

Advies 297

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde is een vereniging die de belangen behartigt van circa 400 leden, die allen aanbestedende diensten in de zin van art. 1.1 Aw 2012 zijn.
- 1.2. Beklaagde houdt namens circa 250 van haar leden – hierna te noemen: “Deelnemers” – een gezamenlijke Europese openbare aanbesteding voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen voor het leveren van mobiele telecommunicatiediensten.
- 1.3. Voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure heeft beklagde een marktconsultatie gehouden. Zij heeft dat gedaan door de resultaten van een inventarisatie van de behoefte aan mobiele communicatiediensten van de Deelnemers vast te leggen in een Algemene Functionele Beschrijving (AFB) en deze beschikbaar te stellen aan marktpartijen via de website van het project. Marktpartijen hebben vervolgens de gelegenheid gehad schriftelijk feedback te geven op de AFB. De AFB is op basis van de geleverde feedback twee keer aangepast en opnieuw gepubliceerd [op de website van het project. Het AFB vormt de basis voor het aanbestedingsdocument: “Beschrijvend Document \[X\] Mobiele Communicatie”](#) (hierna: “Beschrijvend Document”).
- 1.4. In hoofdstuk 1 (“Algemeen”) van het Beschrijvend Document is bepaald:

1.1.2. Doel van de aanbesteding en de Deelnemers

(...)

Verhoging van de kwaliteit

Voor de Deelnemers geldt dat telecommunicatie, en mobiele communicatie daarvan als onderdeel, een steeds belangrijkere positie bij de ondersteuning van de bedrijfsvoering inneemt. Het draagt in grote mate bij aan de vereiste, goede bereikbaarheid van de Deelnemers voor de inwoners, maar vervult inmiddels ook een belangrijke rol bij de eigen onderlinge bereikbaarheid die, door de toename van werkzaamheden buiten de vaste kantoorlocaties, steeds meer leunt op mobiele communicatievoorzieningen. Dit groeiend belang van mobiele communicatie stelt ook steeds hogere eisen aan de dienstverlening. Eén van de doelen van de Deelnemers is om inhoudelijk meer greep te krijgen op het onderwerp telecommunicatie door bundeling van kennis en kunde op dit gebied. Deze bundeling leidt in de aanbestedingsfase tot kwalitatief hoogwaardige en passende specificaties. Alle Deelnemers hebben invloed op het samenstel van eisen en wensen, en kunnen op deze wijze door kennisdeling leren van elkaars problematiek en gekozen oplossingen. Tevens kunnen door het grotere volume van de aanbesteding hogere eisen tegen betere condities worden bedongen. Na contractering wordt blijvend kennis opgebouwd en vastgehouden door het instellen van een centrale beheerorganisatie. De centrale beheerorganisatie heeft technisch inhoudelijke kennis in huis, kent de telecommarkt en is op de hoogte van de (veranderende) behoeften van Deelnemers. De centrale beheerorganisatie is op basis van deze kennis en kunde in staat om de Deelnemers op professionele wijze te ondersteu-

nen bij de inrichting en verdere ontwikkeling van hun telecommunicatie-omgeving.

Reductie van kosten

De Deelnemers staan door teruglopende budgetten al langere tijd voor de uitdaging om de kosten te reduceren. Om hier invulling aan te geven zoeken de Deelnemers in steeds meer gevallen op verschillende gebieden naar samenwerking. Ook in dit streven naar kostenreductie past de gezochte samenwerking in deze aanbesteding. Door het grotere volume van de aanbesteding kan de gevraagde dienstverlening tegen lagere prijzen worden ingekocht. De Deelnemers hoeven bovendien niet allen afzonderlijk de (hoge) kosten van een aanbesteding te dragen en delen door het instellen van een centrale beheerorganisatie de kosten die gepaard gaan met professioneel strategisch contractmanagement.

(...)

1.2.1. Aard van de opdracht

[X] wil Diensten verwerven die invulling geven aan de huidige en toekomstige behoeften op het gebied van mobiele spraak en mobiele datacommunicatie. De Diensten dienen geleverd te worden via een landelijk dekkend radionetwerk, dat gebruik maakt van frequenties die door Agentschap Telecom specifiek zijn uitgegeven voor de afhandeling van mobiel spraak- en dataverkeer. Als interface voor gebruik van het mobiele netwerk wordt gebruik gemaakt van een SIM-kaart.

Naast de hiervoor beschreven behoefte aan mobiele communicatie, worden ook diverse Diensten uitgevraagd die mobiele communicatie ondersteunen of verrijken. Voorbeelden hiervan zijn:

- De aanleg en het beheer van een indoor dekkingsinstallatie.
- De aanleg en het beheer van een vast-mobiel koppeling voor spraakverkeer.
- De aanleg en het beheer van een APN koppeling voor dataverkeer.
- Adviesdiensten op het gebied van mobiele communicatie.

In de Appendices en Bijlagen is de complete uitgevraagde dienstverlening nader gespecificeerd.

1.2.2. Omvang van de opdracht

In Bijlage 08 Opgave deelnemende organisaties staat weergegeven welke organisaties deelnemen aan de aanbesteding mobiele communicatie van [X]. De hierin opgenomen Deelnemers verplichten zich om de in deze aanbesteding opgenomen dienstverlening onder de Raamovereenkomst af te nemen als en voor zover ze deze dienstverlening nodig hebben. Dit commitment van de Deelnemers vormt de basis van de omvang van de opdracht. Om Inschrijvers echter meer houvast te geven omtrent de hoeveelheid af te nemen Diensten is de volgende tabel opgenomen waarin voor een belangrijk deel van de gevraagde dienstverlening de omvang is weergegeven. Dit betreft een inschatting van de jaarlijkse behoefte aan de dienstverlening van alle Deelnemers tezamen. De Inschrijvers dienen zich te realiseren dat de werkelijke aantallen af te nemen Diensten kunnen afwijken van de aantallen die zijn opgenomen in deze tabel. Inschrijvers kunnen op basis van deze gegevens hun Inschrijving opstellen, maar kunnen aan deze aantallen geen rechten ontleen.

Aantal spraak SIM-kaarten	27.000
Aantal data SIM-kaarten	31.000
Aantal spraak+ data SIM-kaarten	60.000
Bellen naar mobiele nummers (minuten)*	409.248.000
Bellen naar vaste nummers (minuten)*	315.648.000
Bellen naar eigen nummers (minuten)*	321.480.000

Spraak roaming (minuten)*	31.680.000
Data Nederland in MB's**	14.259.742.436
Data roaming in MB's**	89.123.390
* gemiddelde gespreksduur is 3 minuten	
** aantal MB's gebaseerd op 40% groei p/j per SIM-kaart	

1.2.3. Uitzonderingen

In een aantal gevallen is de Deelnemer vrijgesteld van de verplichting om de in deze aanbesteding opgenomen dienstverlening onder de Raamovereenkomst af te nemen. Allereerst heeft deze vrijstelling betrekking op de afname van SIM-kaarten voor Machine-to-Machine (M2M) communicatie en doet zich in algemene zin voor als de vervanging van deze kaarten gepaard gaat met onevenredig hoge kosten en/of inspanning. In de volgende twee situaties kan de Deelnemer er voor kiezen M2M SIM-kaarten niet of gefaseerd in een zelf bepaald tempo onder de Raamovereenkomst af te nemen:

- Migratie gaat gepaard met een onevenredig grote inspanning**

Wisseling van M2M SIM-kaarten kan, bijvoorbeeld door lastige bereikbaarheid van apparatuur of omdat wisseling alleen door gespecialiseerd personeel kan plaatsvinden, een aanzienlijk grotere inspanning vragen dan wisseling van 'reguliere' SIM-kaarten. Denk hierbij bijvoorbeeld aan verkeersborden waarbij vervanging alleen plaats kan vinden door het afzetten van wegen, of parkeerautomaten die alleen door gespecialiseerd personeel mogen worden onderhouden. Om deze reden staat het de Deelnemer vrij om zelf te bepalen in welk tempo vervanging plaats zal vinden. De Deelnemer kan in dergelijke gevallen bijvoorbeeld bepalen dat de vervanging alleen plaatsvindt op momenten dat de apparatuur in aanmerking komt voor regulier periodiek onderhoud. Op het moment dat een Deelnemer echter tot vervanging overgaat dan zal deze vervanging plaatsvinden met onder de Raamovereenkomst bestelde SIM-kaarten.
- Migratie gaat gepaard met onevenredig hoge kosten**

Als bestaande communicatieapparatuur niet kan functioneren met de mobiele communicatiediensten van de Opdrachtnemer, dan kan de Deelnemer besluiten geen gebruik te maken van de Diensten van de Opdrachtnemer of de Diensten pas af te nemen als de bedoelde communicatieapparatuur is vervangen of alsnog geschikt is gemaakt. De Deelnemer is echter niet verplicht om de betreffende communicatieapparatuur te vervangen of alsnog geschikt te (laten) maken.

Naast de hiervoor beschreven vrijstelling met betrekking tot de afname van M2M SIM-kaarten staat het de Deelnemer vrij om de in Appendix II opgenomen adviesdiensten al dan niet onder de Raamovereenkomst af te nemen. De Deelnemer kan er voor kiezen de bedoelde adviesdiensten in te vullen door eigen personeel dan wel door extern personeel dat via andere bronnen is verkregen.

1.3 De Deelnemers

De aanbesteding staat open voor Nederlandse [aanbestedende diensten], samenwerkingsverbanden van Nederlandse [aanbestedende diensten] en organisaties waar sprake is van een meerderheidsbelang dat wordt gevormd door één of meer Nederlandse [aanbestedende diensten]. In Bijlage 08 Opgave deelnemende organisaties is een overzicht van Deelnemers opgenomen.

1.4 De overeenkomst

1.4.1. Soort en aantal overeenkomsten

De verplichtingen van Opdrachtgever, Deelnemers en Opdrachtnemers, en de belangrijkste voorwaarden met betrekking tot de dienstverlening zullen worden vastgelegd in een Raamovereenkomst. De Raamovereenkomst zal worden gesloten met maximaal vier Inschrijvers die als beste vier zijn geëindigd in de rangorde van economisch meest voordelige Inschrijvingen.

De bestelling en levering van Diensten geschiedt op basis van Nadere Overeenkomsten. Deze Nadere Overeenkomsten worden gegund na het doorlopen van een 'mini-competitie' tussen de Opdrachtnemers van de Raamovereenkomst. De voorwaarden van de Raamovereenkomst zijn van toepassing op een Nadere Overeenkomst. Deelnemers hebben de mogelijkheid om de gewenste dienstverlening onder te brengen in verschillende Nadere Overeenkomsten. Ook is het mogelijk dat meerdere Deelnemers besluiten om de gezamenlijke behoefte onder te brengen in één gezamenlijke Nadere Overeenkomst.

1.4.2. Aanvang en looptijd overeenkomsten

De Raamovereenkomst heeft voor iedere Deelnemer een looptijd van 4 jaar. De Deelnemers zijn verplicht om tijdens de looptijd van de Raamovereenkomst Nadere Overeenkomsten te sluiten op basis van een minicompetitie voor de levering van Diensten. Een Nadere Overeenkomst heeft een initiële looptijd van 3 jaar. Na afloop van de initiële looptijd van 3 jaar dient de Deelnemer ofwel de Nadere Overeenkomst te verlengen voor een periode van wederom 3 jaar ofwel een nieuwe Nadere Overeenkomst te sluiten voor een periode van 3 jaar. Een Deelnemer krijgt dus verplicht ofwel twee opeenvolgende Nadere Overeenkomsten van elk 3 jaar ofwel één Nadere Overeenkomst van 6 jaar. In aanvulling daarop kan een Nadere Overeenkomst altijd na afloop met een periode van 6 maanden worden verlengd als uitloop ten behoeve van Transitie naar c.q. Migratie van de opvolgende leverancier. De maximale looptijd van een Nadere Overeenkomst is dus 6,5 jaar.

Omdat de Deelnemers gefaseerd kunnen toetreden tot [X] mobiele communicatie, treedt ook de Raamovereenkomst gefaseerd in werking. Indien een Deelnemer bijvoorbeeld een half jaar later toetreedt tot [X] mobiele communicatie, treedt ook de Raamovereenkomst voor deze Deelnemer een half jaar later in werking. De looptijd van de Raamovereenkomst blijft echter ook voor deze Deelnemer 4 jaar. Dat betekent dat de Raamovereenkomst voor de een half jaar later ingestapte Deelnemer ook een half jaar later afloopt. Ook de Nadere Overeenkomsten lopen voor deze Deelnemer een half jaar in fase achter op de Nadere Overeenkomsten van de Deelnemers die vanaf het begin in [X] mobiele communicatie zijn ingestapt.'

- 1.5. In hoofdstuk 3 ("Selectiefase") van het Beschrijvend Document is bepaald:

'3.7.3. Eenmalig inschrijven

Een Ondernemer kan zich maar één keer inschrijven voor deze aanbesteding, hetzij als Inschrijver, hetzij als lid van een Samenwerkingsverband. Het is niet toegestaan dat een Ondernemer een Inschrijving indient als Inschrijver of als lid van een Samenwerkingsverband als een andere Inschrijver op deze Ondernemer als derde een beroep heeft gedaan om te voldoen aan de geschiktheidseisen. De Inschrijving van deze Inschrijver op wie als derde een beroep is gedaan door een andere Inschrijver, zal in een dergelijk geval terzijde worden gelegd en niet voor verdere beoordeling in aanmerking komen. De Ondernemer/Inschrijver komt hierdoor niet voor gunning van de Raamovereenkomst in aanmerking.

Het is niet toegestaan dat door meer dan één maatschappij/organisatie binnen een holding een Inschrijving wordt ingediend. Indien door twee of meer maatschappijen die vallen onder dezelfde holding Inschrijvingen worden ingediend, dan worden al deze Inschrijvingen terzijde gelegd en niet beoordeeld. De betreffende maatschappijen komen hierdoor niet meer voor gunning van de Raamovereenkomst in aanmerking. Een holding is een rechtspersoon/maatschappij (vaak een vennootschap) die hiërarchisch gezien de hoogste maatschappij binnen een groep van maatschappijen is.'

1.6. In hoofdstuk 4 ("Gunningsfase") van het Beschrijvend Document is bepaald:

'4.2 Gunningscriterium, subgunningscriteria en weging

Tijdens de gunningsfase worden de Inschrijvingen die voldoen aan alle eisen die zijn gesteld tijdens de selectiefase inhoudelijk beoordeeld. Deze inhoudelijke beoordeling leidt tot de vaststelling van een rangorde van de economisch meest voordelige Inschrijvingen. De Raamovereenkomst wordt gegund aan de Inschrijvers die horen bij de vier economische meest voordelige Inschrijvingen. De vaststelling van de rangorde van de economisch meest voordelige Inschrijvingen geschiedt op basis van drie subgunningscriteria; 'beschikbaarheid', 'prijs' en 'kwaliteit'. De scores op deze subgunningscriteria worden bepaald aan de hand van de Appendices I, II en III-e(1 t/m 4) die door de Inschrijvers bij de Inschrijving zijn gevoegd. De subgunningscriteria kennen een onderling verschillende weging waardoor deze een verschillende mate van invloed uitoefenen op de vaststelling van de rangorde van economisch meest voordelige Inschrijvingen. Deze weging is als volgt:

Subgunningscriterium	Wegingspercentage
'beschikbaarheid' (Appendices III-e)	45%
'prijs' (Appendix II)	45%
'kwaliteit' (Appendix I)	10%

(...)

4.4.2. Vaststellen score subgunningscriterium 'prijs'

De Tarieven die door de Inschrijvers zijn opgegeven op het tabblad 'Tarieflijst' worden overgenomen in het tabblad 'Tariefwegingslijst'. In deze 'Tariefwegingslijst' zijn fictieve aantallen Diensten opgenomen waarmee de weging tot uitdrukking komt die de Aanbestedende Dienst aan de Diensten heeft gegeven. De Aanbestedende Dienst benadrukt dat deze waarden fictief zijn en op geen enkele wijze bedoeld zijn om een beeld te geven van afnamehoeveelheden gedurende de Raamovereenkomst.

Onderin het tabblad Tariefwegingslijst wordt op basis van alle overgenomen Tarieven en opgenomen aantallen Diensten een TCO (Total Cost of Ownership) waarde berekend. Deze TCO waarde is het bedrag dat wordt gebruikt om de rangorde binnen het subgunningscriterium 'prijs' te bepalen. Hiervoor wordt de volgende formule gebruikt:

$$score\ prijs = \left(2 - \frac{P(I)}{P(L)} \right) * 10$$

Waarbij:

P(I) = het TCO bedrag van de Tariefwegingslijst uit de te beoordelen Inschrijving.
P(L) = het laagste TCO bedrag dat wordt aangetroffen op alle Appendices II van geldige Inschrijvingen.

Alleen de geldige Inschrijvingen van de niet uitgesloten Inschrijvers worden meegenomen bij de vaststelling van de scores op het subgunningscriterium 'prijs'.

(...)

4.8 Gunning Raamovereenkomst en Nadere Overeenkomsten

In paragraaf 1.4.1 is aangegeven dat de Raamovereenkomst wordt gegund aan de vier Inschrijvers die de economisch meest voordelige Inschrijvingen hebben ingediend. De bestelling en levering van de Diensten komen tot stand door het sluiten van Nadere Overeenkomsten die vallen onder de werking van de Raamovereenkomst. De Nadere Overeenkomsten worden gesloten na het doorlopen van een minicompetitie waarin de Opdrachtnemers binnen de voorwaarden van de Raamovereenkomst een aanbieding kunnen uitbrengen op een offerteaanvraag van één of meer Deelnemers. Twee Nadere Overeenkomsten zullen kort na de Raamovereenkomst worden gesloten op basis van een bijzondere minicompetitie die afwijkt van de overige minicompetities. Uitsluitend voor deze minicompetities geldt dat de Opdrachtnemers geen wijzigingen meer kunnen aanbrengen in de tarifiering van de Standaard Diensten. De Tarieven die de Opdrachtnemers hebben opgegeven in de Inschrijving voor de aanbesteding van de Raamovereenkomst zijn derhalve tevens de Tarieven die tijdens deze minicompetities van toepassing zijn. Het betreft de minicompetities voor de volgende Nadere Overeenkomsten:

- Nadere Overeenkomst [aanbestedende dienst Q].
- Nadere Overeenkomst [aanbestedende dienst R].

De twee Deelnemers die kort na het sluiten van de Raamovereenkomst gelijk een Nadere Overeenkomst sluiten hebben echter ook behoefte aan Speciale Diensten die niet in de Inschrijvingen voor de aanbesteding van de Raamovereenkomst zijn getarifeerd, maar die wel kunnen worden overeengekomen op grond van een minicompetitie. In dit kader zal in ieder geval op bepaalde locaties behoefte zijn aan de Speciale Dienst indoor dekkingsvoorzieningen, en mogelijk ook aan de Speciale Diensten verhoogde beschikbaarheid of een EBF-koppeling. De levering, implementatie en het beheer van dergelijke voorzieningen geschiedt immers op offertebasis. Voor gunning van deze Nadere Overeenkomsten zal dus na de gunning van de Raamovereenkomst aan de Opdrachtnemers worden gevraagd om de betreffende locaties te schouwen en vervolgens een offerte uit te brengen voor de realisatie van de gewenste indoor dekking, en indien van toepassing verhoogde beschikbaarheid en/of een EBF-koppeling. De prijzen van deze offertes tellen dus niet mee bij de vaststelling van de rangorde van Inschrijvingen voor de gunning van de Raamovereenkomst, maar tellen wel mee bij de vaststelling van de Opdrachtnemer die de economisch meest voordelige aanbieding uitbrengt in de minicompetities voor de gunning van de twee genoemde Nadere Overeenkomsten. Dit betekent dat de Opdrachtnemer die als eerste is geëindigd in de rangorde van economisch meest voordelige Inschrijvingen bij de Raamovereenkomst niet ook tevens de winnaar hoeft te zijn van één of beide hiervoor genoemde initieel te sluiten Nadere Overeenkomsten. Om tot een objectieve gunning van Raamovereenkomst en Nadere Overeenkomsten te komen, wordt gefaseerd in de tijd de volgende volgorde van activiteiten aangehouden:

1. De Inschrijvers dienen voor het uiterste inschrijfmoment hun Inschrijving in.
2. De Aanbestedende Dienst stelt vast en maakt door middel van een gunningsbeslissing bekend welke Inschrijvers de Raamovereenkomst gegund krijgen.
3. Na de opschortende termijn van 20 kalenderdagen wordt indien geen bezwaar is gemaakt tegen de gunningbeslissing de Raamovereenkomst ondertekend.

4. De Aanbestedende Dienst overhandigt aan de Opdrachtnemers de twee offerteaanvragen voor de bijzondere minicompetities, waarin de aantallen gewenste Standaard Diensten en de gewenste Speciale Diensten zijn opgenomen.
5. De Opdrachtnemers krijgen gelegenheid de locaties te schouwen.
6. De Opdrachtnemers dienen hun offertes in voor de twee genoemde minicompetities.
7. De Aanbestedende Dienst maakt bekend welke Opdrachtnemer welke Nadere Overeenkomst gegund krijgt.

Speciale aandacht wordt gevraagd voor wens 7.1.1 waarmee preferente netwerktoegang kan worden verkregen. Zoals ook in Bijlage 11 Gunning Nadere Overeenkomsten is beschreven, is voor een aantal Deelnemers het verkrijgen van deze functionaliteit van essentieel belang voor de bedrijfsvoering. Deze Deelnemers zullen daarom alleen een Nadere Overeenkomst kunnen aangaan met een Opdrachtnemer die deze functionaliteit levert. Dit heeft tot gevolg dat deze Deelnemers in hun offerteaanvraag kunnen aangeven dat de levering van de preferente netwerktoegang een minimumeis (of knock-out eis) is. Dit betekent dat een Opdrachtnemer die deze functionaliteit niet levert niet slechts een lagere score haalt op het subgunningscriterium 'kwaliteit', maar wordt uitgesloten van verdere beoordeling van zijn offerte in deze minicompetitie(s). Deze Opdrachtnemer komt derhalve niet meer in aanmerking voor gunning van de betreffende Nadere Overeenkomst(en). Dit geldt ook al voor de twee bijzondere minicompetities, die aansluitend op de gunning van de Raamovereenkomst worden gehouden.'

- 1.7. In Appendix I ("Conformiteitenlijst 1.0") van het Beschrijvend Document is bepaald:

'7.1.1 Als door netwerkcongestie mobiel spraakverkeer niet mogelijk is dan dient voor bepaalde, daartoe door de Deelnemer aangewezen SIM-kaarten met prioriteit kanalen vrijgemaakt te worden, zodat voor deze SIM-kaarten alsnog mobiel spraakverkeer mogelijk wordt. Een Deelnemer kan maximaal 3% van zijn SIM-kaarten, met een minimum aantal van 25 stuks, geschikt (laten) maken voor preferente netwerktoegang voor spraakverkeer. Voor de aangemelde veiligheidsregio's geldt dat zij minimaal 100 SIM-kaarten geschikt kunnen (laten) maken voor preferente netwerktoegang. Wens (1500 punten).'

- 1.8. In Bijlage A ("Model Raamovereenkomst") versie 1.0 is bepaald:

'Artikel 3. Voorwerp van de Raamovereenkomst

Opdrachtgever geeft namens de Deelnemers opdracht aan Opdrachtnemer, die deze opdracht aanvaardt, om op verzoek van de Deelnemers Diensten op het gebied van mobiele communicatie te leveren aan de Deelnemers volgens de voorwaarden en bepalingen van de Raamovereenkomst en van de op basis daarvan gesloten Nadere Overeenkomsten. Een lijst van Deelnemers aan de Raamovereenkomst is opgenomen als Bijlage 8 Deelnemende organisaties.

(...)

Artikel 5. Duur van de Raamovereenkomst

1.

De Raamovereenkomst treedt voor iedere individuele Deelnemer in werking met ingang van de voor de betreffende Deelnemer in Bijlage 8 aangegeven Startdatum, nadat de Raamovereenkomst eerst door de Opdrachtnemer en vervolgens door de Opdrachtgever ondertekend is.

2.

De Raamovereenkomst eindigt voor iedere individuele Deelnemer na ommekomst van een looptijd van vier (4) jaar vanaf de voor de betreffende Deelnemer geldende inwerkingtreding zonder dat daartoe opzegging is vereist.

(...)

Artikel 6. Duur van een Nadere Overeenkomst

1.

Een Nadere Overeenkomst treedt in werking op de dag na ondertekening door de Deelnemer, nadat eerst de Opdrachtnemer de Nadere Overeenkomst ondertekend heeft. De Nadere Overeenkomst heeft een initiële looptijd van drie (3) jaar en eindigt behoudens verlenging zoals bedoeld in het tweede en/of derde lid van dit artikel na ommekomst van de initiële looptijd van drie (3) jaar zonder dat daartoe opzegging is vereist.

2.

Een Deelnemer kan een Nadere Overeenkomst één maal verlengen met een looptijd van drie (3) jaar. Deze verlenging eindigt behoudens verdere verlenging zoals bedoeld in het derde lid van dit artikel na ommekomst van de looptijd van de verlenging van drie (3) jaar zonder dat daartoe opzegging is vereist.

3.

In aanvulling op het gestelde in het tweede lid van dit artikel kan de Deelnemer na ommekomst van de initiële looptijd zoals bedoeld in het eerste lid van dit artikel of na ommekomst van de eerste verlenging zoals bedoeld in het tweede lid van dit artikel, de Nadere Overeenkomst verlengen met een periode van maximaal zes (6) maanden indien en voor zover dat naar het oordeel van de Deelnemer nodig is voor de afronding van een aanbestedingsprocedure voor het sluiten van een opvolgende overeenkomst, de migratie naar een opvolgende leverancier en/of de Transitie. Een dergelijke verlenging is voor de Deelnemer per maand opzegbaar met inachtneming van een opzegtermijn van één (1) maand.

(...)

5.

De looptijd van een Nadere Overeenkomst inclusief eventuele verlengingen zoals bedoeld in het tweede en derde lid van dit artikel is maximaal zes en een half (6 ½) jaar. De looptijd van een Nadere Overeenkomst van een Deelnemer kan de voor deze Deelnemer geldende looptijd van de Raamovereenkomst met maximaal drie (3) jaar overschrijden, mits de Nadere Overeenkomst zelf binnen de voor de betreffende Deelnemer geldende looptijd van de Raamovereenkomst is gesloten. De voorwaarden en bepalingen van de Raamovereenkomst blijven alsdan van toepassing op de betreffende Nadere Overeenkomst en de eventuele verlengingen daarvan.

Artikel 7 Gunning Nadere Overeenkomsten

1.

Alle Nadere Overeenkomsten worden gesloten volgens de procedure voor een minicompetitie zoals omschreven in dit artikel.

2.

Een Deelnemer is verplicht om zodra de Raamovereenkomst voor hem in werking is getreden onverwijld een Nadere Overeenkomst te (laten) sluiten met een Opdrachtnemer met een initiële looptijd van drie (3) jaar voor de levering van alle

Standaard Diensten en, indien reeds bij de start van de Nadere Overeenkomst gewenst, de Speciale Diensten indoordekking, verhoogde beschikbaarheid en EBF-aansluiting, waarvan de betreffende Deelnemer aangeeft dat deze voor zijn organisatie nodig zijn. De vier (4) Opdrachtnemers met wie een Raamovereenkomst is gesloten zijn:

- a. [...]
- b. [...]
- c. [...]
- d. [...]

3.

Indien een Nadere Overeenkomst na ommekomst van de initiële looptijd van drie (3) jaar niet door de Deelnemer wordt verlengd en de Raamovereenkomst op dat moment voor de betreffende Deelnemer nog niet is geëindigd, is de betreffende Deelnemer verplicht om op grond van een minicompentie een nieuwe Nadere Overeenkomst te (laten) sluiten voor de levering van alle Standaard Diensten en, indien reeds bij de start van de Nadere Overeenkomst gewenst, de Speciale Diensten indoordekking, verhoogde beschikbaarheid en EBF-aansluiting, waarvan de betreffende Deelnemer aangeeft dat deze voor zijn organisatie nodig zijn. Deze nieuwe Nadere Overeenkomst dient direct aan te sluiten op de geëindigde Nadere Overeenkomst en heeft wederom een looptijd van drie (3) jaar.

4.

Het in het derde lid van dit artikel gestelde is van overeenkomstige toepassing indien een Nadere Overeenkomst vóór ommekomst van de initiële looptijd wordt beëindigd. In dat geval dient de looptijd van de nieuwe Nadere Overeenkomst zodanig te worden gekozen dat de feitelijke looptijd van de beëindigde Nadere Overeenkomst vermeerderd met de looptijd van de nieuwe Nadere Overeenkomst in totaliteit zes (6) jaar bedraagt, onverminderd de bevoegdheid deze overeenkomstig artikel 6 lid 3 met zes (6) maanden te verlengen.'

1.9. In Bijlage 11 ("Gunning Nadere Overeenkomsten") is bepaald:

'3 Speciale Diensten in minicompenties

Deelnemers hebben de mogelijkheid om in de offerteaanvraag voor een Nadere Overeenkomst naast de Standaard Diensten ook Speciale Diensten uit te vragen. Om te borgen dat alle Opdrachtnemers in de gelegenheid zijn een aanbieding uit te brengen is het in dit stadium echter alleen mogelijk om de Speciale Diensten indoor dekking en/of verhoogde beschikbaarheid voor vast/mobiel koppelingen en APN-koppelingen uit te vragen. Een regelmatig voorkomende Speciale Dienst die tijdens minicompenties zal worden uitgevraagd betreft indoor dekkingsinstallaties. Een complexiteit die zich hierbij voordoet is dat vooraf niet ingeschat kan worden welke Opdrachtnemers voor de realisatie van in pandige dekking een indoor dekkingsinstallatie nodig hebben en, in geval een indoor dekkingsinstallatie nodig is, welke apparatuur waar geplaatst dient te worden. Daarnaast kan het ook zo zijn dat in een kantoor reeds een indoor dekkingsinstallatie aanwezig is die door de Opdrachtnemer kan worden overgenomen van de huidige beheerder. Om een goede aanbieding uit te kunnen brengen worden Opdrachtnemers daarom tijdens minicompenties in de gelegenheid gesteld schouwingen uit te voeren in de panden waar om indoor dekking is gevraagd. Het uitvoeren van een schouwing en het verwerken van de resultaten tot een passende aanbieding vergt tijd en kost geld. Mede gegeven de kans dat een Opdrachtnemer de Nadere Overeenkomst niet krijgt gegund, acht de Aanbestedende Dienst het niet redelijk als Deelnemers zonder goede gronden panden ter schouwing aanbiedt. Bovendien staat het de Deelnemers ook vrij om na gunning van de Nadere Overeenkomst alsnog geen gebruik te maken van (delen van) de aanbieding als aanschaf bijvoorbeeld niet binnen het beschikbare budget past. Om deze reden is besloten

om het uitvragen van indoor dekkingsinstallaties tijdens minicompetities te beperken tot de kantoorpanden waar nu al een bestaande indoor dekkingsinstallatie (of een indoor dekkingsoplossing als in pandige beschikbaarheid op een andere wijze is gerealiseerd) beschikbaar is, aangevuld met één nieuw aan te wijzen kantoorpand. De achterliggende gedachte hierbij is dat hiermee in ieder geval indoor dekking blijft bestaan of wordt gerealiseerd voor kantoorpanden waar in het verleden al sprake is geweest van dekkingsproblematiek. De mogelijkheid één nieuw kantoorpand aan te wijzen biedt de mogelijkheid één extra locatie mee te nemen waar een goede indoor dekking van belang wordt geacht.

Tijdens de minicompetitie wordt gevraagd een prijsopgave te doen voor de realisatie van de gevraagde indoor dekking. Deze prijs wordt opgeteld bij de prijs van de andere uitgevraagde standaard Diensten. Hierdoor wordt het in paragraaf 2.2 genoemde totaalbedrag van de aanbieding verkregen op basis waarvan het subgunningscriterium 'Prijs' wordt berekend.

4 Gunning Nadere Overeenkomst zonder minicompetitie

In hoofdstuk 2 is beschreven hoe onder normale omstandigheden de gunning van een Nadere Overeenkomst tot stand komt. In een beperkt aantal gevallen is het echter ook mogelijk dat een Nadere Overeenkomst direct wordt gegund aan een Opdrachtnemer zonder minicompetitie. Het gaat hierbij om situaties waarbij de Opdrachtnemer die de Nadere Overeenkomst gegund krijgt als enige de gevraagde dienst kan leveren, of als het houden van minicompetities een onevenredig grote inspanning voor alle Partijen tot gevolg heeft. De Aanbestedende Dienst onderkent bij de publicatie twee concrete situaties waar gunning zonder minicompetitie mogelijk is. Als gedurende de werking van de Raamovereenkomst mocht blijken dat ook andere situaties een gunning zonder minicompetitie noodzakelijk of zinvol maakt, dan zal vooraf met alle Opdrachtnemers hierover worden overlegd en om een akkoord worden gevraagd. De twee initieel van kracht zijnde situaties zijn:

1. **Nadere Overeenkomsten van het CBO** [*contractbeheerorganisatie, Commissie*] **voor doorlevering van SIM kaarten**

Conform elders in de Raamovereenkomst vastgelegde afspraken kan een Deelnemer in voorkomende gevallen SIM-kaarten afnemen bij een andere Opdrachtnemer dan de Opdrachtnemer waarmee de Nadere Overeenkomst is gesloten. Deze situatie doet zich voor als de eigen Opdrachtnemer op een locatie niet in staat is mobiele beschikbaarheid te bieden waar een andere Opdrachtnemer dit wel kan. De verwachting vooraf is dat deze situatie slechts beperkt zal voorkomen en met name bij Machine-to-Machine toepassingen. Het CBO vervult een toetsende rol of afname bij een andere Opdrachtnemer passend is en zal bovendien bij de betreffende Deelnemer aangeven welke andere Opdrachtnemer op de betreffende locatie (de beste) dekking heeft. In het verlengde van deze rol overweegt het CBO om vervolgens zelf de SIM-kaarten te bestellen en door te leveren aan de Deelnemer, onder meer om het aantal bestellers van de hier bedoelde SIM-kaarten voor de Opdrachtnemers te beperken. Ter ondersteuning van deze systematiek zal het CBO daarom met iedere Opdrachtnemer rechtstreeks een Nadere Overeenkomst afsluiten bedoeld voor de bestelling en doorlevering van de hiervoor beschreven SIM-kaarten. Via deze zelfde Nadere Overeenkomst is het tevens mogelijk de door de Opdrachtnemer aangeboden oplossing voor inhouse zonedekking te bestellen en door te leveren.

2. **Nadere Overeenkomst voor het aansluiten op een indoor dekkingsinstallatie**

Deelnemers kunnen er voor kiezen om alle Opdrachtnemers uit de Raamovereenkomst te laten aansluiten op een in gebruik zijnde indoor dekkings-

installatie. De Opdrachtnemer waarmee de primaire Nadere Overeenkomst is gesloten zal deze indoor dekkingsinstallatie in beheer hebben. Met de andere Opdrachtnemers kan direct een Nadere Overeenkomst worden gesloten voor de levering van de producten en diensten die nodig zijn om ook indoor beschikbaarheid van de mobiele netwerken van deze andere Opdrachtnemers te realiseren. Het aansluiten op bestaande, niet in eigen beheer zijnde indoor dekkingsinstallaties is een Speciale Dienst. Voorafgaand aan het sluiten van de Nadere Overeenkomst zal de Opdrachtnemer derhalve een offerte uitbrengen die, zoals alle uitgebracht offertes, gebaseerd dient te zijn op de kostprijs van de dienstverlening aangevuld met het toeslagpercentage op de inkoop voor Speciale Diensten zoals dat is opgenomen in de Tarieflijst.'

- 1.10. In de Nota van Inlichtingen Nr. 1 is voor zover relevant de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

Vraag 6: Inschrijver is van mening dat de Aanbestedende Dienst dient aan te geven welke deelnemende bedrijven uit bijlage 08 de Dienst Preferente netwerk toegang eisen. Dit dient namelijk inzichtelijk te zijn voor aanvang raamovereenkomst.

Antwoord: De Inschrijver dient ervan uit te gaan dat alle Deelnemers gebruik zullen gaan maken van deze dienst. Bij alle Deelnemers zijn functionarissen werkzaam die in het kader van veiligheid een zo maximaal mogelijke beschikbaarheid van de dienstverlening behoeven.'

- 1.11. In de Nota van Inlichtingen Nr. 2 is voor zover relevant de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

Vraag 16: Kan Opdrachtgever een nadere verduidelijking geven van de rol en verantwoordelijkheid van CBO. Deze entiteit is naar inzicht van Inschrijver een belangrijke rol en relatie naar Deelnemers en Opdrachtgevers gedurende de looptijd van Raam- en Nadere Overeenkomsten.

Antwoord: De Contract Beheer Organisatie (CBO) wordt door [beklaagde] belast met het beheer van de Raamovereenkomst tussen [beklaagde] en leveranciers. Het beheer van de Nadere Overeenkomsten wordt uitgevoerd door de Deelnemers. De CBO ondersteunt de Deelnemers bij totstandkoming van de Nadere Overeenkomsten, onder andere door het organiseren van de minicompetities. Zowel bij de totstandkoming van Nadere Overeenkomsten als bij escalaties is de CBO aanspreekpunt voor de Opdrachtnemers en de Deelnemers. De CBO zal ook een kennisplatform zijn voor de Deelnemers betreffende de mobiele communicatiemarkt.'

- 1.12. In de Nota van Inlichtingen Nr. 3 zijn voor zover relevant de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen:

- 1.12.1. Vraag 23: Is het de bedoeling dat door een Inschrijver één ROK wordt afgesloten met de [beklaagde] namens alle Deelnemers of is het de bedoeling dat met iedere afzonderlijke Deelnemer een aparte ROK wordt afgesloten door Inschrijver?

Antwoord: Het is de bedoeling dat door de Opdrachtnemer één ROK wordt afgesloten met [beklaagde], waarbij [beklaagde] optreedt namens alle Deelnemers.'

- 1.12.2. Vraag 24: De looptijd van de ROK is vier jaar. Op basis van deze ROK worden NOK's gesloten, die een maximale looptijd kunnen hebben van zes en een half jaar. Nu realiseert Inschrijver zich dat, op basis van de artikelen 4.4 en 6.5 ROK, de bepalingen van ROK van toepassing blijven die hiertoe naar hun aard bestemd

zijn. Wat is echter de reden dat de looptijd van de ROK niet "gewoon" is gekoppeld aan de looptijd van de langstlopende NOK?

Antwoord: De looptijd van de ROK is beperkt tot 4 jaar, omdat de Aanbestedingswet dat voorschrijft.'

- 1.12.3. Vraag 38: Stel, Gegadigde eindigt als één van de vier Opdrachtnemers en krijgt daarmee de Raamovereenkomst gegund. Gegadigde gaat er van uit dat de gevraagde dienstverlening door een Deelnemer exclusief bij de gegunde Opdrachtnemer die de mini-competitie wint, wordt afgenomen. Is deze aanname juist?

Antwoord: Voorafgaand aan een minicompetitie wordt in de offerteaanvraag aangegeven voor welke Diensten en in welke hoeveelheden de Nadere Overeenkomst (NOK) wordt gesloten. De Deelnemer zal de benoemde Diensten in de opgegeven hoeveelheden afnemen bij de Opdrachtnemer waarmee de NOK is gesloten, waarbij enige flexibiliteit ten aanzien van de hoeveelheid van toepassing is. Deze flexibiliteit staat beschreven in Bijlage 09 Flexibiliteit en commitment. Deelnemers kunnen een extra Nadere Overeenkomst sluiten als er behoefte is aan Diensten die niet afgenomen kunnen worden onder een eerder gesloten NOK. Een Opdrachtnemer die een NOK wint kan er derhalve vanuit gaan dat de in het kader van de betreffende NOK gespecificeerde behoefte bij hem wordt afgenomen. Hij kan er echter niet vanuit gaan dat de betreffende Deelnemer zijn gehele behoefte aan Diensten exclusief bij hem onderbrengt. Overigens verwacht de Aanbestedende Dienst dat het zelden zal voorkomen dat Deelnemers meerdere NOK's afsluiten. Het is immers niet in het belang van een Deelnemer om de behoefte onder te brengen in verschillende NOK's die mogelijk zijn gegund aan verschillende Opdrachtnemers.'

- 1.13. In de Nota van Inlichtingen Nr. 6 is voor zover relevant de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

Vraag 1: Inschrijver acht het vanwege transparantie, eerlijkheid en openheid redelijk dat de Aanbestedende Dienst per Deelnemer aangeeft of deze vandaag de dag een indooroplossing geïmplementeerd heeft. Daarbij graag aangeven per oplossing:

- of deze indooroplossing eigendom is van de huidige provider
- of dat deze indoor eigendom is van de Deelnemer.
- de indooroplossing multi provider geschikt is.

Antwoord: Deze informatie wordt opgenomen in de offerteaanvragen die de basis vormen voor de minicompetities voor de gunning van Nadere Overeenkomsten.'

- 1.14. In de Nota van Inlichtingen Nr. 7 heeft beklagde onder andere het volgende bepaald:

'1 Inleiding

De Aanbestedende dienst is er op gewezen dat de motivering in het Beschrijvend Document over de opzet van de aanbesteding nog uitbreiding behoeft en nog niet alle relevante aspecten adresseert. De Aanbestedende Dienst heeft daarom besloten om naast de motivering die al in de aanbestedingsstukken en in het wervingsplan over clustering, perceelindeling en het aantal Inschrijvingen uit één concern is opgenomen, de markt in deze Nota van Inlichtingen uitgebreider te informeren over de afwegingen die ten grondslag liggen aan de keuzes die op voornoemde gebieden zijn gemaakt. Deze Nota van Inlichtingen mag worden beschouwd als een toevoeging aan het Beschrijvend Document.

(...)

3 Motivering clustering van de opdracht

De Aanbestedende Dienst heeft in paragraaf 1.1.2 van het Beschrijvend Document aangegeven welke doelen de Deelnemers met de aanbesteding willen bereiken. De motivering voor het gezamenlijk aanbesteden door de Deelnemers (de clustering van de Deelnemers) is in deze paragraaf beschreven onder de bullets 'Verhoging van de kwaliteit' en 'Reductie van kosten'. Gegeven de gestelde vraag op dit gebied, licht de Aanbestedende Dienst in de volgende paragrafen verder toe hoe de Aanbestedende Dienst is gekomen tot de gekozen aanpak en op welke wijze is omgegaan met het al dan niet samenvoegen van opdrachten. Hierbij wordt de samenvoeging bekeken vanuit twee invalshoeken; de functioneel/technische invalshoek en de invalshoek die betrekking heeft op de samenwerking tussen de deelnemers aan de aanbesteding.'

De Nota van Inlichtingen bevat vervolgens een zeer uitvoerige motivering ten aanzien van de hiervoor genoemde aspecten.

- 1.15. In de Nota van Inlichtingen Nr. 8 is voor zover relevant de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

Vraag 7: Inschrijver heeft kennis genomen van het antwoord op de vraag welke Deelnemers de dienst preferente netwerk toegang als eis zullen opnemen. Inschrijver begeeft zich inmiddels al jarenlang (succesvol) op de markt van Europese Aanbestedingen en kan zich niet vinden in het hier gegeven antwoord. Het is zeker waar dat er bij veel van de Deelnemers functionarissen werkzaam zijn die in het kader van veiligheid een zo maximaal mogelijke beschikbaarheid van de dienstverlening behoeven, maar de dienst preferente netwerk toegang is slechts in een beperkt aantal gevallen een knock out criteria in een bestek. Daarbij is de Aanbestedende Dienst, naar de mening van Inschrijver, conform aanbesteding wetgeving verplicht inzicht te geven in de lijst met Deelnemers die deze wens als eis zullen opnemen in de mini competitie en vraagt Inschrijver nogmaals deze lijst te publiceren.

