

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 323

### 1. Feiten

- 1.1. Op 14 oktober 2014 heeft beklagde een nationale openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor vier raamovereenkomsten met één onderneming (per raamovereenkomst). De vier raamovereenkomsten – die elk één perceel vertegenwoordigen – hebben betrekking op het uitvoeren van binnenschilderwerk. Beklaagde heeft het ARW 2012 op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard.
- 1.2. In paragraaf 1.4.4 (“UAV 2012”) van het Beschrijvend Document is het volgende bepaald:

‘De “Uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012” verder te noemen de UAV 2012 (Bijlage 3), zijn van toepassing op de af te sluiten raamovereenkomsten, behalve voor zover daarvan in de aanbestedingsstukken is afgeweken.’
- 1.3. In paragraaf 2.1.9 (“Wijze van inschrijving”) van het Beschrijvend Document is onder andere het volgende bepaald:

‘Een inschrijver kan in principe (...) slechts maximaal één perceel daadwerkelijk gegund krijgen, zie paragraaf 3.3.3.’
- 1.4. In paragraaf 3.3.3 (“Rangschikking”) van het Beschrijvend Document is onder andere het volgende bepaald:

‘De aanbesteder zal niet meer dan één perceel gunnen aan één en dezelfde inschrijver, behoudens in die gevallen waarin hij de enige inschrijver (al dan niet) op meer dan één perceel is.’
- 1.5. In Bijlage 2 (“Concept raamovereenkomst”) van het Beschrijvend Document is in artikel 8 (“Overdracht rechten en plichten”) het volgende bepaald:

‘Opdrachtnemer is niet gerechtigd de uit de raamovereenkomst c.q. Nadere Opdrachten voortvloeiende rechten en verplichtingen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Opdrachtgever aan een derde over te dragen. Opdrachtgever kan aan deze toestemming voorwaarden verbinden.’
- 1.6. Klager heeft aan de onderhavige aanbestedingsprocedure deelgenomen. Blijkens de mededeling van de gunningsbeslissing van 25 november 2014 kwam zij echter niet voor gunning van een van de vier raamovereenkomsten in aanmerking.
- 1.7. Beklaagde heeft in december 2014 met betrekking tot perceel 2 een raamovereenkomst gesloten met X. Met betrekking tot perceel 4 heeft zij een raamovereenkomst gesloten met Y.
- 1.8. Op 24 maart 2015 is Y in staat van faillissement verklaard.

1.9. Beklaagde heeft klager op 4 augustus 2015 per e-mail het volgende bericht:

'Perceel 4 is door de curator [*van Y, Commissie*] geveild onder de drie gegunde partijen van perceel 1 t/m 3. [X] heeft inzake het faillissement van [Y] het hoogste bod uitgebracht op de raamovereenkomst.'

1.10. In reactie op het voorgaande bericht heeft klager op 7 augustus 2015 per e-mail onder andere het volgende aan beklagde bericht:

'[Klager] had graag mee willen dingen naar Perceel 4 maar u geeft aan dat dit werk door de curator in het faillissement van [Y] is geveild onder de 3 andere partijen. [Klager] vraagt zich af hoe dit mogelijk is. Voor zover zij weet is er geen herzieningsclausule in de raamovereenkomst opgenomen en bovendien geeft het beschrijvend document aan dat de inschrijver in principe slechts maximaal 1 perceel gegund kan krijgen.'

1.11. Beklaagde heeft in reactie op het voorgaande bericht klager op 24 augustus 2015 per e-mail onder andere het volgende laten weten:

'Met de gunning van de raamovereenkomst aan [Y] en de drie andere perceelhouders is de aanbestedingsprocedure (...) afgesloten. Door het faillissement van [Y] was [Beklaagde] genoodzaakt en op grond van de toepasselijke voorwaarden gerechtigd de overeenkomst met [Y] te beëindigen en een nieuwe overeenkomst voor de uitvoering van de werkzaamheden onder perceel 4 aan te gaan met een andere partij. Op het gunnen van een nieuwe overeenkomst is de Aanbestedingswet 2012 van toepassing. De bepalingen uit de oorspronkelijke aanbesteding zijn niet meer van toepassing aangezien het een nieuwe overeenkomst/opdracht betreft. Op grond van de Aanbestedingswet is voor het gunnen van een overeenkomst met de waarde zoals die voor perceel 4 is geraamd een meervoudig onderhandse aanbesteding proportioneel. Een veiling van de overeenkomst onder meerdere partijen is naar het oordeel van [Beklaagde] gelijkwaardig aan een onderhandse aanbesteding. Op basis van het resultaat van de door de curator gehouden veiling onder de contractanten voor de andere percelen is de nieuwe overeenkomst gegund aan [X]. Hiermee is de opdracht naar het oordeel van [Beklaagde] in overeenstemming met de Aanbestedingswet gegund.'

