

MEMO

Aan: 5.1.2e er 5.1.2e (Bij12)
Van: 5.1.2e , advocaat aanbestedingsrecht
Dossier: 5079768
Inzake: Advies verlenging en aanbesteding percelen taxatiediensten faunaschade
Datum: 20 maart 2025

Conclusies

-

buiten verzoek

- Bij12 hoeft de drie percelen die zij na afloop van de initiële looptijd weer in de markt wil zetten, niet wezenlijk te wijzigen.
 - Dat zou anders zijn geweest als Bij12 de aanbesteding van destijds voor die drie percelen op enig moment had ingetrokken. Dat is niet gebeurd.
- De huidige opdrachtnemer voor het andere grasperceel mag deelnemen aan de nieuwe aanbesteding en mag de opdracht gegund krijgen.
 - In de nieuwe aanbesteding mag Bij12 haar voorwaarden vormgeven zonder gebonden te zijn aan de voorwaarden uit de aanbesteding van 2023.
 - Wel een beperkt risico dat gunning van het nieuwe grasperceel aan die huidige opdrachtnemer een wezenlijke wijziging van de verlengde opdracht oplevert, maar hierin zijn mitigerende maatregelen te nemen (zie hierna, randnummer 5.3).

1. Vraagstelling

- 1.1. Bij12 (onderdeel van de vereniging Interprovinciaal Overleg) staat voor de keuze of zij de zestal raamovereenkomsten die zij in 2023 heeft gesloten – na het doorlopen van een Europese aanbesteding – zal verlengen of niet. De initiële contractperiode van 25 maanden loopt 31 oktober 2025 af, tenzij Bij12 besluit om gebruik te maken van de verlengingsoptie.
- 1.2. De wens bestaat om drie van de zes raamovereenkomsten (waaronder een van de twee graspercelen) te beëindigen en opnieuw in de markt te zetten. De reden hiervoor is dat Bij12 over bepaalde opdrachtnemers ontevreden is. Verder houdt Bij12 er rekening mee dat de zittende opdrachtnemer voor het grasperceel dat zij wil verlengen, zal deelnemen aan de nieuwe aanbesteding. Bij12 vraagt zich af of dat mag, gezien de beperking in het aantal te gunnen graspercelen in de aanbesteding in 2023.
- 1.3. Bij12 heeft mij gevraagd hierover te adviseren.
- 1.4. Om tot een advies te komen, zal ik eerst de achtergrond (met relevante informatie uit de aanbestedingsdocumenten) schetsen. buiten verzoek
buiten verzoek Vervolgens sta ik stil bij de vraag of Bij12 de percelen die zij na beëindiging van de raamovereenkomsten opnieuw in de markt wil zetten, eerst wezenlijk moet wijzigen. Ik sluit af met de vraag in hoeverre het maximum aan te gunnen graspercelen doorwerkt in de nieuwe aanbesteding.

2. Achtergrond

- 2.1. Bi12 heeft in 2023 een aanbesteding georganiseerd voor taxatiediensten voor faunaschade, bestaande uit zes percelen. Twee van de zes percelen betreffen gras, te weten: perceel 1 (Gras Noord) en perceel 2 (Gras Zuid) (aanbestedingsleidraad, p. 7). De leidraad vermeldde – voor zover relevant – verder (p. 7):

Inschrijvers mogen op meerdere percelen inschrijven. Het is echter niet mogelijk om zowel perceel 1 (Gras Noord) als perceel 2 (Gras Zuid) gegund te krijgen. Hieruit voortvloeiende kan een Inschrijver maximaal vijf percelen gegund krijgen.

- 2.2. Per perceel was er één raamovereenkomst te vergeven. Over de looptijd van de raamovereenkomst stond in de conceptovereenkomst het volgende vermeld.

2 Duur van de Raamovereenkomst

- 2.1 Deze Raamovereenkomst gaat in op 1 oktober 2023, voor de duur van 25 maanden, en zal van rechtswege eindigen op 31 oktober 2025.
- 2.2 De eerste maand van de Raamovereenkomst geldt uitsluitend als implementatietermijn voor het zorgdragen van een werkende API, zoals bedoeld eis 11 van het Programma van Eisen (incl. de aanpassingen van de Nota's van inlichtingen).
- 2.3 De Opdrachten onder deze Raamovereenkomsten kunnen voor het eerst op 1 november 2023 door Opdrachtgever aan Opdrachtnemer worden opgedragen.
- 2.4 Opdrachtgever heeft twee keer een eenzijdige optie tot verlenging van de Raamovereenkomst met een (1) jaar onder gelijkblijvende voorwaarden van deze Raamovereenkomst.
- 2.5 Beëindiging van deze Raamovereenkomst om welke reden dan ook laat de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit een Opdracht onverlet. De voorwaarden van deze Raamovereenkomst blijven van toepassing op alle Opdrachten, die na het eindigen van deze Raamovereenkomst voortduren.

- 2.3. In vraag 9 van de nota van inlichtingen wordt een vraag gesteld over een (in de woorden van de vragensteller) "*ongemotiveerde opzegmogelijkheid*" in paragraaf 2.5 van de conceptramovereenkomst, met het verzoek deze te laten vervallen. Bij12 heeft hiermee ingestemd.

9	Juridisch	Bijlage 5, p.2, par. 2.5	De opdrachtgever behoudt zich hier het recht voor tot een ongemotiveerde opzegging van de overeenkomst. Aangezien opdrachtnemer een aanmerkelijke investering moet doen om de gevraagde dienstverlening te kunnen leveren, lost deze bepaling de terugverdienmogelijkheid van deze investering in sterke mate aan. Daarmee ontstaat een aanzienlijk en niet te managen ondernemersrisico. Aangezien in paragraaf 6.1 voor opdrachtgever voldoende mogelijkheden zijn om, ingeval van ingebrekestelling, over te kunnen gaan tot contractbeëindiging, zijn wij van mening dat de bepaling in paragraaf 2.5 disproportioneel is en de bedrijfscontinuïteit van opdrachtnemer onnodig in geding brengt. Wij verzoeken u dit artikel te laten vervallen.	Dit is akkoord.	Perceel 1 Gras Noord, Perceel 2 Gras Zuid, Perceel 3 Mais, Perceel 4 Akkerbouw en vollegroendroenteteelt, Perceel 5 Fruit en overige gewassen, Perceel 6 Landbouwhuizen
---	-----------	--------------------------	--	-----------------	---

- 2.4. De rangorde tussen de verschillende contractuele documenten is als volgt.

- 1.5. De dienstverlening zal worden verricht op de wijze als weergegeven in deze Raamovereenkomst en navolgende bijlagen die alle onlosmakelijk deel uitmaken van deze Raamovereenkomst. Voor zover de bijlagen, die in rangorde na deze Raamovereenkomst komen, met elkaar in tegenspraak zijn, geldt de rangorde zoals hieronder vermeld, waarbij de hogergenoemde bijlage prevaleert boven de lager genoemde:

- a) dit document;
- b) de Verwerkersovereenkomst BIJ12 taxatiediensten faunaschade 2023-2027
- c) de Nota's van inlichtingen (de meest recente versie prevaleert boven een latere versie)
- d) de Aanbestedingsleidraad, inclusief Bijlagen, waaronder het Programma van eisen
- e) Algemene inkoopvoorwaarden BIJ12 2018 (ATV BIJ12 2018);
- f) de Inschrijving van Inschrijver.

3.

3.1.

buiten verzoek

¹ Volledigheidshalve, dit is ook hoe het hoort. Zogeheten 'tweezijdige opties' die steeds vaker voorkomen (waarbij zowel de instemming van de aanbestedende dienst als de opdrachtnemer nodig is) zijn naar hun aard niet

3.2.

buiten verzoek

3.3.

verenigbaar met het aanbestedingsrecht. Zie in dat kader, mr. E.H. Pijnacker Hordijk, mr. G.W. van der Bend en mr. J.F. van Nouhuys, "Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht", vierde druk, Den Haag, p. 136.

² Hoge Raad 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 en de conclusie van A-G bij voormeld arrest, ECLI:NL:PHR:2004:AO1427, randnr. 12.

³ Immers, bij het vaststellen van de omvang van de referentie-eisen is het (vanuit het proportionaliteitsbeginsel) de bedoeling dat deze wordt bepaald aan de hand van de geraamde omvang van het betreffende perceel (en niet de

buiten verzoek

3.4.

4. Geen intrekking aanbesteding, dus geen wezenlijke wijziging noodzakelijk

- 4.1. Indien Bij12 (een aantal van) de raamovereenkomsten van rechtswege laat eindigen, hoeft zij haar inkoopbehoefte/de opdrachten niet wezenlijk te wijzigen. Dat was anders geweest indien Bij12 gedurende haar aanbesteding in 2023 (percelen uit) de aanbesteding had ingetrokken. In dat geval was er namelijk het risico van 'leuren' geweest.⁴
- 4.2. Dat de verplichting tot wezenlijke wijziging niet geldt bij het opnieuw aanbesteden na rechtmatig eindigen van een aanbestede overeenkomst, is bevestigd door de voorzieningenrechter van rechtbank Noord-Nederland op 20 april 2018 (in lijn met een voorafgaand advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts in die zaak).⁵

omvang van de samengevoegde opdracht). Ook bij (wezenlijke) wijzigingen zou ik menen dat acht moet worden geslagen op de waarde van het betreffende perceel/overeenkomst (in plaats van de waarde van de samengevoegde opdracht).

⁴ Vgl. v.zr. Rb. Noord-Nederland van 17 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:568, r.o. 6.4 die – voor zover relevant – luidt (mijn onderstr.): “*Volgens vaste rechtspraak verzetten de aanbestedingsrechtelijke grondbeginselen alsook de eisen van redelijkheid en billijkheid zich ertegen dat een aanbestedende dienst zonder objectieve rechtvaardiging tot heraanbesteding van dezelfde opdracht overgaat wanneer eenmaal een aanbesteding heeft plaatsgehad en een inschrijver kan worden aangewezen die voor gunning van de opdracht in aanmerking komt.*”

⁵ ECLI:NL:RBNNE:2018:1464.

“4.9. De voorzieningenrechter kan zich in dezen verenigen met het advies van de CvAe dat een geval als het onderhavige afwijkt van het geval, waarin een aanbestedende dienst nog tijdens de aanbestedingsprocedure besluit om die procedure af te breken en de opdracht opnieuw aan te besteden. Bij een dergelijke hernieuwde aanbesteding is het in beginsel aangewezen de opdracht wezenlijk te wijzigen, alvorens deze opnieuw door middel van een aanbestedingsprocedure in de markt te zetten.

In de onderhavige zaak doet het hiervoor bedoelde geval zich echter niet voor. De aanbestedende dienst, het UMCG, heeft immers na afloop van de aanbestedingsprocedure en na totstandkoming van de uit die procedure voortvloeiende overeenkomst gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid tot opzegging van die overeenkomst. Zoals hiervoor onder 4.3. is vermeld, behoefde het UMCG daarvoor geen gronden aan te voeren.”

- 4.3. Het staat Bij12 uiteraard vrij om – als zij dat wenst – wel (wezenlijke) wijzingen aan te brengen in de percelen die zij in de markt wil zetten. Zij is daartoe evenwel niet verplicht.

5. Loslaten maximum te gunnen graspercelen

- 5.1. Bij12 geeft er de voorkeur aan als de opdrachtnemer van het grasperceel waarvan zij raamovereenkomst wil verlengen, ook deel kan nemen aan de aanbesteding en het aan te besteden grasperceel ook gegund kan krijgen. Ik zou menen dat dit mogelijk is.

- 5.2. Het aan te besteden grasperceel wordt vergeven in een nieuwe aanbesteding. Deze nieuwe aanbesteding staat in wezen los van de aanbesteding uit 2023. Deze nieuwe aanbesteding wordt opgestart nadat bepaalde raamovereenkomsten van rechtswege zijn afgelopen en de inkoopbehoefte verdedigbaar ook is gewijzigd (Bij12 gaat namelijk iets anders aanbesteden dan in 2023, alleen al omdat niet alle percelen nu opnieuw worden aanbesteed). Bij12 mag de voorwaarden voor deze nieuwe aanbesteding – waaronder de keuze om al dan niet een beperking aan te brengen in het maximum aantal te gunnen percelen – vormgeven naar haar nieuwe inkoopbehoefte. Bij12 is daarin niet gebonden aan de voorwaarden uit een andere aanbesteding uit 2023.

- 5.3. Volledigheidshalve benoem ik wel dat er een (theoretisch) risico bestaat dat als de opdrachtnemer van het grasperceel dat wordt verlengd het nieuwe grasperceel wint, dat dit een wezenlijke wijziging oplevert van *het grasperceel dat wordt verlengd*. Het argument hiervoor zou dat de beperking van het aantal te gunnen graspercelen dan feitelijk is losgelaten en wellicht een ondernemer in 2023 niet of anders heeft ingeschreven omdat hij niet beide graspercelen gegund kon krijgen. Ik vind het

daadwerkelijke risico hierop evenwel beperkt, omdat het aan te besteden grasperceel verdedigbaar niet meer kan worden beschouwd als een perceel van de aanbesteding van 2023. Niettemin kunnen de maatregelen helpen om dit risico verder te mitigeren.

- Als het aan te besteden grasperceel wel wezenlijk gewijzigd wordt ten opzichte van het grasperceel uit 2023, omdat dan nog beter kan worden betoogd dat het nieuwe grasperceel niet hetzelfde is als het grasperceel uit 2023.
- Wees in de leidraad van de nieuwe aanbesteding transparant dat met betrekking tot het grasperceel ook de huidige opdrachtnemer van het grasperceel dat wordt verlengd wordt toegelaten en de opdracht gegund kan krijgen. Als inschrijvers vervolgens inschrijven, gaan zij akkoord met alle voorwaarden van de aanbesteding (waaronder deze informatie). In dat geval verwerken zij in beginsel hun rechten om na inschrijving nog moeilijk te doen over de deelname van die zittende opdrachtnemer.

In dat kader adviseer ik om in de leidraad op te nemen dat potentiële inschrijvers op straffe van verval van recht vóór inschrijving een kortgeding dagvaarding bij de aanbestedende dienst(en) moeten laten betekenen om eventuele (onwelgevallige antwoorden van Bij12 op vragen van de potentiële inschrijver over) onregelmatigheden, onrechtmatigheden en onduidelijkheden nog ter discussie te kunnen stellen. Vanzelfsprekend kan ik desgewenst helpen met het formuleren van deze passage.
