen blijk van heeft gegeven, en dat zijn keuze voor de langere looptijd daarmee onrechtmatig is (zie advies 285 zoals hierboven besproken onder 5.22).
- 5.25. De Commissie acht klachtonderdeel 2 **gegrond**.

6. Advies

De Commissie acht beide klachtonderdelen **gegrond**.

Den Haag, 29 april 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp	Mr. M.C. Pinto	Mr. dr. A.J. van Heeswijck
Voorzitter	Vicevoorzitter	Commissielid