

JAAN 2016/130

JAAN 2016/130, Commissie van Aanbestedingsexperts, 11-03-2016, 285 (annotatie)

Looptijd raamovereenkomst, Motiveringsplicht, Rechtsverwerking

GEGEVENS

Instantie	Commissie van Aanbestedingsexperts
Datum uitspraak	11-03-2016
Publicatie	JAAN 2016/130 (Sdu Jurisprudentie Aanbestedingsrecht), aflevering 4, 2016
Annotator	mr. A. Stellingwerff Beintema
Zaaknummer	285
Rechtsgebied	Aanbestedingsrecht
Rubriek	Commissie van Aanbestedingsexperts
Rechters	mr. Jansen mr. Chen
Partijen	
Regelgeving	Aanbestedingswet 2012 - 2.140 lid 3

SAMENVATTING

Beklaagde heeft een Europese openbare aanbesteding gehouden. De klacht komt erop neer dat beklaagde heeft gehandeld in strijd met art. 2.140 lid 3 Aw 2012 door een raamovereenkomst aan te besteden met een looptijd van meer dan vier jaar.

Rechtsverwerking

Van een inschrijver mag een proactieve houding worden verwacht. Uit de Inschrijvingsleidraad blijkt dat de uiterste termijn voor het kenbaar maken van onvolkomenheden, procedurefouten, tegenstrijdigheden en/of eventuele bezwaren afliep op 6 juli 2015. Klager heeft in strijd met bovengenoemde

verplichting gehandeld door haar bezwaren pas op 2 september 2015 aan beklaagde kenbaar te maken. Uit de Aankondiging blijkt dat potentiële inschrijvers vanaf het allereerste moment bekend waren met de door beklaagde vastgestelde looptijd van de raamovereenkomsten met maximaal 84 maanden.

De Commissie oordeelt dat klager niet meer kan opkomen tegen de mogelijke inbreuk van beklaagde op art. 2.140 lid 3 Aw 2012. De klacht is ongegrond. Ten overvloede overweegt de Commissie nog het volgende.

Looptijd raamovereenkomst

De afweging van enerzijds het belang van een goede mededinging en anderzijds het belang van de aanbestedende dienst om voor een langere looptijd te kiezen, dient plaats te vinden voordat de beslissing om voor een langere looptijd te kiezen wordt genomen. Voorts moet die afweging in een zo vroeg mogelijk stadium inzichtelijk worden gemaakt. De keuze van de looptijd is een bewuste beslissing, waarvan de motivering moet worden opgenomen in de aankondiging van de opdracht dan wel in het beschrijvend document in geval van een openbare procedure respectievelijk de selectieleidraad in het geval van een niet-openbare procedure. Wanneer die motivering ontbreekt, moet worden aangenomen dat de aanbestedende dienst de beschreven belangenafweging niet heeft gemaakt en dat de keuze voor een langere looptijd dan vier jaar derhalve onrechtmatig is geweest.

Wanneer de aanbestedende dienst door een potentiële gegadigde of inschrijver tijdig gewezen wordt op het ontbreken van de motivering, heeft hij twee mogelijkheden: alsnog de looptijd verkorten tot maximaal vier jaar of de procedure staken.

De Commissie is tot slot van oordeel dat de motivering niet deugdelijk is. In de eerste plaats wordt in die motivering gesteld dat voor een looptijd van meer dan 48 maanden is gekozen, omdat leveranciers hun investeringen in het implementatietraject moeten terugverdienen. Uit diezelfde motivering blijkt echter dat er sprake is van een vaste contractperiode van drie jaar met vier opties tot verlenging met één jaar. De gegarandeerde terugverdientijd is derhalve geen zeven jaar maar slechts drie jaar. In de tweede plaats is niet duidelijk gemaakt wat de verschillen zijn tussen de percelen waarvoor het wel en de percelen waarvoor het niet nodig was een looptijd van meer dan vier jaar vast te stellen.

UITSPRAAK



Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

NOOT

Wanneer is sprake van een deugdelijke motivering voor afwijking van de maximumduur?

Op grond van art. 2.140 lid 3 Aw 2012 is de looptijd van een raamovereenkomst niet langer dan vier jaar, behalve in uitzonderingsgevallen die deugdelijk gemotiveerd zijn.

Beklaagde heeft de motivering voor de langere looptijd (zeven jaar inclusief opties tot verlenging) pas verstrekt in een Nota van Inlichtingen. Klager stelt zich op het standpunt dat dit te laat is.

De vraag is op welk moment een aanbestedende dienst de motivering bekend moet maken. De aanbestedingsrichtlijnen, de Aw 2012 noch de wetsgeschiedenis geeft een eenduidig antwoord op de vraag. De Commissie oordeelt dat de motivering moet worden opgenomen in (i) de aankondiging van de opdracht of (ii) het beschrijvend document c.q. de selectieleidraad.

Dit oordeel lijkt mij juist. Aan de overwegingen van de Commissie voeg ik toe, dat de aankondiging van de opdracht moet worden gedaan door middel van een standaardformulier dat bij Europese Verordening is vastgesteld. Dit formulier heeft derhalve rechtstreekse werking. Het formulier kent onder II.1.4 'Inlichtingen over de raamovereenkomst' een speciaal in te vullen veld geheten 'Motivering voor een raamovereenkomst van meer dan vier jaar', en dient dan ook – voor zover van toepassing – ingevuld te worden.

Vervolgens is de vraag wat het gevolg is als de aanbestedende dienst de motivering daar niet in bekend heeft gemaakt. De Commissie oordeelt dat de aanbestedende dienst twee

mogelijkheden heeft, te weten (i) alsnog de looptijd verkorten tot maximaal vier jaar of (ii) de procedure staken.

Dit oordeel lijkt mij niet juist. Het feit dat een motivering in de aankondiging of het beschrijvend document ontbreekt, betekent niet automatisch dat de aanbestedende dienst dus geen belangenafweging heeft gemaakt, en dat diens keuze voor een langere looptijd dan vier jaar dus onrechtmatig is. Dit motiveringsgebrek kan mijn inziens worden geheeld binnen de aanbestedingsprocedure. Ik verwijs hiervoor bijvoorbeeld naar het vonnis van de Voorzieningenrechter Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 22 maart 2016 (ECLI:NL:RBZWB:2016:1666 ro. 5.8), waaruit kan worden afgeleid, dat een motiveringsgebrek ten aanzien van het zogenaamde clusterverbod nog op zitting kan worden geheeld.

En tot slot is de Commissie van oordeel, dat de door beklagde gegeven motivering niet deugdelijk is. De te sluiten raamovereenkomst kent een vaste periode van slechts drie jaar. De gegarandeerde terugverdiendtijd is daarmee dus drie jaar en niet zeven jaar. Dit maakt de motivering dat leveranciers hun investeringen in het implementatietraject moeten zien terug te verdienen, én dat om die reden de raamovereenkomst een looptijd van zeven jaar zou moeten hebben, ondeugdelijk. Dit oordeel lijkt mij juist.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Een aanbesteder die een raamovereenkomst wil sluiten met een langere maximale looptijd dan vier jaar dient dit te motiveren in de aankondiging van de opdracht of het beschrijvend document c.q. selectieleidraad.

Doet hij dit niet, en wil hij toch een langere maximale looptijd hanteren, dan loopt hij het risico dat hij in rechte wordt bevolen tot intrekking (en heraanbesteding) over te gaan. Is sprake van een looptijd van vier jaar of minder dan is geen deugdelijke motivering voor een langere maximale looptijd denkbaar.

mr. A. Stellingwerff Beintema, Partner Maasdam Broers Fischer advocaten