1.12. In reactie op het voorgaande bericht heeft klager op 25 augustus 2015 per e-mail onder andere het volgende aan beklagde bericht:

'U geeft aan: "*Op grond van de Aanbestedingswet is voor het gunnen van een overeenkomst met de waarde zoals die voor perceel 4 is geraamd een meervoudig onderhandse aanbesteding proportioneel.*" De opdracht is in eerste instantie niet onderhands aanbesteed maar juist openbaar (mede i.v.m. de waarde). Kunt u dit nader toelichten en mij aangeven op welke artikelen het standpunt van [Beklaagde] is gebaseerd?'

1.13. Beklaagde heeft op 25 augustus 2015 in antwoord op de voorgaande vraag per e-mail onder andere het volgende aan klager bericht:

'De totale waarde van de overeenkomsten die met de aanbesteding (...) [*in 2014, Commissie*] in de markt zijn gezet bedroeg (over de totale looptijd incl. mogelijke verlengingen en voor alle percelen gezamenlijk) meer dan € 1.500.000. Op grond van paragraaf 3.4 van de Gids Proportionaliteit (...) is voor de opdrachten/overeenkomsten voor werken vanaf € 1.500.000 een openbare aanbesteding proportioneel. Daarom is door [Beklaagde] indertijd een openbare aanbesteding uitgevoerd.'

Nu na het faillissement van [Y] slechts één perceel opnieuw diende te worden gecontracteerd is voor de bepaling van de marktbenadering de waarde van die betreffende overeenkomst in beschouwing genomen. Hieruit volgde dat een meervoudig onderhandse procedure proportioneel was.'

- 1.14. In reactie op het voorgaande bericht heeft klager op 28 augustus 2015 per e-mail onder andere het volgende aan beklagde bericht:

'In uw laatste e-mail (...) geeft u niet aan wat de resterende waarde van Perceel 4 is. (...) Graag ontvang ik (...) een volledige uitleg over de meervoudige onderhandse procedure die is uitgevoerd met betrekking tot Perceel 4 na het faillissement van [Y]. De curator in het faillissement weigert tevens om openheid van zaken te geven.

[Klager] is aldus van mening dat er na het faillissement wederom een openbare aanbesteding had plaats moeten vinden zodat andere partijen hadden kunnen participeren. Het beschrijvend document geeft immers aan dat de inschrijver in principe slechts maximaal 1 perceel gegund kan krijgen. [X] heeft nu twee percelen gegund gekregen. Daarnaast is er geen herzieningsclausule in de raamovereenkomst opgenomen zodat het niet mogelijk is om een perceel na faillissement zonder een procedure zonder waarborgen aan een derde te gunnen.'

- 1.15. Beklaagde heeft op 2 september 2015 een brief aan klager gestuurd waarin zij haar stellingen – zoals uiteengezet in haar e-mails van 4, 24 en 25 augustus 2015 – heeft herhaald. In aanvulling daarop heeft beklagde in die brief het volgende aan klager laten weten:

'Op grond van de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit is het proportioneel om de (nieuwe) opdracht te gunnen via een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure. Het betreft immers een opdracht voor werken waarvan de (resterende) waarde op de datum van het faillissement van [Y] circa € 200.000 bedroeg (...). [Beklaagde] heeft daarmee gehandeld in overeenstemming met de toepasselijke aanbestedingsregels en was niet gehouden om voor de nieuwe opdracht een openbare aanbestedingsprocedure uit te schrijven.'

- 1.16. In reactie op het voorgaande bericht heeft klager op 29 september 2015 per e-mail onder andere het volgende aan beklagde bericht:

'[Klager] is van mening dat deze deelopdracht niet is aan te merken als een opdracht voor werken maar als een opdracht voor diensten. [Beklaagde] heeft de totale aanbesteding eerder tot "Werk" bestempeld maar omdat later een deel van het schilderwerk opnieuw aanbesteed wordt, gelden de regels voor "Diensten".

