

Advies 125

1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een Europese openbare procedure uitgevoerd ten behoeve van het sluiten van een raamovereenkomst met één opdrachtnemer met betrekking tot onderhoud en aanleg van openbare verlichting. Het ARW 2012 is van toepassing op de aanbestedingsprocedure.
- 1.2 In par. 1.6 ('Aantal Percelen') van de Aanbestedingsleidraad is bepaald dat de opdracht in drie geografisch bepaalde percelen is opgedeeld en dat per perceel één opdrachtnemer één raamovereenkomst kan verwerven. De te verrichten werkzaamheden zullen per perceel in deelopdrachten aan de aannemer worden opgedragen.
- 1.3 In par. 1.5 ('Locatie en algemene omschrijving van het werk') van de Aanbestedingsleidraad is bepaald dat de werkzaamheden binnen een perceel in hoofdzaak bestaan uit:
 - a. Het controleren en onderhouden van de verlichtingsinstallatie;
 - b. Het organiseren en in bedrijf houden van een 24/7 storingswacht dienst;
 - c. Het veiligstellen en herstellen van storingen en schades aan de verlichtingsinstallatie;
 - d. Het uitvoeren van groepsremplace;
 - e. Het veiligstellen, verhalen en herstellen van aanrijdingschades;
 - f. Het leveren, vervangen, verwijderen, verplaatsen en aanbrengen van masten, armaturen, schakelkasten, lampen en andere aan de installatie toebehorende onderdelen / (klein) materiaal;
 - g. Het leveren, verwijderen en aanbrengen van energiekabels, mantelbuizen en kabelmoffen;
 - h. Het ter beschikking stellen van materieel en personeel;
 - i. Faciliteren van derden.'
- 1.4 Bijlage 2 ('Bestek') bij de Aanbestedingsleidraad bevat de 'Raamovereenkomst Onderhoud en aanleg Openbare Verlichting' (hierna: Bestek). In Deel 2.2 ('Nadere beschrijving') van het Bestek zijn in art. 14 ('Schades') de verplichtingen vastgelegd die verband houden met de in par. 1.5 sub e van de Aanbestedingsleidraad genoemde werkzaamheden die onder andere betrekking hebben op de afhandeling van aanrijdingsschades.
- 1.5 In par. 1.2 van de Aanbestedingsleidraad is bepaald:

'De opdrachtgever heeft zich, voorafgaand aan deze aanbesteding, op de hoogte gebracht van de gebruikelijke standaarden, de meest voor de hand liggende perceelindeling, de meest geschikte aanbestedingsprocedure, en de toegankelijkheid van het MKB, etc. Door deze marktverkenning is de opdrachtgever in staat om deze aanbestedingsleidraad met bijbehorende bijlagen te schrijven dat op de markt aansluit, waardoor de administratieve lasten van de inschrijvers worden beperkt.'

1.6 In de 1^e Nota van Inlichtingen van 23 mei 2014 zijn vragen met bijbehorend antwoorden opgenomen die betrekking hebben op het in de opdracht integreren van het verhalen van aanrijdingschades (zie par. 1.5 Aanbestedingsleidraad ('Locatie en algemene omschrijving van het werk') onder e, Commissie). Het gaat hier om de vragen 31 en 36 t/m 49. De voor de behandeling van de onderhavige klacht meest relevante vragen met bijbehorende antwoorden, luiden als volgt.

1.6.1 Vraag 31: 'Wat is de reden dat u onnodig en ongemotiveerd clustert van de activiteiten (motiveringsplicht)?'

Antwoord: 'In het kader van de installatie verantwoordelijkheid (IV-schap) (NEN-3140) waarbij het veilig werken aan elektrische installaties ingeregeld dient te zijn, heeft [...] als beheerder van de OV-installaties en als operationeel installatieverantwoordelijke bepaald dat al het werk aan de openbare verlichting door een zo gering mogelijk aantal verschillende partijen uitgevoerd dient te worden. Veel verschillende partijen die, al dan niet goed afgestemd, werken aan het verlichtingsnet geeft een potentieel risico op gevaarlijke situaties waarbij de gevolgen zeer groot kunnen zijn. Met het oog op bovenstaande is besloten dat vanaf de nieuwe bestekperiode (sept 2014 – aug 2018) al het werk aan de OV-installatie per vastgesteld gebied (3 geografische percelen) en waarvoor [beklaagde] zelf opdrachtgever is door één enkele opdrachtnemer per perceel uitgevoerd gaat worden. Zo wordt het risico op veiligheidsincidenten tot een minimum beperkt.

