

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 688 | Samenvatting

In dit advies staat de vraag centraal of bepaalde werkzaamheden die door een aanbesteder met behulp van een aanbestedingsprocedure worden ingekocht, niet behoren tot de scope van een reeds met de ondernemer gesloten overeenkomst. In dat geval staat het aanbesteder niet vrij om die werkzaamheden bij een derde in te kopen.

### Oordeel Commissie

Naar het oordeel van de Commissie is duidelijk dat behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022 op die wijze zullen uitleggen dat de overspanningswerkzaamheden voor alle overspanningen niet onder de scope van het onderhoudscontract vallen, en zodoende niet door aanbesteder onder het Onderhoudscontract OVL 2022 bij ondernemer afgenomen behoeven te worden. Bovendien wordt naar het oordeel van de Commissie duidelijk dat er ook geen sprake is van tegenstrijdige en onduidelijke bepalingen in de aanbestedingsdocumenten, die ten nadele van degene door of namens wie het bestek is opgesteld zouden moeten worden uitgelegd. De Commissie acht de klacht dan ook **ongegrond**.

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 688

### 1. Waar gaat dit advies over?

In dit advies staat de vraag centraal of bepaalde werkzaamheden die door een aanbesteder met behulp van een aanbestedingsprocedure worden ingekocht, niet behoren tot de scope van een reeds met de ondernemer gesloten overeenkomst. In dat geval staat het aanbesteder niet vrij om die werkzaamheden bij een derde in te kopen. In onderdeel 2 wordt het advies kernachtig weergegeven, in onderdeel 3 worden kort de relevante feiten geschetst, in onderdeel 4 wordt de kern van de klacht weergegeven en in onderdeel 5 de onderbouwing van het advies.

### 2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. Naar het oordeel van de Commissie is duidelijk dat behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022 op die wijze zullen uitleggen dat de overspanningswerkzaamheden voor alle overspanningen niet onder de scope van het onderhoudscontract vallen, en zodoende niet door aanbesteder onder het Onderhoudscontract OVL 2022 bij ondernemer afgenomen behoeven te worden. Bovendien wordt naar het oordeel van de Commissie duidelijk dat er ook geen sprake is van tegenstrijdige en onduidelijke bepalingen in de aanbestedingsdocumenten, die ten nadele van degene door of namens wie het bestek is opgesteld zouden moeten worden uitgelegd. De Commissie acht de klacht dan ook **ongegrond**.

### 3. Wat zijn de relevante feiten?

- 3.1. Ondernemer voert in opdracht van aanbesteder de RAW-Raamovereenkomst onderhoud Openbare Verlichting [naam aanbesteder], perceel West, uit (hierna te noemen: '**Onderhoudscontract OVL 2022**'). Het Onderhoudscontract OVL 2022 is door aanbesteder aan ondernemer gegund door middel van een Europese openbare aanbesteding. Het Onderhoudscontract OVL 2022 loopt van 5 April 2022 tot en met 4 April 2024 (met een optie voor verlenging van tweemaal één jaar). Het Onderhoudscontract OVL 2022 is uitgewerkt in een RAW-Raambestek.
- 3.2. Aanbesteder heeft op zeker moment ondernemer laten weten voornemens te zijn 'overspanningswerkzaamheden' aan te besteden, waarna partijen in een discussie zijn geraakt over de vraag of de overspanningswerkzaamheden voor perceel West onder het Onderhoudscontract OVL 2022 moeten worden afgenomen of apart kunnen worden aanbesteed als onderdeel van een groter geheel. Op 16 november 2022 heeft aanbesteder ondernemer een e-mail gestuurd waarin hij zijn zienswijze verwoordt. In een e-mail van 18 november 2022 heeft ondernemer zijn eigen standpunt naar voren gebracht en gereageerd op de zienswijze van aanbesteder.
- 3.3. Op 16 december 2022 heeft aanbesteder schriftelijk aan ondernemer laten weten dat hij, ondanks het bezwaar van ondernemer, voornemens is om de aanbestedingsprocedure met betrekking tot alle overspanningswerkzaamheden voor het gehele gebied van aanbesteder te gaan publiceren.
- 3.4. Op 23 december 2022 heeft aanbesteder een Europees openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een RAW-Raamovereenkomst met meerdere

ondernemers voor Realisatie Maatregelen + VerLEDding Overspanningen (hierna te noemen: '**Overeenkomst VerLEDding Overspanningen**'). De RAW-Raamovereenkomst is uitgewerkt in een RAW-Raambestek (hierna te noemen 'Bestek Overspanningswerkzaamheden'). De RAW-raamovereenkomst wordt aangegaan voor de periode van 3 jaren met een optie voor verlenging van 2 x 1 jaar.

- 3.5. Op 30 januari 2023 heeft ondernemer een klacht bij de Commissie ingediend. De klacht heeft betrekking op het ten onrechte niet afnemen van bepaalde werkzaamheden onder een na aanbesteding reeds gesloten overeenkomst. Daarmee lijkt de klacht te zien op de uitvoering van een reeds gesloten overeenkomst. In die gevallen stelt de Commissie zich in beginsel op het standpunt dat een klacht niet in behandeling wordt genomen, omdat de klacht niet ziet op een handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aw 2012. Nu de klacht het opnieuw aanbesteden betreft van werkzaamheden die onder de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022 zouden vallen, gaat het in wezen om een klacht die ziet op een handelen van aanbesteder binnen de werkingssfeer van de Aw 2012. Daarom heeft de Commissie de klacht in behandeling genomen.
- 3.6. Nadat de Commissie aanbesteder op de hoogte heeft gesteld van het in behandeling nemen van de klacht, heeft aanbesteder op verzoek van de Commissie de aanbestedingsprocedure opgeschort. Aanbesteder heeft daarop besloten de inschrijvingsdatum te verschuiven van 23 februari 2023 naar 3 april 2023. Daardoor heeft de Commissie de klacht aangemerkt als spoedklacht en de klacht met voorrang opgepakt om advies uit te kunnen brengen voorafgaand aan de datum van inschrijving.
- 3.7. Op 23 februari 2023 heeft de Commissie de reactie van aanbesteder ontvangen, waarna de klacht verder in behandeling is genomen.
- 3.8. De relevante bepalingen uit de aanbestedingsstukken op basis waarvan het advies is gegeven, zijn verwerkt in onderdeel 5 van dit advies.

#### **4. Waar komt de klacht in de kern op neer?**

- 4.1. De klacht die bij de Commissie voorligt, is of aanbesteder bepaalde werkzaamheden die zouden vallen onder de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022, ten onrechte opnieuw heeft aanbesteed in de aanbestedingsprocedure voor de RAW-Raamovereenkomst Realisatie Maatregelen + VerLEDding Overspanningen (hierna: Overeenkomst VerLEDding Overspanningen).

##### **Stellingen ondernemer**

- 4.2. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat de overspanningswerkzaamheden onder het Onderhoudscontract OVL 2022 vallen en aan hem in opdracht moeten worden gegeven, althans dat aanbesteder deze werkzaamheden niet bij derden kan afnemen. Daartoe voert ondernemer een aantal gronden aan. Samenvattend komen deze gronden op het volgende neer:

*De scope van beide RAW-Raamovereenkomsten is overlappend voor wat betreft de overspanningswerkzaamheden*

- 4.2.1. Veel besteksposten komen letterlijk voor in zowel het bestek behorende bij het Onderhoudscontract OVL 2022 als de Overeenkomst VerLEDding Overspanningen. Voor zover besteksposten afwijkende benamingen en/of omschrijvingen kennen, is dit vooral een cosmetische wijziging (in de indeling) van de werkbeschrijving. De feitelijke werkzaamheden veranderen niet.

Uit de RAW-systematiek volgt dat de staat van besteksposten in deel 2.2 van een RAW-bestek, leidend is voor de scope van een RAW-overeenkomst. Gelet op deze besteksposten in de werkbeschrijving van het Onderhoudscontract OVL 2022, geldt dat de overspanningswerkzaamheden (waaronder het aanbrengen, verwijderen en vervangen daarvan) onmiskenbaar onderdeel zijn van de scope van de Raamovereenkomst bij dit onderhoudscontract.

*Fictieve / niet-bindende karakter van hoeveelheden in een RAW-Raamovereenkomst*

- 4.2.2. De fictieve hoeveelheden bij een Raambestek zijn volgens de RAW-systematiek niet bepalend voor de omvang van (onderdelen van) de werkzaamheden onder de Raamovereenkomst. De fictieve hoeveelheden dienen uitsluitend als hulpmiddel om tot een inschrijvingsom te komen in de aanbestedingsfase en maken expliciet géén onderdeel uit van de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de aannemer. Gelet op dit karakter van de fictieve hoeveelheden in een RAW-Raambestek, kan het feit dat de fictieve hoeveelheden in het Bestek Overspanningswerkzaamheden aanzienlijk hoger liggen dan in het bestek van het Onderhoudscontract OVL 2022, niet als argument worden gebruikt, zoals aanbesteder doet, om te stellen dat de overspanningswerkzaamheden een afzonderlijke opdracht vormen.

*Verbod om werkzaamheden onder Raamovereenkomst op te dragen aan derden*

- 4.2.3. Dat overspanningswerkzaamheden onderdeel zijn van de met ondernemer gesloten Raamovereenkomst (onder het Onderhoudscontract OVL 2022), brengt niet met zich mee dat aanbesteder verplicht is om deze werkzaamheden aan ondernemer op te dragen. Waar aanbesteder de vrijheid heeft om bepaalde werkzaamheden in het geheel niet op te dragen, heeft aanbesteder daarmee echter op basis van art. 2.140 jo 2.142 Aw 2012 niet ook de vrijheid om (een deel van) de werkzaamheden onder de Raamovereenkomst op te dragen aan (een) derde(n), zoals aanbesteder in de onderhavige situatie wenst te doen. Dat is in strijd met het aanbestedingsrecht en het verbintenissenrecht.

*Bijlage 'Hoe de [Aanbesteder] werkt' is niet verstrekt ten behoeve van de scope van de aanbesteding*

- 4.2.4. Ten aanzien van de Bijlage 'Hoe de [Aanbesteder] werkt' waarnaar aanbesteder verwijst ter onderbouwing van zijn stelling dat de overspanningswerkzaamheden zijn uitgezonderd van de Raamovereenkomst onder het Onderhoudscontract OVL 2022, stelt ondernemer dat dit document niet is verstrekt om de scope van de betreffende Raamovereenkomst te bepalen en/of om bepaalde besteksposten uit het Raambestek alsnog van de betreffende Raamovereenkomst uit te zonderen. In deze Bijlage staat dat voor de vervanging van overspanningen een aparte aanbesteding in de markt wordt gezet. Volgens ondernemer is het document, dat één van de 27 bijlagen vormt bij het Raambestek, uitsluitend verstrekt om een beeld te geven van de werkwijze van aanbesteder, en wordt in het Raambestek slechts tweemaal naar het document verwezen uitsluitend ter beschrijving van de gunningscriteria. Aanbesteder gaat daarmee voorbij aan de status en het doel van dit document, aldus ondernemer.

*Er is sprake van tegenstrijdige/onduidelijke bepalingen in de aanbestedingsdocumenten*

- 4.2.5. Mocht de Commissie tot de conclusie komen dat de werkzaamheden buiten de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022 vallen, dan is er volgens ondernemer sprake van tegenstrijdige/onduidelijke bepalingen in de

aanbestedingsdocumenten. In dat geval geldt het bepaalde in § 2 lid 4 UAV 2012. Volgens deze bepaling prevaleert het Raambestek boven de bijlage 'Hoe de [aanbesteder] werkt', omdat de laatste en definitieve versie van het Raambestek dateert 31 december 2021, terwijl de bijlage dateert oktober 2021. Voorts wijst ondernemer op het slot van § 2 lid 4 dat bepaalt dat voor zover de rangorde regeling in dat lid geen uitkomst biedt, de tegenstrijdigheid, met inachtneming van de billijkheid, wordt uitgelegd ten nadele van degene door of namens wie het bestek is opgesteld. Hetgeen in dit geval aanbesteder is, waardoor de uitleg van ondernemer moet worden gevolgd.

- 4.3. Aanbesteder heeft verweer gevoerd, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

## **5. Hoe luidt de onderbouwing van dit Advies?**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 1 november 2021 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor het Onderhoudscontract OVL 2022, perceel West. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3<sup>e</sup> herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).
- 5.2. De vraag die naar het oordeel van de Commissie beantwoord moet worden is: Mag ondernemer verwachten dat *alle* overspanningswerkzaamheden die aanbesteder ten aanzien van perceel West wenst uit te voeren, gedurende de looptijd van het Onderhoudscontract OVL 2022 aan ondernemer in opdracht zullen worden gegeven?
- 5.3. De Commissie beantwoordt hierna de onder 5.2 genoemde vraag waarbij de onder 4.2 genoemde stellingen van ondernemer zijn meegenomen, zonder dat zij puntsgewijs op iedere stelling ingaat.

### ***Toetsingskader***

- 5.4. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen. De te beantwoorden vraag is of aanbesteder aan zijn hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat hij de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022 in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van de scope moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
- 5.5. Dit betekent dat bij de uitleg van de aanbestedingsstukken de niet in die stukken tot uitdrukking gebrachte opvatting van de opstellers van de aanbestedingsstukken over de uitleg daarvan buiten beschouwing dient te worden gelaten, omdat die tot ongelijke behandeling zou kunnen leiden. Dat geldt tijdens de aanbestedingsprocedure, omdat de zittende opdrachtnemer veelal met die opvattingen bekend zal zijn en zijn inschrijving daarop zal kunnen afstemmen. Het geldt ook tot aan het einde van de fase van uitvoering van de opdracht, omdat een gewijzigde lezing van de aanbestedingsstukken tijdens die uitvoering een meer dan marginale wijziging van de opdracht zou kunnen impliceren, waarop de verliezende inschrijvers

hun inschrijving niet konden afstemmen. Een wijziging van de opdracht is slechts toegestaan als daarin uitdrukkelijk in de aanbestedingsstukken is voorzien (HvJ EU 29 april 2004, C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236 (Succhi di Frutta, rechtsoverwegingen 115-121, HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1265, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6172).

### ***Wat is de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022***

- 5.6. Voor de beoordeling van de klacht moet de Commissie allereerst onderzoeken wat de scope is van het Onderhoudscontract OVL 2022. Vallen de overspanningswerkzaamheden die aanbesteder wenst aan te besteden onder de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022 en heeft aanbesteder de scope van dit contract on-dubbelzinnig geformuleerd? De Commissie beantwoordt deze vragen aan de hand van het onder 5.4 en 5.5 geformuleerde toetsingskader.
- 5.7. Het Onderhoudscontract OVL 2022 is opgesteld volgens de RAW-systematiek als een RAW-Raamovereenkomst. De RAW-systematiek is een systematiek voor het opstellen van bestekken voor GWW-projecten gebaseerd op standaardteksten op uitvoeringsniveau en biedt de mogelijkheid voor het opstellen van raamovereenkomsten op grond waarvan opdrachten kunnen worden verstrekt voor onder meer onderhouds-, reparatie- en servicewerkzaamheden. De opdracht die onder het Onderhoudscontract OVL 2022 aan ondernemer is gegund, is in het bestek, een RAW-Raambestek, beschreven en uitgewerkt. Het CROW, de beheerder van de RAW-systematiek, definieert een RAW-Raambestek als volgt:

*'RAW-raambestek voor de uitvoering van werkzaamheden; een dergelijke overeenkomst is inhoudelijk gelijk aan een RAW-bestek, met dien verstande dat hoeveelheden niet van tevoren kunnen worden bepaald en het bestek vergezeld wordt door een zogenaamde 'staat van fictieve hoeveelheden'. De werkzaamheden worden aan een aannemer opgedragen in 'deelopdrachten'. Deze vorm wordt vaak gekozen voor onderhouds- en reparatiewerkzaamheden, maar ook bij werken waarbij zowel aannemer als opdrachtgever geen invloed hebben op de continuïteit van de werkzaamheden. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval bij het woonrijp maken van nieuwbouwwijken.'*

- 5.8. In het Onderhoudscontract OVL 2022 is in Deel 1 onderdeel 0.4 Algemene Beschrijving een opsomming gegeven van de algemene werkzaamheden die onder het contract worden afgenomen:

#### *'04 Algemene beschrijving*

*De werkzaamheden bestaat in hoofdzaak uit:*

- opdrachten in omvang tot 5 stuks;*
- opdrachten in omvang groter of gelijk aan 5 stuks;*
- het herstellen van storingen en schades (inclusief claimen);*
- het vervangen van verlichtingsarmaturen;*
- het vervangen en verplaatsen van lichtmasten;*
- het verwijderen en afvoeren van vrijgekomen materialen naar Stadswerken afd. Logistiek;*
- het coördineren van diverse werkzaamheden;*
- het beheren, verwerken en verstrekken van gegevens voor / uit het OBS;*
- het herstellen van storingen in het eigen kabelnet van de [Aanbesteder];*
- het uitvoeren van bijkomende werkzaamheden.'*

*(...)*

- 5.9. In deel 2.2 ('nadere beschrijving') van het Onderhoudscontract OVL 2022 worden de overspanningswerkzaamheden concreet genoemd en uitgewerkt in bestekposten met de nummers 223 (aanbrengen overspanningen), 224 (verwijderen overspanningen) en 225 (vervangen overspanningen). Met ondernemer is de Commissie het eens dat, gelet op deze bestekposten, geldt dat overspanningswerkzaamheden (waaronder het aanbrengen, verwijderen en vervangen daarvan) onmiskenbaar onderdeel zijn van de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022. In de nog te sluiten Overeenkomst VerLEDding Overspanningen worden weliswaar andere bestekpostnummers gehanteerd (100 en 130), maar daarin zijn de hoofdcodes (340399) wel grotendeels gelijk.
- 5.10. Aanbesteder stelt niet ter discussie dat in beide bestekken een overlap is in werkzaamheden, die zien op de vervanging van overspanningen en de verlichting en armaturen daarvan. Dat betreft echter volgens aanbesteder een heel klein deel van de werkzaamheden. Het gaat namelijk om de vervanging van naar schatting 100 hangarmaturen gedurende de gehele looptijd van het Onderhoudscontract OVL 2022. Deze overspanningen en armaturen zullen gedurende de looptijd van het Onderhoudscontract OVL 2022 moeten worden vervangen als gevolg van stormschade, aanrijding, andere schadeveroorzakende gebeurtenissen of preventief onderhoud. Vandaar dat de vervangingswerkzaamheden voor de overspanningen in bestekposten 223, 224 en 225 van het Onderhoudscontract OVL 2022 zijn opgenomen en vandaar dat de fictieve hoeveelheden gering zijn.
- 5.11. Nergens staat in het Onderhoudscontract OVL 2022, zo stelt aanbesteder, dat het planmatig vervangen van *alle* armaturen van overspanningen tot de werkzaamheden behoort. Het moet volgens aanbesteder voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver vooraf dan ook volstrekt duidelijk zijn geweest dat de vervanging van alle armaturen geen onderdeel kon uitmaken van de Raamovereenkomst onder het onderhoudscontract.
- 5.12. De Commissie overweegt dat de te beantwoorden vraag zodoende niet moet zijn, zoals door ondernemer gesteld, of er sprake is van een overlap tussen de werkzaamheden in beide Raamovereenkomsten ten aanzien van perceel West, maar juist of *alle* overspanningswerkzaamheden ten aanzien van perceel West die deel uitmaken van de scope van de aangekondigde Overeenkomst VerLEDding Overspanningen, vallen onder de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022. In dat geval mag aanbesteder immers deze werkzaamheden niet afnemen onder de nieuwe overeenkomst (zie bijv. Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland 6 juni 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:5380 en JAAN 2019/217).
- 5.13. Met aanbesteder is de Commissie het eens dat nergens in het Onderhoudscontract OVL 2022 expliciet vermeld staat dat het verleden van *alle* overspanningen in perceel West onderdeel uitmaakt van de opdracht. Dat staat niet in het algemene Deel 1 van de Onderhoudscontract OVL 2022, noch in de beschrijving en de staat van bestekposten van Deel 2 en ook niet in de bepalingen van Deel 3.
- 5.14. De Commissie is het eveneens eens met de stelling van aanbesteder dat het Onderhoudscontract OVL 2022 een storings-en onderhoudscontract is voor perceel West, en niet een contract betreffende het, in het kader van de LED-transitie, planmatig verleden van alle overspanningen. Dit blijkt niet alleen uit de titel van het onderhoudscontract, zijnde 'RAW-raamovereenkomst onderhoud OVL [naam aanbesteder], perceel West', maar ook uit de algemene betekenis van het begrip onderhoud in relatie tot het onderhoudscontract, de omstandigheid dat de in het bestek genoemde posten grotendeels betrekking hebben op werkzaamheden die specifiek behoren tot werkzaamheden in het kader van onderhoud, én uit de algemene omschrijving van de werkzaamheden in onderdeel 0.4 van Deel 1 van het onderhoudscontract (zie 5.8 hierboven).

- 5.14.1. De door de Commissie geraadpleegde definities van het begrip 'onderhoud' hebben alle gemeen dat onderhoud ervoor moet zorgen dat zaken in 'goede staat worden gehouden'. Daartoe kunnen allerlei activiteiten worden aangewend, welke afhankelijk zijn van de zaken waaraan onderhoud moet worden gepleegd. Iedere onderhoudssituatie vraagt om haar eigen activiteiten/werkzaamheden. In het bestek bij het Onderhoudscontract OVL 2022 ziet de Commissie allerlei werkzaamheden genoemd die naar het oordeel van de Commissie kenmerkend zijn voor 'het in goede staat houden' van de openbare verlichting. Dit zijn onder meer werkzaamheden in het kader van correctief onderhoud zoals in geval van storingen en schades, maar ook werkzaamheden in het kader van preventief onderhoud zoals het aanbrengen/verwijderen/vervangen en verplaatsen van verlichtingsobjecten, verlichtingsarmaturen en onderdelen. Ook het preventieve onderhoud is naar het oordeel van de Commissie van belang voor het 'in goede staat houden' van de openbare verlichting. Het vroegtijdig aanbrengen/verwijderen/vervangen en verplaatsen van verlichtingsobjecten, verlichtingsarmaturen en onderdelen voorkomt storingen, zodat de openbare verlichting goed kan blijven functioneren. In het bestek zijn drie besteksposten gewijd aan het aanbrengen/verwijderen/vervangen van overspanningen. De Commissie acht het niet onaanvaardig dat deze in het bestek genoemde overspanningswerkzaamheden juist in het kader van het onderhoud moeten worden verricht, en niet in het kader van het planmatig verleden van alle overspanningen. Richtinggevend is daarbij dat in Deel 3 van het bestek, paragraaf 34.11.06.01, staat dat het preventieve *onderhoud* ook het 'groepsgewijs remplaceren van lampen' omvat, waarbij vermeld wordt dat het hier om LED-lampen gaat (cursivering door de Commissie). Naar het oordeel van de Commissie kan het in bestekspost 225 genoemde vervangen van de overspanningen, dat volgens de bestekspost met name gericht is op het vervangen van de lampen in deze overspanningen in LED-lampen, ook onder de noemer van het 'groepsgewijs remplaceren van lampen' worden gebracht en zodoende geacht worden te zijn gedaan of gedaan te worden in het kader van het preventieve onderhoud. Bovendien staat in paragraaf 34.11.07.02 in Deel 3 van het bestek dat tot de 'te *onderhouden* gedeelten van de verlichtingsinstallaties voor de openbare verlichting' onder meer 'overspanningen inclusief armaturen' behoren (cursivering door de Commissie). Hieruit leidt de Commissie af dat werkzaamheden ten aanzien van overspanningen onder het onderhoud aan de verlichtingsinstallaties moeten worden geschaard.
- 5.14.2. Medebepalend voor de aanneming van de Commissie dat de overspanningswerkzaamheden zoals genoemd in het Onderhoudscontract OVL 2022 juist in het kader van het onderhoud worden verricht en niet in het kader van het planmatig verleden van alle overspanningen, is de omstandigheid dat de overspanningswerkzaamheden in het bestek slechts drie besteksposten omvatten, terwijl de overige werkzaamheden die duidelijk onderhoud gerelateerd zijn meer dan vijfendertig besteksposten beslaan. Hierin ziet de Commissie een duidelijke aanwijzing dat de overspanningswerkzaamheden in het onderhoudscontract ten aanzien van perceel West slechts bijkomende onderhoudswerkzaamheden betreffen in het gehele scala aan onderhoudswerkzaamheden.
- 5.14.3. Tot slot is medebepalend voor de bovengenoemde aanneming van de Commissie dat in de Deel 1 onderdeel 0.4 gegeven opsomming van de algemene werkzaamheden onder het Onderhoudscontract OVL 2022, niet de vervangingswerkzaamheden voor de overspanningen worden genoemd (zie 5.8 hierboven). De opsomming noemt wel 'het vervangen van verlichtingsarmaturen', maar zoals hierboven onder 5.14.1 uiteengezet, is het vervangen van verlichtingsarmaturen in de ogen van de Commissie een gebruikelijke activiteit in het kader van het (preventieve) onderhoud aan verlichtingsinstallaties.



## ***Bijlage 'Hoe [Aanbesteder] werkt'***

- 5.15. Eén van de 27 bijlagen bij het Onderhoudscontract OVL 2022 is de bijlage 'Hoe de [Aanbesteder] werkt', versie 1.2 d.d. oktober 2021. In de aankondiging, Inleiding en paragraaf 6.2 van deze bijlage zijn de volgende relevante passages opgenomen:

*'Doelstelling van dit document is om Opdrachtnemer meer inzicht te geven in hoe [Aanbesteder] op dit moment werkt zodat deze kennis eventueel gebruikt kan worden bij het maken van de plannen ten aanzien van de gevraagde kwaliteitscriteria.'*

(...)

### *'1. Inleiding*

*Doelstelling van dit document is om de Opdrachtnemer te informeren hoe de [Aanbesteder] op dit moment werkt door zoveel mogelijk inzicht te verstrekken in de werkprocessen en procedures met als uiteindelijk doel het steeds verder kunnen optimaliseren van de kwaliteit van de dienstverlening ten behoeve van de Openbare Verlichting.'*

(...)

### *'6.2 Led transitie verlichting [naam aanbesteder]*

*[Aanbesteder] heeft in 2017 een motie aangenomen om jaarlijks 20% van de verlichting om te bouwen naar Led technologie. Voor het uitvoeren van de Led transitie van de openbare verlichting is gekozen om dit in een apart project vorm te geven. Het project maakt voor de werkzaamheden gebruik van de bestaande onderhoudscontracten voor de openbare verlichting. Hiervoor worden met name de volgende bestekposten aangewend: 213 vervangen verlichtingsobjecten > 5 stuks, 217 vervangen verlichtingsarmatuur > 5 stuks, 218 vervangen verlichtingsarmatuur >= 500 stuks en 220 vervangen lichtbronnen/ units. Voor het jaar 2022 omvatten deze reguliere Led transitie werkzaamheden nog slechts een klein deel van de opdracht en verwacht men eind 2022 gereed te zijn op de overspanningen na (+/- 10.000).*

*Eind 2021 zal het merendeel van de gewone Led transitie werkzaamheden hebben plaats gevonden.*

*Wat resteert zijn de onderdoorgangen en de overspanningsverlichting. De start van deze vervangingen moet nog beginnen en loopt enkele jaren. Voor overspanningen wordt een aparte aanbesteding in de markt gezet.'*

(...)

- 5.16. Aanbesteder stelt dat de bijlage 'Hoe de [Aanbesteder] werkt' op grond van paragraaf 2.1.03 van het Onderhoudscontract OVL 2022 integraal onderdeel uitmaakt van de overeenkomst. Uit deze bijlage zou blijken dat het verleden van de overspanningsverlichting geen onderdeel uitmaakt van het Onderhoudscontract OVL 2022. Volgens aanbesteder staat in deze bijlage duidelijk dat voor het verleden van de overspanningen een aparte aanbesteding in de markt zal worden gezet.
- 5.17. De Commissie is het met aanbesteder eens dat de betreffende bijlage integraal onderdeel uitmaakt van de onderhoudsovereenkomst met ondernemer. Uit deze bijlage blijkt dat het planmatig verleden van alle overspanningen niet valt onder het onderhoudscontract. In het onderhoudscontract worden in paragraaf 2.1.03 de

bijlagen expliciet als contractstuk benoemd. Alle bijlagen, waaronder de bijlage 'Hoe de [Aanbesteder] werkt', behoren volgens deze paragraaf tot de overeenkomst met ondernemer.

- 5.18. De Commissie is, evenals de Raad van Arbitrage voor de Bouw, van oordeel dat het op de weg van een inschrijver ligt om kennis te nemen van alle bijlagen die aan het bestek zijn toegevoegd (zie RvA Bouw, 8 maart 2001, nr. 21407, ov. 18). Dit is naar het oordeel van de Commissie zeker het geval wanneer een inschrijver, zoals in het onderhavige geval, een deskundige inschrijver is die op de markt van de relevante aanbesteding een grote speler is. In de zienswijze van de Commissie verdient het nader definiëren van de scope van de overeenkomst in één van de vele bijlagen bij de overeenkomst zeker niet de schoonheidsprijs, en het zou beter zijn geweest wanneer aanbesteder de scope van de overeenkomst zoveel als mogelijk in de aanbestedingsstukken zelf zou hebben verwerkt om daarmee mogelijke verwarring te voorkomen, maar dit maakt nog niet dat een aanbesteder niet in een bijlage de scope van de overeenkomst nader kan omschrijven. De Commissie is bovendien van oordeel dat het onderwerp van de bijlage, namelijk de werkwijze van aanbesteder zoals blijkt uit de titel van de bijlage, van een dusdanig belang is dat dit onderwerp ondernemer zou hebben moeten aansporen om deze bijlage aandachtig en grondig te lezen om een goede inschrijving te kunnen doen.
- 5.19. Bij lezing van de bijlage 'Hoe de [Aanbesteder] werkt' merkt de Commissie op dat aan het slot van paragraaf 6.2 van deze bijlage duidelijk wordt aangegeven dat voor het vervangen van de overspanningen een aparte aanbesteding in de markt zal worden gezet. In de bijlage wordt onderscheid gemaakt tussen reguliere Led transitie werkzaamheden ten aanzien van de openbare verlichting en de Led transitie werkzaamheden ten aanzien van de verlichting van overspanningen. De reguliere Led transitie werkzaamheden worden in het kader van het onderhoud verricht en onder de bestaande onderhoudscontracten gebracht, zijn klein in aantal (rond de 500 stuks) en lopen tot eind 2022. De Led transitie werkzaamheden aan de verlichting van de overspanningen moeten nog beginnen en zijn groot in aantal (om en nabij de 10.000 stuks) en betreffen geen andere onderhoudswerkzaamheden. Naar het oordeel van de Commissie zou een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver uit deze bijlage moeten kunnen begrijpen dat het onderhoudscontract OVL 2022, dat ziet op vele onderhoudswerkzaamheden waaronder werkzaamheden aan overspanningen, door aanbesteder wordt gezien als een onderhoudscontract waaronder de gering in aantal zijnde reguliere Led transitie werkzaamheden zullen vallen, en niet de Led transitie werkzaamheden aan de overspanningen die apart, zonder andere onderhoudswerkzaamheden, zullen worden aanbesteed. Weliswaar was het Onderhoudscontract OVL 2022 geen 'bestaand' contract op het moment van de aanbesteding van dit contract, en is deze term in de bijlage daarom verwarrend in deze context, maar de strekking van het onderscheid dat aanbesteder maakt tussen de Led transitie werkzaamheden in het kader van onderhoud en de Led transitie in het kader van enkel de overspanningen is naar het oordeel van de Commissie duidelijk.

### ***Fictieve/niet-bindende karakter hoeveelheden in RAW-Raamovereenkomsten***

- 5.20. Het CROW, de beheerder van de RAW-systematiek, geeft aan dat een van de belangrijkste kenmerken van een RAW-Raambestek is dat in een dergelijk bestek de hoeveelheden niet van tevoren kunnen worden bepaald en het bestek vergezeld wordt door een zogenaamde 'staat van fictieve hoeveelheden' (zie **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.** hierboven).

Ten aanzien van fictieve hoeveelheden wordt door CROW uitgelegd op pag. 25 in 'RAW, in kort bestek':

*'Een 'post met een fictieve hoeveelheid' kenmerkt zich als resultaatsverplichting zonder vooraf vastgelegde hoeveelheden. De hoeveelheid, zoals deze in het bestek in vermeld en waarvan de aannemer bij inschrijving moet rekenen, is als het ware nog fictief.'*

- 5.21. Volgens ondernemer dienen de fictieve hoeveelheden in een RAW-Raamovereenkomst uitsluitend als hulpmiddel om tot een inschrijvingsom te komen in de aanbestedingsfase en maken zij expliciet géén onderdeel uit van de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de aannemer. Volgens aanbesteder vormen de fictieve hoeveelheden wel degelijk een indicatie van de aard en omvang van de opdracht, en maakt het feit dat de fictieve hoeveelheden voor het vervangen van overspanningen in de overeenkomst gering in aantal zijn, duidelijk dat het vervangen van deze overspanningen niet onder de scope van de raamovereenkomst vallen.
- 5.22. De Commissie is het met ondernemer eens dat fictieve hoeveelheden zijn bedoeld als hulpmiddel om tot een inschrijvingsom te komen. Na het sluiten van het contract zijn de fictieve hoeveelheden en de fictieve aannemingsom als het ware 'functieloos', immers bij deelopdrachten die onder de RAW-Raamovereenkomst worden afgenomen zal worden afgerekend op basis van de daadwerkelijke uitgevoerde hoeveelheden. De Commissie is het echter niet met ondernemer eens dat in dit geval aan de omvang van de fictieve hoeveelheden geen enkele waarde mag worden gehecht. Met aanbesteder is de Commissie het eens dat fictieve hoeveelheden bij een Raambestek een indicatie kunnen vormen voor de aard en omvang van de opdracht. In dit geval betekent naar het oordeel van de Commissie dat het geringe fictieve aantal van 100 hangarmaturen dat volgens het Onderhoudscontract OVL 2022 in het kader van de vervangingswerkzaamheden voor overspanningen zou moeten worden vervangen, niet in verhouding staat tot de totale vervangingswerkzaamheden voor de overspanningen, die in aantal een veelvoud van 100 bedragen. Het geringe fictieve aantal maakt duidelijk dat het niet de bedoeling van aanbesteder kan zijn geweest om de totale vervangingswerkzaamheden voor de overspanningen onder het Onderhoudscontract OVL 2022 te brengen.

#### *Conclusie Commissie*

- 5.23. Naar het oordeel van de Commissie maken de bovenstaande overwegingen duidelijk dat behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022 op die wijze zullen uitleggen dat de overspanningswerkzaamheden voor álle overspanningen niet onder de scope van het onderhoudscontract OVL 2022 bij ondernemer afgenomen behoeven te worden. Het bovenstaande maakt naar het oordeel van de Commissie bovendien duidelijk dat er ook geen sprake is van tegenstrijdige en onduidelijke bepalingen in de aanbestedingsdocumenten, die ten nadele van degene door of namens wie het bestek is opgesteld zouden moeten worden uitgelegd (zie de stelling van ondernemer onder 4.2.5 hierboven).

Den Haag, 27 maart 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. M.C. Pinto

Voorzitter

Vicevoorzitter