

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 763

1. Waar gaat dit advies over?

Dit spoedadvies gaat over raamovereenkomsten voor leerlingenvervoer en jeugd-wetvervoer. Aanbesteder heeft in 2019 het leerlingenvervoer en jeugdwetvervoer in elf percelen in de markt gezet. In het beschrijvend document van de aanbestedingsprocedure stond de zogenoemde combinatiebeperking, die inhield dat ondernemers weliswaar op alle percelen konden inschrijven, maar het aantal percelen dat aan één opdrachtnemer gegund zou worden, werd beperkt. Ook was het niet toegestaan om een specifieke combinatie van percelen aan dezelfde opdrachtnemer te gunnen. Na het verstrijken van de initiële looptijd van de raamovereenkomsten heeft aanbesteder voor zes van de elf percelen gebruik gemaakt van de optie de raamovereenkomst te verlengen. Voor de overige vijf percelen heeft aanbesteder in 2024 een nieuwe aanbestedingsprocedure georganiseerd. Ondernemer klaagt dat aanbesteder met deze aanbestedingsprocedure de combinatiebeperking heeft laten vervallen voor de percelen waarvan de raamovereenkomsten zijn verlengd. Volgens ondernemer heeft aanbesteder daarmee de voorwaarden van de eerdere aanbestedingsprocedure wezenlijk gewijzigd.

2. Hoe luidt dit advies?

De Commissie is van oordeel dat geen sprake is van een wezenlijke wijziging van de raamovereenkomsten die aanbesteder heeft gesloten naar aanleiding van de aanbesteding-2019. Nu aanbesteder de raamovereenkomsten ten aanzien van de percelen 1, 5, 7, 8 en 11 niet heeft verlengd, zijn deze raamovereenkomsten geëindigd. Het stond aanbesteder vrij de betreffende percelen met een nieuwe aanbesteding opnieuw in de markt te zetten. In deze aanbesteding hoefde aanbesteder geen rekening te houden met de combinatiebeperking-2019. De Commissie acht de klacht ongegrond.

3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Aanbesteder, een inkoop samenwerking van vijf gemeenten, heeft in 2019 met een Europese openbare procedure het leerlingenvervoer en jeugdwetvervoer in elf percelen in de markt gezet (hierna: 'aanbesteding-2019'). Per perceel werd één raamovereenkomst gesloten, waarvan de initiële looptijd vijf jaar was. Deze raamovereenkomst kon tweemaal voor een periode van twee jaar door aanbesteder worden verlengd. In het beschrijvend document van de aanbesteding-2019 was bepaald dat persoonsvervoerders weliswaar op alle percelen konden inschrijven, maar dat één opdrachtnemer niet meer dan drie percelen van de percelen 1 t/m 9 gegund kon krijgen. Ook was het niet toegestaan om zowel perceel 3 als 5 aan dezelfde opdrachtnemer te gunnen (hierna: 'combinatiebeperking-2019').
- 3.2. Ondernemer heeft op grond van de aanbesteding-2019 vijf percelen gegund gekregen (aanvankelijk de percelen 1, 5, 7, 11 en later op grond van een wachtkamerovereenkomst perceel 8). Na het verstrijken van de initiële looptijd heeft

aanbesteder besloten voor deze percelen een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren (hierna: 'aanbesteding-2024'). Voor de overige zes percelen (2, 3, 4, 6, 9 en 10) heeft aanbesteder gebruik gemaakt van de verlengingsoptie.

- 3.3. Ondernemer heeft in de inlichtingenronde van aanbesteding-2024 bezwaar gemaakt tegen de in de nieuwe aanbesteding gehanteerde combinatiebeperking. Volgens ondernemer houdt aanbesteder in de combinatiebeperking-2024 ten onrechte geen rekening met de combinatiebeperking-2019. Ondernemer meent dat de combinatiebeperking-2019 nog steeds geldt ten aanzien van de percelen waarvan de raamovereenkomsten zijn verlengd. Zittende vervoerders zouden in de aanbesteding-2024 dan ook niet mogen inschrijven op percelen die zij op grond van de combinatiebeperking-2019 niet gegund mogen krijgen.
- 3.4. Ondernemer heeft op 4 februari 2025 bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder een klacht ingediend die kort gezegd inhoudt dat aanbesteder met de aanbesteding-2024 de combinatiebeperking-2019 heeft laten vervallen voor de zittende vervoerders. Volgens ondernemer heeft aanbesteder daarmee de voorwaarden van aanbesteding-2019 wezenlijk gewijzigd.
- 3.5. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft op 18 februari 2025 de klacht van ondernemer ongegrond verklaard.
- 3.6. Ondernemer heeft op 19 februari 2025 een klacht bij de Commissie ingediend en heeft dezelfde dag aanbesteder hierover geïnformeerd. Tevens heeft hij aanbesteder verzocht de uiterlijke ontvangst van inschrijvingen op te schorten. Aanbesteder heeft op 20 februari 2025 aangegeven geen gehoor te geven aan dat verzoek. Naar aanleiding van dat bericht heeft ondernemer op 24 februari 2025 aanbesteder laten weten niet te zullen inschrijven op de aanbesteding-2024.
- 3.7. De Commissie heeft op 25 februari 2025 per e-mail aanbesteder verzocht om een reactie. Tevens heeft de Commissie aanbesteder verzocht de procedure op te schorten tot 5 dagen na het uitbrengen van het advies door de Commissie.
- 3.8. Aanbesteder heeft op 4 maart 2025 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd. In zijn reactie heeft aanbesteder toegezegd de voorlopige gunningsbeslissing aan te houden tot 9 april 2025. De Commissie heeft de klacht als spoedklacht in behandeling genomen.

4. Wat zijn de standpunten van partijen?

Ondernemer

- 4.1. De klacht van ondernemer komt er in de kern op neer dat aanbesteder met de aanbesteding-2024 de voorwaarden van de aanbesteding-2019 wezenlijk heeft gewijzigd.

Aanbesteder

- 4.2. Aanbesteder stelt dat de klacht ongegrond is.
- 4.3. De verschillende door ondernemer en aanbesteder ingenomen standpunten en argumenten in deze klacht heeft de Commissie samengevat en zullen hieronder worden besproken.

5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?

- 5.1. Uit de klacht van ondernemer leidt de Commissie af dat zijn bezwaren terug te voeren zijn op één klachtonderdeel.

Klacht: *Aanbesteder heeft met de aanbesteding-2024 de voorwaarden van de aanbesteding-2019 wezenlijk gewijzigd*

- 5.2. Ondernemer stelt dat aanbesteder met de aanbesteding-2024 de voorwaarden van de aanbesteding-2019 wezenlijk heeft gewijzigd.
- 5.3. Ondernemer onderbouwt zijn klacht als volgt.
 - 5.3.1. In de aanbesteding-2019 gold de combinatiebeperking-2019. Volgens ondernemer geldt de combinatiebeperking nog steeds ten aanzien van de percelen waarvan de raamovereenkomsten zijn verlengd. In de aanbesteding-2024 heeft aanbesteder geen rekening gehouden met de combinatiebeperking-2019. Hierdoor kunnen de zittende vervoerders in strijd met de combinatiebeperking-2019 onbeperkt meedingen naar de opnieuw in de markt gezette percelen. Hiermee heeft aanbesteder ten onrechte een belangrijke voorwaarde van de aanbesteding-2019 laten vervallen.
 - 5.3.2. Dit houdt een wijziging van de voorwaarden van de aanbesteding-2019 in die wezenlijk is, meent ondernemer. Zittende vervoerders kunnen in de aanbesteding-2024 meer percelen verwerven dan op grond van de combinatiebeperking-2019 is toegestaan. Daarbij komt dat zij in dat geval grotere efficiency voordelen kunnen behalen dan oorspronkelijk was voorzien. Daarnaast stelt ondernemer dat hij kan aantonen dat de wijziging, indien deze deel had uitgemaakt van de aanbesteding-2019, had geleid tot gunning aan ten minste één andere vervoerder. Bovendien hadden vervoerders mogelijk wél of anders ingeschreven als zij in de aanbesteding-2019 meer percelen hadden kunnen verwerven, aldus ondernemer.
 - 5.3.3. Omdat sprake is van een wezenlijke wijziging had aanbesteder óf in de aanbesteding-2024 rekening moeten houden met de combinatiebeperking-2019 óf voor alle elf percelen een nieuwe aanbesteding moeten organiseren.
- 5.4. Aanbesteder stelt dat geen sprake is van een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de aanbesteding-2019.
- 5.5. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.
 - 5.5.1. Volgens aanbesteder is de combinatiebeperking-2019 niet komen te vervallen; deze is bij de gunning in 2019 toegepast en uitgewerkt.
 - 5.5.2. De combinatiebeperking-2019 zag alleen op de percelen zoals die in 2019 zijn aanbesteed en ziet niet op percelen die onderdeel zijn van een andere, nieuwe opdracht die enkele jaren later wordt aanbesteed. Dit blijkt uit de op grond van de aanbesteding-2019 gesloten raamovereenkomsten en de daaraan ten grondslag liggende aanbestedingsstukken. Daaruit blijkt dat de mogelijkheid dat na de initiële looptijd de raamovereenkomst met betrekking tot het ene perceel kan worden verlengd, terwijl de raamovereenkomst voor een ander perceel kan worden beëindigd en dat zo'n perceel dan opnieuw in de markt wordt geplaatst. Daarbij is in de aanbesteding-2019 niet opgenomen dat bij een nieuwe aanbesteding de combinatiebeperking-2019 zal gelden voor zittende vervoerders, zodat er bij de aanbesteding-2019 reeds in was voorzien dat de combinatiebeperking-2019 niet zou gelden bij een volgende aanbesteding, zoals de aanbesteding-2024. Als aanbesteder dit had gewild, had hij dit expliciet moeten bepalen in de aanbestedingsstukken van aanbesteding-2019. Dat is niet het geval. Een behoorlijk geïnformeerd en normaal

oplettend inschrijver moet begrijpen dat hetgeen in de toepasselijke aanbestedingsstukken is bepaald, uitsluitend ziet op de opdrachten die onder die aanbestedingsprocedure gegund zullen worden en niet op eventuele toekomstige opdrachten, tenzij expliciet in die aanbestedingsstukken anders is bepaald, aldus aanbestededer.

- 5.5.3. De aanbesteding-2024 betreft volgens aanbesteder een volledig nieuwe, op zichzelf staande aanbestedingsprocedure, waarvoor de eisen en voorwaarden gelden zoals opgenomen in de aanbestedingsstukken van die aanbesteding. Aanbesteder heeft in de aanbesteding-2024 een eigen regeling met betrekking tot de combinatiebeperking opgenomen, die uiteraard slechts ziet op de (nieuwe) percelen 1, 5, 7, 8 en 11.

Beoordeling Commissie

- 5.6. De Commissie stelt voorop dat een aanbestedende dienst een overeenkomst niet wezenlijk mag wijzigen tijdens de looptijd zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren (zie voor de hoofdregel artikel 2.163a Aw 2012 en voor de uitzonderingen op die regel de artikelen 2.163b-2.163g lid 1 Aw 2012).
- 5.7. In deze klacht moet de Commissie beoordelen of aanbesteder de voorwaarden van de aanbesteding-2019 wezenlijk heeft gewijzigd. De wezenlijke wijziging zou zien op wat door partijen in deze klacht de 'combinatiebeperking-2019' wordt genoemd en in het beschrijvend document is aangeduid met 'conditioneel inkopen'.





'[...]

Conditioneel inkopen

Om de aanbesteding voor een groter deel van de markt toegankelijk te maken en hiermee concurrentie te bevorderen, verbinden de Opdrachtgevers de volgende voorwaarden aan het inschrijven op de aanbesteding:

1. Voor de percelen 1 t/m 9 geldt dat één Opdrachtnemer niet meer dan 3 percelen gegund kan krijgen.
2. Voor de percelen 3 en 5 geldt dat één Opdrachtnemer slechts 1 van deze percelen gegund kan krijgen.
3. Indien een Inschrijver inschrijft voor meer dan 3 percelen bij de percelen 1 t/m 9 of inschrijft voor percelen 3 en 5, dan dient Inschrijver in de inschrijving zijn voorkeur op te geven voor deze percelen 1 t/m 9 door gebruik te maken van de **Bijlage 11**.

Voorbeelden:

-  : perceel 1, 2 en 3 wordt gegund aan partij X, perceel 4 en 5 aan partij Y, perceel 6, 10 en 11 aan partij Z en perceel 7, 8 en 9 aan partij A.
-  : perceel 1, 2, 3 en 4 wordt gegund aan partij X, perceel 5, 7 en 11 aan partij Y, perceel 6 en 10 aan partij Z en perceel 8 en 9 aan partij A.
-  : perceel 1, 3 en 4 wordt gegund aan partij X, perceel 2 en 9 aan partij Y, perceel 6 en 8 aan partij Z en perceel 5, 7, 10 en 11
-  : perceel 1, 3 en 5 wordt gegund aan partij X, perceel 2 en 9 aan partij Y, perceel 6 en 8 aan partij Z en perceel 4, 5, 10 en 11.

'[...]

- 5.8. Ter beoordeling van de klacht heeft de Commissie onderzocht of een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de combinatiebeperking-2019 zo heeft moeten uitleggen dat deze van toepassing blijft op het geheel van percelen zolang er nog onder de aanbesteding-2019 afgesloten raamovereenkomsten in

stand zijn. In dat geval zou aanbestede met de aanbesteding-2024, waarin slechts een deel van de percelen uit aanbesteding-2019 opnieuw zijn aanbesteed, de voorwaarden van de aanbesteding-2019 hebben gewijzigd, welke wijziging mogelijk wezenlijk is. De Commissie vindt in de aanbestedingsstukken-2019 geen steun voor de uitleg van ondernemer en is dan ook van oordeel dat geen sprake is van een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de aanbesteding-2019. De Commissie acht de klacht **ongegrond** en onderbouwt dit als volgt.

Einde looptijd

- 5.8.1. Aanbestede heeft het leerlingenvervoer en het jeugdwetvervoer in elf percelen in de markt gezet en voor die percelen elf aparte raamovereenkomsten afgesloten. Aanbestede heeft dit in het beschrijvend document als volgt omschreven:

‘[...]

Percelen

[...]

De Opdracht is opgesplitst in 11 Percelen. Binnen elk Perceel wordt beoogd 1 Contractant te contracteren. Iedere Inschrijver mag zich inschrijven voor één of meerdere Percelen. Indien Inschrijver zich inschrijft voor meerdere percelen, dient voor ieder perceel een aparte aanbieding te worden gedaan.

[...]’

- 5.8.2. In de concept raamovereenkomst staat over de looptijd het volgende:

‘[...]

Artikel 5: Duur Overeenkomst

[...]

1. De (Raam)Overeenkomst is aangegaan voor de duur van 5 jaar, ingaande op <datum>. De (Raam)Overeenkomst eindigt van rechtswege op <datum> zonder dat één der partijen tot schriftelijke opzegging is verplicht.

2. In afwijking van artikel 5 lid 1 kan deze (Raam)Overeenkomst 2 maal voor een periode van 2 jaar onder gelijkblijvende voorwaarden eenzijdig door de Gemeente worden verlengd. Hiertoe volstaat dat de Gemeente uiterlijk 6 (zes) maanden voor het verstrijken van de initiële / dan geldende looptijd van de (Raam)Overeenkomst Contractant schriftelijk in kennis stelt dat van de verlengingsoptie gebruik wordt gemaakt.

[...]’

- 5.8.3. Iedere raamovereenkomst is door aanbestede aangegaan voor de initiële looptijd van vijf jaar. De raamovereenkomst kan tweemaal voor de periode van twee jaar door aanbestede worden verlengd. Een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver moest er rekening mee houden dat de volledige looptijd van de raamovereenkomst niet zou worden uitgediend. In dit geval heeft aanbestede ervoor gekozen de raamovereenkomsten voor de percelen 1, 5, 7, 8 en 11 niet te verlengen. Voor elk van deze percelen heeft de raamovereenkomst dan ook het einde van de looptijd bereikt en is opdracht met betrekking tot dat perceel geëindigd. Het stond aanbestede daarna vrij – nu zijn inkoopbehoefte nog steeds bestond – voor deze percelen een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren.

Nieuwe aanbesteding, nieuwe voorwaarden

- 5.8.4. De Commissie overweegt dat een aanbestedende dienst, uiteraard binnen de grenzen van de Aanbestedingswet 2012, de Gids Proportionaliteit en de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht voor zover die daarin niet zijn opgenomen, de vrijheid toekomt om in een aanbesteding de uitvraag en de voorwaarden van die aanbesteding te bepalen (zie bijvoorbeeld Advies 732, ov. 5.4). Dit geldt óók voor de aanbesteding-2024, ook al worden in deze procedure slechts enkele percelen opnieuw in de markt gezet en zijn de raamovereenkomsten met betrekking tot de andere percelen nog in stand.

Formulering combinatiebeperking-2019

- 5.8.5. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder in de aanbesteding-2024 andere voorwaarden aan de combinatiebeperking mocht stellen en daarbij, anders dan ondernemer betoogt, geen rekening hoefde te houden met de combinatiebeperking-2019. In de aan de Commissie ter beschikking gestelde aanbestedingsstukken-2019 (het beschrijvend document en de concept raamovereenkomst) blijkt slechts dat de combinatiebeperking-2019 onderdeel is van het 'conditioneel inkopen' en dat deze 'voorwaarden aan het inschrijven op de aanbesteding' inhouden. De Commissie vindt in deze omschrijving geen steun voor de uitleg van ondernemer, dat de combinatiebeperking uit de aanbesteding-2019 van kracht zou blijven tot de laatste raamovereenkomst die op basis van deze aanbesteding is gesloten, is geëindigd.

Slotsom

- 5.9. De Commissie komt op grond van het bovenstaande tot de slotsom dat geen sprake is van een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de aanbesteding-2019. Nu aanbesteder de raamovereenkomsten ten aanzien van de percelen 1, 5, 7, 8 en 11 niet heeft verlengd, zijn deze raamovereenkomsten geëindigd. Het stond aanbesteder vrij de betreffende percelen met een nieuwe aanbesteding opnieuw in de markt te zetten. In deze aanbesteding hoefde aanbesteder geen rekening te houden met de combinatiebeperking-2019. Dit zou anders zijn geweest indien uit de aanbestedingsstukken-2019 duidelijk, precies en ondubbelzinnig zou hebben gebleken dat de combinatiebeperking-2019 zou doorwerken in een nieuwe aanbesteding. Dit is niet het geval. De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 4 april 2025

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp	Mr. M.C. Pinto	Mr. dr. A.J. van Heeswijck
Voorzitter	Vicevoorzitter	Commissielid