Vanuit de gedachte van het IV-schap is het meest wenselijke om al het OV-werk binnen de gemeente door één opdrachtnemer te laten doen. Echter is [beklaagde] dan zeer kwetsbaar en ontstaat er een te grote afhankelijkheid van die ene partij om de werking van de openbare verlichting voor de inwoners en gebruikers van de stad te garanderen c.q. continueren. Daarom wordt de huidige indeling van de stad in 3 geografische percelen die gehanteerd is in het onderhoudsbestek 2010-2014 gehandhaafd en zal per perceel een andere opdrachtnemer aangetrokken worden: (...).'

1.6.2 Vraag 36: 'Gegadigde constateert dat de aanbestedende dienst het verhalen van aanrijdingschade op het waarborgfonds en/of de bekende veroorzaker integraal onderdeel heeft gemaakt van deze aanbesteding. Is dat juist?'

Antwoord: 'Ja.'

1.6.3 Vraag 38: 'Indien het antwoord op vraag 36 hiervoor "ja" is, meent gegadigde dat deze werkzaamheden wezenlijk verschillen van de werkzaamheden inzake onderhoud en aanleg van de openbare verlichting, waarmee in de visie van gegadigde sprake is van het samenvoegen van twee ongelijksoortige opdrachten. Deelt de aanbestedende dienst die visie?'

Antwoord: 'Nee. Het gaat hier niet om samenvoeging van twee (al dan niet gelijksoortige) opdrachten, maar om één opdracht. Het betreft hier, met een verwijzing naar bestekpost 141010 t/m 141014, om het geheel van veiligstellen, leveren en vervangen van lichtmasten die door aanrijding of molest zijn beschadigd, waarbij de aannemer zelf de door haar gemaakte kosten verhaalt bij de veroorzaker dan wel het waarborgfonds. Het kostenverhaal is dan ook onderdeel van afhandelen van de veroorzaakte schade, dat bestaat uit de technische en de administratieve afhandeling daarvan. De afdeling Verkeersmanagement en Openbare Verlichting van [beklaagde] heeft er hier bewust voor gekozen om zo veel mogelijk ontzorgd te worden in de afwikkeling van aanrijdingsschades aan het openbare verlichtingsnet. Zij heeft daarom, net als veel andere opdrachtgevers, de behoefte aan een geïntegreerde totaaloplossing waarbij het hele traject van schadeafhandeling in één hand ligt zodat zij hier geen omkijken naar heeft. Organisatorisch is dit een

efficiënte en logische oplossing. Het losweken van het schadeverhaal uit deze onderhoudsopdracht leidt tot een toename van logistiek, administratieve lasten en hogere kosten voor [beklaagde], aangezien zij dan met twee partijen te maken zou hebben voor herstel en verhaal van één en dezelfde schade. Bedrijven die het onderhoud en de aanleg van openbare verlichting verzorgen hebben veelal een afdeling die aanrijdingsschades afhandelt en kosten verhaalt. Anderen schakelen hiervoor derden in. Uitgangspunt bij de beoordeling of er sprake is van één enkele opdracht dan wel het (onnodig) samenvoegen van twee afzonderlijke opdrachten is dat een aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om haar opdracht zo in te richten dat hiermee maximaal aan haar behoefte wordt tegemoet gekomen (zie ECLI:NL:RBMNE:2013:5763). Met verwijzing naar die uitspraak, meent [beklaagde] dat hier sprake is van één opdracht.'

- 1.6.4 Vraag 39: 'Indien het antwoord op vraag 36 en/of vraag 38 hiervoor "ja" is, wijst gegadigde op het clusterverbod zoals in artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012. Lid 1 van genoemd artikel verbiedt het onnodig samenvoegen van opdrachten. Waarom was samenvoegen niet onnodig volgens de aanbestedende dienst?'

Antwoord: 'Van samenvoegen is geen sprake (zie vraag 38). Voorzover wel sprake zou zijn van samenvoegen, is die samenvoeging niet onnodig, gelet op de onder antwoord 38 beschreven samenhang van het schadeverhaal met het verhelpen van de schade en het belang van de opdrachtgever dit geïntegreerd op de markt te zetten. Voorts is de ervaring in de afgelopen jaren dat marktpartijen op het gebied van openbare verlichting goed in staat zijn de afhandeling van de door hen verholpen schades te (laten) verzorgen en kennelijk bereid zijn de organisatorische gevolgen en eventuele risico's op zich te nemen. De toegang voor midden- en kleinbedrijf met betrekking tot de opdracht tot onderhoud van de openbare verlichting verandert niet door het schadeverhaalelement. De conclusie is dat de opdracht als omschreven niet leidt tot onnodig samenvoegen, zo er van samenvoegen sprake zou zijn.'

- 1.6.5 Vraag 49: 'Gegadigde is voorts van mening dat, voor het geval de aanbestedende dienst meent dat samenvoeging niet onnodig is, de opdracht conform artikel 1.5, lid 3 Aanbestedingswet 2012 in percelen gesplitst moet worden op zo'n manier dat de werkzaamheden inzake het schadeverhaal als perceel in de markt gezet worden. Is de aanbestedende dienst daartoe bereid? Zo niet, waarom niet?'

Antwoord: 'Nee, om dezelfde redenen als genoemd in vraag 38.'

- 1.7 In de 2^e Nota van Inlichtingen van 6 juni 2014 zijn vragen met bijbehorend antwoorden opgenomen die opnieuw betrekking hebben op het in de opdracht integreren van het verhalen van aanrijdingsschades. Het gaat hier om de vragen 7, 10 en 11. De voor de behandeling van de onderhavige klacht meest relevante vraag 7, met bijbehorend antwoord, luidt als volgt:

Vraag 7: 'In de beantwoording van deze vraag (*vraag 31 in de 1^e Nota van Inlichtingen*, Commissie) komt u met een motivering die niet als motivering mag worden gelezen in de zin waarin de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit daarover spreekt. Het veiligheidsvraagstuk staat los van de motivering om activiteiten te clusteren. Bij het laatste zult u bij uw motivering aan dienen te geven op welke wijze u rekening hebt gehouden met het MKB. "Bij de keuze voor het aanbesteden van een raamovereenkomst zou gemotiveerd in de aanbestedingsstukken moeten worden aangegeven op welke wijze rekening is gehouden met de partijen op de relevante markt en of in plaats van een raamovereenkomst aanbesteding van een concrete opdracht ook mogelijk zou zijn. Tenslotte geldt als uitgangspunt dat raamovereenkomsten niet het effect mogen hebben dat de toegang

voor het MKB wordt beperkt." E.e.a. volgen de Gids Proportionaliteit 3.3.3. Bent u bereid uw motivering op te nemen in de aankondiging en inschrijvingsleidraad?'

Antwoord: '[Beklaagde] is van mening dat hier geen sprake is van het samenvoegen van opdrachten maar van één opdracht, namelijk de geïntegreerde uitvoering van de aanleg en het onderhoud van het openbare verlichtingsnetwerk. Er is dan ook geen sprake van clusteren. De reden waarom [beklaagde] bewust voor deze geïntegreerde aanpak heeft gekozen, namelijk vanwege de veiligheid, is uitgebreid uiteengezet in het antwoord op vraag 31 in de eerste Nota. Daarnaast wenst [beklaagde] zoveel mogelijk ontzorgd te worden en kiest zij ook daarom voor een geïntegreerde aanpak door één partij (per perceel). Voorts blijkt de markt goed ingespeeld te zijn op deze behoefte, gelet op het aantal partijen dat de uitvoering van zowel aanleg- als onderhoudswerkzaamheden aanbiedt. Uitgangspunt bij de beoordeling of er sprake is van één enkele opdracht danwel het (onnodig) samenvoegen van twee afzonderlijke opdrachten is dat een aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om haar opdracht zo in te richten dat hiermee maximaal aan haar behoefte wordt tegemoet gekomen (zie ECLI:NL:RBMNE:2013:5763). Met verwijzing naar die uitspraak, meent [beklaagde] dat hier sprake is van één opdracht en heeft [beklaagde] hier dan ook geen motiveringsplicht. Voorzover er wel sprake zou zijn van het samenvoegen van opdrachten, is dit samenvoegen gelet op het antwoord op vraag 31 in de eerste Nota niet onnodig. Terzake van de motivering in dit kader wordt verwezen naar de bovengenoemde overwegingen om voor een geïntegreerde aanpak te kiezen. Het veiligheidsvraagstuk staat daar niet los van. Naast de behoefte om zoveel mogelijk ontzorgd te worden, is de veiligheid een belangrijke reden om de aanleg en het onderhoud in één hand te willen houden. Voorts meent [beklaagde] dat, mede gelet op de verdeling in drie percelen alsook op de aan de inschrijvers gestelde eisen, de opdracht toegankelijk is voor het middelgrote bedrijven. Ook acht [beklaagde], mede gezien ervaringen in de afgelopen jaren, de organisatorische aspecten van de integratie van onderhoud en aanleg voor ondernemers goed uitvoerbaar.'

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft in de onderhavige aanbestedingsprocedure het verhalen van aanrijdingschades tot onderdeel gemaakt van een opdracht met betrekking tot onderhoud en aanleg van openbare verlichtingsinstallaties. Met deze gecombineerde uitvraag heeft beklagde gehandeld in strijd met het clusterverbod en/of het splitsingsgebod van art. 1.5 Aw 2012.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1 Klager stelt dat beklagde in de Nota van Inlichtingen ten onrechte concludeert dat geen sprake zou zijn van twee ongelijksoortige opdrachten. Het feit dat aannemers in de praktijk dienstverlening inzake kostenverhaal aanbieden en dat het voor beklagde efficiënter zou zijn met één partij zaken te doen, betekent volgens klager nog niet dat daarmee automatisch sprake is van één opdracht. Klager heeft de uitspraak van de rechter gezien waar beklagde naar verwijst, maar kan zich in die uitspraak niet vinden en meent dat deze in strijd is met de Aw 2012 en de Parlementaire Geschiedenis van die wet. Vandaar dat zij ook Advies 43 van de Commissie van Aanbestedingsexperts heeft bijgevoegd. De uitkomst daarvan staat diametraal tegenover het vonnis van de rechtbank. Indien als uitgangspunt enerzijds louter de behoefte van beklagde zou gelden en anderzijds de mogelijkheden die bepaalde partijen op de markt hebben om geïntegreerde oplossingen aan te bieden, zou het clusterverbod een dode letter zijn. Klager meent dan ook dat wat de aangehaalde uitspraak betreft één zwaluw nog geen zomer maakt. Overigens

spreekt beklagde zichzelf ook tegen, daar waar zij – terecht – aangeeft dat ook derden worden ingeschakeld voor het kostenverhaal. Beklaagde weet dus dat er een separate markt is van dienstverleners die zich richten op schadeverhaal, maar geeft geen blijk van het meewegen van de belangen van die dienstverleners terwijl dit wel een vereiste is op grond van de Aw 2012.

- 3.2 Beklaagde motiveert volgens klager immers niet of en zo ja op welke wijze zij acht heeft geslagen op artikel 1.5, lid 1 sub a t/m sub c Aw 2012. Ook uit de rest van de in de Nota van Inlichtingen opgenomen antwoorden blijkt in ieder geval niet of en hoe beklagde acht heeft geslagen op de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor het MKB, dan wel op de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de ondernemer. Met de beantwoording van vraag 38 en 39 (*zie de Nota van Inlichtingen van 23 mei 2014, Commissie*) geeft beklagde er blijk van louter acht te hebben geslagen op haar eigen interne belangen en niet op die van de markt. De verwijzing van beklagde in antwoord 39 naar het MKB dat zich richt op het onderhoud van openbare verlichting is in dat kader niet overtuigend, omdat klager nu juist geen onderdeel uitmaakt van die groep maar een separate dienstverlener op het gebied van het schadeverhaal is.
- 3.3 Voorts gaat beklagde uit van de veronderstelling dat separate opdrachtverlening gekunsteld en kostenverhogend zou zijn. Klager betwist die stelling. Beklaagde heeft op het gebied van het kostenverhaal geen concurrentie toegelaten, zodat zij helemaal niet kan weten of deze manier van integrale opdrachtverlening goedkoper is dan separate opdrachtverlening. Het is dus niet duidelijk wat de financiële gevolgen van integrale opdrachtverlening zijn, zeker ook niet waar het verzekeraars en het waarborgfonds betreft. De aannemer krijgt in deze opzet – kennelijk – na afdracht van een lumpsum het recht om schades te verhalen op basis van zelf verrichtte reparaties. Klager meent dat dit een collusie van belangen in één hand is, waarbij het maar zeer de vraag is of dat wel kostenefficiënt is. De aannemer heeft immers een belang bij een zo hoog mogelijke schadeopstelling omdat dit direct ook zijn omzet is. Het antwoord op vraag 51 in de Nota van Inlichtingen van 23 mei 2014, dat de aannemer de aanbestedende dienst krachtens volmacht zou vertegenwoordigen bij het innen van eventuele inkomsten die het gevolg zijn van zijn werkzaamheden inzake schadeverhaal, valt dan ook niet te rijmen met de werkelijkheid. Er is immers geen sprake van een situatie waarbij de aannemer namens beklagde schade verhaalt, maar van een situatie waarbij de aannemer de vorderingen van beklagde op veroorzakers/verzekeraars en waarborgfonds gecedeerd heeft gekregen en die voor eigen rekening en risico – en bovendien onder zelfstandige vaststelling van de hoogte daarvan – int.

4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht

Klager verzoekt beklagde de samenvoeging ongedaan te maken en de werkzaamheden die zien op het schadeverhaal – indien zij die nog in de markt wenst te zetten – separaat aan te besteden. Daarnaast verzoekt klager dat, voor het geval beklagde meent dat samenvoeging niet onnodig is, beklagde de opdracht conform artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 in percelen splitst op zo'n manier dat de werkzaamheden inzake het schadeverhaal als perceel in de markt gezet worden.

5. Reactie beklagde

- 5.1 Zoals aangegeven in de Nota van Inlichtingen, meent beklagde dat van samenvoeging van twee (al dan niet gelijksoortige) opdrachten hier geen sprake is, maar dat het gaat om één opdracht. Het kostenverhaal is onderdeel van de be-

steksverplichting tot afhandeling van molest- en aanrijdingsschades vastgelegd in de besteksposten 141010 t/m 141014 en 341309. Dit betreft het geheel van veiligstellen, leveren en vervangen van lichtmasten die door aanrijding of molest zijn beschadigd, waarbij de aannemer de door haar gemaakte kosten rechtstreeks verhaalt bij de veroorzaker dan wel het waarborgfonds. Voor de administratieve afhandeling van een en ander betaalt beklaagde aan de aannemer een afkoopsom per week. Het kostenverhaal is dan ook een geïntegreerd onderdeel van de schadeafhandeling, die bestaat uit de technische en de administratieve afhandeling.

- 5.2 De afdeling Verkeersmanagement en Openbare Verlichting van beklaagde heeft er bewust voor gekozen om zo veel mogelijk ontzorgd te worden in de afwikkeling van aanrijdingsschades aan het openbare verlichtingsnet. Zij heeft daarom, net als veel andere opdrachtgevers, de behoefte aan een geïntegreerde totaaloplossing waarbij het hele traject van schadeafhandeling in één hand ligt zodat zij hier geen omkijken naar heeft. Organisatorisch is dit een efficiënte en logische oplossing. Het losweken van het schadeverhaal uit deze onderhoudsopdracht leidt tot een toename van logistiek, administratieve lasten en hogere kosten voor beklaagde, aangezien zij dan met twee partijen te maken zou hebben voor herstel en verhaal van één en dezelfde schade. Zo dient de aannemer bij aanrijdingsschades op grond van het bestek binnen 1 uur ter plaatse te zijn voor het veiligstellen van de lichtmast. Vóór het treffen van de nodige maatregelen terzake van dit veiligstellen, dient de schade gefotografeerd te worden ten behoeve van het schadeverhaal en de aangifte. Indien een derde partij het verhaal zou verzorgen, zou het dossier vervolgens door beklaagde, na controle op volledigheid, overgedragen moeten worden aan deze derde, waarbij deze derde afhankelijk is van door de aannemer geleverde foto's en informatie, en deze beklaagde op de kwaliteit daarvan kan aanspreken. Een en ander leidt tot administratieve lasten voor beklaagde en mogelijke discussies over de verantwoordelijkheden, terwijl beklaagde nu juist ontzorgd wil worden. Bovendien zou beklaagde dan elk verholpen schadegeval in rekening gebracht krijgen door de aannemer die zij zou moeten controleren, administreren, betalen en doorsluizen naar de derde. De door deze derde verhaalde schade zou weer door beklaagde geïnd, gecontroleerd en geadmistreerd moeten worden, waarbij het verhaalsrisico mogelijk bij beklaagde blijft liggen. Ook dit is niet efficiënt en onnodig belastend voor beklaagde en daarmee (interne) kostenverhogend. Als onderdeel van het bestek daarentegen, heeft beklaagde in het geheel geen omkijken naar de schadeafwikkeling. Indien zij toch genoodzaakt zou zijn het schadeverhaal uit het bestek te halen, zou beklaagde dit onderdeel ook niet in de markt zetten, aangezien zij het dan, gelet op de administratieve lasten, net zo goed zelf kan doen.
- 5.3 Voorts vertegenwoordigt het onderdeel schadeverhaal een geringe waarde waarvoor geen zelfstandige aanbestedingsplicht zou gelden. Ook om die reden is de keuze voor een integrale oplossing een logische keuze.
- 5.4 Bedrijven die het onderhoud en de aanleg van openbare verlichting verzorgen hebben veelal een afdeling die aanrijdingsschades afhandelt en kosten verhaalt. Anderen schakelen hiervoor derden in. De markt is aldus ingespeeld op de behoefte aan een geïntegreerde aanpak zoals omschreven.
- 5.5 Gelet op het voorgaande, en met verwijzing naar de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland d.d. 22-11-2013 (ECLI:NL:RBMNE:2013:5763), meent beklaagde dat hier sprake is van één opdracht. Uitgangspunt bij de beoordeling of er sprake is van één enkele opdracht dan wel het (onnodig) samenvoegen van twee afzonderlijke opdrachten is volgens die uitspraak dat een aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om haar opdracht zo in te richten dat hiermee maximaal aan haar behoefte wordt tegemoet gekomen (zie ECLI:NL:RBMNE:2013:5763).

- 5.6 De interne klachtencommissie van beklagde onderschrijft in haar advies van 13 juni 2014 ter zake van de klacht van klager, dat hier sprake is van één geïntegreerde opdracht.
- 5.7 Voor zover er toch sprake zou zijn van samenvoegen, is die samenvoeging gelet op het voorgaande niet onnodig, en alsnog gemotiveerd in het antwoord op de vraag 43 jo. vraag 38 en 39 van de Nota van Inlichtingen. Voorts is de opdracht door de verdeling in drie geografische percelen ook toegankelijk voor middelgrote bedrijven. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, heeft beklagde goede redenen om het schadeverhaal niet als afzonderlijk perceel in de markt zetten.
- 5.8 Gezien het voorgaande, en met verwijzing naar de bijgevoegde bijlagen en het advies van de interne klachtencommissie van beklagde, is de klacht naar het oordeel van beklagde ongegrond.

6. Beoordeling

- 6.1 De Commissie zal bij de behandeling van de onderhavige klacht voortbouwen op de inhoud van haar eerdere Adviezen 43 en 53.
- 6.2 Tussen partijen staat allereerst ter discussie of in het onderhavige geval sprake is van de samenvoeging van twee ongelijksoortige opdrachten. De Commissie is van oordeel dat sprake is van de samenvoeging van twee ongelijksoortige opdrachten. De opdracht tot de aanleg en het onderhoud van de openbare verlichtingsinstallaties verschilt wezenlijk van de opdracht tot het verhalen van aanrijdings schade.
- 6.3 Daarmee rijst de vraag of de hiervoor bedoelde samenvoeging "onnodig" is in de zin van art. 1.5, eerste lid, Aw 2012.
- 6.4 Zoals ook blijkt uit de overwegingen 6.2 t/m 6.4 van haar Advies 43, leest de Commissie art. 1.5, eerste lid, Aw 2012 aldus dat de eerste zin daarvan een verbodsbepaling bevat met betrekking tot het onnodig samenvoegen van opdrachten. De tweede zin bevat de instructie voor aanbestedende diensten om, alvorens opdrachten samen te voegen, acht te slaan op de volgende aspecten:
- (a) de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB;
 - (b) de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst (...) en de ondernemer; en
 - (c) de mate van samenhang van de opdrachten

Van een onnodige samenvoeging zal sprake zijn wanneer de uitvoering van de hiervoor bedoelde instructie door de aanbestedende dienst een resultaat oplevert dat de beslissing tot samenvoegen niet zal kunnen dragen. Het resultaat van de uitvoering van de instructie zal moeten blijken uit de motivering waarmee een aanbestedende dienst de beslissing tot samenvoegen – gelet op diens motiveeringsplicht van artikel 1.5, tweede lid, Aw 2012 – moet onderbouwen.

- 6.5 De Commissie is van oordeel dat uit de aanbestedingsstukken – in het bijzonder de Aanbestedingsleidraad en het Bestek – niet blijkt of beklagde op alle hiervoor genoemde aspecten acht heeft geslagen. Dat beklagde dat heeft gedaan, blijkt echter wel uit de inhoud van een aantal in de Nota's van Inlichtingen opgenomen antwoorden op tijdens de aanbestedingsprocedure gestelde vragen (zie 1.6 en 1.7 hiervoor), niettegenstaande het feit dat een Nota van Inlichtingen naar het oordeel van de Commissie geen deel uitmaakt van de aanbestedingsstukken (zie overweging 6.12 van Advies 53).

- 6.6 Daarmee komt de vraag aan de orde of de door beklagde verstrekte motivering haar beslissing tot het samenvoegen van de opdrachten kan dragen. De Commissie overweegt in dat verband het volgende.
- 6.7 Met betrekking tot het aspect van “de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB”, is de Commissie op basis van de door partijen overgelegde stukken het volgende gebleken. Beklaagde heeft in de Nota van Inlichtingen van 23 mei 2014, in antwoord op de haar gestelde vragen, onder andere gesteld dat bedrijven die het onderhoud en de aanleg van openbare verlichtingsinstallaties verzorgen, veelal een afdeling hebben die aanrijdingsschades afhandelt en kosten verhaalt. Anderen schakelen volgens beklagde hiervoor derden in (zie 1.6.3 hiervoor). Voorts heeft beklagde gesteld dat marktpartijen op het gebied van openbare verlichting de afgelopen jaren goed in staat zijn gebleken de afhandeling van de door hen verholpen schades te (laten) verzorgen en kennelijk bereid zijn de organisatorische gevolgen en eventuele risico’s op zich te nemen (zie 1.6.4 hiervoor). De Commissie heeft vastgesteld dat deze stellingen van beklagde aansluiten bij de hedendaagse praktijk: gemeenten en provincies besteden het verhalen van aanrijdingsschades hetzij als zelfstandige opdrachten aan, hetzij integreren deze opdrachten in meeromvattende opdrachten met betrekking tot het verrichten van onderhoud aan openbare verlichtingsinstallaties en overig wegmeubilair. De Commissie heeft tevens vastgesteld dat wanneer zich het laatste geval voordoet, de contractuele wederpartij (hierna: de aannemer) van de aanbestedende dienst het verhalen van aanrijdingsschades hetzij in eigen beheer uitvoert, hetzij dit aan een derde – zoals klager – uitbesteedt. Dat het voorgaande inderdaad de praktijk is, blijkt ook uit de volgende informatie die de Commissie op de website van klager heeft aangetroffen:

‘[Klager] werkt direct voor 4 provincies en 20 gemeenten. Voor deze relaties doen we vaak het totale schadeverhaal in de buitenruimte. Via de aannemers met wie we samenwerken, zijn we actief in meer dan 100 gemeenten. Het merendeel van deze schades hebben betrekking op openbare verlichting of verkeersregelinstanties die de aannemer in beheer en onderhoud heeft voor een gemeente.’

Uit deze informatie blijkt niet alleen dat klager een belangrijke speler is op de markt van opdrachten tot het verhalen van aanrijdingsschades, maar ook dat zij in staat is die opdrachten voor een belangrijk deel te verwerven via aannemers die op hun beurt onderhoudsopdrachten van vooral gemeenten verkrijgen, waarbij het verhalen van aanrijdingsschades onderdeel is van die meeromvattende opdrachten. In dat licht bezien moet naar het oordeel van de Commissie ook de stelling van beklagde in haar Nota van Inlichtingen van 23 mei 2014 worden gewaardeerd. Beklaagde stelt daarin dat de toegang voor het midden- en kleinbedrijf met betrekking tot de opdracht tot onderhoud van de openbare verlichting niet verandert door het verhalen van aanrijdingsschades in de opdracht te integreren (zie 1.6.4 hiervoor). Klager heeft zich op het standpunt gesteld deze stelling van beklagde niet overtuigend te vinden, aangezien beklagde met die stelling het midden- en kleinbedrijf op het oog lijkt te hebben dat zich richt op het onderhoud van openbare verlichting en klager nu juist géén onderdeel uitmaakt van die groep, maar een separate dienstverlener is op het gebied van het verhalen van aanrijdingsschade (zie 3.2 *in fine* hiervoor). Klager betoogt niet dat bij een aanbesteding als de onderhavige een onderneming – zoals klager – alleen toegang tot de opdracht heeft in de hoedanigheid van een door een aannemer in te schakelen derde en dat de invloed van de samenvoeging problematisch is met betrekking tot die toegang voor (voldoende) ondernemingen (uit het MKB). Een dergelijke stellingname zou zich naar het oordeel van de Commissie ook niet ver-

dragen met de hierboven weergegeven informatie op de website van klager die het bewijs van het tegendeel van een dergelijke stelling zou leveren.

- 6.8 Met betrekking tot het aspect van "de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst (...) en de ondernemer", is de Commissie op basis van de inhoud van de Nota's van Inlichtingen het volgende gebleken. Beklaagde beoogt met de samenvoeging van de opdrachten in de kern te bewerkstelligen dat de organisatorische verantwoordelijkheid voor de aanleg en het onderhoud van de openbare verlichtingsinstallaties enerzijds en het veiligstellen, verhalen en herstellen van schades aan die installaties anderzijds uit efficiencyoverwegingen in één hand komt te liggen. De Commissie is van oordeel dat een aanbestedende dienst bij een aanbesteding als de onderhavige, wanneer hij besluit de afzonderlijke opdrachten samen te voegen, zich mag laten leiden door de behoefte om "ontzorgd" te worden. Dat geldt zeker nu – zoals overigens ook impliciet blijkt uit de informatie die klager op haar website heeft geplaatst (zie 6.7 hiervoor) – samenvoeging van opdrachten zoals hiervoor bedoeld in de huidige praktijk niet ongebruikelijk is. Het voorgaande zou anders kunnen zijn wanneer de aanbestedende dienst de randvoorwaarden waarbinnen het inschakelen door aannemers van derden – zoals klager – moet plaatsvinden, zodanig bepaalt dat de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor die derden substantieel zwaarder zouden worden in vergelijking met het geval waarin de aanbestedende dienst de opdracht tot het verhalen van schade niet in de meeromvattende opdracht tot de aanleg en het onderhoud van openbare verlichtingsinstallaties zou hebben geïntegreerd, maar in plaats daarvan met de aannemer en de derde afzonderlijk zou hebben gecontracteerd. Klager stelt dat niet en uit de door partijen overgelegde informatie heeft de Commissie ook niet kunnen opmaken dat het voorgaande zich in dit geval voordoet.
- 6.9 Met betrekking tot het aspect van "de mate van samenhang van de opdrachten", is de Commissie op basis van de Aanbestedingsleidraad en de inhoud van de Nota's van Inlichtingen gebleken dat er een zekere samenhang bestaat tussen het onderhoud van de openbare verlichtingsinstallaties en het verhalen van aanrijdingsschade aan die installaties. Die samenhang maakt de samenvoeging van de afzonderlijke opdrachten objectief gezien echter niet noodzakelijk. Zoals de Commissie immers heeft vastgesteld (zie hiervoor 6.7) besteden gemeenten en provincies het verhalen van aanrijdingsschades in de praktijk ook als zelfstandige opdrachten aan. Ook voor beklagde zelf is de samenhang tussen de beide opdrachten weliswaar belangrijk, maar niet van doorslaggevend belang voor zover het haar beslissing tot samenvoeging van de opdrachten betreft. Voor beklagde gaat het – zoals de Commissie hiervoor in 6.8 heeft overwogen – in essentie om haar behoefte om vanuit efficiencyoverwegingen zoveel mogelijk te worden ontzorgd voor wat betreft de organisatorische verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de geïntegreerde opdracht.
- 6.10 De Commissie is alles afwegende van oordeel dat de door beklagde verstrekte motivering haar beslissing tot het samenvoegen van de opdrachten voldoende kan dragen. Dat betekent dat geen sprake is van een "onnodige" samenvoeging van opdrachten in de zin van art. 1.5, eerste lid, Aw 2012.
- 6.11 Zoals ook blijkt uit de overwegingen 6.4 t/m 6.6 van Advies 53, volgt uit de wetsgeschiedenis dat ook wanneer sprake is van een samenvoeging van opdrachten die "niet onnodig" is, een aanbestedende dienst de aldus samengevoegde opdracht in beginsel moet opdelen in percelen op grond van art. 1.5, derde lid, Aw 2012. Wanneer een aanbestedende dienst dat niet wil doen, omdat hij dat "niet passend" acht, moet hij dit in de aanbestedingsstukken motiveren. In een geval als het onderhavige, waarbij naar het oordeel van de Commissie sprake is van het

samenvoegen van twee verschillende ongelijksoortige opdrachten die tegelijkertijd moeten worden uitgevoerd (zie blz. 16 Gids Proportionaliteit), zal een aanbestedende dienst die een (deugdelijke) motivering heeft verstrekt met betrekking tot de beslissing tot het (niet onnodig) samenvoegen van opdrachten (op basis van de motiveringsplicht van art. 1.5 , tweede lid, Aw 2012) daarmee tevens hebben voldaan aan zijn motiveringsplicht van art. 1.5, derde lid, Aw 2012.

7. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

8. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 22 juli 2014

w.g. :
Mr. J.G.J Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter