

waarom een beroep op deze uitzonderingsgrond in een voorkomend geval wél gerechtvaardigd is.

mr. G. Verberne
advocaat bij Van Doorne N.V.

mr. T. Ruers
advocaat bij Van Doorne N.V.

196

Realistische raming van raamovereenkomsten

Commissie van Aanbestedingsexperts
13 september 2023, Advies 708
Noot mr. J. Haest

Behandeling klacht door Commissie. Commissie van Aanbestedingsexperts. Geraamde waarde. Raamovereenkomst.

[Aw 2012 art. 2.14 lid 2, art. 2.15 lid 3]

Op 31 maart 2021 heeft aanbesteder een selectieleidraad gepubliceerd in een niet-openbare Europese procedure voor Interim-Management en Organisatieadvies waarbij het doel van de aanbesteding is het sluiten van meerdere raamovereenkomsten op de volgende drie percelen: 1. strategisch interim-management, 2. tactisch interim-management en 3. organisatieadvies.

Ondernemer heeft aanbesteder in meerdere inlichtingenrondes in de inschrijvingsfase gewezen op (de risico's van) de (volgens ondernemer) te lage geraamde maximale opdrachtwaarde. Ondernemer heeft op 25 april 2023 een klacht ingediend over (onder meer) de maximale geraamde opdrachtwaarde bij het interne Klachtenmeldpunt van aanbesteder. Aanbesteder geeft vervolgens in Nvl 3, gepubliceerd op 6 juli 2023, aan dat naar aanleiding van het advies van het Klachtenmeldpunt een 'nadere analyse' is verricht en dat daaruit geen gewijzigd inzicht volgt.

Ondernemer klaagt dat de maximale opdrachtwaarde die door aanbesteder is opgenomen voor de onderhavige opdracht verre van realistisch is. Hierdoor neemt aanbesteder een ongeoorloofd risico op het toelaten van een onrechtmatige wettelijke wijziging tijdens de toekomstige uitvoe-

ring en heeft de markt vanwege de te lage maximale opdrachtwaarde geen realistisch beeld gekregen van de uit te voeren opdracht. Aanbesteder benadrukt dat bij het opnemen van de raming in het selectiedocument in 2021, het om meerdere factoren lastig was een inschatting te geven van de (toekomstige) waarde van de opdracht en dat de geschatte omvang van de opdracht om die reden geen vast gegeven is. Een raming kan vanwege politieke, economische, budgettaire, bestuurlijke of organisatorische ontwikkelingen wijzigen.

Beoordeling

Heeft aanbesteder realistisch geraamd?

De Commissie merkt allereerst op dat zij de stelling van ondernemer dat het hanteren van een te lage maximale geraamde opdrachtwaarde zal resulteren in onrechtmatige gedragingen van aanbesteder niet volgt. De Commissie overweegt dat dit een hypothetische situatie betreft. Dat aanbesteder in de toekomst mogelijk meer diensten zal willen afnemen dan op dit moment blijkt uit de aanbestedingsstukken, maakt niet dat op voorhand vaststaat dat sprake zal zijn van onrechtmatige gunning van overheidsopdrachten. Wel ziet de Commissie een verplichting voor aanbestedende diensten om een realistische opdrachtwaarde te hanteren. De Aanbestedingswet kent regels voor de raming van de opdracht om te voorkomen dat aanbestedende diensten bij het bepalen van de opdracht een bepaalde (kunstmatige) constructie kiezen met als doel de wet te omzeilen (art. 2.14 lid 2). Voor een juiste toepassing van de regels is het nodig dat de raming realistisch is. Daarnaast geeft de waarde van een opdracht ondernemers inzicht in de omvang van de opdracht en wat zij kunnen verwachten. Op basis daarvan dienen inschrijvers hun aanbieding in. De vraag die in deze zaak voorligt is of aanbesteder realistisch heeft geraamd.

De Commissie overweegt dat partijen in wezen van mening verschillen over de vraag of aanbesteder op juiste wijze toepassing heeft gegeven aan art. 2.15 lid 3 Aw 2012. Ondernemer klaagt dat aanbesteder verschillende redelijkerwijs te verwachten en dus voorgenomen overheidsopdrachten niet bij de raming van de waarde van de raamovereenkomst heeft betrokken. De Commissie overweegt dat zij een raming, die uitgaat van een volume dat over de jaren ruwweg gelijk blijft, in beginsel realistisch acht voor een opdracht als de

onderhavige, tenzij ondernemer of aanbestede aan de hand van een concrete onderbouwing aannemelijk maakt waarom een gelijkblijvend volume niet realistisch is. Aanbesteder stelt dat de (tussen partijen vaststaande) toename van de inkoopbehoefte van Interim-Management de afgelopen jaren zou zijn veroorzaakt door 'omstandigheden (corona en politieke dossiers) die zich naar verwachting, in deze omvang, niet nogmaals zullen voordoen'. Door aanbestede wordt verder niet concreet onderbouwd in welke mate corona impact op de afname van Interim-Management heeft gehad. Zonder nadere onderbouwing is het de Commissie niet duidelijk waarom politieke dossiers uit het verleden wél zouden leiden tot een toename van de inkoopbehoefte en toekomstige dossiers daar niet toe zouden leiden. Voorts acht de Commissie de enkele stelling van aanbestede dat hij wil inzetten op het reduceren van de inzet van Interim-Management, onvoldoende concreet onderbouwd. Onduidelijk is wat hiervan de (cijfermatige) impact op de inzet van Interim-Management gaat zijn. De Commissie houdt het ervoor dat aanbestede slechts een wens benoemt en niet beschikt over objectieve aanwijzingen dat de inkoopbehoefte zal reduceren.

Conclusie

*De Commissie concludeert dat een reductie van de inkoopbehoefte van aanbestede voor de komende jaren op basis van de stellingen van partijen en de overgelegde documenten niet aannemelijk is geworden, wat maakt dat geen sprake lijkt van een realistische raming. Daarmee acht de commissie voldoende aannemelijk dat aanbestede het bepaalde in art. 2.15 lid 3 Aw 2012 heeft geschonden. De Commissie verklaart de klacht van ondernemer gegrond en beveelt aanbestede aan om zijn raming te herzien, althans voldoende onderbouwd aannemelijk te maken aan de (potentiële) inschrijvers dat de raming in deze aanbesteding realistisch is. Hiernaast beveelt de Commissie aanbestede aan om zorg te dragen voor het borgen van een gelijk speelveld, meer in het bijzonder door het ter beschikking stellen van de historische afnamecijfers van Interim-Management in de afgelopen jaren aan alle (potentiële) inschrijvers.
(mrs. G.R. Werkman-Bouwkamp en M.C. Pinto)*

Het volledige advies van de Commissie is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

NOOT

Realistische raming van raamovereenkomsten

In advies 708 van de CvAE staan enkele interessante en voor de (rechts-)praktijk belangrijke overwegingen ten aanzien van het opstellen van een realistische raming bij raamovereenkomsten door de aanbestedende dienst. In deze noot ga ik nader in op de eisen die gesteld worden aan een raming van een raamovereenkomst. Raamovereenkomsten gaan uit van fictieve hoeveelheden. Het is bij het in de markt zetten immers nog niet duidelijk welke hoeveelheden in de praktijk daadwerkelijk zullen worden opgedragen. Belangrijk uitgangspunt bij raamovereenkomsten is dat inschrijvers in beginsel geen rechten kunnen ontlenen aan de bij aanbesteding genoemde fictieve hoeveelheden. Bij RAW-raamovereenkomsten staat dat zelfs expliciet vermeld in deel 2.1 van het bestek, en ook de rechtspraak beaamt dit uitgangspunt nadrukkelijk¹.

Maar dat betekent niet dat aanbestedende diensten volledig vrij zijn bij het opnemen van hoeveelheden die als een raamovereenkomst in de markt wordt gezet. De CvAE merkt in overweging 6.5 terecht op dat er voor de aanbestedende dienst een verplichting bestaat een realistische opdrachtwaarde te hanteren. Dat vloeit (onder meer) voort uit art. 2.14 lid 2 Aw 2012, waarin is bepaald dat aanbestedende diensten niet een (kunstmatige) constructie moeten kiezen – bijvoorbeeld door de hoeveelheden bewust laag te houden – met als doel de wet te omzeilen (lees: het vermijden van bijvoorbeeld een Europese aanbesteding). En je komt alleen tot een realistische opdrachtwaarde als de fictieve hoeveelheden ook in bepaalde mate op de realiteit zijn gestoeld.

In dit kader verwijs ik ook naar de toelichting op voorschrift 3.3B van de Gids Proportionaliteit.

¹ Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen, 23 september 2020, nummer 36.576. In hoger beroep bevestigd in een uitspraak van 3 februari 2022, nummer 72.230.

Daarin is bepaald dat het bij een raamovereenkomst noodzakelijk is dat een reële inschatting wordt gemaakt van de omvang van de opdracht. De af te geven prijzen kunnen immers nadrukkelijk uiteenlopen afhankelijk van de uit te voeren hoeveelheden. En wanneer de omvang van een bepaalde activiteit vooraf moeilijk is in te schatten, kan het proportioneel zijn voor de betreffende werkzaamheden niet één enkele bestekspost op te nemen, maar prijzen middels een staffel op te vragen voor verschillende hoeveelheden. Bijvoorbeeld van 0 tot 100 m², van 100 tot 500 m² en zo verder.

Verder is er nog het kader van art. 2.15 lid 2 Aw 2012 waarin is bepaald dat de aanbestedende dienst bij de berekening van de waarde van een raamovereenkomst uit dient te gaan van de geraamde waarde van *alle* voor de duur van de raamovereenkomst voorgenomen overheidsopdrachten.

En tot slot zijn er – zoals de CvAE terecht overweegt – nog twee recente arresten van het Europese Hof van Justitie² waaruit blijkt dat een aanbestedende dienst bij een raamovereenkomst ook de maximumhoeveelheid en het maximumbedrag dient te vermelden van de diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Dat is van belang omdat, kort samengevat, de raamovereenkomst volgens het Europese Hof geen effect meer sorteert zodra het maximum is bereikt. Vertaald in een cijfervoorbeeld: de reële raming van een raamovereenkomst ligt op grond van art. 2.15 lid 2 Aw 2012 bijvoorbeeld op € 1,2 miljoen, waarbij wordt aangegeven dat de maximale waarde bepaald wordt op € 1,6 miljoen.

Tot zover de juridische kaders, terug naar het advies van de CvAE. De vraag die in onderhavige kwestie voor lag is of sprake was van een realistische raming van de aanbestedende dienst. De CvAE oordeelt van niet. En die vaststelling is geen hogere wiskunde. Tussen partijen staat namelijk niet ter discussie dat de omvang van het historische volume sinds 2016 jaarlijks minimaal twee keer zo hoog lag als de jaarlijkse maximale raming die was opgenomen in de huidige aanbesteding. Het volume sinds 2016 acht de CvAE een realistische benchmark. Het standpunt van de

aanbestedende dienst dat het inkoopvolume in die periode hoger lag door extra inkoopbehoefte door onder meer Covid is onvoldoende onderbouwd en datzelfde geldt voor het argument van de aanbestedende dienst dat zij de komende jaren wil inzetten op reducering van de in te kopen dienst. Deze argumenten worden daarom door de aanbestedende dienst als onvoldoende gemotiveerd gepasseerd. De CvAE acht vervolgens – gezien genoemde benchmark – voldoende aannemelijk dat de aanbestedende dienst bij de berekening van de waarde van de raamovereenkomst niet is uitgegaan van een realistische raming. Daarmee is art. 2.15 lid 3 Aw 2012 geschonden namelijk het niet opnemen van alle voor de duur van de raamovereenkomst voorgenomen overheidsopdrachten. Gewoon een duidelijke tik op de vingers van de aanbestedende dienst dus.

Gezien vorenstaande wordt de klacht van de ondernemer – inhoudende dat de raming van de raamovereenkomst niet deugdelijk is – gegrond verklaard en de CvAE beveelt de aanbestedende dienst aan om de raming te herzien, althans voldoende onderbouwd aannemelijk te maken aan de (potentiële) inschrijvers dat de raming realistisch is.

Het herzien van de raming is een logische aanbeveling, want geoordeeld is nu eenmaal dat de huidige raming niet deugt. Maar de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om alsnog voldoende onderbouwd aannemelijk te maken dat de raming realistisch is voelt toch aan als een kans die de aanbestedende dienst niet verdient. Want de CvAE heeft toch juist geoordeeld dat de onderbouwing van de aanbestedende dienst niet deugdelijk was?

Waarom dan nog een tweede kans bieden? En als ook die tweede poging onvoldoende is, mag er dan nog een derde poging volgen, of misschien zelfs een vierde?

Vervolgens komt de CvAE in overweging 6.9 met een interessante overweging ten overvloede. De CvAE stelt dat niet alleen een deugdelijke raming van de voorgenomen overheidsopdracht(en) conform art. 2.15 lid 3 Aw 2012 moet worden verstrekt. Er moet daarnaast ook een raming van de *maximale* contractuele waarde of hoeveelheid worden verstrekt op basis van de twee hiervoor genoemde Europese uitspraken.

Dit expliciete onderscheid dat de CvAE maakt kan ik wel volgen. Want de raming op grond van

2 Hof van Justitie EU 19 december 2018, zaak C-216/17, r.o. 60, 61 en 62, zie ook HvJ EU 17 juni 2021, zaak C-23/20, Simonsen & Weel, r.o. 62.

art. 2.15 lid 3 Aw 2012 is voor inschrijvers relevant om te kunnen bepalen wat van haar verlangd wordt en om de prijzen per eenheid en de totale inschrijvingsom op te baseren terwijl van het bedrag van de maximale waarde/maximale hoeveelheid relevant is om te kunnen bepalen wanneer de raamovereenkomst geen effect meer sorteert.

Conclusie

Belangrijkste conclusie die getrokken kan worden uit dit advies van de CvAE is dat een aanbestedende dienst een deugdelijke raming moet maken voor de raamovereenkomst waarbij de nodige juridische kaders een rol spelen. Een aanbestedende dienst komt niet weg met het argument dat een raamovereenkomst bestaat uit fictieve hoeveelheden maar moet een reële inschatting maken van de hoeveelheden. Daarnaast dient een aanbestedende dienst bij het in de markt zetten van een aanbesteding voor een raamovereenkomst rekening te houden met het verstrekken van twee waarden. De geraamde waarde van de opdracht en de geldende maximale waarde/hoeveelheid.

Een vuistregel voor het ramen van waarde van de raamovereenkomst is verankerd in een duidelijk juridisch kader. Zie bijvoorbeeld art. 9 van Richtlijn 2014/24, waarin staat dat bij de berekening van de waarde van een raamovereenkomst moet worden uitgegaan van de geraamde maximale waarde (excl. btw), van alle voor de totale duur van de overeenkomst voorgenomen opdrachten. Een echte vuistregel voor het vaststellen van de maximale waarde/hoeveelheid is er niet, althans de huidige rechtspraak zegt daar niets concreets over. De praktijk leert dat tot nu toe veelal een procentuele opslag wordt gehanteerd bovenop de geraamde waarde of dat sprake is van 'nattevingerwerk'. Het zou dan ook mooi zijn als in toekomstige rechtspraak kaders worden geformuleerd voor de maximale waarde/hoeveelheid.

mr. J. Haest
advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten

Kies voor zekerheid met de kennisbank VIND Inkoop en Aanbesteding



De online kennisbank VIND Inkoop en Aanbesteding biedt u gevalideerde vakinformatie waarmee u sneller vraagstukken kunt oplossen tijdens het inkoop- en aanbestedingstraject.

Via actuele vakkennis en praktische tools vindt u een pasklare en goed onderbouwde oplossing. VIND Inkoop en Aanbesteding is uniek door de thematische, praktijkgerichte vertaling van de wet- en regelgeving. Hiermee wordt u optimaal ondersteund in uw werk.

Meer weten? Kijk op
www.sdu.nl/vind-inkoopenaanbesteding

Sdu

Bereid u voor op de Omgevingswet



Samen op weg naar de Omgevingswet

Gezien de omvang en impact van de Omgevingswet is een goede voorbereiding nodig. Sdu maakt wetten en regels begrijpelijk, zowel voor uw medewerkers als voor uw inwoners en bedrijven. Wij helpen u bij het stroomlijnen van interne en externe informatiestromen. Met informatie op maat: van informerend tot de uiteindelijke toepassing van de Omgevingswet.

Kijk wat wij voor u kunnen betekenen www.sdu.nl/omgevingswet

Sdu

Abonnementen en -administratie

«JAAN» verschijnt achtmaal per jaar op papier en online via opmaat.sdu.nl. «JAAN» is ook beschikbaar via content-integratie. Toegang tot «JAAN» via de Sdu Tijdschriften App (Stapp, te downloaden in de App Store en via Google Play) maakt ook onderdeel uit van het abonnement. Stapp is geschikt voor zowel iOS (Apple) als Android (Google).

Voor actuele prijzen, abonnementsvormen en onze leveringsvoorwaarden verwijzen wij u naar sdu.nl of kunt u contact opnemen met onze klantenservice. Abonnementen kunt u afsluiten via sdu.nl of via Sdu Klantenservice. Postbus 20025, 2500 EA Den Haag; tel: (070) 378 98 80; e-mail: sdu@sdu.nl.

Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenisrecht. Uw persoonlijke gegevens worden door ons zorgvuldig behandeld en beveiligd. Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u op uw vakgebied van informatie te voorzien over gelijksoortige producten en diensten van Sdu bv. Voor het toesturen van informatie over (nieuwe) producten en diensten gebruiken wij uw e-mailadres alleen als u daarvoor toestemming heeft gegeven. Uw toestemming kunt u altijd intrekken door gebruik te maken van de afmeldlink in het toegezonden e-mailbericht. Als u in het geheel geen informatie wenst te ontvangen over producten en/of diensten, dan kunt u dit laten weten aan Sdu Klantenservice: informatie@sdu.nl. 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.

©Sdu B.V. 2023
Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd (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 fotokopiëren, 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 uitspraken of artikelen aan «JAAN» impliceert toestemming voor openbaarmaking en veelevoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) «JAAN» in enige vorm.

Jurisprudentie Aanbestedingsrecht

Redactie

mr. T.G. Zweers-te Raaij (Vz), teammanager Procurement Expertise Centrum ProRail
mr. L. Knoups, aanbestedingsjurist KNOUPS Aanbestedingsadvies
mr. M. Nusteen, bedrijfsjurist TenneT
mr. A.A. Rassa, advocaat Bartels Sueters Rassa Aanbestedingsadvocaten
mr. M.G. Rauws, concernadviseur Juridisch/Inkoop provincie Utrecht
mr. E.E. Zeelenberg, zelfstandig aanbestedingsjurist bij MeesterZet aanbestedingsrecht en aanbestedingsjurist bij Wageningen University & Research

Samenvattingen Europese en nationale jurisprudentie
Instituut voor Bouwrecht

Redactieadviesraad

mr. L.J.W. Sueters, Bartels Sueters Rassa Aanbestedingsadvocaten

Redactiesecretariaat

mr. S. Bakker
sanne@imagobouwers.nl

Uitgever

D. Sonderen
d.sonderen@sdu.nl

ISSN: 2214-2029
opmaat.sdu.nl

Citeertitel

«JAAN» 2023/x (volgnummer uitspraak)

Advertentieacquisitie

Cross
Telefoon: 010-7421020
E-mail: traffic@cross.nl