Indien Inschrijver uit moet gaan van het feit dat iedere Deelnemer deze dienst als eis zal opnemen dan zou er op voorhand geen enkele NOK gesloten kunnen worden indien Inschrijver deze dienst niet kan leveren. Op deze manier dwingt de AD de Inschrijver eigenlijk tot het niet kunnen doen van een Inschrijving, hetgeen nooit de bedoeling kan zijn van de AD en de Deelnemers. Tevens bevreemd het Inschrijver dat indien de AD aangeeft dat Inschrijvers er van uit moeten gaan dat iedere Deelnemer deze dienst als eis zal opnemen waarom deze dienst dan als wens is opgenomen in het bestek.

Antwoord: Preferente netwerktoegang is niet als knock-out criterium opgenomen maar als wens. De bestelling van preferente netwerktoegang vindt plaats in de offerteaanvraag voor de minicompetities. Op dat moment wordt bekend of de Deelnemer(s) behoefte hebben aan preferente netwerktoegang en hoe groot deze behoefte is.

De Aanbestedende Dienst wenst de toegang tot de opdracht voor een zo breed mogelijk aantal marktpartijen open te houden, maar kan niet om de bestaande, dringende behoefte aan preferente netwerktoegang bij Deelnemers heen. De gestelde wens op dit gebied blijft daarom onverkort van kracht.

Er zijn meerdere redenen te bedenken waarom functionaliteit als eis of als wens in de aanbesteding wordt ingebracht. Bij iedere functionaliteit heeft steeds apart

de afweging plaatsgevonden of het als eis of als wens uitgevraagd dient te worden. De Aanbestedende Dienst kan niet in deze Nota van Inlichtingen stilstaan bij alle gemaakte afwegingen op dit gebied, maar kan wel aangegeven dat in ieder geval wordt meegewogen of het opnemen van functionaliteit als eis niet onnodig de toegang voor marktpartijen tot de Raamovereenkomst belemmert. Het opnemen van functionaliteit als wens houdt de toegang tot de Raamovereenkomst open en geeft partijen de kans om in een later stadium alsnog de functionaliteit beschikbaar te maken als blijkt dat het aantal gegunde Nadere Overeenkomsten lager is dan gewenst als gevolg van het niet kunnen leveren van de functionaliteit.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

In strijd met art. 1.5 lid 2 Aw 2012 ontbreekt de motivering met betrekking tot de clustering van de opdrachten.

2.2. Klachtonderdeel 2

In strijd met art. 1.5 lid 3 Aw 2012 ontbreekt de motivering met betrekking tot het niet opdelen van de opdracht in meerdere percelen.

2.3. Klachtonderdeel 3

De opdracht is toegesneden op de vier grote aanbieders.

2.4. Klachtonderdeel 4

Het Beschrijvend Document verbiedt dat meer dan één onderneming uit een concern een inschrijving indient, wat in strijd is met Europese jurisprudentie.

2.5. Klachtonderdeel 5

De te sluiten raamovereenkomst heeft een, in het licht van art. 2.140 Aw 2012, te lange looptijd.

2.6. Klachtonderdeel 6

Er is sprake van een onrechtmatig verloop van de marktconsultatie.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. De aanbestedingsprocedure wordt gereguleerd door (onder meer) de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit. Beide documenten hebben als belangrijke drijfveer het zo veel als redelijkerwijze mogelijk faciliteren van het MKB en het creëren van maatschappelijke waarde.

3.1.2. Voor de onderhavige aanbesteding betekent art. 1.5 Aw 2012 dat de ruim 270 [Deelnemers] er niet zo maar voor mogen kiezen in een gezamenlijke uitvraag de markt te benaderen. Zij zullen zich bij hun keuze rekenschap moeten geven van voornoemde bepaling. De enkele wens om financiële voordelen te kunnen behalen, kan daarbij niet doorslaggevend zijn. Immers, in algemene zin geldt dat

clustering kan leiden tot kostenbesparing, maar dat neemt niet weg dat de wetgever in art. 1.5 Aw 2012 de belangen van het MKB met het invoeren van het clusterverbod zwaarder heeft laten wegen.

- 3.1.3. Uit het Beschrijvend Document volgt niet dat beklagde acht heeft geslagen op het bepaalde in artikel 1.5 Aw 2012. Zij heeft noch de samenstelling van de relevante markt en de invloed van een clustering van voor het MKB, noch de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten en noch de mate van samenhang van de opdrachten in kaart gebracht, laat staan zich van deze omstandigheden rekenschap gegeven. Dat is te meer schrijnend, waar in de huidige markt MKB bedrijven zoals klager een belangrijk aandeel hebben in de totale verzorging van mobiele telefonie en hieraan dus ook in belangrijke mate hun bestaansrecht ontleen.
- 3.1.4. Het is dan ook onbegrijpelijk dat beklagde zich geen rekenschap heeft gegeven van artikel 1.5 lid 2 Aw 2012, zeker waar klager beklagde al in mei 2015 op het bestaan van deze verplichtingen heeft gewezen en haar heeft gevraagd te kiezen voor een zodanige opzet dat het MKB op relevante wijze aan de aanbesteding zou kunnen participeren.
- 3.1.5. In generieke termen wordt door beklagde in haar reactie op de klacht van beklagde gewezen op te behalen kosten- en efficiencyvoordelen. De stelling dat op dat terrein voordelen kunnen worden behaald is evenwel niet zonder meer relevant. In veel gevallen zal een besparing zijn te realiseren door schaalvergroting en clustering. Dat neemt niet weg dat de wetgever meent dat die schaalvergroting en clustering toch moet worden gemotiveerd en gerechtvaardigd in het licht van – onder meer – de positie van het MKB.
- 3.1.6. De stelling dat een kostenbesparing zal worden gerealiseerd door te clusteren, is overigens misleidend en betwijfeld kan worden of die stelling wel juist is. Feit is immers dat beklagde een belangrijk deel van de werkzaamheden die nu door MKB bedrijven worden uitgevoerd in een eigen beheersorganisatie aan zich zal trekken. De kosten van het optuigen van die beheersorganisatie moeten natuurlijk meegenomen worden bij de totale afweging van de vraag of daadwerkelijk sprake is van optimale besteding van maatschappelijke middelen. Daarover laat beklagde zich niet uit. Klager verwijst naar een in de Telegraaf gepubliceerd interview met prof. mr. E. Manunza ("Staat zet bedrijfsleven ten onrechte en zonder onderbouwing buiten spel bij niet-kerntaken"), die ter zake relevante standpunten inneemt die ook in dit dossier, mede in het licht van art. 1.5 Aw 2012, tot een nadere bespiegeling door beklagde vragen.
- 3.1.7. Beklagde baseert haar motivering in belangrijke mate op de stelling dat sprake is van een homogene behoefte over de gehele linie. Die stelling wordt door haar niet geconcretiseerd en is ook onjuist. Klager bedient thans circa 70 Deelnemers en daarmee 20% van de markt van Deelnemers. In haar ervaring is de behoefte juist buitengewoon divers met bijvoorbeeld verschillende netwerkdekking, een afwijkend belprofiel, een andere servicebehoefte en andere toestellen. Dat geen sprake is van homogeniteit maar juist van heterogeniteit wordt verder onderstreept door het feit dat de overheid geen raamovereenkomst met één partij sluit (die ter uitvoering van bestaande verplichtingen nadere afspraken met derden kan maken) maar er voor kiest vier partijen te selecteren. Waarom zou beklagde dat doen als de uitvraag volledig homogeen is en alle marktpelers volstrekt inwisselbaar?
- 3.1.8. Klager volgt beklagde niet in haar stelling dat de opdracht zo geformuleerd is dat zij extra mogelijkheden biedt aan MKB-bedrijven. Volgens beklagde is het in dat verband nog altijd mogelijk om (ook na gunning) extra dienstverlening uit te

vragen, zoals een webbased portal. Om diverse redenen is deze stelling niet juist. Ten eerste wordt miskend dat het inrichten van een webbased portal reeds deel uitmaakt van deze aanbesteding, nu het een eis is in de Opdracht. In de tweede plaats wordt miskend dat het MKB voor deze opdracht nu juist niet in aanmerking komt omdat zij geen reële kans op gunning heeft in het licht van de gestelde eisen en gunningscriteria. In de derde plaats wordt miskend dat beklagde nu juist het standpunt inneemt dat de advieswerkzaamheden in belangrijke mate zullen worden gecentreerd bij de nieuw op te richten beheersorganisatie, zodat de markt minder en minder zal worden ingeschakeld.

3.1.9. Beklaagde tracht de omvang van de opdracht te marginaliseren door te stellen dat de onderhavige opdracht maar 1 promille van de totale zakelijke markt draagt. Zij relateert in dat verband het aantal Deelnemers (ruim 240) aan het aantal bedrijven in Nederland (300.000). Die relatie doet niet terzake. Beklaagde zal zich toch realiseren dat het niet gaat om het aantal opdrachtgevers in absolute zin, maar om het aantal sim-kaarten dat een bedrijf afneemt. En er is geen bedrijf in Nederland dat een aantal sim-kaarten afneemt dat zelfs maar in de buurt komt van grote Deelnemers. De leveringsomvang van onderhavige aanbesteding betreft bij een gelijke verdeling van het totaal aantal sim-kaarten over de vier raamcontractanten een omvang per partij die groter is dan die de grootste bedrijven in Nederland aanbesteden (ter vergelijking: bedrijf Y besteedt circa 10.000 sim-kaarten aan en bedrijf Z circa 6.000 sim-kaarten). Aan de onderhavige aanbesteding doen circa 240 Deelnemers mee, en daarmee circa 60% van de markt van Deelnemers.

3.1.10. In het kader van clusterings wordt nog aangevoerd dat juist om de positie van het MKB te faciliteren alleen mobiele telefonie wordt uitgevraagd en niets anders. Ook die stelling is niet juist. Ook vaste telefonie is immers in de eisen meegenomen en moet in de prijsbijlage ook worden aangeboden. Ook op dat vlak is dus wel degelijke sprake van clustering, die ten onrechte wordt ontkend en zeker niet wordt gemotiveerd.

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Uit art. 1.5 lid 3 Aw 2012 volgt dat een aanbestedende dienst, indien zij al meent rechtmatig te kunnen kiezen voor clusteren, een opdracht vervolgens dient op te delen in meerdere percelen. Indien hij dit niet passend acht, dient de aanbestedende dienst ook deze keuze te motiveren in de aanbestedingsstukken.

3.2.2. Uit het Beschrijvend Document volgt dat de Opdracht niet is verdeeld in percelen, noch is gemotiveerd waarom daartoe niet is overgegaan. Gelet hierop is dan ook in strijd gehandeld met het bepaalde in art. 1.5 lid 3 Aw 2012. Opnieuw geldt dat dit gebrek aan motivering onbegrijpelijk is, zowel in het licht van de wet als in het licht van de aandacht die klager voor dit onderwerp voorafgaand aan de aanbesteding heeft gevraagd.

3.2.3. Voor het MKB is het op deze wijze onmogelijk deel te nemen aan de Opdracht. Er zijn legio mogelijkheden waarop aan de belangen van het MKB tegemoet had kunnen worden gekomen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de mogelijkheden van een percelenregeling waarbij elke inschrijver een maximaal aantal percelen kan winnen (zie artikel 36 Richtlijn 2014/24/EU).

3.2.4. Beklaagde stelt dat het opdelen in percelen het verdienpotentieel voor Deelnemers verkleint. Zij miskent daarmee dat zij is gehouden oog te hebben voor niet alleen haar eigen verdienpotentieel, maar ook voor de effecten voor het MKB. De motivering is in dat verband dus onvoldoende.

3.3. Klachtonderdeel 3

3.3.1. In de Conformiteitlijst (die deel uitmaakt van de aanbestedingsdocumentatie), staat onder 7.1.1 de volgende wens van beklagde vermeld:

'Als door netwerkcongestie mobiel spraakverkeer niet mogelijk is dan dient voor bepaalde, daartoe door de Deelnemer aangewezen SIMkaarten met prioriteit kanalen vrijgemaakt te worden, zodat voor deze SIM-kaarten alsnog mobiel spraakverkeer mogelijk wordt. Een Deelnemer kan maximaal 3% van zijn SIM-kaarten, met een minimum aantal van 25 stuks, geschikt (laten) maken voor preferente netwerktoegang voor spraakverkeer. Voor de aangemelde veiligheidsregio's geldt dat zij minimaal 100 SIM-kaarten geschikt kunnen (laten) maken voor preferente netwerktoegang.'

Als de inschrijvende partij aan deze wens voldoet, kan zij daarmee maar liefst 1.500 van de in totaal 2.500 punten behalen. De huidige telecommarkt in Nederland bestaat uit vier grote telecomoperators, te weten [A], [B], [C] en [D]. Alleen zij kunnen aan de wens van de prioritering van het telefoonverkeer voldoen. Klager is inkoper en adviseur op het gebied van telecom en IT. Zij heeft geen eigen netwerk. Om aan de wens terzake de prioritering van het telefoonverkeer te kunnen voldoen, is zij dus (zou zij al tot inschrijving kunnen komen) afhankelijk van de vier grote telecomoperators als onderaannemer.

3.3.2. In het Beschrijvend Document staat op pagina 26:

'Een Ondernemer kan zich maar één keer inschrijven voor deze aanbesteding, hetzij als Inschrijver, hetzij als lid van een Samenwerkingsverband. Het is niet toegestaan dat een Ondernemer een Inschrijving indient als Inschrijver of als lid van een Samenwerkingsverband als een andere Inschrijver op deze ondernemer als derde een beroep heeft gedaan om te voldoen aan de geschiktheidseisen.'

Weliswaar maakt de aanbesteding een inschrijving van klager als hoofdaannemer met één of meer van de vier telecomoperators als onderaannemer niet onmogelijk, maar de vier telecomoperators zullen ook ieder afzonderlijk zelf op de opdracht willen inschrijven. Het Beschrijvend Document staat er wél aan in de weg dat één van die vier telecomoperators ook als onderaannemer van klager zal fungeren. Aldus is inschrijven door klager met gebruikmaking van een zelf ook deelnemende partij (die een machtspositie op deze markt heeft) feitelijk alsnog onmogelijk.

3.3.3. Inschrijven met gebruikmaking van één van de vier voormelde telecomoperators is ook al interessant, omdat met een dergelijke inschrijving in potentie op het zwaarwegende gunningscriterium "beschikbaarheid" maximaal zou kunnen worden gescoord (en in ieder geval beter dan afzonderlijke operators afzonderlijk, omdat nu eenmaal niet iedereen dezelfde dekkinggraad realiseert). Ook hier geldt dat, waar de telecomoperators zelf ongetwijfeld ook aan de aanbesteding zullen willen meedoen, voor klager – of voor met haar vergelijkbare partijen – in het licht van de huidige voorwaarden inschrijving onmogelijk wordt gemaakt.

3.3.4. Met deze opzet is het gehele MKB – andere partijen dan de vier telecomoperators – ten onrechte (en zonder enige rationele rechtvaardiging) uitgesloten van deelname en houdt beklagde (wellicht onbedoeld maar niettemin) een oligopolie in stand.

3.4. Klachtonderdeel 4

- 3.4.1. Uit het arrest HvJ EU 19 mei 2009, C-538/07 (Assitur) volgt dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen een nationale bepaling, die weliswaar rechtmatige doelstellingen van gelijke behandeling van de inschrijvers en van transparantie in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten nastreeft, maar voor ondernemingen waartussen een afhankelijkheidsverhouding bestaat of die onderling zijn verbonden, een absoluut verbod instelt om tegelijk en als concurrenten aan eenzelfde aanbesteding deel te nemen, zonder hun de mogelijkheid te bieden aan te tonen dat deze verhouding hun respectieve gedrag in het kader van deze aanbesteding niet heeft beïnvloed.
- 3.4.2. Ten minste twee dochtervennootschappen van klager overwegen op de aanbesteding in te schrijven, maar dit wordt hen in de huidige opzet van de aanbesteding onmogelijk gemaakt. Dat is onbegrijpelijk, juist nu de dochtervennootschappen van klager kunnen aantonen dat hun onderlinge verhouding hun respectieve gedrag in het kader van de aanbesteding niet beïnvloedt en zij hun offertes op geen enkele wijze op elkaar zullen afstemmen. Door de huidige regeling in het bestek wordt hen een kans opnieuw ten onrechte en zonder enige rationale, ontzomen.
- 3.4.3. Beklaagde heeft aangegeven dat als twee ondernemingen binnen een concern inschrijven, maar één van de twee een raamovereenkomst zal krijgen. Een dergelijke maatregel kent geen juridische basis en is daarmee onrechtmatig. De maatregel is immers noch toegestaan als uitsluitingsgrond, noch als uitsluitingsmaatregel noch als voorschrift in het kader van de gunning, omdat ten onrechte een partij die tot de economisch meest voordelige behoort, toch niet winnaar van de aanbesteding wordt. Het is ook op geen enkele wijze overigens nodig, zeker niet indien wordt bedacht dat aanbesteders uit moeten zijn op het behalen van maximale maatschappelijk waarde. Als die maximale maatschappelijke waarde wordt geboden door twee entiteiten uit hetzelfde concern, dan zij dat zo.

3.5. Klachtonderdeel 5

- 3.5.1. Uit paragraaf 1.4.1 van het Beschrijvend Document volgt dat beklagde uiteindelijk een raamovereenkomst wenst te sluiten met maximaal vier inschrijvers die als beste vier zijn geëindigd in de rangorde van economisch meest voordelige inschrijvingen. De bestelling en levering van diensten geschiedt op basis van zogenaamde nadere overeenkomsten. Deze nadere overeenkomsten worden gegund na het doorlopen van een mini-competitie tussen de opdrachtnemers van de raamovereenkomst. Volgens paragraaf 1.4.2 van het Beschrijvend Document heeft de raamovereenkomst voor iedere Deelnemer een looptijd van vier jaar. De Deelnemer krijgt dan verplicht ofwel twee opeenvolgende nadere overeenkomsten van elk drie jaar ofwel één nadere overeenkomst van 6 jaar. Op deze wijze wordt de telecommarkt voor tien jaar op slot gezet en wordt mededinging voor een te lange tijd uitgesloten, hetgeen vanzelfsprekend verre van wenselijk is en daarenboven zonder toelichting in het licht van art. 2.140 Aw 2012 onrechtmatig is. Daar komt nog bij dat in het Beschrijvend Document de mogelijkheid is opgenomen dat de Deelnemers gefaseerd kunnen toetreden tot het project, hetgeen volgens het Beschrijvend Document dan (dus) met zich brengt dat de raamovereenkomst gefaseerd in werking treedt. In die omstandigheid is mededinging voor nóg langere tijd uitgesloten.
- 3.5.2. Voorgaande is gegeven de zich snel ontwikkelende markt van telefonie, niet nodig en om die reden ook niet rechtmatig.

3.6. Klachtonderdeel 6

- 3.6.1. Klager heeft reeds bij brief van 7 mei 2015 haar bezwaren kenbaar gemaakt. Op dat moment was al een gesprek geagendeerd met beklagde in het kader van de marktconsultatie. Tot grote verbazing heeft beklagde alle gesprekken met klager (en met haar vergelijkbare partijen) kennelijk afgezegd, en daar als reden voor opgegeven dat zij bepaald niet gecharmeerd was van het feit dat in een voorstadium van de aanbesteding al commentaar naar voren werd gebracht.
- 3.6.2. Nog daargelaten dat klager meent dat beklagde juist input vanuit de markt open en objectief tegemoet zou moeten treden, meent klager ook dat beklagde gehouden is aan het gelijkheidsbeginsel. Door niet met klager in gesprek te gaan, maar wel met alle telecomoperators en daar vervolgens ook de eisen en wensen geheel op af te stemmen (er zijn er vier met wie kennelijk allemaal een raamovereenkomst wordt gesloten) wordt toegewerkt naar het kennelijk gewenste eindresultaat, zonder het MKB zelfs maar een objectieve kans te gunnen.

4. **Reactie beklagde**

4.1. Algemene opmerkingen van beklagde

- 4.1.1. De onderhavige aanbestedingsprocedure betreft enkel de inkoop van mobiele telefonie. De deelnemende aanbestedende diensten hebben een overeenkomstige behoefte aan het afnemen van mobiele spraak en/of mobiele data verbindingen. Anders dan klager het in de klacht doet voorkomen, betreft het geen vaste telefonie. De verwarring aan de zijde van klager op dit punt is vermoedelijk ontstaan door het feit dat aanbesteders wel de mogelijkheid van een zogenaamde "vast-mobiel koppeling" willen hebben, hetgeen ziet op de situatie dat vanaf het vaste toestel naar het mobiele toestel wordt doorgeschakeld. Een dergelijke voorziening kan uitsluitend worden gerealiseerd door een verbinding te maken met het mobiele net. Het is niet toegestaan om vast verkeer via een vast-mobiel koppeling naar het vaste openbare net te routeren en het is technisch onmogelijk in de markt om een vast-mobiel koppeling als losstaande dienst buiten de eigen mobiele dienstverlener om te realiseren. Een vast-mobiel koppeling behoort daarvoor onlosmakelijk bij de dienstverlening die vanuit mobiele communicatie kan worden geleverd.
- 4.1.2. Klager noemt in haar klacht correct dat beklagde in het kader van de mobiele telefonie centraal het beheer van de raamovereenkomsten zal doen. Dit wordt in de aanbestedingsstukken aangeduid als de Contract Beheer Organisatie (CBO). Beklaagde brengt graag onder de aandacht dat zij naar de aard een organisatie is waarbij ten behoeve van de leden (lees: de Deelnemers) centraal taken worden georganiseerd. In een tijd waarbij Deelnemers onder aanzienlijke operationele druk staan en niet ieder voor zich het wiel willen hoeven uitvinden of individueel tijd willen spenderen aan "standaard-taken", is het begrijpelijk en gerechtvaardigd dat dat vanuit beklagde gebeurt. De wetgever stelt hieromtrent ook geen eisen en het heeft allerm minst te maken met clustering, percelindeling of enige andere "inkoopinstructie" uit de Aanbestedingswet 2012. Het feit dat het in theorie ook mogelijk zou zijn om deze activiteiten anders (en/of extern) in te kopen, maakt niet dat Deelnemers dit niet intern zouden mogen regelen. Het CBO beperkt zich overigens tot de volgende activiteiten:
- Handhaven financiële marktconformiteit;
 - Handhaven functionele marktconformiteit;
 - Opstellen/interpreteren geconsolideerde rapportages;
 - Beheren organisatorische processen op raakvlak deelnemer/leverancier;

- Afhandelen escalaties (op tweede niveau);
- Doorvoeren contractuele wijzigingen;
- Het opleggen van contractuele boetes (deelnemer overstijgend);
- Bewaken kwaliteit van de dienstverlening (bijv. m.b.v. audits);
- Organiseren van deelnemersbijeenkomsten;
- Voeren van leveranciersgesprekken (strategisch).

4.1.3. De onderhavige aanbestedingsprocedure betreft de gunning van vier raamovereenkomsten. Er is gekozen om vier raamovereenkomsten aan te gaan, om voldoende mededinging te borgen bij de zogenaamde "mini-competities" die zullen worden georganiseerd op basis van de raamovereenkomst. Daarbij zij opgemerkt dat de verschillende raamcontractanten een verschillende mate van dekking kunnen hebben aangeboden. Dat leidt ertoe dat er in het kader van de mini-competities wordt geconcurrereerd op prijs (mobiele telefonie en realisatie eventuele indoor-dekking), mate van netwerkdekking en kwaliteitsaspecten. Op grond van de Aw 2012 dient er ofwel met één, ofwel met ten minste drie raamcontractanten te worden gecontracteerd. De keuze voor één raamcontractant zou vanzelfsprekend meebrengen dat er geen concurrentie op het niveau van de nadere overeenkomsten plaatsvindt. Logischerwijs is derhalve gekozen voor ten minste drie raamcontractanten. Om de mededinging te stimuleren is voor vier raamcontractanten gekozen. Tijdens de marktconsultatie is op geen enkel moment vanuit de markt aangegeven dat dat aantal zou moeten worden teruggebracht tot drie raamcontractanten.

4.1.4. Ten aanzien van de kwaliteit van de raamcontractanten wenst beklagde nog op te merken, dat zij heeft gestuurd op het openen van de markt voor MKB bedrijven. In de eerste plaats zijn er geen zware geschiktheidseisen gesteld. Gegadigden zijn reeds geschikt als zij vier competenties hebben. Het betreft ervaring met:

- Het leveren en exploiteren van minimaal 500 aansluitingen (SIM kaarten) voor mobiele spraak- en datadiensten;
- Het leveren en beheren van een vast-mobiel koppeling voor spraakverkeer;
- Het leveren en beheren van een APN koppeling voor dataverkeer;
- Het leveren en beheren van een indoor dekkinginstallatie.

Een gegadigde hoeft derhalve niets meer te laten zien dan dat hij mobiele telefooncontracten heeft geleverd en geëxploiteerd met enkele in de markt gangbare aanvullende diensten. Het is uitdrukkelijk niet nodig dat de gegadigde zelf over een netwerk beschikt. Ook is het niet nodig dat de gegadigde een indoor dekkinginstallatie heeft gerealiseerd. Het gaat om de contractuele verbintenis tot het leveren en exploiteren en derhalve om het organiseren van de gevraagde diensten/voorzieningen.

Het is inherent aan deze markt dat er diverse aanbieders zijn die de gevraagde diensten leveren zonder dat zij zelf een netwerk hebben. Dat zij uiteindelijk op één of andere manier bij eigenaren van een netwerk mobiele capaciteit inkopen, is een feit dat beklagde niet kan veranderen. Het is echter ook geen problematisch feit, want in andersluidend geval zouden er überhaupt geen andere aanbieders dan de netwerkeigenaren actief zijn.

4.2. Klachtonderdeel 1

4.2.1. De eerste klacht betreft de clustering. Beklagde wijst er op dat zij in de reactie aan klager van 13 oktober 2015 een uitgebreide motivering heeft gegeven op de clustering, waarin aandacht is gegeven aan de in art. 1.5 Aw 2012 genoemde as-

pecten. Klager noemt terecht dat deze uitgebreide toelichting niet als zodanig in de aanbestedingsstukken was opgenomen. Vanzelfsprekend zal deze informatie ook in de aanbestedingsdocumenten (Nota van Inlichtingen) worden opgenomen. Dat klager de onderhavige toelichting bij aanvang al in de aanbestedingsdocumenten had verwacht, doet voor de inhoudelijke afhandeling van de klacht niet ter zake.

- 4.2.2. Inhoudelijk is van belang dat er geen sprake is van clustering van verschillende soorten opdrachten. Integendeel, de raamovereenkomsten betreffen zoals gezegd uitsluitend mobiele telefonie. De gevraagde mogelijkheid tot "vast-mobiel koppeling" behoort ook tot het domein van de mobiele telefonie, zoals hiervoor is toegelicht. Vaste telefonie, telefooncentrales en end-user devices, welke dikwijls met mobiele telefonie worden gecombineerd, vallen buiten de scope.
- 4.2.3. De clusteringklacht ziet derhalve vooral op het feit dat de raamovereenkomst door een aanzienlijk aantal aanbestedende diensten tegelijkertijd in de markt wordt gezet. De keuze voor de samenvoeging van deelnemers in deze aanbesteding komt voort uit de wens om door efficiencywinst een kostenreductie te bewerkstelligen, zowel voor deelnemers als voor marktpartijen. Zo moet het in het bijzonder voor kleine aanbestedende diensten mogelijk worden om bepaalde kwaliteit en diensten te verwerven tegen een acceptabel prijsniveau. Het gaat dan met name om het "web based portal" en de rapportagefaciliteiten. Deze diensten vergen een investering en die investering wordt alleen gedaan als er voldoende terugverdienpotentieel is.
- 4.2.4. Zoals klager in haar klacht schrijft, is het inderdaad een eis voor het verkrijgen van een raamovereenkomst dát de inschrijver aangeeft dat hij desgevraagd een webbased portal kan leveren. Het is echter niet noodzakelijk dat hij bij inschrijving reeds over een dergelijke dienst beschikt. Pas als er daadwerkelijk een nadere overeenkomst (concrete opdracht) is verworven, moet binnen drie maanden na gunning van die nadere overeenkomst het web portal, etc. worden opgeleverd. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de uitvraag op dit punt heden is aangepast: tot recent gold dat deze voorzieningen binnen drie maanden na gunning van de raamovereenkomst zouden moeten zijn gerealiseerd. Ofschoon klager daarover niet specifiek heeft geklaagd, bracht de door klager aangezwengelde discussie beklagde tot het inzicht dat de vraagstelling zou kunnen worden verlicht.
- 4.2.5. Beklaagde houdt voldoende rekening met de positie van het MKB in relatie tot de clustering. Uitgangspunt is door het formuleren van lichte geschiktheidseisen (die niet inhouden dat de inschrijver over een netwerk hoeft te beschikken) dat het MKB volledige toegang heeft tot inschrijven op deze opdracht. Voorts geldt dat de basisvoorziening die wordt gevraagd (mobiele telefonie) een dienst is die eenvoudig opschaalbaar is zonder dat er een grotere organisatie voor nodig is. Er hoeft voorts ook lokaal (bij de individuele aanbesteder) geen fysieke organisatie te worden ingezet of aangeboden. Ook de gevraagde extra diensten zoals het web based portal en de rapportages vormen vanwege de bijbehorende investeringen geen belemmering voor het MKB. Zoals gezegd hoeven deze voorzieningen pas te worden gerealiseerd als er een daadwerkelijke nadere overeenkomst wordt gegund. En door voldoende volume te creëren binnen de raamovereenkomsten, bestaat er ook voldoende terugverdienpotentieel, omdat de raamcontractant voldoende kansen heeft om nadere overeenkomsten te verwerven. In dat verband is relevant dat het een feit is dat de marges op de gevraagde diensten beperkt zijn. Dat rechtvaardigt juist dat er een aanzienlijk volume tegenover de gevraagde services staat in plaats van andersom.

- 4.2.6. Beklaagde blijft er bij dat ofschoon het absolute aantal van deelnemende aanbestedende diensten aanzienlijk is, het (gerechtvaardigd) geclusterde volume op de totale zakelijke mobiele telefoniemarkt uiterst gering is. In de eerste plaats kunnen de onderhavige diensten op Europees niveau worden geboden en moet naar de Europese markt worden gekeken. Maar ook als de Nederlandse (zakelijke) markt als kader wordt genomen, is het geclusterde volume beperkt. Beklaagde brengt onder de aandacht dat klager zelf vreest de helft van haar bestaande klanten te kunnen verliezen door deze aanbesteding. Daarmee doelt zij op de helft van de circa 75 aanbestedende diensten die zij thans bedient en die deelnemen aan de onderhavige aanbestedingsprocedure. Volgens haar website heeft klager 5.000 klanten. Het verlies van 35 à 40 klanten van die 5.000, ook al zijn het wellicht de grotere klanten, is niet substantieel. Bovendien, ook als 70 contracten op een andere wijze zouden worden aanbesteed, is niet gezegd dat klager er meer dan de helft zonder meer zou kunnen behouden. Strikt genomen is dat risico inherent aan aanbesteden als zodanig en heeft het niets met de clustering te maken.
- 4.2.7. Tot slot acht beklagde het relevant dat er voorafgaande aan deze aanbestedingsprocedure een openbare marktconsultatie heeft plaatsgevonden. Daarbij is de onderhavige opzet bekendgemaakt en voorgelegd. Op de opzet is geen enkel bezwaar vanuit het MKB gevolgd en thans is klager ook de enige "MKB-partij" die een klacht naar voren heeft gebracht. Beklaagde beschouwt dit als een duidelijke aanwijzing dat er feitelijk geen noemenswaardige bezwaren bestaan voor het MKB, maar klager haar argumenten vooral gebruikt om een beeld op te roepen dat er uiteindelijk toe moet leiden dat de aanbestedingsprocedure wordt vertraagd en haar bestaande contracten niet aan mededinging worden blootgesteld.

4.3. Klachtonderdeel 2

- 4.3.1. Er bestaat geen mogelijkheid tot het indelen van percelen en dat zou ook overigens niet nuttig zijn. Qua dienstverlening beperkt de opdracht zich reeds tot mobiele telefonie. En de Nadere Overeenkomsten zullen per deelnemende aanbestedder of klein groepje van deelnemende aanbesteders worden uitgevraagd. Ofschoon dat door beklagde niet als "percelen" wordt beschouwd, heeft dat wel hetzelfde effect als het formuleren van kleinere percelen.
- 4.3.2. In dit verband refereert klager (andermaal) aan de CBO. Dat beklagde een aantal zaken zelf uitvoert via de CBO staat haar rechtens vrij en heeft niets met clustering of percelen te maken. Er is geen wettelijke bepaling die ertoe dwingt dat alles wat de markt zou kunnen doen, ook per se door de markt moet worden gedaan. De CBO beperkt zich zoals gezegd tot de hiervoor opgesomde activiteiten. De advisering die klager graag zou doen, wordt derhalve niet door de CBO overgenomen.

4.4. Klachtonderdeel 3

- 4.4.1. Klager schetst een verkeerd beeld als zij stelt dat door de vraagstelling de vier netwerkeigenaren een voorkeurspositie zouden hebben. Het is inherent aan de markt dat alle dienstverleners, zoals ook klager, uiteindelijk een mobiele aansluiting zullen leveren en exploiteren die gebruik maakt van één van de netwerken in Nederland. Dat kan beklagde onmogelijk veranderen. Dat dat niet betekent dat enkel de vier netwerkopérateurs de gevraagde diensten kunnen aanbieden, bewijst klager zelf. Zij bedient immers 5.000 klanten zonder een eigen netwerk te hebben.
- 4.4.2. Er wordt niet bij inschrijving verlangd dat er een netwerk geregeld is, al is het natuurlijk wel verstandig als de inschrijver heeft nagedacht hoe hij zijn aanbod

gaat nakomen. Op basis van de geschiktheidseisen hebben inschrijvers laten zien over de competenties te beschikken om de onderhavige diensten te kunnen leveren en te exploiteren. Zij kunnen, net zoals in nadere gevallen zal gebeuren, een prijs en kwaliteitsniveau aanbieden (na gunning inkopen voor zo ver nodig). Het feit dat een partij als klager in geval van gunning verbindingen inkoopt bij [A] of [B] is uitdrukkelijk geen onderaannemerschap. De aan de raamcontractant gevraagde dienst is het "regelen" van de mobiele telefonie en dat stuk dienstverlening wordt niet overgedragen. Een onderneming die mobiele telefonie heeft geleverd en geëxploiteerd/zich jegens een opdrachtgever heeft verbonden om mobiele telefonie te regelen en daarvoor geld heeft ontvangen zoals klager dat klaarblijkelijk doet hoeft in het kader van de inschrijving geen netwerkoperator mee te nemen als "onderaannemer" om mee te dingen. Het is niet nodig om aan de geschiktheidseisen te voldoen, en evenmin nodig om bij inschrijving op te geven welke netwerkoperators gaan worden gebruikt.

4.4.3. Zoals klager in haar brief terecht schrijft kan elke raamcontractant een bepaalde mate van dekking inkopen. Dat is ook precies de bedoeling als het gaat om de gunning van nadere overeenkomsten. De raamcontractanten beoordelen welke kwaliteit en dekking zij kunnen regelen en bieden dat aan. Partijen als klager (en andere MKB-partijen) zijn daarbij in dezelfde positie als de netwerkoperators, omdat iedereen een bepaalde dekking met een bepaalde prijs kan aanbieden, om dat in geval van gunning te gaan regelen. Dat klager uiteindelijk met een netwerkoperator afspraken zal moeten maken over de inkoop van de mobiele verbinding, heeft niets met de onderhavige klacht te maken. Hoe er ook zou worden aanbesteed, dat probleem bestaat altijd en kan niet worden weggenomen.

4.5. Klachtonderdeel 4

4.5.1. In een eerdere reactie aan klager is al aangegeven dat niet de bedoeling bestond om enige afbreuk te doen aan de regels zoals die voortvloeien uit het Assitur-arrest. De Nota van Inlichtingen waarin de verkeerde indruk is gewekt wordt hersteld, en is uitgebracht. Mochten er twee of meer inschrijvingen vanuit hetzelfde concern worden ingediend, dan zullen de desbetreffende inschrijvers in de gelegenheid worden gesteld te bewijzen dat de inschrijvingen onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen en er geen sprake is geweest van collusie tussen de desbetreffende inschrijvers.

4.5.2. Los van het Assitur-arrest staat het feit dat beklagde onder de raamovereenkomst daadwerkelijke mededinging tussen de vier raamcontractanten wenst te waarborgen. Het lijdt geen twijfel dat raamcontractanten uit hetzelfde concern, en tegen die tijd weten alle raamcontractanten wie de andere drie zijn, niet tegen elkaar gaan concurreren. Dat heeft geen enkele zin en een normaal opererende onderneming zal dat dan ook niet doen. Dat is derhalve een andere situatie dan het geval is als het gaat om de aanbesteding van de Raamovereenkomst. Daar is voorstelbaar dat daadwerkelijk onafhankelijk (en dus zonder wetenschap dat er elders in het concern ook een offerte wordt voorbereid) twee- of meermaals vanuit één concern wordt ingeschreven.

4.5.3. Het is gerechtvaardigd dat ter bescherming van de mededinging op het niveau van de Nadere Overeenkomsten aan de aanbestedingsdocumenten is toegevoegd dat er per concern slechts één raamcontract zal worden gegund. Dat betekent concreet dat als er volgens de Assitur-norm meerdere, geldige inschrijvingen worden ontvangen vanuit één concern, er slechts één voor gunning in aanmerking komt (de best beoordeelde). De overige inschrijvingen komen dan niet meer in aanmerking voor de andere raamcontracten.

4.6. Klachtonderdeel 5

- 4.6.1. Klager geeft een verkeerde voorstelling van zaken als zij schrijft dat de markt voor tien jaar op slot zit. De onderhavige raamovereenkomst duurt vier jaar en is daarmee in overeenstemming met de Aanbestedingswet 2012. Er is geen rechtsregel die zegt dat de opdrachten die onder de raamovereenkomst worden gegund op basis van een minicompetitie, binnen de looptijd van de raamovereenkomst moeten worden uitgevoerd. Dat zou de raamovereenkomst als instrument nutteloos maken. Dat betekent dat ook op de laatste dag van de raamovereenkomst nog een volwaardige opdracht mag worden gegund.
- 4.6.2. De looptijd van een concrete opdracht die onder een raamovereenkomst wordt gegund, is niet in de wetgeving begrensd. Er is gekozen voor een initiële periode van drie jaar, die daarna nog eens met drie jaar kan worden verlengd. Deze schept per saldo een goede balans tussen prijszekerheid, flexibiliteit én terugverdienpotentieel. Let wel, over de periode van zes jaar is door niemand geklaagd, ook door klager niet.
- 4.6.3. Het is per saldo een drogreden van klager om te stellen dat de markt voor zes jaar op slot zit. De onderhavige Raamovereenkomst zal over vier jaar zijn verlopen en dan weer worden aanbesteed. In de tussentijd hebben de deelnemende aanbestedende diensten geleidelijk allemaal mobiele telefonie ingekocht. Aanbestedende diensten die vrij snel een nadere overeenkomst hebben gegund, zullen dus over zes jaar weer opnieuw een contract sluiten. Aanbesteders die pas aan het einde van de raamovereenkomst tot een nadere overeenkomst komen, zijn inderdaad pas over zo'n tien jaar weer toe aan een nieuw contract. Dat heeft allemaal echter niets te maken met de looptijd van de raamovereenkomst, maar enerzijds met het feit dat is gekozen voor concrete opdrachten met een looptijd van in totaal zes jaar en anderzijds met het feit dat sommige aanbestedende diensten nu al meedoen terwijl hun contract pas over een paar jaar moet worden vernieuwd. Beide keuzes zijn geheel rechtmatig.

4.7. Klachtonderdeel 6

- 4.7.1. Klager heeft zich destijds niet geroerd naar aanleiding van de openbare publicatie waarin de marktconsultatie werd kenbaar gemaakt. Dat zij op een later moment, als de consultatie feitelijk is afgelopen en de fase van het opstellen van de documenten voor de aanbestedingsprocedure in gang is gezet, alsnog input wil leveren, is geen omstandigheid die de consultatie onrechtmatig maakt.
- 4.7.2. De weergave van klager dat er wel een eerdere afspraak was met [T] om deel te nemen aan de marktconsultatie, is niet correct. Ook [onderneming] heeft zich niet aangemeld voor een marktconsultatiegesprek. In een later stadium heeft [T] contact gezocht voor een gesprek over de door haar aangeboden adviesdiensten op het gebied van telecom, welke diensten buiten de scope vallen van wat thans wordt aanbesteed. [T] had derhalve klaarblijkelijk geen interesse in de onderhavige aanbestedingsprocedure. Naar nu achteraf blijkt, is [T] overgenomen door klager, een partij die wel wil meedingen. Deze overname is destijds niet kenbaar gemaakt en dat hoefde natuurlijk ook niet. Hoe een en ander tot de conclusie kan leiden dat er sprake is geweest van een onrechtmatige marktconsultatie is onbegrijpelijk. Het enkele feit dat er voor is gekozen om in de fase van het opstellen van de documenten voor de aanbestedingsprocedure niet meer één-op-één met marktpartijen te praten, is in ieder geval niet in strijd met enige wettelijke bepaling.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare procedure voor een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012.
- 5.2. Alvorens de klachtonderdelen te behandelen, merkt de Commissie het volgende op. De Commissie is van oordeel dat – hoewel klager daar niet over heeft geklaagd – beklagde met haar opzet van de onderhavige aanbesteding oneigenlijk gebruik maakt van het instrument van de raamovereenkomst. Daarmee handelt beklagde in strijd met het bepaalde in art. 2.141 Aw 2012. Ter onderbouwing van dit oordeel overweegt de Commissie het volgende.
- 5.3. Vooropgesteld moet worden dat een raamovereenkomst dient te worden onderscheiden van een overheidsopdracht [*de onderstrepingen in de citaten in de navolgende overwegingen zijn van de Commissie*].
- 5.3.1. Art. 1.1 Aw 2012 bevat de volgende definities van de begrippen “raamovereenkomst” en “overheidsopdracht voor diensten”:
- ‘raamovereenkomst: een schriftelijke overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen overheidsopdrachten of speciale-sectoropdrachten vast te leggen;’
- ‘overheidsopdracht voor diensten: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten (...)’.
- 5.3.2. De wetgever heeft in de Toelichting op het – inmiddels ingetrokken – Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten 2005 in verband met het hier gemaakte onderscheid het volgende opgemerkt: ‘Een schriftelijke overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een of meer bedrijven over te gunnen overheidsopdrachten gedurende een bepaalde periode zonder dat daaraan een leverings- of afnameverplichting ten grondslag ligt, is, omdat er geen bezwarende titel aanwezig is, geen overheidsopdracht in de zin van richtlijn nr. 2004/18/EG noch van dit besluit’ (Stb. 2005, 408, p. 72. Zie aldus ook M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Amsterdam: Reed Business Education 2013, p. 546-547). De Commissie heeft geen aanwijzingen gevonden om aan te nemen dat de wetgever sinds de inwerkingtreding van de Aw 2012 over het voorgaande onderscheid anders is gaan denken.
- 5.3.3. In het verlengde van het voorgaande sluit de Commissie zich aan bij het in de literatuur ingenomen standpunt dat van een overheidsopdracht sprake is ‘als de overeenkomst een daadwerkelijke opdrachtverstrekking inhoudt: de uitvoering van een opdracht met betaling van een tegenprestatie door de aanbestedende dienst. Een raamovereenkomst bevat enkel afspraken voor toekomstige, mogelijk nog te verlenen opdrachten.’ (E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag: SDU 2009, p. 84). Het voorgaande uitgangspunt laat onverlet dat het onderscheid tussen een overheidsopdracht en een raamovereenkomst in de praktijk niet altijd even scherp zal zijn te trekken, aldus ook de hiervoor geciteerde literatuur: ‘De kwalificatie van de overeenkomst zal van geval tot geval moeten worden bepaald, waarbij het ons inziens in de rede ligt het hoofdvoorwerp van de overeenkomst in beginsel maatgevend te achten. In-

dien het zwaartepunt ligt bij de concrete opdracht is ons inziens geen sprake van een raamovereenkomst, maar van een reguliere opdracht. Ligt de nadruk daarentegen op de stroom van mogelijke, toekomstige opdrachten dan is sprake van een raamovereenkomst (...).' (Zie Pijnacker Hordijk e.a., a.w. p. 84).

- 5.4. In art. 2.141 Aw 2012 – waarmee art. 32 lid 2, vijfde alinea, Richtlijn 2004/18/EG in het Nederlandse recht is geïmplementeerd – is het volgende bepaald:

'Een aanbestedende dienst gebruikt een raamovereenkomst niet om de mededinging te hinderen, te beperken of te vervalsen en maakt geen oneigenlijk gebruik van een raamovereenkomst.'

- 5.5. Art. 32 lid 2, vijfde alinea, Richtlijn 2004/18/EG keert in de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU niet terug. De consequentie daarvan is dat ook het wetsvoorstel Wijziging van de Aanbestedingswet in verband met de implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU (Kamerstukken II 2015/16, 34 329) voorziet in de intrekking van art. 2.141 Aw 2012. Het voorgaande laat echter onverlet dat de daarin vervatte regel ook naar nieuw recht gelding blijft houden, gelet op considerans (60) van Richtlijn 2014/24/EU. Daarin is namelijk bepaald:

'Raamovereenkomsten mogen niet oneigenlijk worden gebruikt of worden gebruikt om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. De aanbestedende diensten mogen op grond van deze richtlijn niet verplicht zijn om onder een raamovereenkomst vallende werken, leveringen of diensten, volgens deze raamovereenkomst aan te besteden.'

- 5.6. De Commissie zal zich in het navolgende uitlaten over de vraag waarom zij van oordeel is dat beklagde handelt in strijd met art. 2.141 Aw 2012.

- 5.6.1. In het veronderstelde geval dat een individuele Deelnemer de door hem benodigde telecommunicatiediensten zelfstandig zou inkopen – en dus niet, zoals nu gebeurt, via een door beklagde georganiseerde gezamenlijke aanbesteding – mag gevoeglijk worden aangenomen dat die Deelnemer geen raamovereenkomst maar een overheidsopdracht zou aanbesteden. Te verwachten valt dat die Deelnemer in dat geval zal kiezen voor een overheidsopdracht met een looptijd van enkele jaren, met de mogelijkheid tot verlenging van dezelfde opdracht met één of meer jaren. Denkbaar is verder dat de Deelnemer gebruik zal maken van een Europese openbare procedure, in welk geval alle in de opdracht geïnteresseerde marktpartijen een inschrijving zouden kunnen doen. Een andere mogelijkheid is dat de Deelnemer gebruik zal maken van een Europese niet-openbare procedure, in welk geval het aantal gegadigden dat hij voornemens is tot inschrijving uit te nodigen ten minste vijf bedraagt (art. 2.99 lid 3 Aw 2012).

- 5.6.2. Wat de Commissie in de onderhavige kwestie ziet gebeuren, is dat beklagde de hiervoor bedoelde eenmalige aanbesteding van één overheidsopdracht van één Deelnemer samenvoegt met andere eenmalige aanbestedingen van andere Deelnemers, waarbij elk van die andere eenmalige aanbestedingen wederom één overheidsopdracht per Deelnemer betreft. Het is op zichzelf genomen niet bezwaarlijk dat meerdere aanbestedende diensten hun individuele behoeften gezamenlijk inkopen door middel van één aanbestedingsprocedure. En het is evenmin bezwaarlijk wanneer die ene aanbestedingsprocedure de totstandkoming van één raamovereenkomst met meerdere ondernemingen tot doel heeft, vooropgesteld natuurlijk dat deze raamovereenkomst materieel dan ook echt als een raamovereenkomst kwalificeert en niet als een overheidsopdracht.

- 5.6.3. De Commissie is echter van oordeel dat de onderhavige Raamovereenkomst van beklagde materieel geen raamovereenkomst is, maar een overheidsopdracht. Die Raamovereenkomst roept immers vanaf het moment dat beklagde haar namens de Deelnemers heeft ondertekend voor iedere Deelnemer een afnameverplichting in het leven. Deze afnameverplichting – die hierna nog zal worden uitgewerkt – kan worden gekwalificeerd als een verbintenis onder tijdsbepaling: reeds op het moment dat beklagde de Raamovereenkomst heeft ondertekend staat vast dat de betreffende Deelnemer die verbintenis zal moeten nakomen zodra de voor hem in Bijlage 08 bij de Raamovereenkomst aangegeven Startdatum is verstreken (zie art. 5 lid 1 *jo.* art. 7 lid 2 Raamovereenkomst, waarover 1.8 hiervoor). Deze Startdatum is gekoppeld aan het tijdstip waarop een voor de betreffende Deelnemer nog lopende (“oude”) overeenkomst met betrekking tot de levering van telecommunicatiediensten afloopt.
- 5.6.4. De hiervoor genoemde afnameverplichting behelst allereerst een verplichting om één Nadere Overeenkomst tot het leveren van telecommunicatiediensten met een looptijd van drie jaar via een minicompetitie aan te besteden onder de vier ondernemers die tot de Raamovereenkomst zijn toegetreden. In de tweede plaats is een Deelnemer verplicht om de aldus gesloten Nadere Overeenkomst hetzij één maal te verlengen met een periode van nog eens drie jaar (zie art. 6 lid 2 Raamovereenkomst, waarover 1.8 hiervoor), hetzij – indien van die verlengingsmogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt – opnieuw een Nadere Overeenkomst tot het leveren van telecommunicatiediensten met een looptijd van drie jaar via een minicompetitie aan te besteden onder de vier ondernemers die tot de Raamovereenkomst zijn toegetreden (zie art. 7 lid 3 Raamovereenkomst, waarover 1.8 hiervoor).
- 5.6.5. Bezien vanuit het inkooperspectief van elk van de individuele Deelnemers voorziet de Raamovereenkomst derhalve niet in het vastleggen van de voorwaarden inzake een stroom van mogelijke in de toekomst met een zekere regelmaat te plaatsen opdrachten, maar voorziet zij in de daadwerkelijke plaatsing van slechts één reguliere overheidsopdracht per Deelnemer – hetgeen beklagde overigens ook zelf erkent in haar hiervoor weergegeven reactie onder 4.6.1 en 4.6.3 – met een reeds vaststaande afnameverplichting, waarbij enkel nog door middel van een minicompetitie dient te worden bepaald bij welke van de vier ondernemers, die tot de Raamovereenkomst zijn toegetreden, de diensten zullen moeten worden afgenomen.
- 5.6.6. De door beklagde gevolgde aanbestedingsprocedure heeft gelet op het voorgaande de facto het karakter van de selectiefase van een niet-openbare procedure, waarbij vier marktpartijen worden uitgenodigd die in de daarop volgende inschrijvingsfase een inschrijving mogen doen (in de door beklagde voorziene procedure betreft die inschrijvingsfase dan één mini-competitie per Deelnemer). De facto is elke mini-competitie daarmee een aparte aanbesteding, waarbij de concurrentie is beperkt tot de vier ondernemers die in het kader van de onderhavige aanbesteding van de Raamovereenkomst worden geselecteerd. Die laatstbedoelde selectie geschiedt dan op basis van uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en gunningscriteria. Zou een individuele Deelnemer de diensten echter inkopen door een Europese niet-openbare procedure met betrekking tot een reguliere overheidsopdracht uit te voeren – zie 5.6.1 hiervoor – dan zou het hem verboden zijn die procedure op een vergelijkbare wijze uit te voeren (namelijk: door gunningscriteria in de selectiefase te hanteren en slechts vier inschrijvers in plaats van het minimum aantal van vijf te selecteren). Door in de onderhavige aanbestedingsprocedure in strijd met het bepaalde in art. 2.141 Aw 2012 gebruik te maken van een raamovereenkomst en vervolgens vier ondernemers voor deelname aan de mini-competities te selecteren, worden de regels die verband houden met het hiervoor genoemde verbod op oneigenlijke wijze ontweken.

- 5.7. De Commissie overweegt ten overvloede nog dat zij in de door beklagde voorziene opzet van de aanbestedingsprocedure ook overigens elementen heeft gesignaleerd waarvan zij zich afvraagt of deze niet eveneens oneigenlijk gebruik van het instrument van de raamovereenkomst impliceren. Zonder volledigheid te willen betrachten, noemt de Commissie hierna een aantal voorbeelden daarvan.
- 5.7.1. In de eerste plaats voorziet de Raamovereenkomst in uitzonderingen waaronder een Deelnemer ertoe mag overgaan de diensten niet onder de Raamovereenkomst af te nemen (zie 1.4 hiervoor met betrekking tot paragraaf 1.2.3 van het Beschrijvend Document), namelijk: (i) wanneer de migratie een onevenredige inspanning vergt en (ii) wanneer de migratie onevenredig hoge kosten met zich brengt. Nog daargelaten dat er geen objectieve gronden voor toepasselijkheid van deze uitzonderingen in het Beschrijvend Document worden genoemd, hebben deze uitzonderingen mogelijk tot gevolg dat het object van de Raamovereenkomst onvoldoende is bepaald. Dat is in strijd met de regel uit het arrest HR 25 januari 2002, *NJ* 2002/227 (r.o. 3.2).
- 5.7.2. In de tweede plaats voorziet de Raamovereenkomst er in dat twee ("grote") Deelnemers voor wat betreft de inkoop van de door hen benodigde telecommunicatiediensten een bijzondere mini-competitie kunnen houden die afwijkt van de overige mini-competities (zie 1.6 hiervoor met betrekking tot paragraaf 4.8 van het Beschrijvend Document). Daarbij kunnen Speciale Diensten worden aanbesteed die niet in de inschrijvingen voor de aanbesteding van de Raamovereenkomst zijn getarifeerd en die daarmee buiten het kader van de Raamovereenkomst vallen.
- 5.7.3. In de derde plaats kunnen sommige Deelnemers, waaronder de twee hiervoor bedoelde ("grote") Deelnemers die een bijzondere mini-competitie houden, wens 7.1.1 voor preferente netwerktoegang als een knock-out eis hanteren (zie het slot van paragraaf 4.8 van het Beschrijvend Document, waarover 1.6 hiervoor). Ook hier lijkt het object van de Raamovereenkomst onvoldoende te zijn bepaald.
- 5.7.4. Verder blijkt het mogelijk te zijn dat in bepaalde gevallen een Nadere Overeenkomst wordt gegund zonder het houden van een mini-competitie (zie 1.9 hiervoor met betrekking tot paragraaf 4 van Bijlage 11 van het Beschrijvend Document). Dit kan in de volgende twee gevallen:
- a. de opdrachtnemer die de Nadere Overeenkomst gegund krijgt, is de enige die de gevraagde diensten kan leveren; of
 - b. het houden van een mini-competitie vergt een onevenredig grote inspanning voor alle partijen.
- 5.7.5. Wat het in 5.7.4 onder (a) genoemde geval betreft: door het organiseren van een aanbesteding van een raamovereenkomst met vier ondernemers gaat beklagde ervan uit dat meerdere partijen de in de raamovereenkomst gevraagde diensten kunnen leveren. Voor de Commissie is het dan niet geloofwaardig dat er Deelnemers kunnen zijn die zodanige eisen en wensen hebben dat slechts één ondernemer daar aan kan voldoen. Die eisen gaan dan in ieder geval verder dan de eisen die bij de aanbesteding zijn gesteld, wat op zichzelf al aanduidt dat de Deelnemer buiten het kader van de Raamovereenkomst treedt wanneer hij een Nadere Overeenkomst één op één gunt.
- 5.7.6. Wat het in 5.7.4 onder (b) genoemde geval betreft: alleen al vanwege het grote risico van willekeur bij het vaststellen van wat als "onevenredig grote inspanning" heeft te gelden, is deze uitzonderingsgrond ontoelaatbaar en leidt zij er eveneens toe dat het object van de Raamovereenkomst onvoldoende bepaald is.

- 5.7.7. Uit paragraaf 4 van Bijlage 11 van het Beschrijvend Document (zie 1.9 hiervoor) blijkt verder dat er "initieel" twee situaties zijn waarin – na overleg met akkoord van de vier ondernemers die partij worden bij de Raamovereenkomst – kan worden besloten om af te zien van mini-competities. Dit brengt het merkelijke risico mee dat de vier ondernemers worden uitgenodigd om mee te werken aan een marktverdeling, hetgeen in strijd lijkt met de Mededingingswet. Daarnaast blijkt uit het gebruik van het woord "initieel" dat beklagde er rekening mee houdt dat gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst er meer redenen kunnen ontstaan om één op één Nadere Overeenkomsten te gunnen. Ook dat maakt het object van de Raamovereenkomst onvoldoende bepaald.
- 5.8. Alles overwegende is de Commissie derhalve van oordeel dat beklagde handelt in strijd met het bepaalde in art. 2.141 Aw 2012 door in het onderhavige geval oneigenlijk gebruik te maken van het instrument van de raamovereenkomst. De Commissie is verder van oordeel dat beklagde de hiervoor uitgewerkte bezwaren alleen zal kunnen wegnemen door zich te herbezinnen op de opzet en inrichting van de aanbesteding.
- 5.9. Het voorgaande oordeel maakt de verdere behandeling van de klachtonderdelen zinloos, aangezien die klachtonderdelen de door beklagde gemaakte keuze voor het gebruik van het instrument van de raamovereenkomst als zodanig niet problematiseren maar die keuze als een gegeven veronderstellen. De Commissie zal zich desalniettemin ten overvloede nog uitlaten over de klachtonderdelen.
- 5.10. Klachtonderdelen 1, 2 en 3
- 5.10.1. De klachtonderdelen 1, 2 en 3 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Klager betoogt met deze klachtonderdelen in de kern het volgende. Beklagde zou met de door haar gekozen opzet van de onderhavige aanbesteding deze hebben toegesneden op de vier zogenoemde "mobile network operators" (MNO's) A, B, C en D die over een 4G netwerkvergunning beschikken. Daarmee zou beklagde – zo begrijpt de Commissie althans de klachtonderdelen – zich de (MKB-)belangen van de zogenoemde "mobile virtual network operators" (MVNO's), die hun mobiele telecommunicatiediensten onder eigen merknaam via het netwerk van een MNO verkopen, onvoldoende hebben aangetrokken.
- 5.10.2. Vooropgesteld moet worden dat op de markt van mobiele telecommunicatiediensten op dit moment sprake is van voldoende concurrentie in die zin dat MVNO's in staat zijn rechtstreeks overeenkomsten te sluiten met klanten – waaronder ook aanbestedende diensten – en vervolgens mededinging onder de MNO's kunnen oproepen ten einde tot afspraken met een MNO te komen over de toegang tot het netwerk van die MNO met het oog op het leveren van diensten aan de hiervoor bedoelde klanten. Klager is zelf een goed voorbeeld van zo'n MVNO.
- 5.10.3. Gegeven dat MVNO's zelf voldoende mededinging onder MNO's kunnen oproepen, heeft de wetgever het vooralsnog niet nodig gevonden de toegang van MVNO's tot de netwerken van de MNO's te reguleren.
- 5.10.4. De Commissie begrijpt het betoog van klager aldus dat het totaal aantal onder de Raamovereenkomst te leveren SIM-kaarten en belminuten dermate omvangrijk is, dat niet valt uit te sluiten dat de vier MNO's daarin een commerciële reden zullen vinden om zelf te proberen tot de Raamovereenkomst toe te treden en dat dit tot gevolg zal hebben dat MVNO's – die voor de uitvoering van de Raamovereenkomst immers afhankelijk zijn van de medewerking van een MNO – niet meer de(zelfde) kans hebben om als partij tot die Raamovereenkomst toe te treden.

5.10.5. Hoewel de Commissie enerzijds begrip kan opbrengen voor het betoog van klager – waarbij zij zich met klager verwondert over de keuze van beklagde om het aantal tot de Raamovereenkomst toe te laten ondernemingen op vier te stellen – kan zij anderzijds niet voldoende overtuigend vaststellen dat beklagde de aanbesteding zodanig heeft opgezet dat een MVNO niet dezelfde gelijke kansen heeft om tot de Raamovereenkomst toe te treden als een MNO. In dat verband hecht de Commissie met name belang aan het feit dat het haar op grond van het Beschrijvend Document en de Nota's van Inlichtingen onvoldoende is gebleken dat een MVNO in de aanbestedingsprocedure op achterstand komt te staan wanneer hij niet kan aan tonen dat hij met het oog op de nakoming van de Raamovereenkomst afspraken met een MNO heeft gemaakt of zal kunnen maken over de toegang tot het netwerk van die MNO.

5.10.6. Nu voor de Commissie onvoldoende overtuigend is komen vast te staan dat een MVNO in beginsel niet dezelfde gelijke kans heeft om tot de Raamovereenkomst toe treden als een MNO, is voor haar evenmin voldoende overtuigend komen vast te staan dat het voor een MVNO onmogelijk zou zijn om, hetzij voorafgaande aan zijn inschrijving, hetzij nadat hij partij is geworden bij de Raamovereenkomst, tot afspraken met een MNO te komen zoals hiervoor bedoeld. In dat verband hecht de Commissie met name belang aan het feit dat onvoldoende valt uit te sluiten dat een MNO zal besluiten niet te proberen zelf tot de Raamovereenkomst toe te treden, omdat hij om hem moverende redenen de in de opzet van de aanbesteding voorziene deelname aan 250 mini-competities niet zelf voor zijn rekening wil of kan nemen. In het verlengde daarvan valt evenmin voldoende uit te sluiten dat zo'n MNO er de voorkeur aan geeft zijn mogelijke betrokkenheid bij de uitvoering van de Raamovereenkomst te organiseren in de vorm van een samenwerkingsverband met een MVNO, die de deelname aan de mini-competities wel voor zijn rekening wil en kan nemen. Of ook klager in dat kader kwalificeert als een mogelijke samenwerkingspartner voor een MNO is overigens een kwestie die buiten de invloedssfeer van beklagde ligt.

5.10.7. De klachtonderdelen 1, 2 en 3 zijn derhalve ongegrond.

5.10.8. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. In het voorgaande oordeel – dat de Commissie mede baseert op haar analyse van het Beschrijvend Document en de Nota's van Inlichtingen, in het bijzonder ook Nota van Inlichtingen Nr. 7 (zie 1.14 hiervoor) – ligt onder andere besloten dat beklagde niet is tekortgeschoten in de naleving van haar motiveringsplichten op grond van art. 1.5 Aw 2012. Dat oordeel laat echter onverlet dat de inbreuk door beklagde op art. 2.141 Aw 2012 – zie daarvoor 5.2 t/m 5.8 hiervoor – onlosmakelijk verbonden is met haar keuze om de eenmalige aanbestedingen van individuele overheidsopdrachten van de individuele Deelnemers tot het leveren van telecommunicatiediensten samen te voegen in één aanbesteding van een raamovereenkomst met vier ondernemingen. De naleving door beklagde van haar hiervoor bedoelde motiveringsplichten kan die inbreuk niet wegnemen.

5.11. Klachtonderdeel 4

5.11.1. De Commissie is van oordeel dat, in tegenstelling tot wat beklagde stelt (zie 4.5.2 hiervoor), het niet goed voorstelbaar is dat twee entiteiten van hetzelfde concern bij de onderhavige aanbesteding onafhankelijk van elkaar een inschrijving zouden kunnen doen zonder dat zij zich daar over en weer van bewust zijn. De aard en omvang van de opdracht (zie 1.4 hiervoor met betrekking tot paragraaf 1.2.1 en 1.2.2 van het Beschrijvend Document) maakt het immers zeer waarschijnlijk dat elke entiteit van een concern die een inschrijving voorbereidt, dat zal moeten melden aan de holding.

5.11.2. In het door klager aangehaalde arrest Assitur (HvJ 19 mei 2009, C-538/07) heeft het Hof van Justitie EU geoordeeld dat systematische uitsluiting door de wetgever van verbonden ondernemingen bij alle aanbestedingen in strijd is met Richtlijn 92/50/EEG (zie r.o. 28):

‘De systematische uitsluiting van verbonden ondernemingen van het recht om aan eenzelfde procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht deel te nemen, gaat evenwel in tegen een doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht. Een dergelijke oplossing leidt immers tot een aanzienlijke vermindering van de mededinging op gemeenschapsniveau.’

5.11.3. De Commissie is van oordeel dat het incidenteel uitsluiten van verbonden ondernemingen bij een concrete aanbesteding, op grond van de omstandigheden van het geval en met als doel het tegengaan van oneerlijke mededinging, niet in strijd is met de door het Hof van Justitie EU in het Assitur-arrest gegeven regel.

5.11.4. In casu heeft beklagde bij het prijscriterium gekozen voor de systematiek van relatieve beoordeling ten opzichte van de laagste geboden TCO (zie 1.6 hiervoor met betrekking tot paragraaf 4.4.2 van het Beschrijvend Document). Bij een dergelijke systematiek (die toelaatbaar is volgens het arrest HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078, r.o. 3.5) kan de inschrijving met de laagste TCO invloed hebben op de rangorde van de overige inschrijvingen. Onder die omstandigheden zouden twee verbonden ondernemingen kunnen samenspannen, waarbij een van beide bewust extreem laag biedt, om de uitslag van de aanbesteding naar hun hand te zetten. Het is beklagde derhalve toegestaan om dergelijke vormen van oneerlijke mededinging op voorhand uit te sluiten door het tegelijkertijd inschrijven van verbonden ondernemingen op de aanbesteding te verbieden.

5.11.5. Het vierde klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

5.12. Klachtonderdeel 5

5.12.1. De Commissie heeft hiervoor in 5.6.3 overwogen dat de Raamovereenkomst vanaf het moment dat beklagde haar namens de Deelnemers heeft ondertekend voor iedere Deelnemer een afnameverplichting in het leven roept. Vervolgens is in 5.6.4 overwogen dat vanaf dat moment tevens vast staat dat een individuele Deelnemer gedurende een periode van zes jaar – te rekenen vanaf de voor hem in Bijlage 08 opgenomen Startdatum – de door de Raamovereenkomst bestreken telecommunicatiediensten niet meer buiten de Raamovereenkomst om zal kunnen gunnen.

5.12.2. De Commissie begrijpt het klachtonderdeel aldus dat klager daarmee betoogt dat beklagde met de hiervoor weergegeven opzet van de aanbesteding handelt in strijd met art. 2.140 lid 3 Aw 2012. Daarin is – aldus klager – immers bepaald dat de looptijd van een raamovereenkomst niet langer is dan vier jaar, behalve in uitzonderingsgevallen die deugdelijk gemotiveerd zijn.

5.12.3. De Commissie heeft de indruk dat klager met haar betoog de wettelijk toegestane maximum looptijd (van vier jaar) van een raamovereenkomst verwacht met de toegestane maximum looptijd van op die raamovereenkomst gebaseerde opdrachten. De Commissie overweegt in dat verband het volgende.

5.12.4. Wat het eerste betreft – de toegestane maximum looptijd van de raamovereenkomst zelf – staat in het onderhavige geval niet ter discussie dat de Raamovereenkomst voor elke individuele Deelnemer een looptijd heeft van vier jaar (zie art. 5 lid 2 Raamovereenkomst, waarover 1.8 hiervoor). In zoverre handelt beklagde dan ook overeenkomstig het bepaalde in art. 2.140 lid 3 Aw 2012.

5.12.5. Wat het tweede betreft – de toegestane maximum looptijd van de op een raamovereenkomst gebaseerde opdrachten – lijkt klager met haar betoog te veronderstellen dat het een aanbestedende dienst niet zou zijn toegestaan om in geval van een raamovereenkomst met een looptijd van vier jaar opdrachten onder die raamovereenkomst te gunnen met een looptijd langer dan vier jaar. Deze veronderstelling is in zijn algemeenheid echter niet juist, zoals ook blijkt uit considerans (61) Richtlijn 2014/24/EU:

‘Bovendien moet worden bepaald dat opdrachten op grond van een raamovereenkomst weliswaar worden gegund voor het einde van de looptijd van die raamovereenkomst, maar dat de looptijd van de afzonderlijke opdrachten bij een raamovereenkomst niet samen hoeft te vallen met de looptijd van die raamovereenkomst zelf, doch al naar gelang van de behoefte korter of langer zou kunnen zijn. Met name moet het toegestaan zijn om, op grond van factoren als de voor de uitvoering benodigde tijd, de looptijd van afzonderlijke opdrachten te bepalen op basis van een raamovereenkomst wanneer het onderhoud van apparatuur met een verwachte gebruiksduur van meer dan vier jaar onder de opdracht valt of het personeel een uitgebreide opleiding nodig heeft om de opdracht te kunnen uitvoeren.’

5.12.6. Deze Nederlandse taalversie van considerans (61) geeft een enigszins onduidelijke formulering van de criteria, aan de hand waarvan in een concreet geval moet worden nagegaan of de beoogde looptijd van een op grond van een raamovereenkomst te gunnen opdracht is toegestaan. Duidelijker lijkt de Engelse taalversie, die als volgt luidt:

‘(...) the duration of the individual contracts based on a framework agreement does not need to coincide with the duration of that framework agreement, but might, as appropriate, be shorter or longer. In particular, it should be allowed to set the length of individual contracts based on a framework agreement taking account of factors such as the time needed for their performance, where maintenance of equipment with an expected useful life of more than four years is included or where extensive training of staff to perform the contract is needed.’

5.12.7. Wanneer de Commissie de op basis van de onderhavige Raamovereenkomst te gunnen opdrachten – zoals die zijn omschreven in het Beschrijvend Document en de Nota’s van Inlichtingen – toetst aan de hiervoor weergegeven criteria, resulteert dat naar haar oordeel niet in een voldoende rechtvaardiging voor een looptijd van die opdrachten langer dan vier jaar.

5.12.8. Het vijfde klachtonderdeel is derhalve gegrond.

5.13. Klachtonderdeel 6

5.13.1. In art. 40 Richtlijn 2014/24/EU is het volgende bepaald:

‘Vóór de aanvang van een aanbestedingsprocedure kunnen aanbestedende diensten, ter voorbereiding van de aanbesteding, marktconsultaties houden om de ondernemers op de hoogte te brengen van hun aanbestedingsplannen en voorwaarden.

Met dit doel kunnen aanbestedende diensten bijvoorbeeld advies van onafhankelijke deskundigen of instanties of van marktdeelnemers inwinnen of ontvangen dat kan worden gebruikt bij de planning en uitvoering van de aanbestedingsprocedure, mits dit advies niet leidt tot vervalsing van de mededinging en geen aan-

leiding geeft tot schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie.’

- 5.13.2. Bij de behandeling van het klachtonderdeel neemt de Commissie tot uitgangspunt dat de in art. 40 Richtlijn 2014/24/EU geformuleerde regel, hoewel deze nog niet in het nationale recht is geïmplementeerd, op dit moment reeds gelding heeft.
- 5.13.3. Klager betoogt met het klachtonderdeel in de kern dat de door beklagde gehouden marktconsultatie heeft geleid tot een Beschrijvend Document dat bestaat uit eisen en wensen die geheel zijn afgestemd op de vier MNO's A, B, C en D en dat beklagde daarmee beoogt aan te sturen op de totstandkoming van de Raamovereenkomst met deze vier ondernemers, zonder het MKB zelfs maar een kans te gunnen.
- 5.13.4. De Commissie is van oordeel dat het klachtonderdeel in zoverre dezelfde strekking heeft als de klachtonderdelen 1, 2 en 3. Dat betekent dat het onderhavige klachtonderdeel het lot deelt van het oordeel dat in overweging 5.10 ten aanzien van die andere klachtonderdelen is gegeven.
- 5.13.5. Het zesde klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

6. Advies

- 6.1. De Commissie acht de onderdelen 1 t/m 4 en 6 van de klacht **ongegrond** en onderdeel 5 van de klacht **gegrond**.
- 6.2. De Commissie is van oordeel dat, hoewel klager daar niet over heeft geklaagd, beklagde handelt in strijd met het bepaalde in art. 2.141 Aw 2012 door in het onderhavige geval oneigenlijk gebruik te maken van het instrument van de raamovereenkomst.

7. Aanbeveling

De Commissie is van oordeel dat beklagde de inbreuk op art. 2.141 Aw 2012 alleen zal kunnen wegnemen door zich te herbezinnen op de opzet en inrichting van de onderhavige aanbesteding. Zij beveelt beklagde daarom aan de aanbestedingsprocedure af te breken en – desgewenst – de mobiele telecommunicatiediensten opnieuw namens de Deelnemers aan te besteden, maar dan als een reguliere overheidsopdracht. Het gereguleerde aanbestedingsrecht voorziet in voldoende mogelijkheden om daarbij rekening te houden met alle doelstellingen en belangen die beklagde met de gezamenlijke inkoop van de diensten ten behoeve van de Deelnemers wenst te realiseren. De Commissie denkt hierbij in het bijzonder aan de verdeling van de gezamenlijk aan te besteden overheidsopdracht in regionale percelen, waarbij elk perceel is toegesneden op de specifieke behoeften van de Deelnemers die zich in de betreffende regio bevinden. Deze aanbeveling sluit bovendien aan bij de reactie die beklagde in 4.3.1 hiervoor op de klacht heeft gegeven.

Den Haag, 23 november 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid