



# DE BESTE LEVERANCIER VOOR DE KLUS



## DE ZAAK

De Gemeente Amsterdam (hierna: Gemeente) organiseert een aanbestedingsprocedure voor grafische vormgeving. Het doel van de aanbesteding is het sluiten van een raamovereenkomst met vijf contractspartijen. De aanbesteding is zo ingericht dat er boven het bedrag van € 3.500 een minicompetitie plaatsvindt. Onder dit bedrag worden deelopdrachten onderhands gegund worden aan 'de beste leverancier voor de klus'. Deze kleinere onderhandse opdrachten komen met name voor bij zogeheten 'herhalings- of vervolgoopdrachten'. In de aanbestedingsstukken is de scheefgroei van de omzetverdeling als risico benoemd. Als beheersmaatregel maakt de Gemeente daarom gebruik van een periodieke evaluatie van de verdeling van de behaalde omzetten door de vijf contractspartijen. In de nota's van inlichtingen wordt meermaals gevraagd wat de gevolgen zijn van deze periodieke evaluaties en hoe de Gemeente een evenredige verdeling zal garanderen. De Gemeente antwoordt hierop onder meer dat er gesprekken worden gevoerd bij scheefgroei om dit zo nodig te corrigeren.

Maanden na gunning klaagt een van de raamcontractanten, appellante, dat zo'n 55% van de opdrachten wordt gegund aan één contractant waar de Gemeente voor de aanbesteding ook al veel zaken mee deed. De Gemeente neemt vervolgens een aantal correctiemaatregelen. Ondanks deze maatregelen stapt appellant naar de voorzieningenrechter, maar zonder succes. De rechter oordeelt dat op de Gemeente slechts een inspanningsverplichting rust, die de Gemeente naar behoren is nagekomen. Appellant gaat in hoger beroep en wil de garantie dat zij ten minste 20% (in waarde) van alle deelopdrachten toegewezen krijgt en zoekt compensatie voor de tot dat moment geleden inkomstenderving. Ook zou de Gemeente objectieve, toetsbare en redelijke criteria moeten opstellen op basis waar-

van de 'beste leverancier voor de klus' gekozen wordt.

**De rechter in hoger beroep** overweegt dat een inschrijver voorafgaand aan het sluiten van de raamovereenkomst niet ervan uit mocht gaan dat de Gemeente een resultaatsverplichting op zich nam, in die zin dat elke contractant 20% van de totale opdrachtwaarde gegund zou krijgen. In de nota van inlichtingen is duidelijk vermeld dat het gaat om een 'streven' van de Gemeente. Daarnaast staat in de gesloten raamovereenkomst dat de Gemeente geen afnameverplichting heeft en geen omzetgarantie afgeeft. Dat er door de Gemeente acties worden ondernomen om scheefgroei in omzet te corrigeren en bij te sturen, betekent in alle redelijkheid niet dat elke contractant daadwerkelijk ongeveer 20% van de opdrachten toebedeeld krijgt.

De Gemeente heeft wel een inspanningsverplichting om de deelopdrachten evenredig te verdelen. In dat verband heeft de Gemeente aangevoerd dat zij daarom ook acties heeft ondernomen om de scheefgroei tegen te gaan. Volgens de Gemeente is er nu geen sprake meer van scheefgroei. Hoewel de exacte getallen niet door de rechter worden geverifieerd (in een spoedappel), is de rechter wel overtuigd dat er een verandering heeft plaatsgevonden door de inspanningen van de Gemeente.

Of dit volstaat, en of de Gemeente dus voldoende inspanningen heeft geleverd, is niet zonder nader feitenonderzoek vast te stellen. Deze vraag zal dan ook niet beantwoord worden in dit spoedappel, zeker ook omdat appellant een financieel gezonde partij is en inmiddels sprake is van minder scheefgroei. De eisen worden verworpen. Verdere aanvechting moet plaatsvinden in een bodemprocedure.



## JURIDISCH KADER

- Uit artikel 2.132 lid 2 Aw 2012 blijkt hoe nadere opdrachten op basis van raamovereenkomsten met meerdere partijen kunnen worden gegund.
- Uit vaste rechtspraak volgt dat aanbestedingsstukken uitgelegd moeten worden conform de zogenaamde cao-norm: de objectieve bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, zijn in beginsel van doorslaggevende betekenis. De rechter in hoger beroep benadrukt in dit arrest dat uit het geheel van de aanbestedingsstukken blijkt dat de Gemeente geen resultaatsverplichting, maar een inspanningsverplichting op zich heeft genomen bij de verdeling van nadere opdrachten.
- Op grond van het arrest **Succhi di Frutta** van het Hof van Justitie van de EU impliceert het transparantiebeginsel

dat alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure in de aanbestedingsstukken worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren. Het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht vereisen dat gunningsvoorwaarden van overheidsopdrachten vanaf het begin van de aanbestedingsprocedure duidelijk worden omschreven (**HvJEU Commissie/Frankrijk**).

- Een rechter kan toetsen of de aanbestedende dienst, als privaatrechtelijk handelende partij, het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat een contractpartij recht heeft op een bepaald deel van de omzet of een bepaald deel van de nadere opdrachten.



## RECHTERS/ARBITERS AAN HET WOORD

- **De voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland** heeft zich uitgesproken over het gunnen van deelopdrachten die onder de scope van een (aanbestede) raamovereenkomst vallen. Als er sprake is van een deelopdracht die onder de scope van een raamovereenkomst valt, dient een dergelijke deelopdracht ook daadwerkelijk aan de raamcontractant te worden gegund. Het staat de aanbestedende dienst dan in beginsel niet vrij de deelopdracht aan een andere partij te gunnen. Een andere opvatting zou in strijd zijn met algemene beginselen van aanbestedingsrecht, in het bijzonder artikel 2:140 Aanbestedingswet 2012 en

algemene beginselen van verbintenissenrecht, nu er immers sprake is van een contractuele relatie tussen partijen.

- **In Advies 545** van de Commissie van Aanbestedingsexperts heeft de CvA een klacht gegrond verklaard die zag op een onduidelijk wijze van gunnen van nadere opdrachten onder een Raamovereenkomst. In dit geval betrof het een Raamovereenkomst met één opdrachtnemer die vooraf alleen opslagpercentages af hoeft te geven op productgroepen terwijl de in te kopen producten niet bekend zijn gemaakt en zelf advies mocht geven aan de aanbestedende dienst over te hanteren specificaties.



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Als aanbestedende dienst ben je verplicht op een duidelijke en transparante wijze te communiceren hoe nadere opdrachten onder een raamovereenkomst worden verstrekt. Vervolgens dien je je ook te houden aan deze spelregels.
- Als aanbestedende dienst heb je ruime vrijheid om deze spelregels zelf vorm te geven, als je ze maar duidelijk opschrijft. Vaak wordt gebruik gemaakt van een minicompetitie (zoals in deze casus), maar de verdeling kan ook plaatsvinden op basis van de ranglijst uit de aanbesteding of zelfs op basis van een alfabetische rangschikking. Ook is het – afhankelijk van de specifieke omstandigheden – mogelijk onder een bepaald bedrag de invulling vrij te laten, zoals de Gemeente in deze casus gedaan heeft. Elke variant heeft

voor- en nadelen afhankelijk van de eigen behoefte en de behoeften van de betrokken marktpartijen. Denk hier vooraf strategisch over na met alle stakeholders.

- Een inschrijver moet zich ervan bewust zijn dat er geen omzetgarantie bestaat bij een raamovereenkomst zonder leverings- of afnameverplichting.
- Wanneer onder een raamovereenkomst geen sprake is van een leverings- of afnameverplichting, betekent dit niet dat de aanbestedende dienst geheel vrij is om een opdracht waarvoor hij de raamovereenkomst is aangegaan te gunnen aan een derde. Een deelopdracht die onder de scope van een aanbestede raamovereenkomst valt, dient in beginsel ook daadwerkelijk aan de raamcontractant te worden gegund.

### EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP



VANDOORNE<sup>⊕</sup>

Het NIC.

Vragen? Mail naar [legal@aevesbenefit.com](mailto:legal@aevesbenefit.com)