

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 285

### 1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbesteding voor een raamovereenkomst met twee ondernemers voor de leveringen van polyelectrolyet ten behoeve van vier aanbestedende diensten gehouden.

1.2. In de op 4 april 2015 gepubliceerde Aankondiging is het volgende bepaald:

#### 'II.1.4) Inlichtingen over de raamovereenkomst

Raamovereenkomst met verschillende ondernemingen

maximumaantal deelnemers aan de beoogde raamovereenkomst: 20

#### Looptijd van de raamovereenkomst

Jaar/jaren: 3

Motivering voor een raamovereenkomst van meer dan vier jaar: [A1], [A2] en [A3] zijn voornemens dat de Raamovereenkomst zal worden aangegaan voor een periode van 3 jaar met een optie tot verlenging voor 4 maal de duur van 1 jaar. De totale contractduur bedraagt niet meer dan 84 maanden.

[A4] is voornemens dat de Raamovereenkomst zal worden aangegaan voor een periode van 2 jaar met een optie tot verlenging voor 2 maal de duur van 1 jaar. De totale contractduur bedraagt niet meer dan 48 maanden.'

1.3. In de Uitnodiging tot Inschrijving (hierna: "Inschrijvingsleidraad") is onder meer het volgende bepaald:

#### '2.3.1. Perceelindeling

Onderhavige opdracht is verdeeld in 10 percelen. Binnen elk perceel wordt beoogd twee (2) Opdrachtnemer(s) te contracteren. Inschrijven kan per perceel, voor meerdere percelen of alle percelen tezamen. De Aanbestedende Dienst beoordeelt en gunt de uitgebrachte Inschrijvingen per perceel.

De aanbesteding is verdeeld in de volgende percelen:

[A1]: 4 Percelen

[A2]: 1 perceel

[A3]: 3 percelen

[A4]: 2 percelen

In Bijlage 5 vindt u een gedetailleerd overzicht van de percelen.

### 2.4 Planning

2-4-2015	Versturen aankondiging
16-4-2015	Uiterste datum voor het indienen van het testverzoek via de berichtenmodule op TenderNed of e-mail naar aanbesteding@[beklaagde].net , onder vermelding van perceelnummers.
23-4-2015	Uiterste datum voor het verzenden van de Uitnodiging tot testen (inclusief planning) door Aanbestedende Dienst via de berichtenmodule op TenderNed of e-mail naar de Inschrijvers die een testverzoek hebben ingediend.

28-4 t/m 29-6-2015	Testperiode op basis van planning kenbaar gemaakt in Uitnodiging tot testen door Aanbestedende Dienst.
6-7-2015	Uiterste datum voor het stellen van vragen door Inschrijvers op TenderNed.
16-7-2015	Publiceren nota van inlichtingen
16-7-2015	Beschikbaar stellen van prijsmodel aan Inschrijvers met variabelen op basis van testuitslagen van de desbetreffende Inschrijver.
3-9-2015; 11.00 uur	Uiterste datum en tijdstip van ontvangst van Inschrijvingen op TenderNed.
3-9 t/m 9-9-2015	Beoordeling Inschrijvingen
9-9-2015	Bekendmaking gunningvoornemen op TenderNed
30-9-2015	Streefdatum ondertekening Raamovereenkomst
1-10-2015	Streefdatum aanvang opdracht

Alle data zijn onder voorbehoud. Aan deze planning kunt u dan ook geen rechten ontleen.

## 2.5. Vragen

Voorafgaand aan het indienen van de Inschrijving is het mogelijk deel te nemen aan een schriftelijke informatieronde. Vragen kunnen uitsluitend op TenderNed worden gesteld.

Dit document is met grote zorg samengesteld. Mocht u echter onvolkomenheden, procedurefouten, tegenstrijdigheden constateren en/ of eventuele bezwaren hebben tegen (delen van) dit document, (bijv. m.b.t. criteria, termijnen, werkwijze), dan wel bijlagen (bijv. prijsblad, (Raam)overeenkomst), dan dient u dit kenbaar te maken met opgave van de eventuele consequenties en/of correctievoorstellen. Dit kunt u kenbaar maken tezamen met uw vragen in de Nota van Inlichtingen. De Aanbestedende Dienst heeft niet de plicht deze voorstellen over te nemen.

Indien de voorstellen worden aangenomen zal de Aanbestedende Dienst in de Nota van Inlichtingen aan alle Inschrijvers bekendmaken op welke punten en op welke wijze de documenten zullen worden aangepast. Deze aangepaste versie vormt vervolgens het uitgangspunt voor Inschrijving.

Uw vragen dienen op de uiterste termijn voor het stellen van vragen, conform de planning in paragraaf 2.4, op TenderNed te zijn ingediend.

Op basis van door u gestelde vragen en voorgestelde wijzigingen kan de Aanbestedende Dienst tot uiterlijk 6 dagen vóór de sluitingsdatum van de procedure wijzigingen in dit document aanbrengen.

Vragen die te laat en niet op TenderNed zijn ingediend, worden niet beantwoord.

Alle vragen en daarbij behorende antwoorden worden geanonimiseerd en conform planning door middel van een Nota van Inlichtingen op TenderNed bekend gemaakt. De Nota van Inlichtingen maakt integraal deel uit van de Uitnodiging tot Inschrijving.

(...)

### 8.1.2 Kwalitatief gunningscriterium

Er wordt per perceel een Raamovereenkomst aangegaan met de twee (2) Inschrijvers die de economisch meest voordelige inschrijving hebben gedaan, be-

staande uit de laagste prijs voor PE en slibverwerkingskosten, uitgedrukt in € / ton Ds van de geteste installaties.

- prijs van PE;
- kwaliteit onderverdeeld in:
  - \* droge stofgehalte in het ontwaterde product
  - \* doseerverhouding (kg in te zetten PE per ton ds)

De waarden uit de testen worden door de Aanbestedende Dienst in de inschrijfstaat ingevuld waarna de Inschrijver alleen nog de PE prijs aanvult. Vervolgens worden de totale slibverwerkingskosten berekend. Wanneer een perceel uit meerdere testlocaties (HHNK) bestaat, wordt van de totale slibverwerkingskosten het gemiddelde berekend (bijvoorbeeld vier testlocaties: de resultaten van de individuele locaties worden opgeteld en gedeeld door vier). Bij twee gelijke aanbiedingen wordt de rangorde bepaald door het beste verwijderingsrendement.

## **8.2 Procedure voor het doen van een aanbieding**

In bijlage 5 is per Perceel ten aanzien van de beschreven Referentie-installatie een overzicht verstrekt van:

- Installatiegegevens
- Bedrijfsvoeringgegevens
- Jaargemiddelde Drogestof gehalte
- het gerealiseerde Drogestof gehalte
- de eisen die gelden ten aanzien van het centraat/filtraat en het Drogestof gehalte
- de eisen die gelden ten aanzien van de Doorzet

Uiterlijk 16 april 2015 dienen Inschrijvers een testverzoek bij de Aanbestedende Dienst in te dienen via de berichtenmodule op TenderNed of e-mail naar aanbesteding@[beklaagde].net , onder vermelding van de perceelnummers, waarvoor de Inschrijver in aanmerking wil komen.

## **8.3 Testen Polymeerproducten**

### **Algemeen**

Doel van de testen is het op locatie vaststellen welke proceswaarden, zoals ds% uitgaand en Pe verbruik in gr/kg ds product, de inschrijvers moeten gebruiken in hun aanbiedingen.

De testprocedure bestaat uit twee delen:

- Laboratorium test
- Praktijk test

De laboratorium test heeft als doel dat de Inschrijver vooraf een keuze kan maken welke twee PE soorten hij wil gebruiken bij de praktijktesten.

(...)'

- 1.4. Tussen 23 april en 16 juli 2015 heeft beklaagde acht nota's van inlichtingen gepubliceerd.
- 1.5. In de Nota van Inlichtingen 9 van 2 september 2015 is voor zover relevant de volgende vraag met bijbehorend antwoord opgenomen:

Vraag 1: De aanbestedende dienst is er op gewezen dat er geen motivering is opgenomen in de aanbestedingsleidraad omtrent het afwijken van de contractduur (standaard max. 4 jaar) van de Raamovereenkomst.

Antwoord: De motivering luidt als volgt: "De contractduur voor de overeenkomst Levering PE bedraagt als basis drie jaren. De waterschappen hebben het recht deze basiscontractduur vier maal te verlengen met een periode van één jaar. De totale contractduur bedraagt 84 maanden. Gezien de investering in het implementatietraject vanuit zowel leverancier als opdrachtgever (testen etc.) is een contractduur van langer dan 48 maanden gerechtvaardigd. De optie jaren biedt de waterschappen de mogelijkheid bij een gewijzigde marktsituatie na drie jaar de PE toch opnieuw in de markt te zetten. WRW kiest voor een totale contractduur van maximaal 48 maanden."

- 1.6. Klager heeft op 2 september 2015 voor het eerst bezwaar gemaakt tegen de duur van de raamovereenkomst. Naar aanleiding van het bezwaar en het publiceren van een nota van inlichtingen heeft beklagde de datum van inschrijving verschoven van 3 september 2015 naar 9 september 2015.
- 1.7. Per brief van 8 september 2015 heeft de raadsman van klager een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van beklagde. In die brief wordt verzocht de looptijd van de raamovereenkomsten terug te brengen tot maximaal vier jaar.

## **2. Beschrijving klacht**

### 2.1. Klachtonderdeel 1

De maximale looptijd voor een raamovereenkomst wordt overschreden.

### 2.2. Klachtonderdeel 2

De motivering voor de overschrijding van de maximale looptijd van de raamovereenkomst is te laat verstrekt.

### 2.3. Klachtonderdeel 3

De motivering voor de overschrijding van de maximale looptijd van de raamovereenkomst is ondeugdelijk.

### 2.4. Klachtonderdeel 4

De bezwaren van klager zijn gebrekkig door beklagde afgehandeld.

## **3. Onderbouwing klacht**

### 3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Voor raamovereenkomsten geldt ingevolge artikel 2.140, lid 3, Aw 2012 een maximale looptijd van 4 jaar. In casu heeft de beoogde raamovereenkomst (met de opties tot verlenging) een totale duur van 7 jaar. Hierdoor wordt de mededinging langer beperkt of vervalst dan nodig c.q. wordt oneigenlijk gebruik gemaakt van de raamovereenkomst. Klager wijst in dat kader op een uitspraak van de V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant van 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951.

3.1.2. Een langere looptijd dan 4 jaar is volgens artikel 2.140, lid 3, Aw 2012 alleen mogelijk in uitzonderingsgevallen, en louter voor zover die deugdelijk zijn gemotiveerd, hetgeen bij deze aanbesteding beide niet aan de orde is. Hierdoor wordt de mededinging onnodig lang uitgesloten. Dit beperkt niet alleen de concurrentie, maar heeft ook tot gevolg dat productontwikkeling en innovaties in productontwikkeling niet of nauwelijks meer ter hand zullen worden genomen, hetgeen niet de bedoeling kan zijn en ook niet in het belang van de aanbestedende dienst is. Het op regelmatige basis aanbesteden van polyelectrolyet kan ook in andere opzichten in het voordeel van de aanbestedende dienst(en) zijn. Zo kan het zuiveringsslib bijvoorbeeld een andere samenstelling krijgen waardoor de inzet van een ander type polyelectrolyet gewenst is en tot betere resultaten leidt, of omdat de marktpartijen hun producten gunstiger kunnen aanbieden als gevolg van gewijzigde marktomstandigheden. Dit terwijl artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 nota bene bepaalt dat op aanbestedende diensten de verplichting rust om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te realiseren.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

De motivering voor het afwijken van de wettelijke termijn voor raamovereenkomsten is voor het eerst in de Nota van Inlichtingen van 2 september 2015 gegeven, derhalve pas ná het bezwaar van klager, en niet in de Aankondiging van de opdracht. Het is de vraag of een dergelijke relevante overweging wel voor het eerst in de Nota van Inlichtingen mag worden gegeven. Klager verwijst hiervoor naar een aantal adviezen van de Commissie over een gegeven motivering in de Nota van Inlichtingen en de status van de Nota van Inlichtingen, onder andere de adviezen 53, 62 en 125. De desbetreffende adviezen zien echter niet op de motivatie als bedoeld in artikel 2.140, lid 3, Aw 2012, zodat onduidelijk is of die motivatie eerst in de Nota van Inlichtingen mag worden gegeven.

### 3.3. Klachtonderdeel 3

3.3.1. Indien de motivering om af te wijken van de maximale looptijd voor een raamovereenkomst al in de Nota van Inlichtingen mocht worden gegeven, dan is er geen sprake van een uitzonderingsgeval als bedoeld in artikel 2.140, lid 3, Aw 2012, dan wel van een motivering die de beslissing om af te wijken van de wettelijke termijn kan dragen.

3.3.2. Er bestaat veeleer het vermoeden dat de aanbestedende dienst bij voorkeur langdurige overeenkomsten aangaat, omdat aanbestedingen als deze door de aanbestedende dienst als "lastig" worden ervaren. Het is echter niet voor niets dat in artikel 2.141, Aw 2012 een "anti-misbruikbepaling" is opgenomen.

3.3.3. In uitzonderlijke gevallen is afwijking van de wettelijke termijn toegestaan, mits deugdelijk gemotiveerd. In de Kamerstukken (Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 96) staat: 'Hoe langer de looptijd van de raamovereenkomst is, hoe zwaarder de eisen zijn die aan de motivering worden gesteld.' In de motivering zal tenminste moeten worden aangegeven waarom een langere looptijd noodzakelijk en proportioneel is. Dat is in casu niet of onvoldoende gebeurd, én bovendien niet aan de orde.

3.3.4. In paragraaf 8.3 van de Inschrijvingsleidraad is de testprocedure beschreven. Wordt voldaan aan de minimumeisen, dan mag de gegadigde een offerte indienen, waarna twee leveranciers op basis van EMVI worden geselecteerd om uit te maken wie zal leveren. Waar gebruikelijk is en was dat testmateriaal bij het halen van de minimumeisen wordt vergoed, wordt dat hier niet gedaan.

- 3.3.5. De aanbestedende dienst stelt 'kosten te moeten maken om te komen tot het juiste product voor de juiste locatie', zonder dat nader te onderbouwen. Die kosten moeten altijd worden gemaakt, nu het zonder voorafgaande testen onmogelijk is om polyelectrolyet in te zetten (dat is in het verleden ook altijd zo geweest). Daar staat tegenover dat de aanbestedende dienst minimaal 12 productiedagen gratis testmateriaal ontvangt (ter waarde van enkele duizenden euro's) en deze procedure dus ook kostenvoordelen meebrengt.
- 3.3.6. Evenmin is sprake van een ongebruikelijke duur en complexiteit van de aanbestedingsprocedure.
- 3.4. Klachtonderdeel 4
- 3.4.1. In de Nota van Inlichtingen van 2 september 2015 en dus pas ná het bezwaar van klager (eveneens 2 september 2015) is de aanbestedende dienst alleen ingegaan op het bezwaar dat voor het afwijken van de wettelijke contractduur in de "Uitnodiging tot Inschrijving" geen motivering was gegeven. Vervolgens is in die Nota van Inlichtingen voor die afwijking alsnog een "motivering" gegeven. Voor het overige is geen reactie ontvangen op het bezwaar van 2 september 2015 tegen de voorgenomen contractduur van de raamovereenkomst, van in totaal zeven jaar, en is daarop in diezelfde Nota van Inlichtingen ten onrechte niet ingegaan. Het bezwaar tegen de voorgenomen contractduur zelf is ook niet gepubliceerd. Daarop is pas voor het eerst na ontvangst van de klachtbrief van 8 september 2015 ingegaan.
- 3.4.2. Pas in de reactie op de klacht wordt gesteld dat naar de mening van de klachtencommissie een deugdelijke motivering is gegeven voor de gekozen langere looptijd. Daarmee heeft de aanbestedende dienst de geuite bezwaren niet tijdig en op juiste wijze in behandeling genomen en beantwoord. Klager heeft haar bezwaren nog vóór inschrijving aan de aanbestedende dienst kenbaar gemaakt, zodra zij bekend was met het feit dat het aangaan van een raamovereenkomst voor een langere duur dan 4 jaar in strijd is met de wet. Het "Grossmann-verweer" in de brief van de klachtencommissie van 8 september 2015 gaat ook niet op, nog los van het feit dat aanbestedende diensten bij aanbestedingen hoe dan ook de wettelijke bepalingen in acht moeten nemen.

#### **4. Reactie beklagde**

##### 4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. Er wordt door klager gesproken over het onnodig lang uitsluiten van mededinging, concurrentiebeppering en het feit dat productontwikkeling en innovaties stagneren. Het feit dat, mede gezien ervaringen uit het verleden, er zes inschrijvers zich hebben gemeld voor deze aanbesteding (grotendeels dezelfde als voorgaande jaren en bij overige [gelijksoortige organisaties]), is de markt maximaal vertegenwoordigd. Voorts zijn vijf van de zes inschrijvers voorlopig gegund om toe te treden tot de raamovereenkomst, daarbij is beklagde de mening toegedaan dat productontwikkeling, innovaties en/of concurrentiebeppering geen beperkende factor is, zoals door klager wordt beweerd. Ander gegeven is dat de afgelopen 4 jaar er niet een dusdanige innovatie of productontwikkeling is geweest, waarbij de veronderstelling bestaat dat die wordt misgelopen.
- 4.1.2. Beklaagde vindt dat er geen overeenkomst is tussen het onderhavige geval en de door klager genoemde zaak in de uitspraak van de Vzr. Rb. Zeeland-West Brabant van 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951.

#### 4.2. Klachtonderdeel 2

- 4.2.1. De motivering is tijdig – zes dagen voor de inschrijving – gegeven. De motivering had in een eerder stadium in de aanbestedingsstukken gegeven moeten worden. Echter, na publicatie van op 2 april 2015 heeft geen enkele partij binnen de daarvoor geldende termijn over de duur van de raamovereenkomst en de ontbrekende motivering vragen gesteld. Het had op de weg van klager gelegen proactief te zijn en in een eerder stadium beklagde op de hoogte te stellen en niet twee dagen voordat de inschrijvingen gedaan konden worden. Indien de langere duur van de raamovereenkomst daadwerkelijk een halszaak was geweest voor klager dan had hij dit direct na het lezen van de aanbestedingsstukken moeten aangeven. Dit is ook wat van een goed geïnformeerde inschrijver in het aanbestedingsproces verlangd en verwacht mag worden. Deze dient de aanbestedende dienst tijdig op de hoogte te stellen van eventuele onvolkomenheden in de procedure. Nu had klager op het moment dat hij zijn klacht kenbaar maakte inmiddels al verschillende kostbare (voor zowel klager als beklagde) proeven gedaan. Klager heeft hiermee de spelregels en de voorwaarden de facto geaccepteerd.

#### 4.3. Klachtonderdeel 3

- 4.3.1. In het implementatietraject moeten investeringen worden gedaan. Deze investeringen betreffen alle kosten die gemaakt moeten worden om tot een gedegen keuze te komen van het juiste product voor elke locatie. Daarvoor dienen door alle aan de aanbesteding deelnemende partijen op alle testlocaties testen te worden uitgevoerd, waarmee aanzienlijke kosten zijn gemoeid, zowel aan de zijde van beklagde als alle inschrijvers. De duur en complexiteit van dit aanbestedingstraject sinds 2 april 2015 toont dan ook aan dat een langere looptijd van de raamovereenkomst gerechtvaardigd is.
- 4.3.2. Doordat de testperiode, om te komen tot de beste twee partijen, onderdeel uitmaakt van het aanbestedingsproces is de duur van publicatie tot aan indienen 5 maanden. Daar waar bij de vorige aanbesteding de testen telkens per locatie plaatsvonden, waardoor er voor bijvoorbeeld [X] na 4 jaar nog steeds 2 van de 27 installaties niet in minicompetitie waren gegund.

#### 4.4. Klachtonderdeel 4

Een formeel bezwaar kan alleen via de kort geding rechter lopen. Het bezwaar dat klager via TenderNed op 2 september 2015 heeft ingediend heeft juridisch geen officiële status waarop via een bepaalde voorgeschreven manier gereageerd hoeft te worden. Er is dan ook volgens beklagde adequaat gereageerd op de melding van klager via een extra Nota van Inlichtingen. Daarbij wordt nogmaals benadrukt dat het moment waarop klager met haar bezwaar kwam zeer ongelukkig was, buiten de termijn voor het stellen van vragen en vlak voor de inschrijvingstermijn, terwijl zij al drie maanden op de hoogte was van het ontbreken van de motivering voor de langere duur van de raamovereenkomst.

### **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbesteding heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: delen 1 en 2 Aw 2012.
- 5.2. De Commissie is van oordeel dat, gelet op de sterke samenhang tussen de klachtonderdelen, zij zich lenen voor gezamenlijke behandeling. In wezen komen de klachtonderdelen er immers op neer dat beklagde heeft gehandeld in strijd

met art. 2.140, derde lid, Aw 2012 door een raamovereenkomst aan te besteden met een looptijd van meer dan vier jaar.

- 5.3. Beklaagde bestaat uit vier aanbestedende diensten [A1], [A2], [A3] en [A4] die samenwerken bij het gezamenlijk uitvoeren van een aanbesteding. Uit de in 1.2 weergegeven passages uit de Inschrijvingsleidraad blijkt dat [A4] voornemens is om raamovereenkomsten met een looptijd van maximaal 48 maanden te sluiten, overeenkomstig het bepaalde in art. 2.140, derde lid, Aw 2012. Dat betekent dat de klacht jegens [A4] ongegrond is.
- 5.4. In het hiernavolgende worden met "beklaagde" dan ook alleen de aanbestedende diensten [A1], [A2] en [A3] bedoeld.
- 5.5. Beklaagde heeft zich in haar reactie op de klacht op het standpunt gesteld dat klager haar eerder op de hoogte had moeten stellen van haar bezwaren tegen de (te) lange looptijd van de raamovereenkomst. De Commissie beoordeelt dat standpunt als volgt.
  - 5.5.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt voor een geval als het onderhavige in dat een onderneming die voornemens is op de opdracht in te schrijven – mogelijke – onduidelijkheden of onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken bij de aanbestedende dienst moet signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbestedende dienst daarmee in staat wordt gesteld (de gevolgen van) een mogelijke inbreuk op het van toepassing zijnde recht ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
  - 5.5.2. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 2.5 van de Inschrijvingsleidraad door onder andere te bepalen dat een inschrijver die verplichting dient na te komen door "onvolkomenheden, procedurefouten, tegenstrijdigheden constateren en/ of eventuele bezwaren (...) kenbaar [te] maken tezamen met uw vragen in de Nota van Inlichtingen" en dat deze vragen moeten worden ingediend "op de uiterste termijn voor het stellen van vragen, conform de planning in paragraaf 2.4, op TenderNed" (zie 1.3 hiervoor). Uit die planning blijkt vervolgens dat de hiervoor bedoelde uiterste termijn afliep op 6 juli 2015.
  - 5.5.3. Vaststaat dat klager haar bezwaren tegen de (te) lange looptijd van de raamovereenkomst pas op 2 september 2015 aan beklagde kenbaar heeft gemaakt. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat klager – gelet op de in de planning voorziene uiterste termijn voor het stellen van vragen – haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip in de aanbestedingsprocedure naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook overigens niet in waarom klager die bezwaren niet eerder naar voren had kunnen brengen. Uit de in 1.2 weergegeven passage uit de Aankondiging blijkt immers dat potentiële inschrijvers vanaf het allereerste moment bekend waren met de door beklagde vastgestelde looptijd van de raamovereenkomsten van maximaal 84 maanden.
  - 5.5.4. Naar het oordeel van de Commissie heeft klager haar in 5.5.1 hiervoor bedoelde verplichting dan ook niet nageleefd. Dat betekent dat zij in dit stadium niet meer kan opkomen tegen de mogelijke inbreuk van beklagde op art. 2.140, derde lid, Aw 2012.
- 5.6. Het voorgaande laat echter onverlet dat de Commissie ten overvloede nog het volgende overweegt met betrekking tot de vraag of beklagde heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 2.140, derde lid, Aw 2012.



5.6.1. In artikel 2.140, derde lid, Aw 2012 is het volgende bepaald:

'De looptijd van een raamovereenkomst is niet langer dan vier jaar, behalve in uitzonderingsgevallen die deugdelijk gemotiveerd zijn.'

5.6.2. Tussen partijen staat niet ter discussie dat beklagde haar keuze voor het aangaan van een raamovereenkomst met een looptijd langer dan vier jaar pas heeft gemotiveerd in een Nota van Inlichtingen (zie 1.5 hiervoor).

5.6.3. In Afdeling 2.4.1 Aw 2012 is geen nadere invulling gegeven aan de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst. In het bijzonder is niet geregeld in welk stadium van de aanbestedingsprocedure de aanbestedende dienst inzicht moet geven in de motivering van zijn beslissing om te kiezen voor een raamovereenkomst met een looptijd langer dan vier jaar. Art. 32 Richtlijn 2004/18/EG en art. 33 Richtlijn 2014/24/EU voorzien evenmin in een dergelijke regeling.

5.6.4. In de Memorie van Toelichting wordt bij art. 2.140, derde lid, Aw 2012 de volgende toelichting gegeven (Kamerstukken II, 32 440, nr. 3, pag. 96):

'Het is mogelijk om een raamovereenkomst met een langere looptijd te sluiten, maar dat moet deugdelijk gemotiveerd worden (artikel 2.139, derde lid [*na her Nummering artikel 2.140, derde lid, Commissie*]). Hoe langer de looptijd van de raamovereenkomst is, hoe zwaarder de eisen zijn die aan de motivering worden gesteld. Bij raamovereenkomsten met een langere looptijd wordt immers voor langere tijd de mededinging uitgesloten. Op grond van artikel 2.140 [*na her Nummering artikel 2.141, Commissie*] is het niet toegestaan de raamovereenkomst daarvoor te gebruiken. In de motivering zal in ieder geval moeten worden aangegeven waarom in dat specifieke geval de langere looptijd noodzakelijk en proportioneel is.'

5.6.5. De Commissie zal bij de beantwoording van de in 5.6 hiervoor gestelde vraag uitgaan van bovenstaande toelichting.

5.6.6. De verplichting om het aanbesteden van een raamovereenkomst met een looptijd van meer dan vier jaar deugdelijk te motiveren heeft tot doel te bewerkstelligen dat aanbestedende diensten alleen bewust kiezen voor een dergelijke looptijd, na een afweging van enerzijds het belang van een goede mededinging en anderzijds het belang van de aanbestedende dienst om voor een langere looptijd te kiezen. De Commissie overweegt dat die belangenafweging moet plaatsvinden vóórdat de beslissing om voor een langere looptijd te kiezen wordt genomen. De Commissie overweegt verder dat de aanbestedende dienst die belangenafweging in een zo vroeg mogelijk stadium inzichtelijk moet maken voor alle ondernemingen die in de raamovereenkomst kunnen zijn geïnteresseerd.

5.6.7. De Commissie is dan ook van oordeel dat de keuze van de looptijd van een raamovereenkomst een bewuste beslissing is, waarvan de motivering moet worden opgenomen in de aankondiging van de opdracht dan wel in het beschrijvend document in geval van een openbare procedure respectievelijk de selectieleidraad in het geval van een niet-openbare procedure. Wanneer die motivering ontbreekt, moet worden aangenomen dat de aanbestedende dienst de in 5.6.6 beschreven belangenafweging niet heeft gemaakt en dat de keuze voor een langere looptijd dan vier jaar derhalve onrechtmatig is geweest.

5.6.8. Wanneer de aanbestedende dienst door een potentiële gegadigde of inschrijver tijdig gewezen wordt op het ontbreken van de motivering, heeft hij twee moge-

lijkheden: alsnog de looptijd verkorten tot maximaal vier jaar of de procedure staken.

- 5.6.9. De Commissie is tot slot van oordeel dat de door beklagde gegeven motivering (zie 1.5) niet deugdelijk is om twee redenen. In de eerste plaats wordt in die motivering gesteld dat voor een looptijd van meer dan 48 maanden is gekozen omdat leveranciers hun investeringen in het implementatietraject moeten terugverdienen. Uit diezelfde motivering blijkt echter dat er sprake is van een vaste contractperiode van 3 jaar met vier opties tot verlenging met één jaar. De gegarandeerde terugverdientijd is derhalve geen zeven jaar maar slechts drie jaar. In de tweede plaats wordt in de motivering niet duidelijk gemaakt wat het verschil tussen de percelen van enerzijds [A1], [A2] en [A3] en anderzijds de percelen van [A4] is, waardoor het met betrekking tot de laatstgenoemde percelen niet nodig is om een looptijd van meer dan vier jaar vast te stellen.

## 6. Advies

Beklaagde heeft gehandeld in strijd met art. 2.140, derde lid, Aw 2012. Dat klager haar daartegen gerichte bezwaren pas op 2 september 2015 aan beklagde kenbaar heeft gemaakt, doet geen afbreuk aan die conclusie. Wel heeft klager daarmee een onvoldoende proactieve houding aangenomen en dat staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog kan opkomen tegen het handelen van beklagde. De Commissie acht de klacht **ongegron**d.

## 7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 11 maart 2016

w.g.:

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid