

2. Inkoop via brokers: op welke wijze is het gebruik van een raamovereenkomst geoorloofd?

MR. A. STELLINGWERFF BEINTEMA

Aanbesteders kiezen er regelmatig voor om in te kopen via brokers. We zien dit bijvoorbeeld bij de inkoop van hard- en software en de inhuur van personeel. De raamovereenkomst met de broker wordt Europees aanbesteed, en dat wat de aanbesteder geleverd wil krijgen wordt vervolgens bij de broker besteld. Een 'broker-constructie' bezorgt de inkoper en de afdeling ten behoeve van wie wordt ingekocht dan ook veel gemak.

Uit (recente) adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts blijkt evenwel dat er met enige regelmaat gebruik wordt gemaakt van 'broker-constructies' die de juridische toets der kritiek niet kunnen doorstaan.¹ Gelet op deze adviezen zou men eenvoudig kunnen concluderen dat 'broker-constructies' juridisch ontoelaatbaar zijn. Bij gebrek aan (Nederlandse) literatuur onderzoek ik in dit artikel onder welke voorwaarden een 'broker-constructie' juridisch nog wel mogelijk is (en wanneer niet). In de praktijk blijkt dit namelijk de nodige discussies tussen inkopers enerzijds en juristen anderzijds op te leveren, maar ook tussen juristen onderling.² Dit artikel is overigens niet alleen relevant voor wat betreft de inkoop via zogenaamde brokers, maar voor wat betreft elke inkoop die ziet op meerdere producten of diensten en die verloopt via een tussenpersoon. Denk aan bijvoorbeeld leaseauto's, meubilair en medische hulpmiddelen.

In paragraaf 1 ga ik in op de term 'broker'. In paragraaf 2 bespreek ik kort de voorwaarden waaronder opdrachten onder een raamovereenkomst aan een broker kunnen worden gegund. In paragrafen 3 tot en met 6 zoom ik in op elk van de voorwaarden. Tot slot vat ik in paragraaf 7 kort samen hoe een rechtmatig gebruik kan worden gemaakt van een 'broker-constructie'.

1. Wat is een broker?

Onder een 'broker' versta ik een onafhankelijke tussenpersoon die een opdrachtgever ondersteunt bij het invullen van zijn behoefte. De broker zoekt in de hele markt en biedt de opdrachtgever het best passende product of – in geval van de inhuur van personeel – de best passende kandi-

daat (hierna 'kandidaat') aan (of een selectie van meerdere producten dan wel kandidaten). De opdrachtgever sluit vervolgens een overeenkomst van opdracht met ofwel de leverancier van het product of de kandidaat, ofwel met de broker. In dat laatste geval sluit de broker op zijn beurt een onderaannemingsovereenkomst met de leverancier van het product dan wel de kandidaat. Een broker kan ook zorgdragen voor het contractmanagement. Afhankelijk van de mate van ondersteuning wordt een broker in de markt ook wel een Managed Service Provider (MSP) genoemd.

2. Voorwaarden gunnen opdracht onder raamovereenkomst

Om op snelle en eenvoudige wijze te kunnen inkopen via een broker, maken aanbesteders gebruik van een raamovereenkomst. Een raamovereenkomst is een overeenkomst waarin de voorwaarden staan die tussen de opdrachtgever (de aanbesteder) en de opdrachtnemer (de broker) gelden ten aanzien van toekomstige, mogelijk nog te verstrekken, opdrachten.³ Het voordeel van inkoop via een raamovereenkomst is dat de aanbesteder een op zichzelf Europees aanbestedingsplichtige opdracht *zonder* aanbesteding kan gunnen aan de broker. Echter, dit mag alleen als wordt voldaan aan vier voorwaarden:

1. De raamovereenkomst is zelf Europees aanbesteed met inachtneming van de Aanbestedingswet 2012.⁴
2. Met het verstrekken van de opdracht wordt de in de aanbestedingsstukken kenbaar gemaakte maximumhoeveelheid en/of -waarde niet overschreden (of de overschrijding behelst een niet-wezenlijke wijziging).⁵

3 Art. 1.1 Aanbestedingswet 2012. Zie nader: D. Santbulte & M. Bruijs, 'De raamovereenkomst: het ei van Columbus of een potentiële kat in de zak?' *TA* 2020/2 (af. 1).

4 Art. 2.139 Aanbestedingswet 2012.

5 HvJ EU 19 december 2018, zaak C-216/17, r.o. 60, 61 en 62; HvJ EU 17 juni 2021, zaak C-23/20 (*Simonsen & Weel*), r.o. 62 70; art. 2.163a Aanbestedingswet 2012.

1 Adviezen 699, 659, 570, 545 CvAE.

2 J.F. van Nouhuys, 'Raamovereenkomsten – een handreiking voor de toepassing', *Tnb* 2022/35.

3. Bij het plaatsen van de opdracht wordt één van de procedures als bedoeld in art. 2.142 of art. 2.143 van de Aanbestedingswet 2012 gevolgd.⁶
4. De raamovereenkomst wordt niet oneigenlijk gebruikt of gebruikt om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen.⁷

In de praktijk blijkt met enige regelmaat dat bij de inkoop van een specifiek product of de inhuur van personeel via ‘broker-constructies’ niet aan al deze voorwaarden wordt voldaan. Dit betekent dat de betreffende inkoop via de broker onrechtmatig is. Hierna zoom ik daarom nader in op voorwaarde 1 (par. 3), voorwaarde 3 (par. 4 en 5) en voorwaarde 4 (par. 6). Voorwaarde 2 laat ik in het kader van dit artikel buiten beschouwing. Hierover is reeds het nodige geschreven⁸ en deze voorwaarde verdient geen specifieke aandacht bij inkoop via brokers.

3. Voorwaarde 1: Europese aanbesteding raamovereenkomst moet leiden tot economisch meest voordelige inkoop

De eerste voorwaarde is dat de Europese aanbesteding van de raamovereenkomst moet voldoen aan de Aanbestedingswet 2012. Dit betekent – onder meer – dat de gunningscriteria die de aanbesteder hanteert moeten leiden tot gunning aan de inschrijver met de daadwerkelijk economisch meest voordelige inschrijving.⁹ Een beoordelingsmethode die ertoe leidt dat de opdracht bij gelijke kwaliteit wordt gegund aan een inschrijving die in feite duurder is, of *vice versa*, is daarmee niet in overeenstemming.¹⁰ Ook een beoordelingssystematiek waarmee niet kan worden vastgesteld dat de winnende inschrijver bij de uitvoering van de raamovereenkomst ook nog steeds de economisch meest voordelige inschrijving voor de onder de raamovereenkomst te gunnen overheidsopdrachten zal blijven aanbieden (en die dus bij gelijkblijvende kwaliteit in potentie duurder is, of *vice versa*) is daarmee niet in overeenstemming.

Deze laatste situatie deed zich voor bij een aanbesteding waarover de Commissie van Aanbestedingsexperts ‘advies 659’ uitbracht.¹¹ In casu was sprake van een Europese aanbesteding voor het sluiten van een raamovereenkomst met één raamcontractant voor het leveren van broker-diensten op het gebied van inhuur van ICT-professionals. De raamcontractant moet zowel de ‘searching’ (werven, voorselecteren en inzetten van professionals, inclusief het afhandelen van de administratieve processen)

als de ‘contracting’ (inzetten van professionals inclusief afhandelen van de administratieve processen) uitvoeren. Voor wat betreft het gunningscriterium ‘prijs’ werd enkel gekeken naar de door de inschrijver aangeboden ‘searching fee’ en ‘contracting fee’. Niet werd gekeken naar de uurtarieven van de door de raamcontractant onder de raamovereenkomst aan te bieden professionals (die de raamcontractant zelf mag verstrekken, maar ook mag betrekken bij een extern bureau dat in feite de daadwerkelijke searching doet). Hiervoor geldt wel dat de raamcontractant minimaal één kandidaat en bij voorkeur drie kandidaten zou moeten aanleveren, en dat het uurtarief zou moeten vallen binnen de bandbreedte van € 15 en € 40. Nu deze bandbreedte aanmerkelijk hoger is dan de hoogte van de aan te bieden fees (waardoor een eventueel verlies op fee gecompenseerd kan worden en strategisch inschrijven mogelijk is) en er geen concurrentieprikkel is om te allen tijde meerdere kandidaten aan te bieden, is deze beoordelingssystematiek volgens de Commissie van Aanbestedingsexperts niet in overeenstemming met het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding.

Staat een systematiek waarbij enkel de fee wordt beoordeeld op gespannen voet met het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving?

Bij Europese aanbestedingen voor inhuur personeel, hardware en software wordt in de praktijk regelmatig enkel de fee die de broker voor zijn diensten in rekening brengt beoordeeld bij het gunningscriterium ‘prijs’, zoals bijvoorbeeld een ‘opslagpercentage op netto-inkoopprijs’ of een ‘kortingspercentage op listprijs’. De vraag rijst dan ook of een dergelijke systematiek waarbij enkel de fee wordt beoordeeld (en niet de kosten van het daadwerkelijk te leveren product of de dienstverlening) op gespannen voet staat met het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving.¹²

In advies 699 oordeelt de Commissie van Aanbestedingsexperts dat dit het geval is in de situatie waarbij één broker is gecontracteerd en het opslagpercentage slechts een klein gedeelte van de prijs vormt die aanbesteder uiteindelijk aan de broker is verschuldigd. Niet valt volgens de Commissie uit te sluiten dat een broker die een hogere opslag in rekening brengt het te leveren product voor een lagere prijs kan aanbieden. Dit is volgens de Commissie in strijd met art. 2.114 lid 1 Aanbestedingswet 2012.

⁶ Art. 2.139 Aanbestedingswet 2012.

⁷ Overweging 61 Richtlijn (EU) 2014/24 en art. 1.10a Aanbestedingswet 2012.

⁸ Zie bijv. de noten bij HvJ EU 19 december 2018, zaak C-216/17: J.H.J. Bax, *TBR* 2019/70, en A.H. Hofmeijer, «JAAN» 2019/900.

⁹ Beste prijs-kwaliteitverhouding, laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, laagste prijs.

¹⁰ Art. 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012; art. 2.114 Aanbestedingswet 2012; advies 659 CvAE, r.o. 4.8.3.

¹¹ Advies 659 CvAE, r.o. 4.8.11.

¹² Zie ook J.W. Fanoy, die dit in zijn noot bij advies 545 CvAE adresseert naar aanleiding van de overweging ten overvloede van de CvAE dat het de vraag is of de aanbesteder in het kader van de betreffende aanbestedingsprocedure bij het plaatsen van de nadere opdrachten uiteindelijk het economisch meest voordelig uit zal zijn, «JAAN» 2020/21. Zie anders J.F. van Nouhuys, ‘Raamovereenkomsten – een handreiking voor de toepassing’, *Tnb* 2022/35, die zich afvraagt of het organiseren van een stroom aan ‘mini-competities’ een nuttige besteding van tijd en middelen is.

Naar mijn mening is dit niet per definitie het geval. Ook als slechts één raamcontractant wordt gecontracteerd, zijn er naar mijn mening mogelijkheden om enkel de fee te laten meewegen.

- De situatie dat de kosten van het daadwerkelijk te leveren product of de dienst voor een ieder gelijk zijn, bijvoorbeeld omdat de aanbesteder een vast uurtarief heeft voorgeschreven. Let op: in tegenstelling tot hetgeen aanbesteders soms denken is ‘netto-inkoopprijs’ (de prijs waarvoor de opdrachtnemer inkoopt) niet per definitie voor iedereen gelijk. Fabrikanten kunnen (op basis van objectieve criteria, zoals afgenomen omzet) onderscheid maken in de prijs waartegen een leverancier moet inkopen. Ook een extra onderneming in de keten kan een hogere inkoopprijs tot gevolg hebben. Dit betekent dat bij gunnen aan één raamcontractant op basis van enkel ‘opslagpercentage op de netto-inkoopprijs’ er geen garantie is dat de economisch meest voordelige inschrijving wordt verkregen. Dit geldt bij een merkgerichte aanvraag, en dit geldt al helemaal bij een functionele aanvraag (waarbij de raamcontractant zelf mag bepalen welk product hij aanbiedt), zie ook paragraaf 4.
- De situatie dat de te leveren producten merkgericht mogen worden uitgevraagd, de fabrikant een listprijs hanteert die voor een ieder gelijk is, en de opdrachtnemer met korting bij de fabrikant kan inkopen. Wordt in dat geval als gunningscriterium ‘korting op listprijs’ gehanteerd dan weegt niet alleen de fee mee, maar in feite ook de prijs van het product.
- De situatie dat de broker verplicht wordt om de aanvraag van de aanbesteder op een openbaar toegankelijke website of portal te publiceren, waarbij iedereen kan meedingen die in staat is om de uitgevraagde producten en/of diensten te leveren, en de selectie door de broker plaatsvindt op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding en met inachtneming van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling.¹³ De vraag is wel of in dit geval geen sprake is van ‘oneigenlijk gebruik van de raamovereenkomst c.q. verandering/beperking/vervalsing van de mededinging’, zie par. 6.

Indien meerdere raamcontractanten worden gecontracteerd én de opdrachten worden gegund in een mini-competitie (zie par. 5 van dit artikel) verkrijgt de aanbesteder door de concurrentiestelling tussen de gecontracteerde raamcontractanten automatisch de economisch meest voordelige inschrijving.¹⁴ Ook hier is de vraag of geen sprake is van ‘oneigenlijk gebruik van de raamovereenkomst c.q. verandering/beperking/vervalsing van de mededinging’, zie par. 6.

13 V.zr. rb. Oost-Brabant 16 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5931, r.o. 4.10 t/m 4.12.

14 Zie ook J.W. Fanoy, «JAAN» 2020/21, die van mening is dat in dat geval sprake is van voldoende mededinging.

Fanoy adviseert om ter waarborging dat de economisch meest voordelige inschrijving wordt verkregen de aanbesteding zo in te richten dat niet alleen merkonafhankelijke partijen kunnen inschrijven, maar ook leveranciers van de in te kopen producten.¹⁵ Die kunnen dan – naar ik begrijp – in combinatie inschrijven. In het geval dat het om een flinke hoeveelheid aan producten gaat of om de inhuur van personeel, zie ik dit eerder als theoretisch advies dan als echte mogelijkheid om de economisch meest voordelige inschrijving te krijgen. Door de verplichting op te nemen dat de broker de aanvraag op een openbaar toegankelijke website of portal publiceert, wordt naar mijn mening beter bereikt dat leveranciers van de in te kopen producten en/of diensten kunnen meedingen naar de daadwerkelijk door de aanbesteder te verstrekken opdracht.

4. Voorwaarde 3: volgen procedure als bedoeld in art. 2.142 Aanbestedingswet 2012 (het plaatsen van de opdracht in geval van één raamcontractant)

De derde voorwaarde om een opdracht zonder Europese aanbesteding onder een raamovereenkomst bij een broker te kunnen plaatsen is, dat bij het plaatsen van de betreffende opdracht één van de procedures als bedoeld in art. 2.142 of 2.143 Aanbestedingswet 2012 wordt gevolgd. Art. 2.142 Aanbestedingswet 2012 ziet op het plaatsen van de opdracht in geval van één raamcontractant. Art. 2.143 Aanbestedingswet 2012 ziet op het plaatsen van de opdracht in geval van meerdere raamcontractanten. Dit bespreek ik in paragraaf 5 van dit artikel.

Als de raamovereenkomst met één raamcontractant is gesloten kan de opdracht rechtstreeks worden gegund aan deze raamcontractant. Er geldt één voorwaarde: de opdracht moet worden gegund volgens de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden.¹⁶ Hierin mogen géén wezenlijke wijzigingen worden aangebracht.¹⁷ Dit betekent dus dat alle voorwaarden voor de te plaatsen opdrachten in de raamovereenkomst moeten zijn bepaald. Daarvan is géén sprake als een raamovereenkomst te ruim is geformuleerd en teveel ruimte laat voor nadere invulling bij het gunnen van de nadere opdrachten.¹⁸

Alle voorwaarden voor de te plaatsen opdrachten moeten in de raamovereenkomst zijn bepaald

Of alle voorwaarden voor de te plaatsen opdrachten voldoende waren bepaald in de raamovereenkomst, stelde Maandag Interim Professionals aan de orde in een kort

15 J.W. Fanoy, «JAAN» 2020/21.

16 Art. 2.45 lid 2 en 2.142 lid 1 Aanbestedingswet 2012.

17 Art. 2.140 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

18 Advies 659 CvAE, r.o. 4.8.6.

geding in het kader van een door de gemeente Eindhoven gehouden Europese aanbesteding voor het sluiten van een raamovereenkomst met één dienstverlener, die optreedt als MSP en zorgt voor de terbeschikkingstelling van tijdelijk en/of extern personeel. Het onder de raamovereenkomst te leveren personeel hoefde namelijk niet reeds in de Europese aanbesteding te worden aangeboden, en ook de tarieven van dit personeel wogen niet mee als gunningscriterium. De voorzieningenrechter oordeelde desalniettemin dat alle voorwaarden voor de te plaatsen opdracht in de raamovereenkomst worden bepaald, nu daarin voldoende duidelijk was welke voorwaarden zouden gelden voor het verstrekken van nadere opdrachten. Alle voorwaarden die uiteindelijk gaan gelden voor de individuele opdrachten zijn immers uitgebreid terug te vinden in met name het Programma van Eisen. In de te sluiten raamovereenkomst staan de afspraken om, tegen vooraf overeengekomen voorwaarden en tarieven (de prijs die de MSP voor haar dienstverlening in rekening brengt), diensten (bemiddeling en ter beschikking stellen van extern (tijdelijk) personeel) te leveren. En bij de gunning van een nadere opdracht wordt enkel nog gekeken naar de kwaliteit ‘meest geschikt gelet op de aanvraag’, ook deze voorwaarde is dus op voorhand bepaald.¹⁹ Het merkwaardige aan deze uitspraak vind ik dat het uurtarief van de in te huren professional niet vaststaat, en op geen enkele wijze een rol speelt in het kader van de gunning (niet bij de raamovereenkomst en ook niet bij de nadere opdracht). Zoals hierboven is toegelicht verhoudt dit zich naar mijn mening niet tot het criterium economisch meest voordelige inschrijving.

De Commissie van Aanbestedingsexperts oordeelde in advies 659 (zie ook par. 3) dat, als de beoordelingssystematiek ruimte laat om bij de uitvoering van de raamovereenkomst niet (steeds) de economisch meest voordelige inschrijving te verkrijgen voor de nadere opdrachten, niet alle voorwaarden zijn opgenomen voor het gunnen van de op de raamovereenkomst gebaseerde overheidsopdrachten.²⁰ De Commissie oordeelt dus op dit punt anders dan de voorzieningenrechter. Ik kan mij vinden in het oordeel van de Commissie, omdat het vereiste dat wordt gegund volgens de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden impliceert (en waarborgt) dat al deze voorwaarden onderhevig zijn geweest aan mededinging. Als één van de belangrijkste voorwaarden waartegen de opdracht verricht moet worden (het uurtarief van de in te huren professional) niet is opgenomen in de raamovereenkomst en dus op geen enkele wijze onderdeel uitmaakt van de mededinging, dan is dit bezwaarlijk.

De vraag of alle voorwaarden voor de te plaatsen opdrachten voldoende waren bepaald in de raamovereenkomst kwam ook aan de orde in advies 545 van de Commissie van Aanbestedingsexperts naar aanleiding van een klacht

die was ingediend in het kader van een Europese aanbesteding voor het sluiten van een raamovereenkomst met één ondernemer, voor het leveren van hard- en software met betrekking tot *end user hardware* en de daaraan gerelateerde dienstverlening. In de betreffende aanbesteding was bepaald welke producten worden ingekocht (enkel productgroepen). De inschrijvers moesten een opslagpercentage geven per productgroep. De nadere opdrachten onder de raamovereenkomst zouden worden gegund door een functionele uitvraag voor wat betreft het te leveren product uit te zetten bij de broker. De broker heeft in dat geval een vrije keuze om te bepalen welk product hij aanbiedt. In het geval dat de aanbesteder het product niet passend vindt, mag de broker een ander product aanbieden. De Commissie van Aanbestedingsexperts oordeelde dat bij een dergelijke gunningssystematiek de voorwaarden waaronder de nadere opdrachten onder de raamovereenkomst worden gegund onvoldoende zijn bepaald in de raamovereenkomst. De raamovereenkomst is in dat geval volgens de Commissie te ruim geformuleerd en laat teveel ruimte voor nadere invulling bij het gunnen van de nadere opdrachten.²¹

In het recente advies 699 oordeelde de Commissie van Aanbestedingsexperts opnieuw in het kader van een raamovereenkomst met een software broker dat deze in beperkte mate invulling geeft aan de voorwaarden waaronder overheidsopdrachten worden geplaatst. In casu was niet bepaald welke softwareproducten konden worden ingekocht. De raamovereenkomst bevatte enkel de opslag die de broker in rekening mag brengen bij de aanbesteder voor het leveren van de software, bovenop diens netto-inkoopprijs. De raamovereenkomst bevatte geen productspecifieke eisen en de voor de software(licenties) verschuldigde prijzen ontbraken. Nu deze essentiële elementen voor de te plaatsen opdrachten pas na het aangaan van de raamovereenkomst worden ingevuld, wordt volgens de Commissie in strijd met art. 2.142 Aanbestedingswet 2012 gehandeld.

Al met al leid ik uit deze vier casus onderling in ogenschouwen af dat – om te voldoen aan de eis dat de opdracht wordt gegund volgens de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden – het de voorkeur verdient dat reeds bij het aangaan van de raamovereenkomst duidelijk is welke producten c.q. kandidaten exact onder de raamovereenkomst geleverd worden (en tegen welke prijs en kwaliteit deze exact worden geleverd), maar dat dit niet per se vereist is. Wel van belang is dat er voldoende waarborgen in de raamovereenkomst zijn opgenomen dat de onder de raamovereenkomst te verstrekken opdrachten worden uitgevoerd tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding. Dit is enkel gewaarborgd als de broker verplicht wordt een transparante procedure te volgen waarbij iedereen kan meedingen die in staat is om de uitgevraagde producten en/of diensten te leveren en de selectie door de broker plaatsvindt op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding en met inachtneming van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling

19 Vzr. rb. Oost-Brabant 16 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5931, r.o. 4.6 t/m 4.9.

20 Advies 659, r.o. 4.8.9.

21 Advies 545 CvAE, r.o. 5.10 en 5.11, «JAAN» 2020/21 m.nt. J.W. Fanoy.

(zie laatste mogelijkheid, par. 3). Hierbij kan een parallel getrokken worden met de aankoopcentrale die als intermediair fungeert ten behoeve van de aanbestedende dienst, en die verplicht is om zelf in te kopen met inachtneming van deel 2 van de Aanbestedingswet 2012.²²

5. Voorwaarde 3: volgen procedure als bedoeld in art. 2.143 Aanbestedingswet 2012 (het plaatsen van de opdracht in geval van meerdere raamcontractanten)

Zoals gezegd is de derde voorwaarde om een opdracht zonder Europese aanbesteding onder een raamovereenkomst bij een broker te kunnen plaatsen, dat bij het plaatsen van de betreffende opdracht één van de procedures als bedoeld in art. 2.142 of 2.143 Aanbestedingswet 2012 wordt gevolgd. Art. 2.143 Aanbestedingswet 2012 ziet op het plaatsen van de opdracht in geval van meerdere raamcontractanten. In het geval dat de aanbesteder met meerdere ondernemingen een raamovereenkomst heeft gesloten en een opdracht wil plaatsen, zijn er twee mogelijkheden.²³

1. De voorwaarden waaronder de betreffende opdracht gegund wordt, staan vast in de raamovereenkomst en de aanbesteder gunt de opdracht conform deze voorwaarden. Bijvoorbeeld: alle opdrachten met een waarde van maximaal € 50.000 worden gegund aan de raamcontractant die bij de Europese aanbesteding van de raamovereenkomst als economisch meest voordelige uit de bus komt, of de opdrachten worden in roulatie verstrekt, of de opdrachten worden in loting verstrekt.
2. De voorwaarden staan niet vast: minicompentie tussen alle raamcontractanten. Dit is in feite een meervoudig onderhandse procedure waarop de bepalingen in deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing zijn.

In het geval dat de aanbesteder een minicompentie wenst te houden, geldt als voorwaarde dat de gunningscriteria aan de hand waarvan de aanbesteder de beste inschrijving vaststelt reeds in de raamovereenkomst staan (en dus in de Europese aanbesteding van de raamovereenkomst bekend zijn gemaakt).²⁴

In een casus die Het Publieke Domein aanhangig had gemaakt bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland tegen de gemeente Utrecht, lag de vraag voor of aan deze voorwaarde werd voldaan. De aanbesteding zag op het verrichten van arbeidsmobiliteitsdiensten ten behoeve van medewerkers van de gemeente. Kort gezegd: het overnemen van het arbeidscontract van de gemeente en het zorgen voor een functie elders. De mini-

competitie werd als volgt beoogd. Elke raamcontractant voert een gesprek met de te herplaatsen medewerker van de gemeente. De medewerker kiest op basis van een klik. De voorzieningenrechter oordeelde dat bij een dergelijke gunningswijze de vereiste transparantie en objectiviteit niet is gewaarborgd. Logischerwijs kan de raamovereenkomst volgens de voorzieningenrechter niet alle voorwaarden bevatten op basis waarvan tot de keus voor één inschrijver kan worden gekomen. En niet elke mate van subjectiviteit hoeft uitgesloten te worden. Echter, voor de inschrijvers moet wel helder zijn wat van hen wordt verwacht, en er moet voorzien zijn in een zo objectief mogelijk beoordelingssysteem, zodat de keuze voor een bepaalde opdrachtnemer inzichtelijk kan worden gemotiveerd. Dat dit in casu zo is, bleek onvoldoende.²⁵

Voor de inschrijvers moet helder zijn wat van hen wordt verwacht, en er moet voorzien zijn in een zo objectief mogelijk beoordelingssysteem

Uit deze casus volgt dat een gunningscriterium ‘meest geschikt gelet op de aanvraag’, zoals gehanteerd door de gemeente Eindhoven (in de casus zaak *Maandag/Eindhoven*, par. 4), enkel gehanteerd kan worden als voorafgaand aan de selectie van de kandidaat en/of het product de objectieve (nadere) criteria bekend worden gemaakt waaraan de kandidaat dan wel het product wordt getoetst. Van Nouhuys bepleit dat alle beoordelingsmodaliteiten in de Europese aanbesteding van de raamovereenkomst bekend moeten worden gemaakt.²⁶ Echter, uit de betreffende vonnissen inzake *Maandag/Eindhoven* en *Het Publieke Domein/ Utrecht*, volgt dat deze objectieve (nadere) criteria nog niet in de raamovereenkomst hoeven te worden vermeld. Dit mag ook in de nadere uitvraag. Het gunningscriterium zelf moet wel in de raamovereenkomst worden vermeld.²⁷ Dit spoort naar mijn mening ook met de rechtspraak van het Hof van Justitie, waaruit volgt dat onder stringente voorwaarden in een later stadium nadere afwegingscriteria mogen worden vastgesteld.²⁸ Deze voorwaarden zijn: het nadere afwegingscriterium mag geen wijziging brengen het vermelde gunningscriterium, het nadere afwegingscriterium mag geen elementen bevatten die, als zij bij de voorbereiding van de inschrijvingen bekend waren geweest, deze voorbereiding hadden kunnen beïnvloeden, én het nadere afwegingscriterium mag niet gekozen zijn met inachtneming van elementen die discriminerend kunnen werken jegens één van de inschrijvers.

22 Art. 2.11 Aanbestedingswet 2012.

23 Art. 2.46, art. 2.47 en art. 2.143 Aanbestedingswet 2012.

24 Art. 2.143 lid 3 sub d Aanbestedingswet 2012.

25 V.zr. rb. Midden-Nederland 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:312, r.o. 4.21 en 4.22.

26 J.F. van Nouhuys, ‘Raamovereenkomsten – een handreiking voor de toepassing’, *Tnb* 2022/35.

27 V.zr. rb. Oost-Brabant 16 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5931, r.o. 4.12.

28 HvJ EU 24 januari 2008, zaak C-532/06 (*Lianakis*).

6. Voorwaarde 4: geen oneigenlijk gebruik van de raamovereenkomst / mededinging mag niet worden beperkt, verhinderd of vervalst

De laatste voorwaarde om een opdracht zonder Europese aanbesteding onder een raamovereenkomst bij een broker te kunnen plaatsen is dat de aanbesteder de raamovereenkomst niet oneigenlijk mag gebruiken of mag gebruiken om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. In mijn visie komt dit beide op hetzelfde neer.

De vraag of aan deze voorwaarde werd voldaan werd aan de orde gesteld bij de Commissie van Aanbestedingsexperts door een leverancier van HR-systemen (software). In casu had de aanbesteder een raamovereenkomst met één onderneming gesloten voor het leveren van *commercial off the shelf software* (ook wel ‘standaardsoftware’ genoemd). De aanbesteder wenste een nieuw HR-systeem geleverd te krijgen. In plaats van dat de aanbesteder een offerteaanvraag opstelt en plaatst bij de raamcontractant (die op basis daarvan een aanbieding doet), plaatst hij de offerteaanvraag via de raamcontractant bij een drietal (door de aanbesteder in samenspraak met de raamcontractant) uitverkoren leveranciers van HR-systemen. De raamcontractant is verworden tot een procesbegeleider. De aanbesteder beantwoordt de vragen van de leveranciers, houdt interviews, en beoordeelt welke inschrijving als beste uit de bus komt, waarna hij aan de broker opdracht verstrekt om het betreffende product te leveren (die dit op haar beurt inkoop bij de leverancier van het betreffende product).²⁹

De Commissie van Aanbestedingsexperts oordeelde in advies 570 dat de aanbesteder oneigenlijk gebruik van de raamovereenkomst maakt, nu hij de broker enkel als tussenpersoon inschakelt om ten behoeve van de aanbesteder een overheidsopdracht (voor de levering van een product) boven de Europese drempelwaarde bij een onderneming te plaatsen die zelf geen partij is bij de raamovereenkomst én hij bovendien zelf de voorbereiding, inrichting en afwikkeling wil bepalen van de offerteprocedure op basis waarvan die onderneming wordt geselecteerd.³⁰ Daarnaast oordeelde de Commissie dat de aanbesteder de opdracht niet overeenkomstig de procedures als bedoeld in art. 2.142 of 2.143 Aanbestedingswet 2012 plaatst.³¹ Er wordt dus tevens niet aan de in paragraaf 2 van dit artikel genoemde derde voorwaarde voldaan, die ik in paragrafen 4 en 5 heb uitgewerkt.

In feite onttrekt de aanbesteder op deze wijze een Europees aanbestedingsplichtige opdracht aan de Europese aanbestedingsplicht. Als de aanbesteder een offerteaanvraag zou hebben opgesteld en bij de (enige) raamcontractant zou hebben geplaatst, die op haar beurt de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van de offerteprocedure op zich zou hebben genomen en een offerte had aangeboden

aan de aanbesteder, dan zou naar mijn mening³² eveneens sprake zijn geweest van strijd met de Aanbestedingswet 2012. Immers, ook in dat geval kan niet de hele markt (op productniveau) meedingen en is dus ook niet gegarandeerd dat de opdracht wordt uitgevoerd tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding, zoals ik nader heb toegelicht in paragraaf 3. Ook zijn in dat geval de voorwaarden waaronder de nadere opdrachten onder de raamovereenkomst worden gegund te ruim geformuleerd in de raamovereenkomst, zoals nader toegelicht in paragraaf 4. Van belang is dus dat niet alleen concurrentie plaatsvindt op het niveau van de broker, maar ook dat *volledige* concurrentie plaatsvindt op het niveau van de leverancier van het product dan wel de kandidaat (ofwel bij de Europese aanbesteding van de raamovereenkomst, ofwel bij de nadere uitvraag onder de raamovereenkomst). Niet voldoende is dus dat de (enig gecontracteerde) broker zonder het volgen van een transparante selectieprocedure een beperkt aantal leveranciers verzoekt mee te dingen. In dat geval is weliswaar sprake van concurrentie, maar niet van volledige concurrentie op productniveau.

Van belang is dus dat *volledige* concurrentie plaatsvindt op het niveau van de leverancier van het product dan wel de kandidaat

Als de aanbesteder een product merkgericht uitvraagt bij de broker, dan vindt in het geheel geen concurrentie plaats op het niveau van de leverancier van het product. Deze situatie doet zich ook voor als een aanbesteder een specifieke kandidaat voor ogen heeft die hij wil contracteren via de broker. In dat geval vindt géén concurrentie plaats tussen potentiële kandidaten die de opdracht zouden kunnen uitvoeren. In dat geval wordt niet alleen oneigenlijk gebruik gemaakt van de raamovereenkomst, maar wordt tevens in strijd gehandeld met de voorwaarde dat een raamovereenkomst niet mag worden gebruikt om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. Dat de raamovereenkomst zelf Europees is aanbesteed doet daaraan niet af.

Dit is uiteraard anders als zich op het niveau van het merk c.q. de kandidaat één van de uitzonderingen voordoet op grond waarvan het een aanbesteder – als hij de opdracht buiten de raamovereenkomst gegund zou hebben – zou zijn toegestaan om een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toe te passen.³³ Dit is ook anders als – over de looptijd van de raamovereenkomst bezien – de betreffende opdrachten die zien op dat product c.q. die kandidaat beneden de Europese drempelwaarde blijven, niet van grensoverschrijdend belang zijn en het objectief te verdedigen is dat de aanbesteder een product van het betreffende

²⁹ Advies 570 CvAE.

³⁰ Advies 570 CvAE, r.o. 5.7.6.

³¹ Advies 570 CvAE, r.o. 5.7.3.

³² Zie ook «JAAN» 2020/21 m.nt. J.W. Fanoy.

³³ Art 2.32 en 2.33 Aanbestedingswet 2012.

merk geleverd wil krijgen c.q. de betreffende kandidaat wil inhuren.³⁴

Ook als de aanbestedder er wel in heeft voorzien dat er concurrentie plaatsvindt op het niveau van het product of de kandidaat, door de eis te stellen dat de broker gehouden is meerdere producten of kandidaten (bijvoorbeeld ‘minimaal drie’) aan te bieden, dan nog wordt de mededinging verhinderd, beperkt en vervalst. Immers, de broker kan dan nog steeds vrijelijk kiezen welke producten dan wel kandidaten hij aanbiedt. Leveranciers die wél zouden kunnen meedingen naar de opdracht indien de aanbestedder een Europese aanbesteding van het product of de kandidaat zou hebben gehouden, kunnen dit nu niet. En dit klemt temeer als de broker tevens eigen producten dan wel kandidaten (of van zijn eigen groepsmaatschappij) mag aanbieden, en hier dus ook de voorkeur aan geeft. Dit is ook het geval bij meerdere raamcontractanten, alhoewel de beperking van de mededinging in dat geval wel kleiner is dan bij één raamcontractant.

Zelfs als de aanbestedder vereist dat de broker zelf een transparante procedure volgt op basis waarvan hij zijn offerte uitbrengt in een nadere uitvraag (laatstgenoemde mogelijkheid in par. 3 van dit artikel), dan nog kan men zich afvragen of geen oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van de raamovereenkomst. Immers, het product of de kandidaat wordt niet Europees aanbesteed. Leveranciers van de producten en/of kandidaten hebben niet dezelfde waarborgen als bij een Europese aanbesteding. Zo ontbreekt onder meer een Europese aankondiging, waardoor het de vraag is of leveranciers er voldoende van op de hoogte raken dat zij – via de broker – kunnen meedingen naar de daadwerkelijke uitvragen onder de raamovereenkomsten. Ook de termijnen om mee te dingen zijn veelal beduidend korter. En van rechtsbescherming is meestal geen sprake.

7. Conclusie

Het inkopen via een broker ontzorgt de inkoper. Echter, met enige regelmaat wordt er gebruikgemaakt van ‘broker-constructies’ die volgens de Commissie van Aanbestedings-experts de juridische toets der kritiek niet kunnen doorstaan. Daardoor lijkt het alsof broker-constructies in het geheel niet meer mogelijk zijn. In dit artikel heb ik de voorwaarden op een rij gezet om rechtmatig te kunnen inkopen via een broker.

Kort gezegd is van belang dat de broker-constructie daadwerkelijk leidt tot het inkopen van het economisch meest voordelige product of dienst. Dit wordt bewerkstelligd doordat:

1. mededinging op broker-niveau plaatsvindt door het houden van een Europese aanbesteding van de met de broker te sluiten raamovereenkomst;
2. mededinging op product- en/of kandidaatsniveau plaatsvindt door *ofwel* alle te leveren producten dan wel kandidaten volledig in de mededinging te betrekken in de Europese aanbesteding *ofwel* als eis te stellen dat de broker een transparante procedure houdt (d.w.z. de opdracht publiceert op een openbaar toegankelijke website of portal, waarbij iedereen kan meedingen die in staat is om de uitgevraagde producten en/of diensten te leveren, en de selectie door de broker plaatsvindt op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding en met inachtneming van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling).

Dit artikel is afgesloten op 8 januari 2024.

Over de auteur

Mr. A. (Anke) Stellingwerff Beintema

Advocaat bij Maasdam Broers Fischer advocaten.

³⁴ Art. 1.4 lid 1 Aanbestedingswet 2012.