

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 757

### 1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. De klacht ziet op een Europese openbare aanbesteding voor een raamovereenkomst voor busvervoer voor een onderwijsorganisatie. Het gaat om een raamovereenkomst met meerdere ondernemers.
- 1.2. De essentie van de klacht van ondernemer is dat aanbesteder de raamovereenkomst tijdens de uitvoering wezenlijk heeft gewijzigd door de ritopdrachten te vergeben via minicompetities, terwijl toegezegd is deze nadere opdrachten evenredig te verdelen over de twee opdrachtnemers. Als gevolg hiervan heeft ondernemer een onevenredig klein aantal opdrachten toegewezen gekregen.

### 2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie is van oordeel dat zij **de behandeling van de klacht moet staken**, omdat de raamovereenkomst naar haar oordeel niet zo is geformuleerd dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen interpreteren. De Commissie komt daardoor niet toe aan de beantwoording van de vraag of de raamovereenkomst gedurende de uitvoering ervan wezenlijk is gewijzigd.

### 3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Aanbesteder, een onderwijsorganisatie bestaande uit tientallen scholen voor primair en voortgezet onderwijs, heeft op 6 december 2023 een Europese openbare procedure aangekondigd voor busvervoer voor medewerkers en leerlingen van de scholen naar locaties in zowel binnen- als buitenland. Doel is het sluiten van een raamovereenkomst met maximaal drie ondernemingen met een looptijd van maximaal vier jaar. In de aankondiging van de opdracht staat dat het gaat om een raamovereenkomst zonder hernieuwde oproep tot mededinging. Gegund wordt op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding (BPKV).
- 3.2. Op 6 maart 2024 is de raamovereenkomst (voorlopig) gegund aan ondernemer en onderneming X. De ingangsdatum van de overeenkomst is 1 april 2024.
- 3.3. Bij e-mail van 7 juni 2024 heeft ondernemer aan aanbesteder gevraagd hoe het kan dat van de tientallen aanvragen die hij heeft ontvangen, slechts één aanvraag in een opdracht is omgezet. Daarnaast heeft ondernemer aanbesteder gewezen op het zijns inziens onterecht toepassen van een competitief element bij de gunning van de verschillende opdrachten, terwijl aanbesteder in de nota van inlichtingen heeft toegezegd de opdrachten evenredig te zullen verdelen onder de gecontracteerde partijen.
- 3.4. Bij e-mail van 16 juli 2024 heeft aanbesteder geantwoord dat hij de opdrachten gelijkmatig heeft verdeeld door alle opdrachten aan beide gecontracteerde partijen aan te bieden. Volgens aanbesteder kiezen scholen voor onderneming X omdat deze goedkoper zou zijn dan ondernemer.

- 3.5. Bij brief van 23 juli 2024 heeft ondernemer zijn klacht bij aanbesteder herhaald, die aanbesteder bij brief van 30 augustus wederom heeft afgewezen.
- 3.6. Op 22 november 2024 heeft ondernemer een formele klacht naar aanbesteder gestuurd. Aanbesteder heeft op 20 december 2024 geantwoord dat hij geen aanleiding ziet op deze klacht inhoudelijk te reageren.
- 3.7. Op 9 januari 2025 heeft ondernemer een klacht bij de Commissie ingediend.
- 3.8. De reactie van aanbesteder op deze klacht heeft de Commissie op 7 februari 2025 ontvangen.

#### **4. Wat zijn de standpunten van partijen?**

- 4.1. Hoewel de klacht van ondernemer uit vier onderdelen bestaat, heeft de Commissie slechts een klachtonderdeel in behandeling genomen, namelijk het onderdeel dat gaat over de wezenlijke wijziging van de raamovereenkomst tijdens de uitvoering daarvan (zie hieronder), omdat dit onderdeel naar het oordeel van de Commissie de kern van de klacht van ondernemer betreft en betrekking heeft op het handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012. Dit laatste is een vereiste voor de Commissie om een klacht in behandeling te kunnen nemen (zie onder meer advies 469 overweging 5.2.1).

##### *Ondernemer*

- 4.2. De klacht van ondernemer komt er kort gezegd op neer dat hij van mening is dat aanbesteder de raamovereenkomst voor busvervoer van 6 december 2023 wezenlijk heeft gewijzigd tijdens de uitvoering van de overeenkomst, door in plaats van de nadere opdrachten evenredig te verdelen over de twee opdrachtnemers zoals toegezegd in de nota van inlichtingen, de opdrachten te vergeven via minicompetities met als gunningscriterium de laagste prijs. Hierdoor heeft ondernemer een onevenredig klein aantal opdrachten toegewezen gekregen.

##### *Aanbesteder*

- 4.3. Aanbesteder stelt kort gezegd dat er geen sprake is van een wijziging en dat hij doet wat is overeengekomen, namelijk het houden van minicompetities voor de afzonderlijke opdrachten.
- 4.4. De verschillende door ondernemer en aanbesteder ingenomen standpunten en argumenten in deze klacht heeft de Commissie samengevat en zullen hieronder nader worden besproken.

#### **5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?**

- 5.1. Uit de klacht van ondernemer en de reactie hierop van aanbesteder leidt de Commissie af dat partijen van mening verschillen over wat in de aanbestedingsstukken staat over de wijze van gunning van nadere opdrachten (hierna: ritopdrachten) onder de raamovereenkomst over de twee opdrachtnemers. De Commissie overweegt dat zij daarom eerst moet onderzoeken wat uit de aanbestedingsstukken volgt over de wijze van gunning van de ritopdrachten zoals deze is vormgegeven in de raamovereenkomst voor het busvervoer, voordat zij kan onderzoeken of sprake is van een wezenlijke wijziging van deze raamovereenkomst. De Commissie stelt zich daarom allereerst de volgende vraag.

##### ***Wat zeggen de aanbestedingsstukken over de gunning van ritopdrachten?***

### *Ondernemer*

- 5.2. Ondernemer stelt dat uit de aanbestedingsstukken duidelijk blijkt dat de nadere opdrachten evenredig over beide ondernemers zullen worden verdeeld.
- 5.3. Ondernemer onderbouwt dit als volgt.
  - 5.3.1. Ondernemer stelt dat sprake is van één overheidsopdracht die is gegund op basis van een prijs en kwaliteit via twee raamovereenkomsten aan twee opdrachtnemers (ondernemer en onderneming X), zonder verdeling in percelen. Ondernemer meent dat hij uit de aanbestedingsstukken heeft mogen begrijpen dat de verdeling van de ritopdrachten over ondernemer en onderneming X zou plaatsvinden via 'evenredige verdeling' en dat het ook niet de bedoeling was dat de twee gecontracteerde ondernemers met elkaar zouden concurreren. Dit heeft ondernemer niet alleen mogen begrijpen uit de aankondiging van de opdracht van 6 december 2023, waarin staat dat het een raamovereenkomst betreft zonder hernieuwde oproep tot mededinging, maar ook uit het antwoord van aanbesteder op vraag 3 in de nota van inlichtingen en een tweetal bepalingen in het beschrijvend document.
  - 5.3.2. In vraag 3 in de nota van inlichtingen van 15 januari 2024 is de vraag gesteld hoe het werk zal worden verdeeld tussen de geselecteerde leveranciers. Volgens ondernemer is het logisch dat deze vraag al tijdens de aanbestedingsprocedure werd gesteld. Immers, er was sprake van een aanbesteding zonder hernieuwde oproep tot mededinging, terwijl volgens de aanbestedingsstukken wel gegund zou kunnen worden aan maximaal drie opdrachtnemers. Niet duidelijk was zodoende welk verdelingschema aanbesteder voor de afzonderlijke ritopdrachten zou hanteren. Ondernemer meent dat het antwoord van aanbesteder deze onduidelijkheid voldoende heeft opgehelderd. Aanbesteder zou er namelijk naar streven de verschillende opdrachten voor busvervoer evenredig te verdelen.
  - 5.3.3. Ondernemer is van mening dat hij uit paragraaf 1.2.6 en 4.3 van het beschrijvend document heeft mogen begrijpen dat het ook niet de bedoeling was van aanbesteder om de gecontracteerde ondernemers met elkaar te laten concurreren. In paragraaf 1.2.6 ('Te sluiten overeenkomst') staat namelijk het volgende: 'De aanbesteding leidt tot een raamovereenkomst met maximaal drie leveranciers, met een looptijd van maximaal vier jaar. De reden daarvoor is dat niet exact vast te stellen is hoeveel busreizen gemaakt zullen worden gedurende de overeenkomst. De behoefte aan deze dienstverlening kan erg verschillen en ook de ontwikkelingen binnen [aanbesteder] hebben mogelijk invloed op de mate van afname van het busvervoer.' En in paragraaf 4.3 ('Prijs') staat dat het niet mogelijk is andere tarieven te factureren dan opgenomen zijn in het prijzenblad.

### *Aanbesteder*

- 5.4. De reactie van aanbesteder komt erop neer dat hij slechts uitvoert wat is overeengekomen, en dat is dat er minicompetities zullen worden gehouden.
- 5.5. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.
  - 5.5.1. Allereerst stelt aanbesteder dat hij in zijn antwoord op vraag 3 in de nota van inlichtingen heeft gezegd ernaar te streven opdrachten evenredig te verdelen. Aanbesteder meent dat hij daaraan voldoet door bij alle opdrachten beide partijen uit te nodigen een offerte in te dienen. 'Evenredige' verdeling betekent bovendien volgens aanbesteder niet dat opdrachten gelijkelijk (d.w.z. fifty-fifty) zouden moeten worden verdeeld. Bij gelijkelijke verdeling zou het kenmerk van een aanbestedingsprocedure, het uitbrengen van offertes, namelijk geen functie meer hebben. Daarnaast speelt volgens aanbesteder mee dat ondernemer en onderneming X

weliswaar een vergelijkbare kwaliteit hebben aangeboden, maar geen vergelijkbare prijs. Zoals aanbesteder in de gunningsbeslissing heeft aangegeven was de prijs van ondernemer significant hoger, waardoor ondernemer op de tweede plaats is geëindigd. Desondanks heeft ondernemer besloten de aanbesteding door te zetten, maar de prijsstelling niet aan te passen. Het feit dat beide ondernemingen geen vergelijkbare aanbidding hebben gedaan betekent volgens aanbesteder ook dat van een evenredige verdeling geen sprake meer kan zijn. Naar de mening van aanbesteder is namelijk onderdeel van evenredige verdeling dat sprake is van vergelijkbare aanbiddingen.

- 5.5.2. Ten tweede stelt aanbesteder dat partijen zijn overeengekomen dat opdrachtnemers geen aanspraak kunnen maken op het verkrijgen van opdrachten. In artikel 1.3 van de raamovereenkomst staat namelijk dat opdrachtgever enkel gerechtigd is opdrachten te verstrekken, maar daartoe niet verplicht is. Aanbesteder meent dat als hij werkelijk de bedoeling zou hebben gehad om opdrachten fifty-fifty te verdelen (zie hierboven onder 5.5.1), hij artikel 1.3 van de raamovereenkomst anders zou hebben geformuleerd. Ook is aanbesteder van mening dat hij in zijn antwoord op vraag 3 in de nota van inlichtingen duidelijk heeft aangegeven ernaar te streven opdrachten evenredig te verdelen. Hieruit vloeit volgens aanbesteder geen verplichting voort tot het verstrekken van opdrachten. Aanbesteder geeft tot slot aan dat, mocht er sprake zijn van een tegenstelling tussen het bepaalde in de nota van inlichtingen (antwoord op vraag 3) en artikel 1.3 van de raamovereenkomst, dan geldt op grond van artikel 1.2 van de raamovereenkomst dat het bepaalde in de raamovereenkomst voorrang heeft.

### ***Beoordeling Commissie***

- 5.6. De Commissie moet **de behandeling van de klacht staken**, omdat de raamovereenkomst naar haar oordeel niet zo is geformuleerd dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen interpreteren. De Commissie komt daardoor niet toe aan de beantwoording van de vraag of de raamovereenkomst gedurende de uitvoering ervan wezenlijk is gewijzigd.

- 5.7. De Commissie onderbouwt dit als volgt.

#### *Toetsingskader*

- 5.8. Het gaat in deze zaak om de uitleg van een raamovereenkomst die tot stand is gekomen na een Europese aanbestedingsprocedure.
- 5.8.1. De uitleg van een contractuele bepaling vindt in beginsel plaats aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Volgens deze maatstaf komt het bij de uitleg van een overeenkomst aan op hetgeen partijen over en weer hebben verklaard, op de zin die zij in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan die verklaringen en de in die overeenkomst vervatte bedingen mochten toekennen. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van hen kan worden verwacht.
- 5.8.2. Een andere maatstaf dan de Haviltex-maatstaf voor de uitleg van bepalingen is de cao-norm. Bij toepasselijkheid van de cao-norm moet de bedoeling van de contracterende partijen naar objectieve maatstaven worden uitgelegd. Dat wil zeggen dat de uitleg van een bepaling wordt gebaseerd op objectief kenbare gegevens, zoals de tekst van de relevante bepalingen of andere objectief vast te stellen factoren.

- 5.8.3. In het arrest DSM/ Fox (ECLI:NL:HR:2004:AO1427) heeft de Hoge Raad overwogen dat tussen de Haviltex-norm en de cao-norm geen tegenstelling bestaat, maar een vloeiende overgang. Volgens de Hoge Raad zijn bij de uitleg van overeenkomsten telkens van beslissende betekenis alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar wat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Daaruit vloeit voort dat naarmate een overeenkomst méér de rechtspositie van derden raakt, de uitleg van die overeenkomst méér naar objectieve maatstaven dient te geschieden. Hoe minder een overeenkomst de rechtspositie van derden raakt, hoe meer acht geslagen moet worden op de subjectieve verwachtingen van de bij de overeenkomst betrokken partijen.
- 5.8.4. De Hoge Raad heeft (nog) geen specifieke uitwerking gegeven van de maatstaf voor de uitleg van overeenkomsten gegeven die tot stand zijn gekomen na een aanbestedingsprocedure. Bij de uitleg van overeenkomsten die tot stand zijn gekomen na een aanbestedingsprocedure wordt in de lagere rechtspraak veelal aansluiting gezocht bij een uitleg naar objectieve maatstaven. Reden daarvoor is het in het aanbestedingsrecht geldende transparantiebeginsel, dat met zich brengt dat de offerteaanvraag dient te worden geformuleerd op een duidelijke en ondubbelzinnige wijze, zodat alle inschrijvers de aanbestedingsvoorwaarden op de juiste wijze kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren. Bij de uitleg van de aanbestedingsstukken dient de niet in die stukken tot uitdrukking gebrachte opvatting van de aanbestedende dienst over de uitleg daarvan buiten beschouwing te worden gelaten, omdat die tot ongelijke behandeling zou kunnen leiden.
- 5.8.5. Een andere reden dat bij de hierboven genoemde overeenkomsten aansluiting wordt gezocht bij een uitleg naar objectieve maatstaven is dat inschrijvers wier rechtspositie wordt beïnvloed door een overeenkomst die na een aanbestedingsprocedure wordt gesloten zelf geen of vrijwel geen invloed hebben op de inhoud of formulering van de overeenkomst (waarvan uitleg wordt gevraagd), terwijl de onderliggende partijbedoelingen voor inschrijvers ook niet kenbaar zijn. Bij deze uitleg naar objectieve maatstaven moeten de bepalingen gelezen worden in het licht van de gehele tekst van de op het moment van de inschrijving door de aanbestedende dienst beschikbaar gestelde aanbestedingsdocumenten (zie onder meer Rb. Rotterdam 2 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8957, r.o. 4.8-4.11; Rb. Limburg 23 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1533, r.o. 4.1-4.5; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6172, r.o. 3.11). Het ligt daarbij voor de hand dat als over de uitleg van een bepaling inlichtingen zijn gevraagd en die inlichtingen door de aanbestedende dienst zijn verstrekt, de nota van inlichtingen voor de uitleg van die bepaling van groot belang is (zie onder meer Rb. Limburg 23 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1533, r.o. 4.5).
- 5.9. Voor de onderbouwing van het oordeel van de Commissie is afdeling 2.4.1 Aw 2012 relevant, dat regels bevat voor het plaatsen van een overheidsopdracht via een raamovereenkomst. In artikel 2.139 Aw 2012 is, onder meer, bepaald dat een aanbestedende dienst die een raamovereenkomst sluit na toepassing van een Europese openbare aanbesteding, op basis van die raamovereenkomst overheidsopdrachten kan plaatsen overeenkomstig de procedures, bedoeld in artikel 2.142 of artikel 2.143 Aw 2012. Artikel 2.142 omschrijft een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten op basis van een raamovereenkomst die is gesloten met één ondernemer, artikel 2.143 Aw 2012 voorziet in een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten op basis van een raamovereenkomst die met meerdere ondernemers is gesloten.
- 5.9.1. In het eerste lid van artikel 2.143 Aw 2012 is het volgende bepaald:

'1. Indien een raamovereenkomst met meer dan één ondernemer is gesloten, wordt die raamovereenkomst uitgevoerd op een van de volgende wijzen:

- a. volgens de voorwaarden van de raamovereenkomst, zonder dat de overheidsopdracht opnieuw voor mededinging wordt opengesteld, indien de raamovereenkomst alle voorwaarden bevat met betrekking tot de uitvoering van de betrokken werken, leveringen of diensten alsmede de objectieve voorwaarden ter bepaling van de ondernemers die deze als partij bij de raamovereenkomst zullen uitvoeren, welke objectieve voorwaarden zijn vermeld in de aanbestedingsstukken voor de raamovereenkomst;
- b. deels zonder dat de overheidsopdracht opnieuw voor mededinging wordt opengesteld en deels met een nieuwe aankondiging voor de ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst, indien de raamovereenkomst alle voorwaarden bevat met betrekking tot de uitvoering van de betrokken werken, leveringen of diensten en de aanbestedende dienst deze mogelijkheid in de aanbestedingsstukken voor de raamovereenkomst heeft vermeld;
- c. door de overheidsopdracht opnieuw voor mededinging open te stellen voor de ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst, indien de raamovereenkomst niet alle voorwaarden bevat met betrekking tot de uitvoering van de werken, leveringen of diensten.'

5.9.2. In het derde lid van artikel 2.143 Aw 2012 is onder meer het volgende bepaald:

'3. Bij de in het eerste lid, onderdelen b en c, bedoelde aankondiging worden dezelfde voorwaarden gesteld als die welke gelden voor de gunning van de raamovereenkomst alsmede, zo nodig, nader gespecificeerde voorwaarden en, in voorkomend geval, andere voorwaarden die zijn vermeld in de aanbestedingsstukken van de raamovereenkomst, overeenkomstig de volgende procedure:

- a. voor elke te gunnen overheidsopdracht raadpleegt de aanbestedende dienst schriftelijk de ondernemers die in staat zijn de opdracht uit te voeren;
- b. de aanbestedende dienst stelt een voldoende lange termijn vast voor de indiening van inschrijvingen voor elke specifieke overheidsopdracht, rekening houdend met elementen zoals de complexiteit van het voorwerp van de opdracht en de benodigde tijd voor de toezending van de inschrijvingen;
- c. de inschrijvingen worden schriftelijk ingediend en de inhoud ervan wordt niet vrijgegeven tot de gestelde indieningstermijn is verstreken;
- d. de aanbestedende dienst kan de overheidsopdracht gunnen aan de inschrijver die op grond van de in de aanbestedingsstukken van de raamovereenkomst vastgestelde gunningscriteria de beste inschrijving heeft ingediend.'

5.10. Voor de onderbouwing van het oordeel van de Commissie is tevens relevant artikel 2.53 lid 1 Aw 2012, waarin het recht van een ondernemer is opgenomen inlichtingen te vragen over een specifieke aanbesteding. Op grond van het tweede lid van artikel 2.53 Aw 2012 moet de aanbestedende dienst de gestelde vragen vervolgens beantwoorden in een nota van inlichtingen, die hij aan alle gegadigden of inschrijvers verzendt.

#### *Overwegingen vooraf*

5.11. De Commissie overweegt dat aanbesteder de opdracht voor het busvervoer niet heeft opgedeeld in twee percelen, waarbij zowel ondernemer als onderneming X per perceel een raamovereenkomst voor het busvervoer toebedeeld hebben gekregen. Aanbesteder heeft daarentegen in deze aanbesteding gekozen voor één raamovereenkomst met twee of meer ondernemers zoals bedoeld in artikel 2.143 Aw 2012, zijnde ondernemer en onderneming X.

5.12. De Commissie overweegt dat volgens artikel 2.143 Aw 2012 nadere opdrachten die onder een raamovereenkomst met meerdere ondernemers worden geplaatst

op drie verschillen wijzen kunnen worden gegund. Een aanbestedende dienst moet een keuze maken uit een van deze drie gunningswijzen:

I. De *eerste keuzemogelijkheid* (artikel 2.143 lid 1 onder a) betreft rechtstreekse gunning van een nadere opdracht aan één van de bij de raamovereenkomst betrokken ondernemers, zonder dat de opdracht opnieuw voor mededinging wordt opengesteld (geen minicompenties). Daarvoor is vereist dat alle voorwaarden voor de uitvoering van de opdrachten in de raamovereenkomst zijn vermeld en dat de objectieve criteria op basis waarvan een keuze wordt gemaakt voor één van de ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst in de aanbestedingsstukken zijn vermeld. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een indeling naar locatie waarbij iedere ondernemer een geografisch gebied krijgt toebedeeld, of een indeling waarbij de opdrachten beurtelings aan de ondernemers worden toebedeeld. Ook kan daarbij gekozen worden voor een getrappt systeem waarbij de nadere opdracht eerst wordt aangeboden aan de beste inschrijving, en als de ondernemer van deze inschrijving niet kan of wil, de opdracht gaat naar nummer 2 enzovoort.

II. De *tweede keuzemogelijkheid* (artikel 2.143 lid 1 onder c) betreft gunning van een nadere opdracht door deze opdracht voor mededinging open te stellen voor ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst (minicompenties). Van deze gunningswijze kan een aanbestedende dienst gebruik maken wanneer hij nog niet alle voorwaarden voor de uitvoering van de nadere opdracht heeft uitgekristalliseerd en daarom nog niet heeft opgenomen in de raamovereenkomst. Vereist voor deze gunningswijze is echter wel dat de aanbestedende dienst de objectieve criteria op basis waarvan de opdrachten via de minicompenties aan de bij de raamovereenkomst betrokken ondernemers worden gegund, opneemt in de aanbestedingsstukken.

III. De *derde keuzemogelijkheid* (artikel 2.143 lid 1 onder b) betreft een gunningswijze die een mengvorm is van rechtstreekse gunning en gunning door middel van het houden van minicompenties. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan opdrachten die boven een bepaalde waarde worden vergeven via minicompenties en beneden deze waarde bijvoorbeeld beurtelings worden vergeven.

- 5.13. De Commissie overweegt vervolgens dat tussen partijen niet in geschil is dat aanbesteder minicompenties heeft gehouden onder de bovengenoemde raamovereenkomst, en dat aanbesteder zodoende ten behoeve van de uitvoering van de raamovereenkomst gekozen heeft voor een gunningswijze door middel van minicompenties zoals bedoeld in artikel 2.143 lid 1 onder c Aw 2012 (tweede keuzemogelijkheid zoals genoemd in 5.12). Ondernemer en aanbesteder verschillen wel van mening over de vraag of aanbesteder gerechtigd was minicompenties te houden onder deze raamovereenkomst. Ondernemer is van mening dat aanbesteder is gebonden aan de wijze van gunning zoals genoemd in artikel 2.143 lid 1 onder a Aw 2012 (eerste keuzemogelijkheid zoals genoemd in 5.12).
- 5.14. De Commissie overweegt dat zij, gezien de tegengestelde meningen die ondernemer en aanbesteder hebben over de wijze van gunning van de ritopdrachten onder de huidige raamovereenkomst, moet onderzoeken hoe een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver de raamovereenkomst op dit punt zal uitleggen.

#### *Onderzoek Commissie*

- 5.15. De Commissie betreft in haar onderzoek naar de wijze van gunning onder de raamovereenkomst de bewoordingen van de bepalingen in de gehele tekst van

de raamovereenkomst en de aanbestedingsstukken, die daarvan onderdeel zijn. De Commissie hanteert daarbij een objectieve maatstaf.

- 5.16. De Commissie ziet in de stukken dat aanbesteder voor wat betreft zijn keuze voor de wijze van gunning van de nadere opdrachten onder de raamovereenkomst op twee sporen zit. Aanbesteder zit enerzijds op het spoor van een raamovereenkomst waarbij de nadere opdrachten rechtstreeks worden gegund (artikel 2.143 lid 1 onder a Aw 2012), en anderzijds op het spoor van een raamovereenkomst waarbij minicompetities worden gehouden (artikel 2.143 lid 1 onder b Aw 2012). Aanbesteder maakt echter geen keuze tussen beide gunningswijzen. Tevens merkt de Commissie op dat aanbesteder ook niet gekozen heeft voor de mogelijkheid van gunning zoals genoemd in artikel 2.143 lid 1 onder b Aw 2012.
- 5.17. Allereerst constateert de Commissie dat aanbesteder in de aankondiging van de raamovereenkomst voor het busvervoer van 6 december 2023 heeft vermeld dat de raamovereenkomst een raamovereenkomst betreft 'zonder hernieuwde oproep tot mededinging'. Naar het oordeel van de Commissie lijkt aanbesteder daarmee in deze aanbesteding te hebben gekozen voor een gunningswijze zoals genoemd in artikel 2.143 lid 1 onder a Aw 2012, waarbij rechtstreekse gunning plaatsvindt.
  - 5.17.1. Ook het antwoord van aanbesteder op vraag 3 in de nota van inlichtingen wijst in bovengenoemde richting. Op de vraag hoe het werk verdeeld wordt tussen de geselecteerde ondernemers heeft aanbesteder geantwoord dat hij ernaar streeft de verschillende opdrachten voor busvervoer evenredig te verdelen onder de gecontracteerde partijen. Een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver zou uit dit antwoord kunnen begrijpen dat aanbesteder daarmee een indeling hanteert waarbij de opdrachten evenredig tussen beide partijen worden verdeeld (zie 5.12 hierboven). Immers, de (antwoorden in de) nota van inlichtingen maken onderdeel uit van de aanbestedingsdocumenten (zie MvT 2015-16, 34329, nr. 3 p. 22, Advies 571 overweging 5.7.8, en Rb. Midden-Nederland 21 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3776, r.o 3.27).
  - 5.17.2. Met het hanteren van deze indeling zou aanbesteder naar het oordeel van de Commissie overigens niet hebben voldaan aan de voorwaarden zoals genoemd in artikel 2.143 lid 1 onder a Aw 2012. Onduidelijk is namelijk wat met een 'evenredige verdeling' is bedoeld. Aanbesteder gebruikt in zijn reactie op de klacht de term 'gelijkelijk'. Deze term heeft echter een andere betekenis dan 'evenredig'.
- 5.18. Daarnaast constateert de Commissie dat aanbesteder ook lijkt te hebben gekozen voor een gunningswijze door middel van minicompetities zoals genoemd in artikel 2.143 lid 1 onder c Aw 2012. De Commissie ziet namelijk in de overwegingen van de raamovereenkomst voor het busvervoer staan dat alle opdrachten onder de raamovereenkomst gegund zullen worden na een (nadere) concurrentiestelling tussen de raamcontractanten op basis van het gunningscriterium de beste prijs-kwaliteitverhouding. Bovendien staat in paragraaf 4.1 van het aanbestedingsdocument van 6 december 2023 ('Eisen ten aanzien van de opdracht') dat na gunning offertes zullen worden opgevraagd, waarvoor geldt dat de daarin genoemde tarieven te herleiden moeten zijn tot de tarieven die zijn ingediend bij de inschrijving op de aanbesteding, en dat deze wel lager mogen zijn, maar niet hoger dan de ingediende tarieven (Commissie: zoals ingediend bij inschrijving op de aanbesteding). Hieruit leidt de Commissie af dat beide opdrachtnemers bij de nadere opdrachten in ieder geval ook kunnen concurreren op prijs. Naar het oordeel van de Commissie zou een normaal oplettende en zorgvuldige inschrijver op basis van de overweging in de raamovereenkomst en de paragraaf in het aanbestedingsdocument evengoed kunnen begrijpen dat aanbesteder gunt door middel van het houden van minicompetities.

- 5.18.1. Echter, wanneer aanbesteder voor de optie van minicompetities zou hebben gekozen, zou hij volgens artikel 2.143 lid 3 onder d Aw 2012 ook in de aanbestedingsstukken van de raamovereenkomst de gunningscriteria voor de keuze van de beste inschrijving hebben moeten opnemen. Dat heeft aanbesteder niet gedaan. De Commissie ziet niet in het aanbestedingsdocument, noch in de overige aanbestedingsstukken, criteria staan voor gunning van de afzonderlijke ritopdrachten onder de raamovereenkomst. Aanbesteder had in het aanbestedingsdocument duidelijk moeten aangeven welke gunningscriteria zouden gelden bij de nadere opdrachten. Dit had hij kunnen doen door het hanteren van dezelfde gunningscriteria als gesteld in de aanbesteding van de raamovereenkomst maar ook door het stellen van specifiek voor de nadere opdrachten opgestelde gunningscriteria (zie artikel 2.143 lid 3 aanhef Aw 2012). Door dit niet te doen heeft aanbesteder niet voldaan aan de wettelijke vereisten voor het gebruik van een raamovereenkomst waarbij nadere opdrachten door middel van minicompetities aan opdrachtnemers worden gegund.
- 5.19. De conclusie van de Commissie is dat de aanbestedingsstukken niet transparant zijn, omdat aanbesteder geen duidelijke keuze heeft gemaakt voor een van de uitvoeringswijzen zoals genoemd in artikel 2.143 Aw 2012. Dit betekent dat aanbesteder niet heeft voldaan aan zijn verplichting tot transparantie. En naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder ook niet voldaan aan een aantal andere wettelijke vereisten die voor zowel rechtstreekse gunning van nadere opdrachten als gunning via minicompetities gelden (zie 5.17.2 en 5.18.1 hierboven).
- 5.20. Aanbesteder verwijst in zijn reactie op de klacht naar een rangordebepaling, opgenomen in artikel 1.2 van de raamovereenkomst, waarin is bepaald dat in geval documenten in tegenspraak met elkaar zijn de raamovereenkomst voorrang heeft. Op grond daarvan zou in de situatie dat sprake is van een tegenstelling tussen het bepaalde in de nota van inlichtingen (antwoord op vraag 3: 'evenredige verdeling') en artikel 1.3 van de raamovereenkomst (aangebesteder is niet verplicht te gunnen) het bepaalde in de raamovereenkomst voorrang hebben. Deze stelling van aanbesteder gaat naar het oordeel van de Commissie niet op. Artikel 1.2 van de raamovereenkomst bevat een rangorderegeling op grond waarvan de raamovereenkomst in rangorde voorgaat op de nota('s) van inlichtingen. Een dergelijke rangorderegeling veronderstelt dat wijzigingen van de raamovereenkomst die voortkomen uit de nota('s) van inlichtingen in de definitieve raamovereenkomst worden verwerkt. Uit paragraaf 2.7 van het aanbestedingsdocument, waarin is aangegeven dat onderdeel van de nota van inlichtingen een definitieve raamovereenkomst is, leidt de Commissie af dat dit ook de bedoeling van aanbesteder is geweest. De Commissie is niet in het bezit van de definitieve versie van de raamovereenkomst, maar uit de stellingen van partijen leidt de Commissie af dat dat wijzigingen die zijn voortkomen uit de nota('s) van inlichtingen niet in de definitieve raamovereenkomst zijn verwerkt. Naar het oordeel van de Commissie kan deze omissie er niet toe leiden dat aan mededelingen in de nota's van inlichtingen die strijdig zijn met de raamovereenkomst voorbij wordt gegaan. Relevant daarbij is dat uit de rechtspraak volgt dat bij de uitleg van bepalingen in de overeenkomst groot gewicht toekomt aan de inlichtingen die in de nota van inlichtingen zijn verstrekt (zie hierboven onder 5.8.4 Rb. Limburg 23 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1533, r.o. 4.1-4.5). Tot slot merkt de Commissie op dat de wijze waarop ritopdrachten via minicompetities worden gegund niet in de raamovereenkomst zijn uitgewerkt. Ook als zou worden aangenomen dat aan de raamovereenkomst voorrang toekomt boven de nota('s) van inlichtingen, is de raamovereenkomst dus nog steeds onduidelijk (zie 5.17.2 en 5.18.1 hierboven).

- 5.21. Naast de constatering dat aanbesteder niet heeft voldaan aan zijn verplichting tot transparantie en een aantal wettelijke vereisten die gelden voor gunning van nadere opdrachten, constateert de Commissie dat het ook op de weg van ondernemer had gelegen zijn recht uit artikel 53 lid 1 Aw 2012 om in een dialoogronde inlichtingen te vragen volledig te benutten.
- 5.21.1. De Commissie merkt op dat ondernemer bij lezing van de aanbestedingsdocumenten direct al op het spoor is gaan zitten dat opdrachten niet na een nieuwe oproep tot mededinging zouden worden gegund, terwijl de aanbestedingsstukken ook ruimte laten voor een andere methodiek (gunnen na minicompetitie). Ondernemer heeft dit blijkbaar over het hoofd gezien. Naar het oordeel van de Commissie had van ondernemer, als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver, mogen worden verwacht dat hij de onduidelijkheden die de Commissie hierboven heeft geconstateerd, ook zelf bij lezing van de aanbestedingsdocumenten zou hebben opgemerkt en daarover in de nota van inlichtingen vragen zou hebben gesteld. Immers van een inschrijvend ondernemer mag worden verwacht dat hij de aanbestedingsstukken goed doorleest.
- 5.21.2. Ook merkt de Commissie op dat ondernemer op het antwoord van aanbesteder op vraag 3 in de nota van inlichtingen geen vervolgvragen heeft gesteld, terwijl daartoe wel aanleiding was. Hoewel de toezegging van aanbesteder ernaar te streven de opdrachten evenredig te verdelen doet vermoeden dat aanbesteder ervoor zal zorgen de opdrachten in een gelijke verhouding te verdelen en dat hier zodoende sprake was van een verdelingsschema zoals bedoeld in artikel 2.143 lid 1 onder a Aw 2012, was het vragen van nadere uitleg bij dit antwoord wel op zijn plaats geweest. In de ogen van de Commissie roept het antwoord van aanbesteder namelijk vragen op. Een vervolgvraag had bijvoorbeeld kunnen zijn wat aanbesteder nu bedoelde met het woord 'streven'. Doet aanbesteder hierbij alleen zijn best of zegt hij toch iets toe? Ook had ondernemer de vervolgvraag kunnen stellen wat aanbesteder nu exact bedoelde met de term 'evenredige verdeling'. Zegde aanbesteder daarbij toe de opdrachten gelijkelijk, dus fifty-fifty, te verdelen, of bedoelde hij dat hij de opdrachten rechtvaardig en naar eigen inzicht zou verdelen? De Commissie merkt in dit verband op dat 'evenredig' niet synoniem is aan 'gelijkelijk', zoals aanbesteder lijkt te veronderstellen. Weliswaar rust op de aanbestedende dienst de plicht de voorwaarden op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te formuleren, maar door het stellen van deze vervolgvragen had ondernemer discussies over de uitvoeringswijze van de raamovereenkomst mogelijk kunnen voorkomen.
- 5.22. De Commissie komt tot de slotsom dat zij **de behandeling van de klacht moet staken**, omdat de raamovereenkomst naar haar oordeel niet zo is geformuleerd dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen interpreteren. De Commissie komt daardoor niet toe aan de beantwoording van de vraag of de raamovereenkomst gedurende de uitvoering ervan wezenlijk is gewijzigd.

**6. Advies**

De Commissie staakt de behandeling van de klacht.

Den Haag, 16 april 2025

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

Voorzitter

Vicevoorzitter   Commissielid