De drempel voor het Europees aanbesteden bij "Diensten" ligt bij € 207.000. De resterende waarde van het perceel bedroeg ongeveer 2 ton. Dat bedrag wordt nergens onderbouwd (...). [Klager] betwist dit dan ook. Zelfs indien blijkt dat de waarde net onder de drempel ligt, is een nationale openbare aanbesteding volgens de Gids Proportionaliteit de juiste weg. (...) Het heeft er de schijn van dat de curator – met toestemming van [Beklaagde] – voor de makkelijkste en snelste weg heeft gekozen.'

- 1.17. Beklaagde heeft op 12 oktober 2015 per e-mail haar stellingen – zoals uiteengezet in haar e-mails van 4, 24 en 25 augustus en 2 september 2015 – herhaald. In aanvulling daarop heeft beklagde in die e-mail onder andere het volgende aan klager laten weten:

'[Beklaagde] heeft de oorspronkelijke opdracht terecht aangemerkt als een overheidsopdracht voor werken. Immers, de opdracht valt onder CPV-code 45440000 ("Schilderen en glaszetten") en valt daarmee op grond van Richtlijn 2004/18/EG aan te merken als een werk. Deze categorie omvat onder meer "het schilderen van het binnen- en buitenwerk van gebouwen"). De vier separate percelen vallen ieder voor zich binnen deze categorie. Door [Klager] is overigens nooit bezwaar gemaakt tegen het feit dat [Beklaagde] de opdracht heeft aangemerkt als werk.'

## **2. Beschrijving klacht**

- 2.1. Beklaagde had de aan Y opgedragen raamovereenkomst met betrekking tot perceel 4 na het faillissement van Y opnieuw moeten aanbesteden, hetzij door middel van een openbare procedure, hetzij door middel van een daadwerkelijke meervoudig onderhandse procedure, in plaats van die raamovereenkomst door de curator van Y te laten veilen.
- 2.2. Nog afgezien van het voorgaande had beklagde die raamovereenkomst ook overigens niet mogen sluiten met X – de opdrachtnemer van perceel 2 in de eerdere nationale openbare aanbestedingsprocedure – aangezien elke inschrijver in die aanbestedingsprocedure maximaal één perceel gegund kon krijgen.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Omdat Y is gefailleerd, moest er een nieuwe opdrachtnemer worden gevonden. Beklaagde heeft de resterende waarde van perceel 4 als uitgangspunt genomen, welke resterende waarde volgens beklagde ongeveer € 200.000 bedroeg. Beklaagde heeft hiervan geen onderbouwing met stukken gegeven zodat het onduidelijk is of deze waarde juist is.
- 3.2. Conform Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit dient een aanbestedende dienst per opdracht te beziën welke aanbestedingsprocedure geschikt en proportioneel is en dient hij daarbij in ieder geval acht te slaan op de in dat voorschrift genoemde aspecten.
- 3.3. Beklaagde meent dat er sprake is van een nieuwe opdracht waarbij de voorwaarden uit de oorspronkelijke openbare aanbesteding niet meer van toepassing zijn. Dit standpunt is volgens klager onjuist. Er is geen sprake van een nieuwe opdracht, het betreft immers dezelfde opdracht (perceel 4) onder gelijke voorwaarden. Indien er sprake zou zijn van totaal andere voorwaarden zou beklagde handelen in strijd met haar eigen voorwaarden en eisen aan de inschrijver en in strijd met de proportionaliteit. In het geval dit een nieuwe opdracht betreft, had zij zeker opnieuw moeten aanbesteden. Klager wil graag weten onder welke voorwaarden deze opdracht is aanbesteed. Het is van belang dat beklagde een procedure kiest die aansluit bij het onderwerp en het karakter van de markt (veel aanbieders). De waarde van de opdracht geeft daarbij niet de doorslag. Klager meent dat Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit is geschonden.
- 3.4. Beklaagde meent dat zij voor de nieuwe opdracht een meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure heeft mogen kiezen en dat een veiling door de curator onder de opdrachtnemers van percelen 1, 2 en 3 vergelijkbaar is met een dergelijke procedure. Klager deelt dit standpunt niet. Volgens Voorschrift 3.4 B Gids Proportionaliteit en het ARW 2012 kiest de aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria de ondernemers die mogen inschrijven. In dit geval is niet op basis van objectieve criteria gekozen voor de opdrachtnemers van percelen 1, 2 en 3 en is dit ook niet door beklagde gebeurd maar door de curator. De curator

is niet de aanbestedende dienst. Daarbij komt nog dat in het Beschrijvend Document in paragraaf 2.1.9 is bepaald dat een inschrijver in principe slechts maximaal 1 perceel daadwerkelijk gegund kan krijgen. Het lijkt er sterk op dat beklagde er zich gemakkelijk vanaf heeft willen maken door de curator het schilderwerk te laten verkopen onder de 3 andere partijen die reeds een perceel gegund hebben gekregen. Klager meent dat een veiling absoluut niet gelijk is aan een meervoudig onderhandse procedure en dat beklagde de voorgeschreven procedure niet heeft gevolgd.

- 3.5. Tevens is van belang dat de raamovereenkomst geen herzieningsclausule bevat. In dat geval zou beklagde een grotere vrijheid hebben in het geval een opdrachtnemer de opdracht niet (meer) kan uitvoeren. Nu een dergelijke clausule ontbreekt, zal beklagde de voorgeschreven regels en procedures moeten volgen. Beklagde had openbaar moeten aanbesteden of daadwerkelijk een meervoudig onderhandse procedure moeten volgen, maar zij mocht geenszins een veiling laten organiseren door de curator onder 3 opdrachtnemers die reeds een perceel gegund hebben gekregen.
- 3.6. Klager is ook nog van mening dat er getwist kan worden over de definitie van de nieuwe opdracht, als er al sprake is van een nieuwe opdracht. Omdat het een resterend deel van het binnenschilderwerk betreft, kan dit als "dienst" gekwalificeerd worden. Beklagde heeft aangegeven dat de resterende waarde € 200.000 bedraagt, hetgeen net onder de drempel voor de verplichte Europees aanbesteding van overheidsopdrachten voor diensten ligt (€ 207.000).

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

- 4.1. De curator in het faillissement van Y heeft, met instemming van beklagde, de raamovereenkomst tussen beklagde en Y ter overname aangeboden aan de opdrachtnemers van de percelen 1, 2 en 3. X (de opdrachtnemer die perceel 2 gegund heeft gekregen) heeft vervolgens de raamovereenkomst van Y overgenomen. In dit kader is een overeenkomst tot overname gesloten tussen beklagde, de curator in het faillissement van Y en X. Daarbij heeft X alle rechten en verplichtingen uit de tussen beklagde en Y betreffende het werk gesloten raamovereenkomst overgenomen. Het werk wordt aldus door X uitgevoerd conform de voorwaarden als vermeld in de raamovereenkomst met betrekking tot perceel 4.
- 4.2. Voor zover klager klaagt over de keuze van de procedure, die er in heeft geresulteerd dat X de tussen beklagde en Y gesloten raamovereenkomst heeft overgenomen, betoogt beklagde het volgende.
  - 4.2.1. Met klager is beklagde van mening dat per opdracht moet worden bezien welke aanbestedingsprocedure geschikt en proportioneel is.
  - 4.2.2. Beklagde was door het faillissement van Y genoodzaakt om een nieuwe raamovereenkomst voor de uitvoering van de werkzaamheden (van perceel 4) aan te gaan. Gelet op het feit dat de oorspronkelijke opdracht, althans de vier percelen, reeds definitief gegund was, waren de bepalingen uit de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure niet meer van toepassing: er is sprake van een nieuwe overeenkomst/opdracht omdat de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure is afgesloten met de gunning van de raamovereenkomst aan X en de drie andere inschrijvers. Beklagde was daarom genoodzaakt om voor de opdracht betreffende perceel vier opnieuw te bezien welke aanbestedingsprocedure geschikt en proportioneel was.

- 4.2.3. Op het gunnen van een nieuwe overeenkomst/opdracht is de Aanbestedingswet 2012 van toepassing en op grond daarvan is, voor het gunnen van een opdracht voor werken met de waarde zoals die voor perceel 4 is geraamd, een meervoudig onderhandse procedure proportioneel. Klager stelt in haar klacht dat de opdracht "een resterend deel van het binnenschilderwerk betreft" en daarom als dienst kan worden gekwalificeerd. Beklaagde stelt dat de oorspronkelijke opdracht, ook voor wat betreft het oorspronkelijke perceel 4, kwalificeert als een opdracht voor werken en dat zij die in 2014 ook als zodanig heeft aangemerkt. Zij ziet dan ook niet in waarom de opdracht voor de werkzaamheden die onder het oorspronkelijke perceel 4 vallen nu ineens als een opdracht voor diensten zou moeten worden aangemerkt.
- 4.2.4. Er is sprake van een opdracht voor de uitvoering van een werk met een (resterende) waarde van circa € 200.000. Een meervoudig onderhandse procedure moet daarom op grond van de Gids Proportionaliteit voor een opdracht voor werken met een dergelijke omvang proportioneel worden geacht.
- 4.2.5. Beklaagde is voorts van mening dat het aanbieden van de raamovereenkomst tussen beklagde en Y aan meerdere partijen (drie) gelijkwaardig is aan een onderhandse procedure zodat de gunning van de opdracht daarmee in overeenstemming met de Aanbestedingswet 2012 is gegund. Dat het aanbod door de curator in het faillissement van Y is gedaan doet daar niets aan af. Immers, de curator heeft dit aanbod alleen kunnen doen met toestemming van beklagde. In artikel 8 van de raamovereenkomst is namelijk bepaald dat de uit de raamovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen door de opdrachtnemer kunnen worden overgedragen aan een derde, mits beklagde daaraan haar voorafgaande schriftelijke toestemming heeft gegeven. Dit betekent dat beklagde op grond van de raamovereenkomst, in tegenstelling tot wat klager stelt, wel degelijk de mogelijkheid had om na definitieve gunning een perceel (met alle daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen) aan een derde over te dragen op de wijze zoals zij dat heeft gedaan.
- 4.3. Voor zover klager klaagt over de keuze van de ondernemingen die zijn toegelaten tot de procedure, die er in heeft geresulteerd dat X de tussen beklagde en Y gesloten raamovereenkomst heeft overgenomen, betoogt beklagde het volgende.
- 4.3.1. Met klager is beklagde van mening dat zij op basis van objectieve criteria de keuze moet maken voor de ondernemers die mogen inschrijven op een opdracht. Volgens artikel 1.4 Aw 2012 dient een aanbestedende dienst de wijze waarop een overeenkomst tot stand komt te baseren op objectieve criteria. Beklaagde heeft gehandeld in overeenstemming met deze bepaling. Beklaagde heeft zich bij de keuze voor de gekozen procedure namelijk laten leiden door onder meer de grootte van de opdracht en de baten en de lasten van de procedure. Gelet op het feit dat het een opdracht voor werken betreft is de omvang daarvan relatief beperkt en achtte beklagde het niet proportioneel om hiervoor een openbare aanbestedingsprocedure op te starten. Dit zowel met het oog op de baten als met het oog op de lasten van de procedure. Gelet hierop heeft beklagde de curator in het faillissement van Y toestemming gegeven om de raamovereenkomst tussen haar en Y aan te bieden aan de opdrachtnemers van de percelen 1, 2 en 3.
- 4.3.2. Zoals hiervoor weergegeven is beklagde van mening dat de bepalingen uit de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure niet meer van toepassing zijn op de aan X gegunde opdracht voor de werkzaamheden van perceel 4. Indien en voor zover de Commissie van oordeel is dat dit wel het geval is, wordt nog opgemerkt dat beklagde in paragraaf 2.1.9 van het Beschrijvend Document heeft aangegeven dat een inschrijver in principe slechts één perceel gegund kan krijgen. Beklaagde

heeft daarmee het voorbehoud gecreëerd dat een inschrijver in voorkomend geval wel meer dan één perceel gegund kan krijgen.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. Op 14 oktober 2014 heeft beklagde een nationale openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor vier raamovereenkomsten met één onderneming (per raamovereenkomst). Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Afdeling 1.2.3 van de ten tijde van aankondiging van de raamovereenkomsten geldende Aw 2012, hoofdstuk 2 ARW 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Bij de beoordeling van de klacht stelt de Commissie het volgende voorop. Met haar in 2014 gemaakte keuze om de raamovereenkomsten aan te besteden op basis van de nationale openbare procedure, heeft beklagde zich op grond van artikel 1.12 en 1.13 Aw 2012 gebonden aan de beginselen van aanbestedingsrecht. De Commissie is van oordeel dat die gebondenheid mede inhoudt dat het beklagde in beginsel niet vrijstond – behoudens de hierna in 5.5 nog te bespreken uitzondering – één (of meer) van die raamovereenkomsten na gunning daarvan wezenlijk te wijzigen, zonder die raamovereenkomst opnieuw aan te besteden op basis van een openbare procedure (vgl. Rb. Den Haag (vzr.) 30 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO9252, r.o. 4.14; vgl. ook met betrekking tot een meervoudig onderhandse procedure Hof Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2466, r.o. 8).
- 5.3. De Commissie stelt vast dat beklagde in het kader van de hiervoor bedoelde nationale openbare procedure de raamovereenkomst voor perceel 4 aan Y heeft gegund en dat beklagde – na het faillissement van Y – er mee heeft ingestemd dat de curator van Y de uit die raamovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen aan X heeft overgedragen. Dat betekent dat er tijdens de uitvoering van de raamovereenkomst voor wat betreft perceel 4 een wijziging van de opdrachtnemer heeft plaatsgevonden.
- 5.4. Naar het oordeel van de Commissie dient een dergelijke wijziging naar analogie van de regels die gelden in het geval van een Europese aanbestedingsprocedure zowel naar oud recht – het recht dat gold ten tijde van de vervanging van Y door X – als naar huidig recht in beginsel als een wezenlijke wijziging van de opdracht te worden gekwalificeerd. Zie voor het oude recht: HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (Pressetext), r.o. 40; Rb. Den Haag (vzr.) 24 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1636, r.o. 3.5; Rb. Den Haag (vzr.) 24 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1638, r.o. 3.4; Rb. Limburg 17 mei 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482, r.o. 4.3. Anders: Rb. Amsterdam (vzr.) 24 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3388, r.o. 4.17. Zie voor het huidige recht: artikel 72, vierde lid onder d, Richtlijn 2014/24/EU, geïmplementeerd in artikel 2.163g, derde lid onder d, Aw 2012.
- 5.5. De Commissie stelt vast dat de in het geval van een Europese aanbestedingsprocedure geldende regels zowel naar oud recht als naar huidig recht (een) uitzondering(en) maken op het hiervoor genoemde beginsel.
  - 5.5.1. Naar oud recht is een vervanging van de opdrachtnemer in het kader van een Europese aanbestedingsprocedure toegestaan indien die mogelijkheid tot vervanging, evenals de wijze van toepassing daarvan, uitdrukkelijk is voorzien in de voorwaarden van de oorspronkelijk overeenkomst (zie HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P (Succhi di Frutta), r.o. 118 en HvJ EG 19 juni 2008, C-454/06 (Pressetext), r.o. 40; vgl. Rb. Den Haag (vzr.) 24 januari 2012,

ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1636, r.o. 3.5; Rb. Den Haag (vzr.) 24 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1638, r.o. 3.4; Rb. Limburg 17 mei 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:CA0482, r.o. 4.4). Ook naar huidig recht is de vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer in het kader van een Europese aanbestedingsprocedure in dat geval toegestaan, in die zin dat die mogelijkheid tot vervanging dan moet zijn voorzien in een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule die een omschrijving geeft van de omvang en de aard van de vervanging alsmede van de voorwaarden waaronder de mogelijkheid tot vervanging kan worden gebruikt en die niet voorziet in een vervanging die de algemene aard van de opdracht kan veranderen (zie artikel 72, vierde lid onder d *jo.* eerste lid onder d (i) *jo.* eerste lid onder a Richtlijn 2014/24/EU, geïmplementeerd in artikel 2.163g, derde lid onder d *jo.* artikel 2.163f, aanhef en onder a *jo.* artikel 2.163c Aw 2012). De Commissie gaat er van uit dat de Uniewetgever met deze formulering van de regel niet heeft beoogd een materiële wijziging aan te brengen ten opzichte van de regel die het Hof van Justitie heeft gegeven in zijn hiervoor genoemde jurisprudentie.

- 5.5.2. In aanvulling op de in 5.5.1 genoemde uitzonderingsgrond – en in zoverre biedt het huidige recht een verruiming ten opzichte van het oude recht (zie ook de annotatie van S. van den Boogaart bij Rb. Overijssel (vzr.) 2 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1948, JAAN 2016/161) – is de vervanging van de opdrachtnemer in het kader van een Europese aanbestedingsprocedure naar huidig recht eveneens toegestaan in het geval dat is voorzien in artikel 72, vierde lid onder d *jo.* eerste lid onder d (ii) Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.163g, derde lid onder d *jo.* artikel 2.163f, aanhef en onder b, Aw 2012: een nieuwe opdrachtnemer vervangt de opdrachtnemer, aan wie de aanbestedende dienst de raamovereenkomst oorspronkelijk had gegund, ten gevolge van 'rechtsopvolging onder algemene of bijzondere titel in de positie van de aanvankelijke opdrachtnemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming, waaronder door (...) insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de oorspronkelijk vastgestelde geschiktheidseisen, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen (...) meebrengt en dit niet gebeurt met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2 van deze wet.'
- 5.6. De Commissie overweegt dat aan de tweede uitzonderingsgrond (zie 5.5.2 hiervoor) in het kader van de verdere beoordeling van de onderhavige klacht geen betekenis toekomt. Nog daargelaten dat op deze uitzonderingsgrond nog geen beroep kon worden gedaan onder het oude recht, zoals dat gold ten tijde van de vervanging van Y door X, is in het onderhavige geval ook overigens niet aan de toepassingsvereisten van die uitzonderingsgrond voldaan: de vervanging van Y door X houdt immers geen verband met een herstructurering van de onderneming van Y (zie ook considerans (110) Richtlijn 2014/24/EU. Anders: Rb. Overijssel (vzr.) 2 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1948, r.o. 4.12 *in fine*).
- 5.7. Daarmee komt enkel nog de eerste uitzonderingsgrond (zie 5.5.1 hiervoor) voor verder onderzoek in het kader van de beoordeling van de onderhavige klacht in aanmerking. De Commissie is van oordeel – naar analogie van de in 5.5.1 weergegeven regel die geldt in het geval van een Europese aanbestedingsprocedure – dat de vervanging van Y door X is toegestaan indien die vervanging haar grondslag vindt in een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule die is voorzien in de oorspronkelijke raamovereenkomst en die voldoet aan de in 5.5.1 hiervoor genoemde randvoorwaarden.
- 5.8. De Commissie stelt vast dat de overdracht aan X – door de curator van Y en met instemming van beklagde – van de uit de oorspronkelijke raamovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van Y heeft plaatsgevonden op basis van artikel 8 van de Concept raamovereenkomst in Bijlage 2 van het Beschrij-

vend Document (zie 1.5 hiervoor). De Commissie gaat er van uit dat die bepaling na afronding van de nationale openbare aanbestedingsprocedure is overgenomen in de definitieve raamovereenkomst die beklaagde in december 2014 met betrekking tot perceel 4 met Y heeft gesloten. Dit artikel bepaalt dat de opdrachtnemer niet gerechtigd is de uit de raamovereenkomst of nadere opdrachten voortvloeiende rechten en verplichtingen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van beklaagde aan een derde over te dragen en dat beklaagde aan deze toestemming voorwaarden kan verbinden.

- 5.9. De te beantwoorden vraag is vervolgens of artikel 8 van de raamovereenkomst kwalificeert als een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule die voldoet aan de in 5.5.1 hiervoor weergegeven randvoorwaarden. De Commissie is van oordeel dat die vraag ontkennend dient te worden beantwoord. Artikel 8 geeft beklaagde immers een in beginsel onbeperkte vrijheid om ten opzichte van de opdrachtnemer de voorwaarden te bepalen waaronder de vervanging van die opdrachtnemer door een derde kan plaatsvinden (vgl. ook de annotatie van S. van den Boogaart bij Rb. Overijssel (vzr.) 2 juni 2016, ECLI:NL:ROBOVE:2016:1948, JAAN 2016/161, voorlaatste alinea en F.M.M. Rasenberg, 'Nieuw kader voor het wijzigen van een contract na aanbesteding', TA 2017/3, noot 30). Daarmee geeft artikel 8 onder andere geen enkel inzicht in de wijze waarop beklaagde (in samenspraak met de curator van de opdrachtnemer) tot de keuze van een nieuwe opdrachtnemer zal kunnen komen wanneer de oorspronkelijke opdrachtnemer – zoals in het onderhavige geval is gebeurd – faillieert. Naar het oordeel van de Commissie voldoet artikel 8 daarmee niet aan de in 5.5.1 genoemde randvoorwaarde dat een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule onder andere de voorwaarden dient te beschrijven waaronder de mogelijkheid tot vervanging van de oorspronkelijke opdrachtnemer kan worden gebruikt (anders: Rb. Overijssel (vzr.) 2 juni 2016, ECLI:NL:ROBOVE:2016:1948, r.o. 4.11, in een zaak waarin een soortgelijke herzieningsclausule aan de orde was). De Commissie beschouwt deze randvoorwaarde als een uitvloeisel van het transparantiebeginsel dat in essentie tot doel heeft te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen (zie HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P (Succhi di Frutta), r.o. 111). Dat beklaagde in het onderhavige geval haar keuze pas op X heeft laten vallen – ter vervanging van de gefailleerde Y – nadat zij de tussen haar en Y gesloten raamovereenkomst via tussenkomst van de curator van Y aan de opdrachtnemers van de percelen 1, 2 en 3 – waaronder X – had aangeboden (zie 4.3.1 hiervoor), doet aan het voorgaande oordeel niet af.
- 5.10. Het voorgaande betekent dat de vervanging van Y door X geen grondslag vond in een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausule die voldoet aan de in 5.5.1 hiervoor genoemde randvoorwaarden. Daarmee kwalificeert de vervanging van Y door X als een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke tussen beklaagde en Y met betrekking tot perceel 4 gesloten raamovereenkomst. De consequentie daarvan is dat beklaagde die raamovereenkomst na het faillissement van Y opnieuw had moeten aanbesteden op basis van een openbare procedure.
- 5.11. Het voorgaande betekent dat de klacht gegrond is.
- 5.12. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.
- 5.12.1. Beklaagde heeft zich op het standpunt gesteld dat beklaagde een beroep toekomt op paragraaf 2.1.9 van het Beschrijvend Document. Daarin is volgens beklaagde immers bepaald dat een inschrijver in principe slechts één perceel gegund kan krijgen (zie 1.3 hiervoor), waarmee beklaagde het voorbehoud zou hebben ge-

creëerd dat een inschrijver in voorkomend geval wel meer dan één perceel gegund kan krijgen (zie 4.3.2 hiervoor).

- 5.12.2. De Commissie volgt beklagde niet in haar standpunt. In het kader van de vermelding in paragraaf 2.1.9 dat beklagde "in principe" niet meer dan één perceel zou gunnen aan één inschrijver, is verwezen naar paragraaf 3.3.3 van het Beschrijvend Document (zie 1.4 hiervoor). In paragraaf 3.3.3 staat vervolgens één situatie omschreven waarin beklagde meer dan één perceel aan één inschrijver kan gunnen. Dat kan in het geval een inschrijver op meer dan één perceel de enige inschrijver is. Naar het oordeel van de Commissie vormt paragraaf 3.3.3 de invulling van het in paragraaf 2.1.9 gemaakte voorbehoud en bieden de aanbestedingsstukken geen ruimte om in andere gevallen af te wijken van de regel dat beklagde maximaal één perceel aan één inschrijver kan gunnen.
- 5.12.3. In de onderhavige zaak doet zich niet de situatie voor dat een inschrijver op meer dan één perceel de enige inschrijver is. Toch heeft beklagde met de vervanging van Y door X bewerkstelligd dat X twee raamovereenkomsten voor twee percelen heeft verkregen. Daarmee heeft beklagde – nog afgezien van hetgeen de Commissie in 5.10 hiervoor heeft geoordeeld – mogelijk de oorspronkelijke tussen haar en X met betrekking tot perceel 2 gesloten raamovereenkomst wezenlijk gewijzigd ten opzichte van hetgeen in paragraaf 3.3.3 van het Beschrijvend Document was bepaald: dat beklagde niet meer dan één perceel zou gunnen aan één inschrijver (zie 1.4 hiervoor). Ook in zoverre handelt beklagde mogelijk in het strijd met het gereguleerde aanbestedingsrecht (vgl. ook Advies 344, overweging 5.2.9).

## 6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

## 7. Aanbeveling

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

Den Haag, 28 februari 2017

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid