

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 734

### 1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. Dit advies gaat over een raamovereenkomst voor onderhoud en vervanging van openbare verlichting. Volgens aanbesteder kan de Commissie de klacht niet in behandeling nemen, omdat (1) de Commissie geen onderdeel is van de in het bestek benoemde klachtenprocedure, (2) ondernemer in andere vergelijkbare aanbestedingen een inschrijving heeft ingediend en niet geklaagd heeft over een soortgelijke werkwijze en (3) ondernemer in onderhavige aanbesteding geen partij is, omdat hij geen inschrijving heeft ingediend.
- 1.2. De klacht van ondernemer bestaat uit twee klachtonderdelen en ziet in de kern op de door aanbesteder voorgeschreven inkoopmethodieken die de opdrachtnemer bij de te sluiten raamovereenkomst moet toepassen bij de aanschaf van materialen die hij moet gebruiken om de werkzaamheden uit te voeren. Hierbij worden inkoopmethodieken voor drie verschillende situaties onderscheiden. In het eerste klachtonderdeel stelt ondernemer dat de voorgeschreven inkoopmethodieken ertoe leiden dat merken/types worden voorgeschreven. In het tweede klachtonderdeel stelt ondernemer dat aanbesteder onvoldoende maatschappelijke waarde creëert voor de publieke middelen.

### 2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie oordeelt ten eerste dat zij de klacht in verdere behandeling kan nemen, omdat (1) het recht van ondernemer om een klacht bij de Commissie in te dienen wettelijk verankerd is in artikel 4.27 Aw 2012, waarvan contractueel niet kan worden afgeweken, (2) de Commissie een klacht over een individuele aanbesteding op zichzelf behandelt en, (3) een ondernemer niet daadwerkelijk een inschrijving gedaan hoeft te hebben om een klacht bij de Commissie in te dienen.
- 2.2. De Commissie oordeelt dat klachtonderdeel 1 gegrond is. Met betrekking tot de inkoopmethodieken voor situatie 1 en 2 heeft aanbesteder in strijd gehandeld met artikel 2.142 lid 1 Aw 2012 en het transparantiebeginsel, omdat de voorwaarden in de raamovereenkomst voor de inkoop van materialen door opdrachtnemer te veel ruimte laten voor nadere invulling bij het gunnen van de nadere opdrachten en niet op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zijn geformuleerd. Daarnaast is in deze beide situaties sprake van oneigenlijk gebruik van de raamovereenkomst, althans wordt de raamovereenkomst gebruikt met het oogmerk de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen (artikel 1.10a Aw 2012), omdat de raamovereenkomst ruimte laat aan aanbesteder om via opdrachtnemer die leveranciers te selecteren voor het leveren van materiaal die hem goedgevallen, zonder enige waarborg van concurrentie. Ten aanzien van de inkoopmethodiek voor situatie 3 oordeelt de Commissie dat deze inkoopmethodiek evenals in situatie 1 en 2 in strijd is met de algemene anti-misbruik bepaling van artikel 1.10a Aw 2012, omdat oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van een raamovereenkomst althans dat de raamovereenkomst wordt gebruikt met het oogmerk de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen.

- 2.3. Met betrekking tot klachtonderdeel 2 oordeelt de Commissie dat zij niet kan vaststellen of de eerste twee door ondernemer aangedragen argumenten (i) en (ii) leiden tot het onvoldoende genereren van maatschappelijke waarde voor de publieke middelen (artikel 1.4 lid 2 Aw 2012). Derhalve staakt de Commissie de verdere behandeling voor argumenten (i) en (ii) van dit klachtonderdeel. Ten aanzien van het derde door ondernemer aangedragen argument (iii) oordeelt de Commissie dat ondernemer weliswaar gesteld heeft dat niet de EMVI geselecteerd wordt, doordat de brutoprijzen, aantallen en uiteindelijke inschrijfprijs volledig fictief zijn, maar hij heeft dit verder niet onderbouwd. Nu aanbesteder aangeeft dat de hoeveelheden gebaseerd zijn op eerdere ervaringen van aanbesteder en een nadere onderbouwing van de stelling van ondernemer dat niet de EMVI wordt geselecteerd achterwege blijft, heeft de Commissie geen reden om aan te nemen dat de fictieve aantallen onvoldoende indicatie vormen voor de aard en omvang van de opdracht, waardoor dit argument (iii) van klachtonderdeel 2 ongegrond is.

### **3. Achtergrond**

- 3.1. Ondernemer heeft deelgenomen aan een openbare Europese aanbesteding voor onderhoud en vervanging van openbare verlichting in de gemeente van aanbesteder, die gepubliceerd is op 23 februari 2024. Doel is het sluiten van een raamovereenkomst op basis van de RAW-systematiek met één ondernemer. De uitvoering van de werkzaamheden zal geschieden op basis van door aanbesteder als opdrachtgever te verstrekken deelopdrachten aan opdrachtnemer. Opdrachtnemer koopt de door hem te gebruiken materialen zelf in. Voor de wijze waarop opdrachtnemer hierbij te werk moet gaan onderscheidt aanbesteder drie situaties en bijbehorende inkoopmethodieken, te weten (1) Projecten voor onderhoud en plaatsing van meer dan 20 armaturen: hiervoor worden minicompetities georganiseerd door aanbesteder in samenspraak met opdrachtnemer, waaraan alleen leveranciers mogen deelnemen die op een lijst van aanbesteder staan. (2) Preventief onderhoud en plaatsing van minder dan 20 armaturen: deze worden door opdrachtnemer één op één aan een leverancier gegund en (3) Correctief onderhoud aan armaturen: hiervoor wenst aanbesteder één op één (gelijke) vervanging van het onderdeel. Ondernemer verzet zich tegen de inkoopmethodieken.
- 3.2. Ondernemer heeft op 3 april 2024 een klacht ingediend bij aanbesteder.
- 3.3. Aanbesteder heeft op 12 april 2024 de klacht van ondernemer ongegrond verklaard.
- 3.4. Ondernemer heeft op 15 april 2024 een klacht bij de Commissie ingediend.
- 3.5. De Commissie heeft aanbesteder, gezien het spoedeisende karakter van de klacht, op 18 april 2024 verzocht de procedure op te schorten waaraan door aanbesteder geen gehoor is gegeven.
- 3.6. Aanbesteder heeft op 13 mei 2024 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd.

### **4. Wat zijn de standpunten van partijen?**

#### Klachtonderdeel 1

*Ondernemer*

- 4.1. Ondernemer klaagt dat aanbesteder in strijd handelt met artikel 2.76 lid 3 Aw 2012.
- 4.2. Ondernemer onderbouwt dit klachtonderdeel als volgt.
  - 4.2.1. Ondernemer verwijst naar een passage in de inschrijvingsleidraad waarin specifieke armaturen van bepaalde merken en leveranciers geëist worden en geeft aan dat aanbesteder geen beroep toekomt op de uitzonderingsbepaling van artikel 2.76 lid 4 Aw 2012, omdat in jurisprudentie geoordeeld is dat armaturen functioneel omschreven kunnen worden en het om deze reden niet is toegestaan om merken en leveranciers voor te schrijven.
  - 4.2.2. Het systeem en de methodiek zoals door aanbesteder opgenomen in de inschrijvingsleidraad leidt tot uitsluiting van leveranciers en het voorschrijven van specifieke leveranciers, merken en producten.
  - 4.2.3. Met betrekking tot correctief onderhoud (inkoopsituatie 3) merkt ondernemer op dat het voorschrijven van hetzelfde product verdedigbaar kan zijn. Ondernemer is echter van mening dat het voorschrijven van merken en leveranciers, ook in het geval van correctief onderhoud, vaak niet nodig is. Bovendien zal het soms zelfs niet mogelijk zijn om exact hetzelfde product te leveren, wanneer een product uit de roulatie is.
  - 4.2.4. Ondernemer klaagt vervolgens over het onderscheid tussen projecten met onderhoud voor meer dan 20 armaturen, waarvoor minicompetities gehouden worden, en onderhoudsprojecten voor minder dan 20 armaturen, die een op een aan een leverancier kunnen worden gegund. Dit onderscheid leidt volgens ondernemer tot volstrekte willekeur, omdat aanbesteder opdrachten kan opknippen om deze onder onderhoudsprojecten te laten.
  - 4.2.5. Daarnaast klaagt ondernemer dat bij de projecten waarvoor minicompetities gehouden worden het hem niet duidelijk is wat onder de term minicompetitie wordt verstaan. De term minicompetitie uit de Aanbestedingswet 2012, heeft een andere betekenis dan de betekenis die aanbesteder eraan geeft.
  - 4.2.6. Ondernemer merkt tevens op dat de werkwijze voor de minicompetitie niet transparant is. Hoe deze minicompetitie in gezamenlijkheid tussen opdrachtnemer en aanbesteder exact gaat plaatsvinden en wie welke taken, verantwoordelijkheden en zeggenschap heeft in deze procedure is heeft aanbesteder niet toegelicht en is niet duidelijk. Dit betekent dat het werk dat moet worden verricht niet kan worden geprijsd. Daarvoor moet namelijk duidelijk zijn welke inspanning van opdrachtnemer wordt verwacht in dat traject, aldus ondernemer.
  - 4.2.7. Verder wijst ondernemer erop dat in de inschrijvingsleidraad wordt aangegeven dat aanbesteder, voorafgaand aan onderhavige aanbesteding, al een selectie van leveranciers gemaakt heeft die hij wenst gebruiken en dat die selectie heeft geleid tot een lijst. Het is ondernemer echter volstrekt onduidelijk wat de status is van de door aanbesteder bedoelde lijst en hoe deze lijst tot stand is gekomen.

#### *Aanbesteder*

- 4.3. Aanbesteder stelt dat functioneel beschrijven bij armaturen inderdaad mogelijk is voor een deel van de armaturen dat moet worden aangeschaft. Aanbesteder zal dat doen bij armaturen die via een mini-competitie zullen worden aangeschaft, maar niet bij het totale areaal aan armaturen.

- 4.3.1. Voor de invulling van de werkwijze van de minicompetities verwijst aanbesteder naar een bijlage bij de aanbestedingsstukken.
- 4.3.2. De mini-competitie is volgens aanbesteder enkel passend binnen specifieke projecten. Zoals binnen projecten voor een nieuwe woonwijk of een fietspad. Daarbij kan niet eenzelfde armatuur gebruikt worden en niet elke leverancier kan een passend product leveren.
- 4.3.3. Aanbesteder meent dat hij in de inschrijvingsleidraad voldoende aannemelijk gemaakt heeft waarom en met welke reden hij bepaalde armaturen wenst. De aanbesteding bestaat uit een tweetal hoofdelementen, correctief en preventief onderhoud. Bij correctief onderhoud wenst aanbesteder een gelijk product terug aan dat wat er stond, wat volgens aanbesteder proportioneel is. Bij dit type onderhoud is het van belang eenzelfde armatuur terug te plaatsen voor de beheersbaarheid, uitstraling, straatbeeld, lichtbeeld en gelijkmatigheid etc.
- 4.3.4. Bij preventief onderhoud wordt, zoals hierboven aangegeven, onderscheid gemaakt tussen projecten voor onderhoud en plaatsing van meer dan 20 armaturen (waarbij een minicompetitie wordt gehouden) en projecten van minder dan 20 armaturen (waarbij één op één wordt gegund). De grens van 20 armaturen die aanbesteder trekt komt voort uit ervaringscijfers en is getoetst bij partijen, aldus aanbesteder. Het aantal van 'minder dan 20' is reeds jaren een vastgesteld aantal voor zogenaamde "kleinschalige projecten". Dit aantal is passend en proportioneel, aldus aanbesteder.
- 4.3.5. Ten aanzien van de lijst met leveranciers die mogen deelnemen aan de minicompetitie geeft aanbesteder aan dat het gaat om leveranciers die op een voorgeschreven (niet rigide) open lijst van aanbesteder staan. Deze leveranciers zijn naar voren gekomen uit eerdere aanbestedingen.

#### Klachtonderdeel 2

##### *Ondernemer*

- 4.3.6. Aanbesteder genereert niet de maximale maatschappelijke waarde voor de publieke middelen (art 1.4 lid 2 Aw 2012), aldus ondernemer.
- 4.3.7. Ondernemer onderbouwt dit klachtonderdeel als volgt.
- 4.3.8. Bij het leveren en onderhoud van meer dan 20 armaturen is sprake van voorgeschreven leveranciers en producten. Marktwerking ontbreekt en dit drijft de prijs op, aldus ondernemer. Daarnaast is het doorlopen van een minicompetitie bij elke opdracht met meer dan 20 armaturen voor zowel leverancier als aannemer/opdrachtnemer kostenverhogend. Deze kosten worden uiteindelijk door de opdrachtgever/aanbestedende dienst gedragen.
- 4.3.9. De brutoprijzen, aantallen en uiteindelijke inschrijfprijs zijn volledig fictief waardoor niet de EMVI wordt geselecteerd.

##### *Aanbesteder*

- 4.3.10. Aanbesteder stelt dat de marktwerking het feit beslaat dat er bij aanbesteder een lijst is met bij haar bekende leveranciers die hij bijhoudt.
- 4.3.11. De overheidsopdracht is als RAW-overeenkomst in de markt gezet en daarmee zijn alle aantallen dus fictief. De garantieomzet en de maximale contractwaarde zijn geheel passend binnen het budget voor de openbare verlichting van aanbesteder.

Daarom voldoet aanbesteder aan het vereiste dat de raamovereenkomst goed geraamd dient te worden.

*Commissie niet bevoegd*

- 4.3.12. Aanbesteder stelt zich ten slotte op het standpunt dat de Commissie de klacht van ondernemer niet in behandeling kan nemen.
- 4.3.13. Allereerst (1) omdat de Commissie geen onderdeel uitmaakt van de in het bestek benoemde klachtenprocedure, ten tweede (2) omdat ondernemer in andere vergelijkbare aanbestedingen een inschrijving heeft ingediend en niet geklaagd heeft over een soortgelijke werkwijze in die aanbestedingen. Ondernemer heeft zich daarmee geconformeerd aan de werkwijze die nu wordt betwist. En ten derde (3) omdat ondernemer in onderhavige aanbesteding geen partij is omdat ondernemer geen inschrijving heeft ingediend, aldus aanbesteder.

## **5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?**

- 5.1. De Commissie behandelt eerst de stelling van aanbesteder dat zij de klacht niet in behandeling kan nemen.

*Mag de Commissie de klacht in verdere behandeling nemen?*

- 5.2. De Commissie is van oordeel dat zij de klacht van ondernemer in verdere behandeling mag nemen.
- 5.3. De Commissie onderbouwt dit als volgt.
- 5.4. Ten aanzien van de eerste aangedragen grond door aanbesteder merkt de Commissie op dat het recht van een ondernemer om een klacht bij de Commissie in te dienen wettelijk verankerd is in artikel 4.27 Aw 2012. Van dit recht kan contractueel, zoals bijvoorbeeld in aanbestedingsstukken, niet worden afgeweken.
- 5.5. Ten aanzien van de tweede aangedragen grond oordeelt de Commissie dat de Commissie een klacht over een individuele aanbesteding op zichzelf behandelt. Het feit dat een ondernemer in een eerdere vergelijkbare aanbestedingsprocedure geen klacht heeft geuit maakt niet dat ondernemer in de onderhavige aanbestedingsprocedure zijn rechten verwerkt heeft om op te komen tegen een bepaalde gang van zaken.
- 5.6. Wat betreft de laatste door aanbesteder aangedragen grond oordeelt de Commissie dat in artikel 7 van haar eigen reglement bepaald is dat een klacht kan worden ingediend door ondernemers die een opdracht willen verwerven. Hieronder vallen (onder andere) potentiële gegadigden en potentiële inschrijvers. Een ondernemer hoeft dus niet daadwerkelijk een inschrijving gedaan te hebben om een klacht bij de Commissie in te dienen.
- 5.7. De Commissie kan de klacht dan ook in verdere behandeling nemen en gaat over tot de inhoudelijke behandeling van de klacht van ondernemer.

### **Klachtonderdeel 1**

- 5.8. De Commissie stelt vast dat aanbesteder van plan is met één opdrachtnemer een raamovereenkomst op basis van de RAW-systematiek te sluiten voor plaatsing, onderhoud en vervanging van openbare verlichting. De uitvoering van de werkzaamheden zal geschieden op basis van door aanbesteder als opdrachtgever te

verstrekken deelopdrachten. Opdrachtnemer koopt de door hem te gebruiken materialen zelf in. Voor de wijze waarop opdrachtnemer hierbij te werk moet gaan onderscheidt aanbesteder de volgende drie situaties en bijbehorende inkoopmethodieken. (1) De eerste situatie ziet op 'Projecten'. Daaronder wordt verstaan onderhoud en plaatsing van meer dan 20 armaturen. In die situatie worden minicompetities georganiseerd. Deze minicompetities worden door aanbesteder in samspraak met opdrachtnemer uitgevoerd. Voor deze minicompetities worden uitsluitend leveranciers uitgenodigd die op een lijst van aanbesteder staan. (2) De tweede situatie ziet op preventief onderhoud en plaatsing van minder dan 20 armaturen. In die situatie vindt er geen vorm van concurrentie plaats en wordt er door opdrachtnemer één op één aan een leverancier gegund. (3) De derde situatie ziet op correctief onderhoud aan een armatuur. In dat geval vindt vervanging van de armatuur plaats door het plaatsen van hetzelfde (een gelijk) product.

- 5.9. De klacht van ondernemer is in de kern gericht tegen de door opdrachtnemer te hanteren inkoopmethodieken.
- 5.10. De Commissie acht klachtonderdeel 1 gegrond. Zij is van oordeel dat aanbesteder in strijd handelt met artikel 2.142 lid 1 Aw 2012 en het transparantiebeginsel, omdat de voorwaarden in de raamovereenkomst voor de inkoop van materialen door opdrachtnemer te veel ruimte laten voor nadere invulling bij het gunnen van de nadere opdrachten en niet op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze geformuleerd zijn. Daarnaast is sprake van oneigenlijk gebruik van de raamovereenkomst, althans gebruik om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen.
- 5.11. De Commissie zal dit oordeel hierna onderbouwen. Zij zal daarbij de drie inkoopmethodieken achtereenvolgens behandelen.

Inkoopmethodiek situatie 1: meer dan 20 armaturen

*Voorwaarden voor gunning nadere opdrachten onvoldoende bepaald en onduidelijk*

- 5.12. De Commissie stelt voorop dat aanbesteder een raamovereenkomst aanbesteedt met een enkele ondernemer. In dat geval gunt de aanbestedende dienst op grond van artikel 2.142 lid 1 Aw 2012 de nadere opdrachten op basis van de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden. Die voorwaarden moeten voldoende duidelijk in de raamovereenkomst zijn opgenomen.
- 5.13. Zoals reeds eerder door de Commissie is geoordeeld (Advies 659, overweging 4.8.6 en Advies 699, overweging 5.15) handelt een aanbesteder in strijd met artikel 2.142 Aw 2012, indien de voorwaarden waaronder de nadere opdrachten onder de raamovereenkomst zullen worden gegund onvoldoende in de raamovereenkomst zijn bepaald. Daarvan is sprake, indien een raamovereenkomst te ruim is geformuleerd en te veel ruimte laat voor nadere invulling bij het gunnen van de nadere opdrachten.
- 5.14. De aanbestedende dienst moet op grond van artikel 1.9 Aw 2012 transparant handelen. Op de aanbestedende dienst rust de plicht de voorwaarden op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te formuleren.
- 5.15. De te beantwoorden vraag is of aanbesteder aan zijn hiervoor bedoelde verplichtingen heeft voldaan, in die zin dat de voorwaarden waaronder de nadere opdrachten onder de raamovereenkomst zullen worden gegund voldoende in de raamovereenkomst zijn bepaald en dat hij de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen.

- 5.16. De Commissie beantwoordt de hiervoor opgeworpen vraag ontkennend.
- 5.17. In paragraaf 2.2.3 van de Inschrijvingsleidraad is, voor zover relevant, het volgende opgenomen met betrekking tot de werkwijze voor de zogenoemde mini competities:

'(...)

#### MATERIALEN BIJ PROJECTEN

Bij projecten zal een minicompetitie plaatsvinden, een project behelst meer dan 20 armaturen. Er zal door de directie vooraf worden bepaald welke criteria er van toepassing zijn bij de mini-competitie en welke leveranciers ervoor in aanmerking komen (niet elke leverancier heeft voor elke unieke locatie/wens een oplossing). Op basis van de score op de criteria zal er een definitieve deelopdracht aan de aannemer in opdracht worden gegeven voor het leveren van de desbetreffende materialen.

(..).'

- 5.18. In bijlage 8 bij de inschrijvingsleidraad is, voor zover relevant, het volgende opgenomen met betrekking tot de werkwijze voor de zogenoemde mini competities (onderstreping door de Commissie):

'(...)

#### PROJECTEN

Bij projecten vindt een mini-competitie plaats. De mini-competitie heeft geen juridische vorm volgens de aanbestedingswet. Het is wel ervan afgeleid en passend in een aanbesteding van een "Werk". Een project behelst meer dan 20 armaturen. Samen met de gegunde aannemer uit deze aanbesteding zal de mini-competitie vormgegeven worden. De gegunde aannemer is de uitvoerende partij. De keuze voor de leveranciers van de armaturen wordt samen met de gegunde aannemer en de Aanbestedende Dienst bepaald. Het aantal van meer dan 20 stuks in een project dat is opgegeven is noodzakelijke om het meetbaar en transparant te maken. Het aantal is arbitrair maar volgens de Aanbestedende Dienst verdedigbaar. Het aantal is niet der mate hoog waardoor er geen mededinging ontstaat wanneer dat wel passend zou zijn en niet te klein waardoor de administratieve last voor de gegunde aannemer en directie te hoog zou worden en dit niet passend zou zijn voor een werkbare situatie bij kleine uitbreidingen en reconstructies in bestaande wijken en straten. Samen met de gegunde aannemer vindt de voorbereiding van een deelopdracht plaats. Zie hiervoor de besteksposten 1060. Er wordt door de directie samen met de gegunde aannemer bepaald welke gunningscriteria er van toepassing zijn bij de betreffende minicompetitie. En welke leveranciers ervoor in aanmerking kunnen komen. Niet elke leverancier heeft voor elke unieke locatie/wens een passende oplossing. Bij gunningscriteria valt te denken aan gelijkmatigheid, garantie, na leverbaarheid, opgenomen vermogen en bijvoorbeeld prijs.

De bijlage - Overzicht toe te rekenen kortingen – ARMATUREN/ TELEMANAGEMENTSYSTEEM heeft geen koppeling met de mini-competitie.

(...).'

- 5.19. In de Nota van Inlichtingen van 22 maart 2024 zijn hierover, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

*Vraag 2:* 'U geeft aan dat bij projecten (meer dan 20 armaturen) een mini-competitie zal plaatsvinden.

Graag verzoeken wij u te verduidelijken wat bedoeld is met een minicompetitie. Conform het bepaalde in artikel 2.143 van de Aanbestedingswet kan van een mini competitie enkel sprake zijn indien een raamovereenkomst wordt gesloten

met meer dan 1 ondernemer. Hier wordt een overeenkomst gesloten met slechts 1 ondernemer. Wij verzoeken u dit nader toe te lichten.'

*Antwoord vraag 2: ""(...)*

#### PROJECTEN

Bij projecten zal een minicompetitie plaatsvinden, een project behelst meer dan 20 armaturen. Er zal door de directie vooraf worden bepaald welke criteria er van toepassing zijn bij de mini-competitie en welke leveranciers er voor in aanmerking komen (niet elke leverancier heeft voor elke unieke locatie/wens een oplossing). Op basis van de score op de criteria zal er een definitieve deelopdracht aan de aannemer in opdracht worden gegeven voor het leveren van de desbetreffende materialen. De mini competitie bij project garandeert de marktwerking en elke partij heeft toegang tot deze mini competitie. Er zal dus bij een nadere opdracht cq deelopdracht bij een project een mini-competitie gehouden worden. Waarbij de gunningscriteria nader bepaald worden, hier valt te denken aan gelijkmatigheid, opgenomen vermogen en bijvoorbeeld prijs. De mini competitie, die uiteindelijk tot een armatuur keuze leidt wordt niet door [aanbesteder] uitgevoerd, maar in gezamenlijkheid met de aannemende partij.'

*Vraag 4: 'Ten aanzien van de mini-competitie voor projecten wordt aangegeven dat de directie vooraf zal bepalen welke criteria van toepassing zijn bij de mini-competitie en welke leveranciers hiervoor in aanmerking komen. Op basis van een score op de criteria zal er een definitieve deelopdracht worden verstrekt aan de aannemer. Kunt u aangeven op welke wijze de beoordeling van deze mini-competitie zal plaatsvinden? Wordt deze beoordeling door de aannemer of door de aanbestedende dienst gedaan? Nog losstaand van uw antwoord op bovenstaande leidt het feit dat de aanbestedende dienst/directie bepaalt welke leveranciers meedoen en welke criteria gehanteerd moeten worden ertoe dat de keuze van de leverancier en materialen niet aan opdrachtnemer is en feitelijk leveranciers en merken door aanbestedende dienst worden voorgeschreven. Het voorschrijven van merken/leveranciers is op grond van het bepaalde in artikel 2.76 van de Aanbestedingswet niet toegestaan. Een verwijzing naar een merk en een type is slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk, namelijk indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is, én het niet mogelijk is om het voorwerp van de opdracht te omschrijven door middel van normen, prestatie-eisen of functionele eisen. Daar is in deze geen sprake van. Immers kunnen de hier bedoelde producten functioneel omschreven worden. Het opnemen van een mini-competitie maakt dit niet anders aangezien het feitelijk erop neerkomt dat de aanbestedende dienst, in de vorm van de directie, via criteria en een lijst van leveranciers bepaalt welke leverancier, merk en type wordt voorgeschreven (hetgeen in strijd is met artikel 2.76 Aanbestedingswet). Op deze wijze wordt het voorschrijven van een leverancier, merk en type in een andere vorm gegoten, maar komt feitelijk op hetzelfde neer: het voorschrijven van leveranciers. Wij maken nadrukkelijk bezwaar tegen het voorschrijven van merken en Leveranciers'.*

*Antwoord vraag 4: 'Zie vraag 2.'*

- 5.20. Uit deze omschrijving in de inschrijvingsleidraad en antwoorden op de door ondernemer gestelde vragen is het naar het oordeel van de Commissie niet duidelijk welke eisen aan de minicompetities gesteld worden en wat de te verwachten inspanningen voor opdrachtnemer zijn. Ook is onduidelijk in hoeverre, op welke wijze en in welke mate opdrachtnemer transparantie moet betrachten bij het uitzetten van een nadere opdracht. Zo wordt aangegeven dat "door de directie vooraf worden bepaald welke criteria er van toepassing zijn bij de mini-competitie en welke leveranciers ervoor in aanmerking komen", zonder dat enige uitwerking plaatsvindt



van die criteria en de wijze waarop leveranciers worden geselecteerd. Hierdoor wordt bovendien te veel ruimte gelaten voor nadere invulling bij het gunnen van de nadere opdrachten.

- 5.21. Daarom oordeelt de Commissie dat de voorwaarden van de inkoopmethodiek voor situatie 1 in strijd zijn met artikel 2.142 lid 1 Aw 2012 en het transparantiebeginsel.

*Oneigenlijk gebruik van raamovereenkomst, gebruik van de raamovereenkomst om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen*

- 5.22. De Commissie overweegt verder dat een raamovereenkomst niet oneigenlijk mag worden gebruikt of worden gebruikt om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen (overweging 61 richtlijn 2014/24/EU en artikel 1.10 a Aw 2012).

- 5.23. De Commissie oordeelt dat in casu sprake is van oneigenlijk gebruik van de raamovereenkomst, althans gebruik van de raamovereenkomst om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. De Commissie stelt vast dat de door opdrachtnemer in te kopen materialen deel uitmaken van de scope van de raamovereenkomst die conform de voorschriften van deel 2 van de Aw 2012 in concurrentie wordt aanbesteed. De inkoopmethodiek voor situatie 1 biedt aanbesteder echter ruimte via opdrachtnemer die leveranciers te selecteren voor het leveren van materiaal die hem goedgevallen, zonder enige waarborg van concurrentie. Volgens de voorwaarden van de inkoopmethodiek voor situatie 1 bepaalt namelijk de directie welke leveranciers in aanmerking komen. In zoverre kan de Commissie de stelling van ondernemer, dat de inkoopmethodiek leidt tot het voorschrijven van leveranciers, merken en producten door de aanbesteder volgen.

- 5.24. De omstandigheid dat meerdere leveranciers mogen deelnemen aan de procedure tot het verkrijgen van een nadere opdracht middels een door de opdrachtnemer te organiseren 'minicompetitie' doet hier naar het oordeel van de Commissie niet aan af. Om mee te mogen dingen naar een nadere opdracht dient desbetreffende leverancier namelijk op een voorgeschreven lijst van aanbesteder te staan (zie 4.3.4) en alleen die leveranciers die bepaalde types en merken kunnen leveren staan op die lijst. Aanbesteder geeft aan dat leveranciers op deze lijst geselecteerd zijn door middel van een vorige Europese aanbesteding en civiel technische aanbestedingen waarbij openbare verlichting een onderdeel was en dat de lijst niet rigide is. Uit de aanbestedingsstukken en de reactie op de klacht is het de Commissie echter niet duidelijk op welke Europese aanbesteding en civiel technische aanbestedingen aanbesteder doelt. Voor zover het gaat om aanbestedingen in het verleden van overheidsopdrachten en raamovereenkomst die al zijn geëindigd, kunnen de leveranciers die op deze lijst staan hier geen exclusiviteit aan ontleen voor het leveren van materiaal dat onder de onderhavige raamovereenkomst valt. Daarnaast is het de Commissie op grond van de aanbestedingsstukken onduidelijk wat de voorwaarden zijn om toe te mogen treden tot deze lijst en of, en zo ja hoe, openbaarheid wordt gegeven aan die lijst. Zoals reeds vastgesteld is ook niet duidelijk hoe de selectie van leveranciers op die lijst voor de 'minicompetities' plaatsvindt.

- 5.25. Derhalve oordeelt de Commissie dat de inkoopmethodiek voor situatie 1, naast strijdigheid met artikel 2.142 lid 1 Aw 2012 en het transparantiebeginsel, in strijd is met het verbod om oneigenlijk gebruik te maken van een raamovereenkomst of een raamovereenkomst te gebruiken om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen.

Inkoopmethodiek situatie 2: minder dan 20 armaturen

- 5.26. Met betrekking tot de inkoopmethodiek voor situatie 2, het één op één gunnen van nadere opdrachten bij preventief onderhoud en plaatsing van minder dan 20 armaturen, vindt er geen vorm van concurrentie plaats en worden de nadere opdrachten één op één aan een leverancier gegund.
- 5.27. De Commissie overweegt dat de inkoopmethodiek voor situatie 2, net als de inkoopmethodiek voor situatie 1, onvoldoende transparant is en de voorwaarden voor gunning van de nadere opdrachten onvoldoende duidelijk in de raamovereenkomst zijn opgenomen (zie 5.20). Daarnaast is er, net als in de inkoopmethodiek voor situatie 1, sprake van oneigenlijk gebruik van de raamovereenkomst. Ook bij de inkoopmethodiek voor situatie 2 is onvoldoende duidelijk onder welke voorwaarden een leverancier een opdracht één op één gegund kan krijgen, welke leveranciers hiervoor in aanmerking komen en door wie deze opdrachten één op één gegund gaan worden. Onduidelijk is bijvoorbeeld of aanbesteder of opdrachtnemer de opdrachten één op één gaat gunnen aan leveranciers, of de leveranciers aan wie één op één gegund gaat worden, uitsluitend leveranciers betreffen die op voornoemde lijst van aanbesteder staan (zie 5.24) en zo ja, hoe deze lijst tot stand gekomen is en wat de voorwaarden zijn om toe te mogen treden tot deze lijst.
- 5.28. De Commissie stelt vast dat de door opdrachtnemer in te kopen materialen deel uitmaken van de scope van de raamovereenkomst die conform de voorschriften van deel 2 van de Aw 2012 in concurrentie wordt aanbesteed (zie 5.22). De inkoopmethodiek voor situatie 2 biedt aanbesteder of ondernemer, net als in inkoop situatie 1 echter ruimte om die leveranciers te selecteren voor het leveren van materiaal die hem goeddunken, waarbij het onduidelijk is of het ook bij deze inkoop situatie leveranciers moet betreffen die op de voorgeschreven lijst van aanbesteder staan, of wat überhaupt de voorwaarden zijn om voor één op één gunning in aanmerking te komen. Derhalve is er ook bij de inkoopmethodiek voor situatie 2 sprake van oneigenlijk gebruik van de raamovereenkomst.

#### Inkoopmethodiek situatie 3: correctief onderhoud

- 5.29. Ten aanzien van de inkoopmethodiek voor situatie 3 (correctief onderhoud) stelt de Commissie vast dat tussen partijen ter discussie staat of één op één vervanging van hetzelfde product altijd gerechtvaardigd is. Ondernemer stelt dat dit vaak niet noodzakelijk is, terwijl aanbesteder bij correctief onderhoud altijd een gelijk product terug wil hebben van wat er stond.
- 5.30. De Commissie overweegt dat deze inkoopmethodiek voldoende transparant is. Duidelijk is dat aanbesteder in de situatie van correctief onderhoud, bijvoorbeeld bij schade, altijd een gelijk product terug wil waarvoor aanbesteder een lijst hanteert met vaste brutoprijzen. Ook de voorwaarden waaronder de nadere opdrachten onder de raamovereenkomst voor correctief onderhoud zullen worden gegund, zijn voldoende in de raamovereenkomst bepaald.
- 5.31. De Commissie overweegt echter dat deze inkoopmethodiek in strijd is met het verbod om oneigenlijk gebruik te maken van een raamovereenkomst of een raamovereenkomst te gebruiken om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen.
- 5.32. De Commissie kan zich voorstellen dat zich bij correctief onderhoud situaties kunnen voordoen waarbij vervanging van een product door een product van hetzelfde merk en type gewenst is en met een beroep op een wettelijke uitzonderingsgrond (zoals artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012, 'mededinging ontbreekt om technische redenen' of artikel 2.33 sub b, onder 2 Aw 2012 'aanvullende leveringen') gerechtvaardigd is. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer echter voldoende aannemelijk gemaakt dat een beroep op een wettelijke

uitzonderingsgrond niet altijd opgaat, bijvoorbeeld in de situatie dat een bepaald type armatuur niet leverbaar meer is (zie 4.2.3). Aanbesteder mag daarom niet in generieke zin bepalen dat bij correctief onderhoud altijd één op één vervanging van hetzelfde product moet plaatsvinden. Door dit toch te doen wordt de concurrentie onnodig beperkt.

- 5.33. Het bovenstaande in ogenschouw nemende is klachtonderdeel 1 derhalve **gegrond**.

### **Klachtonderdeel 2**

- 5.34. De Commissie stelt vast dat tussen partijen ter discussie staat of aanbesteder met onderhavige inkoopsystematiek zorgdraagt voor het leveren van 'zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen (artikel 1.4 lid 2 Aw 2012)'.
- 5.35. Het creëren van 'zoveel mogelijk maatschappelijke waarde' betekent dat de aanbestedende dienst de beste kwaliteit voor de beste prijs koopt (Kamerstukken 1 2011/12, 32 440, C, p. 10, Commissie).
- 5.36. Ondernemer onderbouwt zijn stelling met drie argumenten. Ten eerste (i) is er volgens ondernemer bij onderhoud sprake van voorgeschreven leveranciers en producten waardoor marktwerking ontbreekt en daarom drijft dit de prijs op. Ten tweede (ii) is het doorlopen van een minicompetitie volgens ondernemer bij elke opdracht met meer dan 20 armaturen voor zowel leverancier als aannemer kostenverhogend. Ten slotte (iii) geeft ondernemer aan dat de brutoprijzen, aantallen en uiteindelijke inschrijfprijs volledig fictief zijn waardoor niet de EMVI wordt geselecteerd.
- 5.37. Ten aanzien van het eerste (i) en tweede (ii) argument van ondernemer oordeelt de Commissie dat ondernemer onvoldoende onderbouwd heeft waarom de gehanteerde inkoopmethodieken prijsopdrijvend zouden werken en dat als een gevolg hiervan aanbesteder onvoldoende maatschappelijke waarde voor de publieke middelen genereert. Hierdoor kan de Commissie niet vaststellen of er in deze situatie sprake is van het onvoldoende genereren van maatschappelijke waarde voor de publieke middelen en staakt zij de verdere behandeling van onderdelen (i) en (ii) van klachtonderdeel 2.
- 5.38. Wat betreft het derde argument van aanbesteder (iii) heeft de Commissie in Advies 688, overweging 5.20 overwogen dat het CROW, de beheerder van de RAW-systematiek, aangeeft dat een van de belangrijkste kenmerken van een RAW-Raambestek is dat in een dergelijk bestek de hoeveelheden niet van tevoren kunnen worden bepaald en het bestek vergezeld wordt door een zogenaamde 'staat van fictieve hoeveelheden'. Ten aanzien van fictieve hoeveelheden wordt door CROW uitgelegd op pag. 25 in 'RAW, in kort bestek': 'Een 'post met een fictieve hoeveelheid' kenmerkt zich als resultaatsverplichting zonder vooraf vastgelegde hoeveelheden. De hoeveelheid, zoals deze in het bestek is vermeld en waarvan de aannemer bij inschrijving moet rekenen, is als het ware nog fictief.'
- 5.39. In bijlage 2 van het aanbestedingsdocument is, voor zover relevant, hierover het volgende opgenomen.

'(...)

### **Hoeveelheden**

De in het bestek opgenomen "fictieve hoeveelheden resultaatsverplichting" en de daaraan gerelateerde "fictieve hoeveelheden bouwstof" zijn gebaseerd op de ervaring van de gemeente. Aan deze aantallen zijn geen verdere rechten te ontleenen.

De hoeveelheden zijn gebaseerd op de gehele looptijd van de raamovereenkomst en niet alleen op de initiële looptijd van het contract.  
(...)'.

- 5.40. De Commissie overweegt dat fictieve aantallen en brutoprijzen zijn bedoeld als hulpmiddel om tot een inschrijvingssom te komen. Na het sluiten van de raamovereenkomst zijn de fictieve hoeveelheden en fictieve inschrijfprijs als het ware 'functieloos', immers bij nadere opdrachten die onder de raamovereenkomst worden afgenomen zal worden afgerekend op basis van de daadwerkelijk geleverde producten.
- 5.41. Om inschrijvingen te krijgen die aansluiten op de opdracht overweegt de Commissie voorts dat de fictieve hoeveelheden echter wel een indicatie dienen te vormen voor de aard en omvang van de opdracht. Ondernemer heeft weliswaar gesteld dat niet de EMVI geselecteerd wordt, doordat de brutoprijzen, aantallen en uiteindelijke inschrijfprijs volledig fictief zijn, maar hij heeft dit verder niet onderbouwd. Nu aanbesteder aangeeft dat de hoeveelheden gebaseerd zijn op eerdere ervaringen van aanbesteder en een nadere onderbouwing van de stelling van ondernemer dat niet de EMVI wordt geselecteerd achterwege blijft, heeft de Commissie geen reden om aan te nemen dat de fictieve aantallen onvoldoende indicatie vormen voor de aard en omvang van de opdracht, waardoor dit onderdeel van klachtonderdeel 2 ongegrond is.

## 6. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond** en **staakt de verdere behandeling** voor (i) en (ii) van klachtonderdeel 2 en acht onderdeel (iii) van klachtonderdeel 2 **ongegrond**.

Den Haag, 24 september 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. M.C. Pinto

Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid