

zoekt of de motivering daarvan de beslissing tot samenvoeging zal kunnen dragen.

De Commissie is, alles afwegende, van oordeel dat de door aanbestede verstrekte motivering van zijn beslissing tot het samenvoegen van de opdrachten voor Deelnemers 1 en 2 onvoldoende kan dragen (artikel 1.5 lid 1 sub b). De motivering van aanbestede berust hoofdzakelijk op het belang van af te nemen diensten die buiten de scope van de opdracht vallen, waardoor deze motivering de beslissing om de opdrachten samen te voegen voor wat betreft de organisatorische gevolgen en risico's voor aanbestede, niet kan dragen.

Tevens blijkt uit zijn motivering niet dat hij voldoende acht heeft geslagen op de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de ondernemer. Dat betekent dat aanbestede niet heeft aangetoond dat er geen sprake is van onnodige samenvoeging van opdrachten in de zin van art. 1.5, lid 1, Aw 2012. De Commissie acht de klacht daarom gegrond.

Overweging ten overvloede m.b.t. samenwerking tussen MKB'ers

Het valt de Commissie vaker op, zo ook in deze aanbestedingsprocedure, dat aanbesteders in hun motivatie m.b.t. art. 1.5 Aw 2012 vaak verwijzen naar de mogelijkheid voor het MKB om in samenwerkingsverband in te schrijven. De Commissie geeft aanbesteders mee ter overweging, om dit argument weloverwogen en niet 'standaard' te gebruiken, daarbij indachtig de toelichting op de Nota van Wijziging), waarin als reden 'om een samengevoegde opdracht in meerdere percelen te verdelen' wordt aangevoerd dat 'bij voorbeeld ook het midden- en kleinbedrijf rechtstreeks in kan schrijven'.

Advies

*De Commissie acht de klacht gegrond.
(G.R. Werkman-Bouwkamp, M.C. Pinto en T.H. Chen)*

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

109

Geheimhouding van de inhoud en verstrekking van opdracht

Commissie van Aanbestedingsexperts
22 maart 2023, Advies 681
Noot mr. N.A. Meershoek

Geheimverklaring overheidsopdracht. Motivering gunningsbeslissing. Onderhandse gunning.

[Aw 2012 art. 1.4, art. 2.23]

Aanbestede heeft op 11 januari 2022 onderhands een inkoopopdracht verstrekt aan een leverancier. Het gaat om de inkoop van een [middel] dat gericht is op [bedrijfsproces]. Aanbestede meent dat hij niet verplicht is tot het organiseren van een Europese aanbesteding omdat hem een beroep toekomt op art. 2.23 lid 1 onderdeel e Aw 2012.

Ondernemer heeft op 11 april 2022 een WOB-verzoek ingediend bij aanbestede om inzicht te krijgen in de opdrachtverstrekking, welk verzoek op 25 april 2022 is afgewezen vanwege de geheime verwerving.

Op 8 juni 2022 heeft ondernemer een klacht ingediend bij aanbestede. Naar aanleiding hiervan heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen partijen op 22 juli 2022. Nadien heeft ondernemer een schriftelijke reactie ontvangen op 29 juli 2022. Ondernemer heeft aanbestede verzocht de argumentatie voor de geheimverklaring te verstrekken. Aanbestede stelt dat ook de inhoudelijke argumentatie onder de geheimhouding valt en dat deze argumentatie daarom niet wordt gedeeld. Volgens ondernemer heeft aanbestede mondeling kenbaar gemaakt dat de inhoud van de opdracht gerubriceerde en/of vertrouwelijke informatie bevat.

Op 12 september 2022 verzoekt ondernemer aanbestede om geen uitvoering te geven aan de gesloten overeenkomst en om alsnog over te gaan tot een Europese (niet-)openbare aanbestedingsprocedure. Aanbestede geeft aan dit verzoek geen gevolg.

Ondernemer dient op 5 oktober 2022 een klacht in bij de Commissie. Aanbesteder heeft op 25 oktober 2022 een reactie ingediend bij de Commissie.

Klacht

Ondernemer klaagt dat aanbesteder ten onrechte een beroep heeft gedaan op geheimverklaring van een overheidsopdracht op grond van art. 2.23 lid 1 onderdeel e Aw 2012. Aanbesteder heeft deze opdracht onderhands verstrekt, terwijl hij een Europese aanbesteding had moeten doorlopen. Aanbesteder handelt hiermee in strijd met de geldende aanbestedingswet- en regelgeving en daarmee onrechtmatig tegenover ondernemer. In ieder geval had de opdracht ook met minder ingrijpende maatregelen kunnen worden gegund volgens ondernemer, bijvoorbeeld door het volgen van een niet-openbare procedure met geheimhoudingsverklaring voor geselecteerde partijen. Aanbesteder had hoge eisen kunnen stellen aan potentiële gegadigden en/of contractuele vertrouwelijkheids- en veiligheidsmaatregelen in de aanbestedingsstukken kunnen opnemen.

Beoordeling Commissie

Tussen partijen staat kennelijk niet ter discussie dat de opdracht raakt aan de wezenlijke veiligheidsbelangen van Nederland.

Aanbesteder stelt dat aan zijn belangen onvoldoende tegemoet kan worden gekomen bij een niet-openbare procedure, zoals door het stellen van hoge eisen aan de bekwaamheid en betrouwbaarheid van geïnteresseerde marktpartijen. Ook zouden contractuele geheimhoudings- en veiligheidsmaatregelen naar de mening van aanbesteder onvoldoende waarborg bieden.

De Commissie begrijpt dat contractuele maatregelen doorgaans achteraf effect zullen sorteren en daarom minder effectief zijn in het voorkomen van, bijvoorbeeld, het lekken van gegevens dan een algehele uitsluiting van alle marktpartijen – alhoewel van boetes ook vooraf een zekere afschrikwekkende werking kan uitgaan.

Niettemin heeft aanbesteder ervoor gekozen de opdracht te verstrekken aan een (in het buitenland gevestigde) marktpartij en niet de opdracht bij zichzelf of een ander overheidslichaam te laten. Aanbesteder vertrouwt kennelijk op de door hem gehanteerde contractuele maatregelen die de bescherming van de wezenlijke belangen van Nederland moeten waarborgen. Ervan uitgaande dat aanbesteder op objectieve criteria tot de keu-

ze voor de op 11 januari 2022 gecontracteerde partij is gekomen (waartoe art. 1.4 Aw 2012 immers verplicht), lijkt het mogelijk dat aanbesteder motiveert waarom hij alleen die partij vertrouwt en andere partijen niet kan vertrouwen. Ook lijkt mogelijk dat aanbesteder, desnoods in algemene bewoordingen waardoor de inhoud van de opdracht geheim blijft, had gemotiveerd waarom de opdracht dermate geheim was dat ook de verstrekking van de opdracht geheim moest blijven.

Conclusie

De Commissie concludeert dat aanbesteder niet heeft gemotiveerd waarom de bescherming van de wezenlijke belangen van Nederland niet met minder ingrijpende maatregelen kon worden waarborgd dan door geheimhouding van zowel inhoud als verstrekking van de opdracht. Naar het zich laat aanzien had aanbesteder kunnen motiveren waarom niet alleen de inhoud, maar ook de verstrekking van de opdracht geheim moest blijven. Aanbesteder heeft daarmee de motiveringsplicht van art. 1.4 Aw 2012 geschonden. De Commissie verklaart de klacht daarom gegrond.

Advies

De Commissie acht de klacht gegrond.
(mr. G.R. Werkman-Bouwkamp en mr. M.C. Pinto)

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

NOOT

Het motiveren van geheime opdrachten: voorbij de paradox?

Inleiding

Het is evident dat een opdracht waarvan de aankondiging staatsgeheime informatie zou moeten bevatten niet openbaar aangekondigd kan worden. Ook is het logisch dat een aanbesteder het delen van dergelijke informatie tot een zo klein als mogelijk aantal ondernemers zal willen beperken. Zulke opdrachten van het EU aanbestedingsrecht uitzonderen behoeft – enigszins paradoxaal – wel gemotiveerde rechtvaardiging. Daarbij is het telkens de vraag in hoeverre de noodzaak van geheimhouding gespecificeerd kan worden zonder de geheimhouding te ondermijnen.

In een recent advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: de Commissie) stond de vraag centraal in hoeverre het geheimhouden en onderhands gunnen van een opdracht toegestaan was op grond van artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012 en de motiveringsplicht van artikel 1.4 Aw 2012. Vanwege het geheime karakter van de betreffende opdracht is uit het advies niet op te maken om wat voor aanbesteder het gaat, wat er waarvoor wordt aangekocht noch wat voor soort ondernemer de opdracht gegund heeft gekregen. Dit leidt tot een ietwat cryptisch advies waarin zonder een duidelijk feitenrelaas de relevante rechtsnormen besproken worden. In mijn annotatie zal ik niettemin pogen de relevantie van dit advies voor de rechtsontwikkeling van het meest geheimzinnige stukje aanbestedingsrecht in kaart te brengen en daarmee te beschouwen of de Commissie in haar advies *voorbij de paradox* van gemotiveerde geheimhouding weet te komen.

Het Europeesrechtelijke kader voor het uitzonderen van geheime en gevoelige opdrachten

De bepaling die in het advies centraal stond, nu dat de aanbesteder de uitzondering van de Aw 2012 hierop baseerde, is artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012. Op grond hiervan kunnen overheidsopdrachten van de werking van Deel 2 van de Aw 2012 worden uitgezonderd indien i) “die geheim zijn verklaard” of indien ii) “de uitvoering overeenkomstig de geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan”, iii) “dan wel indien de bescherming van de wezenlijke belangen van Nederland zulks vereist en deze niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden gewaarborgd”¹.

Deze bepaling is afgeleid van artikel 15 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU. In tegenstelling tot de Aw 2012 noemt de richtlijn echter alleen de eerste twee opties voor uitzondering, waarbij de derde optie als aanvullend vereiste geldt voor zowel geheime opdrachten als de bijzondere veiligheidsmaatregelen. Het opnemen van dit aanvullende vereiste als een alternatief scenario, door de Nederlandse wetgever alsmede door de Commissie in het betreffende advies, lijkt door de bewoordingen “dan wel” een verkeerde implementatie van de Europeesrechtelijke norm te

zijn. Nu de Commissie in het advies nadrukkelijk toetst aan dit aanvullende vereiste, heeft deze verkeerde implementatie geen invloed op de uitkomst van het betreffende advies gehad.²

De genoemde bepaling in de richtlijn verwijst ook naar artikel 15 lid 2 daarvan, waar vastgesteld ligt dat er voor uitzondering van de richtlijn altijd eerst getoetst moet worden of er geen *minder ingrijpende maatregelen* mogelijk zijn, “bijvoorbeeld door eisen te stellen ter bescherming van het vertrouwelijke karakter van de informatie die de aanbestedende dienst in een aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn beschikbaar stelt”. Dat de vereisten van *wezenlijke belangen* en proportionaliteit altijd gelden sluit ook aan bij het Europeesrechtelijke kader zoals door het Hof van Justitie uiteengezet in *Commissie tegen Oostenrijk* (2018). Uit dit arrest volgt dat de lidstaten uitsluitend bevoegd zijn hun wezenlijke veiligheidsbelangen te definiëren en een ruime beoordelingsmarge hebben om vast te stellen welke maatregelen noodzakelijk zijn om hun wezenlijke belangen te beschermen.³ In een specifiek geval moeten de lidstaten echter wel kunnen aantonen “dat in de behoefte aan de bescherming van die belangen niet had kunnen worden voorzien in het kader van een oproep tot mededinging als bedoeld in de richtlijnen”⁴. Deze toets sluit aan bij de verdragsuitsondering van artikel 346 VWEU voor staatsgeheimen en militair materieel, die wat betreft reikwijdte grotendeels overlapt met de specifieke aanbestedingsrechtelijke uitzonderingsbepaling van artikel 15 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt immers dat, ondanks de subjectieve bewoordingen

1 Cursivering toegevoegd.

2 Dit verschil is wel wezenlijk omdat op grond van een letterlijke interpretatie van artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012 (zoals de CvAE lijkt te volgen) enkel op grond van een nationale geheimverklaring of nationale bestuursrechtelijke bepalingen van het EU aanbestedingsrecht zou kunnen worden afgeweken. Dit is strijdig met de algehele benadering van het Hof van Justitie ten aanzien van uitzonderingen (met name de uitzonderingsbepalingen in de EU Verdragen), die altijd Europeesrechtelijk moeten worden gerechtvaardigd.

3 HvJEU 20 maart 2018, Zaak C-187/16, Commissie tegen Oostenrijk, r.o. 75 & 78.

4 Ibid, r.o. 78.

van de bepaling, ook voor deze uitzonderingsgrond een proportionaliteitstoets geldt.⁵ Wat betreft de specifieke toepassing van de veiligheidsuitzonderingen bij overheidsopdrachten, zoals in de betreffende zaak, biedt de Conclusie van Advocaat Generaal Kokott in *Commissie tegen Oostenrijk* meer duidelijkheid. Oostenrijk poogde de onderhandse gunning aan de voormalige staatsdrukker voor de productie van paspoorten te rechtvaardigen door zich te beroepen op een “vertrouwensband” met een “historische” dienstverlener.⁶ Kokott erkent dat het beperken van de kring van kandidaten voor de gunning van een overheidsopdracht en het uitsluiten van buitenlandse ondernemers onder omstandigheden gerechtvaardigd kunnen worden.⁷ Bepalend hierbij is echter of een maatregel zoals uitzondering van de aanbestedingsregels “daadwerkelijk ertoe strekt die doelstelling op coherente en stelselmatige wijze te bereiken”.⁸ In het geval van de paspoorten die volgens Oostenrijk door een Oostenrijkse ondernemer geproduceerd moesten worden was dit volgens Kokott niet het geval, nu dat de voormalige staatsdrukkerij geprivatiseerd was zonder maatregelen waardoor deze in de toekomst niet in buitenlandse handen zou kunnen komen.

De motiveringsverplichting en de Europeesrechtelijke vereisten van coherentie en stelselmatigheid

Zoals gezegd wordt een overheidsopdracht op grond van artikel 2.23 lid 1 sub e slechts uitgezonderd van Deel 2 van de Aw 2012, wat betekent dat Deel 1 nog steeds van toepassing is. Daar-

naast geldt vanuit het EU recht dat een uitzondering daarop proportioneel moet zijn, wat zich met name vertaalt in het vereiste dat een veiligheidsuitzondering daadwerkelijk ertoe strekt die veiligheidsdoelstelling op coherente en stelselmatige wijze te bereiken. Hieronder zal ik kort ingaan op de toepassing van Deel 2 van de Aw 2012 door de Commissie en het ontbreken van een analyse van de Europeesrechtelijke vereisten.

De Commissie concludeert in het advies uiteindelijk dat de klacht gegrond is, nu de aanbesteder de motiveringsplicht van artikel 1.4 Aw 2012 heeft geschonden door niet te motiveren “waarom niet alleen de inhoud, maar ook de verstrekking van de opdracht geheim moest blijven”.⁹ Zowel de keuze voor onderhandse gunning alsmede de keuze voor de specifieke ondernemer zijn immers onvoldoende gemotiveerd. Tegelijkertijd constateert de Commissie dat het niet ter discussie staat dat de opdracht raakt aan wezenlijke veiligheidsbelangen van Nederland en veronderstelt het dat de aanbesteder op basis van objectieve criteria tot de gunningsbeslissing is gekomen. Dit is vreemd, nu dat uit de hiervoor besproken rechtspraak van het Hof van Justitie nadrukkelijk volgt dat een beroep op de *wezenlijke belangen* uitzondering van artikel 15 lid 3 van de richtlijn - dan wel op grond van artikel 346, lid 1, sub a VWEU - enkel geldig is wanneer aangetoond (en dus *gemotiveerd*) wordt dat de betrokken veiligheidsbelangen niet met minder ingrijpende maatregelen, zoals een (beperkte) oproep tot mededinging, beschermd hadden kunnen worden.

Een toets aan de Europeesrechtelijke vereisten van coherentie en stelselmatigheid ontbreekt helemaal in het advies van de Commissie. Het meest opmerkelijke aan het advies is in dat verband dat in de analyse van de motiveringsplicht - tussen haakjes - nog even wordt vermeld dat de marktpartij die de opdracht gegund heeft gekregen in het buitenland gevestigd is. Dit is moeilijk te rijmen met de vereisten van coherentie en stelselmatigheid. De hoogste mate van gegevensbeveiliging wordt - zoals ook door AG Kokott benadrukt¹⁰ - immers bereikt wanneer de gehei-

5 Zie: HvJEU, Zaak C-474/12, *Schiebel Aircraft* (2014), r.o. 37. Hier wordt verwezen naar de toepassing van het evenredigheidsbeginsel.

6 Conclusie van AG Kokott, 20 december 2017 in Zaak C-187/16, *Commissie tegen Oostenrijk*, r.o. 66. Zie ook de meer recente Conclusie van AG Emiliou in een vergelijkbare zaak waar de Commissie naar verwijst: Conclusie van AG Emiliou, 2 maart 2023, Zaak C-601/21, *Commissie tegen Polen*. De AG concludeert dat Polen deels terecht en deels onterecht de vervaardiging van bepaalde documenten van Richtlijn 2014/24/EU heeft uitgezonderd. Voor veel van de opdrachten waren echter minder ingrijpende maatregelen dan onderhandse gunning mogelijk.

7 *Ibid.*, r.o. 65 en r.o. 70.

8 *Ibid.*, r.o. 71.

9 Advies 681, r.o. 4.12.

10 Conclusie van Advocaat Generaal Kokott, 20 december 2017 in Zaak C-187/16, *Commissie tegen Oostenrijk*,

me informatie binnen de eigen landsgrenzen wordt gehouden. Dit blijkt ook uit het screeningsbeleid ten aanzien van opdrachtnemers van het Ministerie van Defensie, waar als er sprake is van staatsgeheime informatie de ondernemer een Nederlands rechtspersoon dient te zijn en er enkel medewerkers met de Nederlandse nationaliteit in vertrouwensfuncties geplaatst mogen worden.¹¹ Buitenlandse ondernemers kunnen enerzijds gedwongen worden mee te werken aan veiligheidsonderzoeken van de staat waar zij gevestigd zijn en anderzijds moeilijker effectief worden onderworpen aan veiligheidsonderzoeken van de Nederlandse inlichtingendiensten. Het ontbreken van een analyse van de Europeesrechtelijke vereisten voor uitzondering van het EU aanbestedingsrecht is met name jammer omdat artikel 1.4 Aw 2012 – op grond waarvan de Commissie de klacht uiteindelijk alsnog gegrond acht – niet van toepassing is op opdrachten die binnen de reikwijdte van de Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied (AwDV) vallen.¹² Met de onbeantwoorde Europeesrechtelijke vraag of er geen *minder ingrijpende maatregelen* mogelijk waren dan onderhandse gunning in dit specifieke geval, rijst namelijk ook de vraag of toepassing van de AwDV niet mogelijk was geweest. Dat is immers, vanuit Europeesrechtelijk perspectief, veel *minder ingrijpend* dan onderhandse gunning buiten de interne markt kaders om. Alhoewel voor toepassing van de AwDV sprake dient te zijn van een militaire of gevoelige opdracht, heeft de wetgever in de memorie van toelichting opgemerkt dat bij de definiëring van gevoelige opdrachten rekening gehouden moet worden met “doel en strekking van de richtlijn”,¹³ namelijk het verminderen van complete afwijking van het EU aanbestedingsrecht door de lidstaten. Binnen de kaders van de AwDV had de aanbestede vanaf het begin het aantal inschrijvers kun-

nen beperken tot drie¹⁴ en op elk moment van de aanbesteding nog inschrijvers kunnen uitsluiten die niet betrouwbaar blijken te zijn in het licht van de nationale veiligheid.¹⁵

Conclusie

Om een beroep te kunnen doen op de uitzonderingsgrond van artikel 2.23 lid 1 sub e Aw 2012 is dus met name vereist dat de aanbestede aantoonbaar dat de betrokken veiligheidsbelangen niet binnen een aanbestedingsprocedure hadden kunnen worden beschermd en dat uitzondering (en in dit geval ook de onderhandse gunning) op coherente wijze past binnen een veiligheidsbeleid dat stelselmatig wordt toegepast. Dat wil zeggen: dat er geen *minder ingrijpende maatregelen* mogelijk waren. Hiervoor doet het er in beginsel niet toe of de opdracht geheimverklaard is of dat er op grond van bestuursrechtelijke bepalingen bijzondere veiligheidsmaatregelen gelden. Nu de AwDV meer mogelijkheden biedt om veiligheidsbelangen binnen aanbestedingen te beschermen, pleitte ik eerder samen met Elisabetta Manunza voor het invoeren van een nationaal screeningssysteem voor veiligheidsbelangen bij overheidsopdrachten; wat meer duidelijkheid zou kunnen creëren over wanneer en hoe deze wet dient te worden toegepast.¹⁶ Daardoor zou in minder gevallen voor complete uitzondering van het EU recht en de vaak daaropvolgende onderhandse gunning gekozen hoeven te worden. Ondanks de beperkt beschikbare informatie is het jammer dat de Commissie in haar advies niet dieper is ingegaan op de hiervoor besproken Europeesrechtelijke vereisten. Hierdoor voegt het advies weinig toe aan de verheldering van de normen voor het uitzonderen van geheime en gevoelige opdrachten. Voorlopig zijn we de para-

11 Ministerie van Defensie, Algemene Beveiligingseisen voor Defensieopdrachten (ABDO) 2019, versie 1.1 (februari 2020), p. 12. Zie ook: N. Meershoek, 'Nationale veiligheid als natuurlijke begrenzing van EU aanbestedingsliberalisering', Tijdschrift Aanbestedingsrecht & Staatssteun 2021, p. 33.

12 Artikel 2.3 lid 2 AwDV.

13 *Kamerstukken II* 2010/11, 32768, nr. 3, Memorie van Toelichting: Implementatie van Richtlijn nr. 2009/81/EG, p. 22. Zie ook: Meershoek 2021, p. 30.

14 In tegenstelling tot de Aw kan op grond van de AwDV bij niet-openbare procedures het aantal inschrijvers beperkt worden tot drie in plaats van vijf, zie: Artikel 2.91 lid 2 AwDV.

15 Artikel 2.77 lid 1 sub f AwDV.

16 Zie: E. Manunza & N. Meershoek, Beter screenings-systeem nodig om nationale veiligheid bij overheids-aankopen te waarborgen, Utrecht University Centre for Public Procurement (UUCePP) Blog: 15 maart 2022: <https://www.uu.nl/achtergrond/beter-screeningssysteem-nodig-om-nationale-veiligheid-bij-overheids-aankopen-te-waarborgen>.

dox van gemotiveerde geheimhouding dus nog niet voorbij.

mr. N.A. Meershoek
promovendus aan Universiteit Utrecht bij Utrecht
University Centre for Public Procurement
(UUCePP)

110

Vallen álle overspanningswerkzaamheden onder bestaand onderhoudscontract?

Commissie van Aanbestedingsexperts
27 maart 2023, Advies 688

Scope van de opdracht. Transparantiebegin- sel. Uitleg RAW bepalingen.

Ondernemer voert in opdracht van aanbesteder de RAW-Raamovereenkomst onderhoud Openbare Verlichting [naam aanbesteder], perceel West, uit (hierna: Onderhoudscontract OVL 2022). De Commissie beantwoordt de vraag ‘Mag ondernemer verwachten dat alle overspanningswerkzaamheden die aanbesteder ten aanzien van perceel West wenst uit te voeren, gedurende de looptijd van het Onderhoudscontract OVL 2022 aan ondernemer in opdracht zullen worden gegeven?’

Advies van de Commissie

Scope Onderhoudscontract OVL 2022

Vallen de overspanningswerkzaamheden onder de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022 en is de scope van dit contract ondubbelzinnig geformuleerd?

Het Onderhoudscontract OVL 2022 is opgesteld volgens de RAW-systematiek als een RAW-Raamovereenkomst. In het Onderhoudscontract OVL 2022 is een opsomming gegeven van de algemene werkzaamheden die onder het contract worden afgenomen. Onder andere is opgesomd dat de werkzaamheden in hoofdzaak bestaan uit opdrachten in omvang tot 5 stuks en het vervangen en verplaatsen van lichtmasten. Verder worden de overspanningswerkzaamheden concreet genoemd en uitgewerkt in bestekposten met codes en namen, zoals aanbrengen, verwijderen en vervangen overspanningen. Hieruit blijkt dat overspanningswerkzaamheden onmiskenbaar onder-

deel zijn van de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022. In de nog te sluiten Overeenkomst VerLEDding Overspanningen worden weliswaar andere bestekpostnummers gehanteerd (100 en 130), maar daarin zijn de hoofdcodes (340399) wel grotendeels gelijk.

De Commissie overweegt dat de te beantwoorden vraag niet moet zijn of er sprake is van een overlap tussen de werkzaamheden in beide Raamovereenkomsten ten aanzien van perceel West, maar juist of alle overspanningswerkzaamheden ten aanzien van perceel West die deel uitmaken van de scope van de aangekondigde Overeenkomst VerLEDding Overspanningen, vallen onder de scope van het Onderhoudscontract OVL 2022. In dat geval mag aanbesteder immers deze werkzaamheden niet afnemen onder de nieuwe overeenkomst (zie bijv. ECLI:NL:RBNHO:2019:5380).

Nergens in het Onderhoudscontract OVL 2022 staat expliciet vermeld dat het verleden van álle overspanningen in perceel West onderdeel uitmaakt van de opdracht. Dat staat niet in het algemene Deel 1 van de Onderhoudscontract OVL 2022, noch in de beschrijving en de staat van bestekposten van Deel 2 en ook niet in de bepalingen van Deel 3.

Ook is het Onderhoudscontract OVL 2022 een storings- en onderhoudscontract voor perceel West, en niet een contract betreffende het planmatig verleden van alle overspanningen. Dit blijkt niet alleen uit de titel van het onderhoudscontract, zijnde ‘RAW-raamovereenkomst onderhoud OVL [naam aanbesteder], perceel West’, maar ook uit de algemene betekenis van het begrip onderhoud in relatie tot het onderhoudscontract, de omstandigheid dat de in het bestek genoemde posten grotendeels betrekking hebben op werkzaamheden die specifiek behoren tot werkzaamheden in het kader van onderhoud, én uit de algemene omschrijving van de werkzaamheden in het onderhoudscontract. Hiertoe is onder andere relevant dat de door de Commissie geraadpleegde definities van het begrip ‘onderhoud’ alle gemeen hebben dat onderhoud ervoor moet zorgen dat zaken in ‘goede staat worden gehouden’ en dat in de eerdergenoemde opsomming van de algemene werkzaamheden onder het Onderhoudscontract OVL 2022, niet de vervangingswerkzaamheden voor de overspanningen worden genoemd. Eén van de 27 bijlagen bij het Onderhoudscontract OVL 2022 is de bijlage ‘Hoe de [Aanbesteder]