

AANBESTEDEN & AANNEMEN

De raamovereenkomst

Bij aanbesteding wordt veelvuldig gebruik gemaakt van raamovereenkomsten. Over hoe om te gaan met de raamovereenkomst is ondertussen flink wat jurisprudentie voorhanden.

TEKST: BARD VAN VEEN

Een aanbestedende dienst vindt het vaak lastig om van te voren duidelijk te bepalen wat de exacte behoefte is. Anders gezegd: welke (hoeveelheid) leveringen en/of diensten in het kader van die raamovereenkomst zullen worden afgenomen?

Over dit vraagstuk heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie zich in 2018 al gebogen (HvJ 19 december 2018, C-216/17, ECLI:EU:C:2018:1034). Het Hof heeft in deze uitspraak geoordeeld dat aanbestedende diensten gehouden zijn om de maximale hoeveelheid of waarde van leveringen en/of diensten waarop de raamovereenkomst betrekking heeft – voor eenieder – duidelijk in de aanbestedingsstukken te specificeren. Deze verplichting ziet overigens niet alleen op de hoeveelheid die de aanbestedende dienst voor eigen rekening van plan is te gaan afnemen. Zij geldt ook voor de beoogde hoeveelheid die onder de raamovereenkomst eventueel wordt afgenomen door in de aanbestedingsstukken duidelijk aangewezen potentiële andere aanbestedende diensten. Een belangrijke overweging van het Hof is verder dat de raamovereenkomst geen effect meer sorteert als de gespecificeerde maximale hoeveelheid of waarde eenmaal is bereikt. Met andere woorden: dan is de raamovereenkomst uitgewerkt. Op het eerste gezicht lijkt dit allemaal duidelijk.

(WEZENLIJKE) WIJZIGING RAAMOVEREENKOMST

Uit de relevante Europese richtlijn 2014/24 volgt dat het wijzigen van opdrachten die onder een raamovereenkomst vallen alleen is toegestaan als deze wijzigingen 'niet-wezenlijk' zijn. De vraag is echter of een aanbestedende dienst de vooraf uitdrukkelijk te specificeren maximale hoeveelheid dan wel waarde nog zou mogen wijzigen.

Deze vraag heeft het Hof in juni 2021 beantwoord (17 juni 2021, C-23/20, ECLI:EU:C:2021:490). Allereerst bevestigt het Hof de hiervoor aangehaalde uitspraak uit december 2018. In aanvulling daarop overweegt het Hof dat de maximumhoeveelheid dan wel maximumwaarde zowel in de aankondiging als in het bestek vermeld mag zijn. Aanbestedende diensten zijn bovendien verplicht om vanaf de datum van bekendmaking van een aankondiging (potentiële) inschrijvers kosteloze, rechtstreekse en volledige toegang tot de aanbestedingsdocumenten te bieden met elektronische middelen. Kortom, een aanbestedende dienst mag geen verstoppertje spelen.

Ook overweegt het Hof dat het een aanbestedende dienst is toegestaan om aanvullende eisen te stellen en de maximale hoeveelheid of waarde bijvoorbeeld voor elk van de (potentiële) aanbestedende diensten te vermelden. Dat hoeft echter niet. Belangrijk is tot slot dat het Europese Hof bevestigend heeft geantwoord dat 'niet-wezenlijke' wijzigingen zijn toegestaan, ook voor wat betreft de vooraf bepaalde maximale hoeveelheid en/of waarde gedurende de looptijd van de raamovereenkomst. Dan dient wel uitsluitend sprake te zijn van één of meer van de in artikel 2.163b t/m artikel 2.163g Aanbestedingswet 2012 limitatief

opgenomen gevallen. Die limitatieve gevallen kunnen er overigens toe leiden dat die maximale hoeveelheid of waarde met 15% tot mogelijk zelfs 50% kan worden vergroot.

SCOPE RAAMOVEREENKOMST

Een ander veel voorkomend thema bij raamovereenkomsten heeft betrekking

een deelopdracht onder de scope van de raamovereenkomst dan dient die opdracht aan de raamcontractant te worden gegund. Een andere opvatting is regelrecht in strijd met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, in het bijzonder artikel 2:140 Aanbestedingswet 2012. De Raad van Arbitrage in bouwgeschillen heeft op 17 december 2021 (geschilnr. 37.103) vonnis gewezen in een geschil, waarin aanneemster opdrachtgeefster ervan betichtte onder de scope van de raamovereenkomst vallende werkzaamheden aan een derde op te dragen. Aanneemster vorderde

worden aan de hand van de zogenaamde 'CAO-norm'. Concreet betekent dit, dat er naar de letterlijke tekst van de bepalingen moet worden gekeken, omdat aanneemster vanwege de aanbestedingsprocedure niet over de inhoud of de formulering van de bepalingen heeft kunnen onderhandelen. Vervolgens overwegen arbiters dat aanneemster met de door haar – na moeizaam doorlopen – WOB-procedures verkregen stukken genoegzaam bleek dat opdrachtgeefster inderdaad werkzaamheden binnen de scope van de raamovereenkomst aan een derde had opgedragen. Uiteindelijk heeft opdrachtgeefster tijdens de mondelinge behandeling in die zaak erkend dat dit het geval is, althans zij kon dit niet uitsluiten. Daarmee staat het onrechtmatig handelen en de schadelijkheid van de opdrachtgeefster vast. Hoewel op het moment van totstandkoming van dit artikel de appeltermijn nog loopt, is mijn inschatting dat in appel – als dat er komt – niet anders zal worden geoordeeld.



op de vrijheid die aanbestedende diensten in hun hoedanigheid van opdrachtgever hebben om wel of geen deelopdrachten te verstrekken. Immers, opdrachtgevers zijn niet verplicht deelopdrachten onder een raamovereenkomst te verstrekken. Maar wat nou als een opdrachtgever duidelijk maakt dat hij voornemens is om werkzaamheden die onder de raamovereenkomst vallen, aan een derde op te dragen. Of sterker nog; dat al gedaan heeft? Kan de raamcontractant daar dan tegen opkomen? Het antwoord op die vraag is, ja.

In 2019 heeft de Voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland hierover al geoordeeld (6 juni 2019, ECLI:NL:RB-NHO:2019:5380). In deze kwestie had de opdrachtgever zich op het standpunt gesteld dat sprake was van contractsvrijheid: "Ik hoef toch geen deelopdrachten te gunnen aan de winnende aannemer?" Bovendien was sprake van fictieve hoeveelheden, waaraan volgens opdrachtgever geen rechten kunnen worden ontleend. De Voorzieningenrechter maakte korte metten met dat standpunt. Als sprake is van

dan ook dat vastgesteld werd dat opdrachtgeefster op die manier onrechtmatig handelde, en voor de door aanneemster geleden schade aansprakelijk was. Arbiters hebben aanneemster gelijk gegeven. Allereerst concluderen arbiters dat aanneemster een correcte uitleg geeft aan de onder de scope van de raamovereenkomst vallende werkzaamheden. Daarbij overwegen arbiters dat het bestek, waarin de werkzaamheden zijn omschreven, uitgelegd moet

CONCLUSIE

Een raamovereenkomst biedt een aanbestedende dienst/opdrachtgever een aantal vrijheden en een zekere mate van flexibiliteit. Als opdrachtgevers werkzaamheden uit de scope van de raamovereenkomst wensen op te dragen, dan dient uitsluitend aan de raamcontractant te geschieden. Zo niet, dan wordt onrechtmatig gehandeld en kan de raamcontractant daartegen – doorgaans – succesvol opkomen.



B.R. (Bard) van Veen is advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten te Den Haag. Tel. (070) 304 55 90, E-mail: b.veen@shadv.nl, www.severijnhulshof.nl. Voor vragen over dit artikel, kunt u mij bereiken via het genoemde mailadres.