

**Advies 183**

**1. Feiten**

- 1.1. Beklaagde heeft op 26 september 2014 namens drie gemeenten en één Provincie een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd met betrekking tot een raamovereenkomst (met één onderneming) voor het onderhoud van openbare verlichting. Op die dag heeft beklagde ook het Beschrijvend Document Europese openbare aanbesteding Onderhoud Openbare Verlichting gepubliceerd (hierna te noemen: "Beschrijvend Document").
- 1.2. Nadat beklagde de aanbestedingsprocedure op 3 november 2014 tijdelijk heeft stopgezet, heeft zij deze voortgezet met de publicatie op 10 november 2014 van een rectificatie van het Beschrijvend Document. Wanneer in het navolgende wordt verwezen naar het Beschrijvend Document, wordt daarmee bedoeld: het gerectificeerde Beschrijvend Document.
- 1.3. In hoofdstuk 1.4 ("Doel van de aanbesteding") van het Beschrijvend Document is op p. 10-11 onder andere het volgende bepaald:

'Het doel van deze aanbesteding is één Opdrachtnemer te contracteren die in staat is deze opdracht uit te voeren conform de wensen en eisen gesteld in dit beschrijvend document en de aanvullende documenten die naar aanleiding van het beschrijvend document zijn verstrekt. De aanbesteding betreft één perceel en het is niet mogelijk om op losse onderdelen van dit bestek in te schrijven. Gemeente [X], gemeente [Y] en Provincie [Q] zijn een samenwerkingsverband aangegaan in een Shared Service Centrum (SSC). Momenteel wordt onderzocht in hoeverre gemeente [Z] in dit samenwerkingsverband gaat participeren. Vanwege dit samenwerkingsverband is gekozen voor samenvoegen van de opdrachten. Daarbij wordt het opdelen in percelen niet passend geacht. Per deelnemer zal afzonderlijk een overeenkomst worden afgesloten. De aanbestedende dienst acht samenvoeging van de opdracht doelmatig en efficiënt enerzijds vanwege het genoemde samenwerkingsaspect, waardoor uitvoering van de werkzaamheden in elkaar grijpen en met elkaar verbonden zijn, anderzijds vanwege het terugdringen van transactiekosten, zowel voor de aanbestedende dienst als inschrijvers. De samengevoegde opdracht is voor voldoende MKB-bedrijven toegankelijk, mede gezien de gestelde eisen aan benodigde competenties. Opdelen in percelen acht de aanbestedende dienst niet passend, omdat daarmee de voordelen van het integrale samenwerken in het gebied teniet gedaan zouden worden en schaalvoordelen niet bereikt kunnen worden.

Rekening houdende met 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 midden- en kleinbedrijf;
- b. De organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer;
- c. De mate van samenhang van de opdrachten;

zijn de opgenomen competenties zodanig geformuleerd en laag qua volume opgegeven, dat bedrijven uit het midden- en klein bedrijf niet bij voorbaat worden

uitgesloten van onderhavige aanbesteding. Een minimale kritische massa is noodzakelijk voor de uitvoering van de gevraagde dienstverlening. De aanbestedende dienst heeft onderzocht dat er voldoende bedrijven uit het MKB-segment zijn die zelfstandig op deze opdracht zouden kunnen inschrijven. Ook binnen deze aanbesteding kan een samenwerking worden gevormd, waardoor het aantal MKB bedrijven dat zou kunnen inschrijven nog verder wordt vergroot. De aanbestedende dienst heeft zich op de hoogte gesteld van het feit dat samenwerking in dit marktsegment geenszins ongebruikelijk is. Elke partij zou bijvoorbeeld een deel van het areaal kunnen onderhouden en gezamenlijk zouden de algemene zaken kunnen worden ingericht, bijvoorbeeld:

- Een 24/7 wachtdienst voor het afhandelen van storingen;
- Een centrale plek waar het zeer arbeidsintensieve en redelijke specialistische verhalen van schades kan worden uitgevoerd;
- Het administratief verwerken van alle meldingen;
- Het muteren van de meldingen in de beheerssystemen;
- Facturatie naar opdrachtgever;
- Gezamenlijke inkoop (wellicht schaalvergroting en daardoor betere condities)

Door samenwerking op bovenstaande terreinen (voorbeelden) kunnen kosten gereduceerd worden en kunnen bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf middels samenwerking, concurreren met de 'grote' ondernemingen. Verder ontstaat er een situatie waarin men onderlinge vervangbaarheid mogelijk maakt.

Vorenstaande geldt uiteraard ook voor de aanbestedende dienst, er kan eenvoudig teruggevallen worden op elkaar bij bijvoorbeeld, ziekte, verlof of ontbrekende kennis, de contractpartner is gelijk en er is sprake van een uniforme werkwijze.

(...)'

- 1.4. In hoofdstuk 1.5 ("Reikwijdte en omvang van de opdracht") van het Beschrijvend Document is op p. 11-12 onder andere het volgende bepaald:

'De opdracht is niet verdeeld in percelen, U kunt zich alleen inschrijven voor de gehele opdracht.

(...)

Dienst omvat activiteiten aan of ten behoeve van openbare verlichtings-, terreinverlichtings- en soortgelijke installaties en is onderverdeeld in:

- Lampvervanging inclusief reiniging;
- Storingen en onderhoud;
- Schadeafhandeling;
- Bij- en verplaatsingen (incidentele aanpassingen);
- Schouwen;
- NEN 3140 controle;
- Installatie verantwoordelijke;
- Mastentest;
- Reiniging LED armaturen;
- Reiniging masten.

(...)

De uit te voeren dienstverlening is gelegen in gemeente [X], gemeente [Y], gemeente [Z] en Provincie [Q].'

- 1.5. Klager is een branche-organisatie die optreedt namens een aantal deelnemers aan de aanbestedingsprocedure.

## **2. Beschrijving klacht**

Klager stelt dat beklaagde in strijd met art. 1.5 Aw 2012 een aantal opdrachten onnodig heeft samengevoegd en dat – voor zover die samenvoeging niet onnodig is – beklaagde handelt in strijd met haar verplichting om de opdracht in meerdere percelen op te delen.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Klager stelt voorop dat het onnodig samenvoegen van opdrachten niet is toegestaan en dat een samengevoegde opdracht in principe in percelen in de markt moet worden gezet.
- 3.2. In haar onderbouwing van de klacht beperkt klager zich tot dat onderdeel van de klacht dat betrekking heeft op de samenvoeging van een aantal opdrachten. Dat die samenvoeging in haar ogen onnodig is, onderbouwt zij met de volgende argumenten.
- 3.2.1. Beklaagde spreekt in het Beschrijvend Document van een onderzoek onder MKB-bedrijven waaruit zou blijken dat zij zelfstandig deze opdracht kunnen uitvoeren. Uit eigen onderzoek van klager onder MKB-bedrijven blijkt het tegendeel. Met name aan één kerncompetentie is niet tot nauwelijks te voldoen door een MKB-bedrijf: ervaring in proces van verhaalbare en niet verhaalbare schades van minimaal 450 op jaarbasis. Dit vereist een areaalgrootte van ca 70000 units, wat veel is voor een MKB-bedrijf.
- 3.2.2. Beklaagde spreekt in het Beschrijvend Document van het feit dat het gebruikelijk is om samen te werken in dit werkveld. Uit eigen onderzoek van klager blijkt dat dit zeker niet gebruikelijk is. Het delen van een plan van aanpak vraagt veel coördinatie en vertrouwen. Dit kost tijd en geld. Daarnaast zijn bedrijven nog erg huiverig in verregaande samenwerking in het kader van de mededingingswet.
- 3.2.3. Beklaagde geeft in het Beschrijvend Document aan dat er synergievoordelen te halen zijn door het samenvoegen. Uit de aard van de opdracht blijkt het tegendeel, daar de diverse gemeentes en de provincie elk hun eigen werkwijzen hantieren. Enerzijds door specifieke werkafspraken per gemeente, anderzijds door technische verschillen in de netwerken (eigen net versus net van een netbeheerder) en materialen tussen de gemeentes en provincie. Zowel bij de aanbestedende diensten is dus geen sprake van synergie alsook dat dit bij een eventuele samenwerking van MKB-bedrijven niet mogelijk is. Voorbeelden van verschillende werkwijzen zijn: verschil in maatregelen in belang van het verkeer (p. 33 van het Beschrijvend Document); verschil in frequentie werkbeprekingen (p. 37 van het Beschrijvend Document); verschil in informatie naar bewoners (p. 39 van het Beschrijvend Document); verschil in omgang met materialen en armaturen (p. 41 en 42 van het Beschrijvend Document); etc.

#### 4. Reactie beklaagde

- 4.1. Beklaagde heeft in haar hiernavolgende reactie op de klacht de volgorde van argumenten van klager aangehouden zoals die hierboven in 3.2.1 t/m 3.2.3 staat weergegeven.
- 4.2. Wat het eerste argument van klager betreft, stelt beklaagde dat uit haar onderzoek blijkt dat er MKB-bedrijven zijn die zelfstandig in kunnen schrijven op onderhavige aanbesteding.
  - 4.2.1. Beklaagde stelt dat niet duidelijk is hoe het in 3.2.1 genoemde onderzoek van klager heeft plaatsgevonden en welke bedrijven hiervoor benaderd zijn. Beklaagde stelt dat zij in hoofdstuk 1.4 van het Beschrijvend Document voldoende gemotiveerd heeft aangegeven dat er voldoende MKB-bedrijven zijn die zelfstandig kunnen inschrijven op deze opdracht. Daarmee is niet gezegd dat alle MKB-bedrijven moeten kunnen inschrijven; dit is ook niet een verplichting die uit de Aanbestedingswet voortvloeit. Beklaagde richt zich op een bepaalde markt en heeft na onderzoek geconcludeerd dat de concurrentie door de samenvoeging niet onnodig beperkt wordt. Beklaagde heeft dit onderzoek gebaseerd op de MKB-bedrijven die ook op dit moment de werkzaamheden voor de deelnemers aan de aanbesteding verrichten. Uiteraard zullen er bedrijven zijn die te klein zijn om de opdracht uit te voeren. Deze zouden dan nog wel door middel van combinatievorming mee kunnen doen.
  - 4.2.2. Klager geeft aan dat met name aan één kerncompetentie niet tot nauwelijks is te voldoen door een MKB-bedrijf, zijnde ervaring met het proces van verhaalbare en niet verhaalbare schades van minimaal 450 op jaarbasis. Deze constatering is onjuist. Alleen gemeente X heeft op jaarbasis ca. 230 verhaalbare schades. Hierboven komen nog alle schade door vandalisme (niet verhaalbaar en ook niet via waarborgfonds) en alle schades die rechtstreeks zijn verhaald bij de verzekering (veroorzaker). Het aantal van 450 is een zeer realistisch getal zelfs bij 24000 lichtpunten, dit geeft ook de minimale kritische massa weer die het team verhalen schades moet bezitten. Bij 70000 lichtpunten zou bij een lineair verloop zelfs de competentie dus op 1300 moeten. Met het stellen van deze kerncompetentie is de opdracht volgens beklaagde dus vele malen toegankelijker gemaakt voor het MKB.
- 4.3. Wat het tweede argument betreft, waarmee klager bestrijdt dat combinatievorming gebruikelijk is, geeft zij volgens beklaagde evenmin aan waar en hoe zij onderzoek heeft gedaan.
  - 4.3.1. Beklaagde heeft uit gesprekken met het MKB vernomen dat ook op dat niveau bewust nagedacht wordt over combinatievorming om grotere opdrachten aan te kunnen. Afgezien van het feit dat er voldoende MKB-bedrijven zijn die zelfstandig in kunnen schrijven is het vormen van een combinatie niet ondenkbaar terwijl ook het werken in de vorm van hoofd-/onderaanneming naar de mening van beklaagde niet ongebruikelijk is. Het argument dat samenwerking tijd en geld kost, maakt niet dat samenwerking ongebruikelijk is, zeker niet als daar mee grotere opdrachten en dus meer winst behaald kan worden (de investering in samenwerking zal dan ook zijn vruchten afwerpen op dat gebied).
  - 4.3.2. Bovendien wordt samenwerking met het oog op het kunnen voldoen aan de gestelde vereisten volgens beklaagde niet verboden door de Mededingingswetgeving, zodat dit argument van klager volgens haar niet ter zake doet.

- 4.4. In reactie op het derde argument van klager, namelijk dat uit de aard van de opdracht zou blijken dat de diverse gemeentes en de provincie elk hun eigen werkwijzen hanteren zodat geen synergievoordelen van de samenvoeging van de opdrachten te verwachten zijn, stelt beklagde het volgende.
- 4.4.1. Het is juist dat de verhouding tussen "eigen net" en "net van netbeheerder" bij de Provincie significant anders is dan bij de gemeenten. Echter bij alle opdrachtgevers geldt dat ze "eigen net" en "net van netbeheerder" hebben (Gemeenten hebben bij achterpaden samen met woningbouwverenigingen ook eigen netten). Om te mogen werken aan het net van de netbeheerder zijn andere certificaten en werkwijzen nodig in de aanloop naar de werkzaamheden dan bij de Provincie, dat is ook juist. Echter in de uitvoering blijven de bovenliggende principes gelijk, namelijk die gelden voor veilig werken met elektriciteit onder andere volgens de Arbowet en aanvullende bepalingen.
- 4.4.2. Verschil in maatregelen in belang van het verkeer (p. 33 van het Beschrijvend Document): deze pagina geeft weer dat de verschillende opdrachtgevers een gelijke werkwijze willen hanteren. Alle opgenomen punten, met uitzondering van de laatste geven weer hoe gewerkt moet worden bij alle opdrachtgevers. De laatste regel geeft de specifieke verschillen weer. Het is bijvoorbeeld niet wenselijk in het kader van deze aanbesteding om de koopavonden van gemeenten X en Y op elkaar af te stemmen. Verder worden bij dit laatste punt per wegbeheerder de straatnamen benoemd welke speciale werktijden kennen. Overigens is het zo dat elke situatie op het gebied van verkeersmaatregelen in principe uniek kan zijn. Er moet volgens o.a. de VCA voorschriften altijd per geval worden gekeken welke maatregelen noodzakelijk zijn om veilig te werken. Vaak kan echter wel worden volstaan met een gestandaardiseerde afzetting volgen bijvoorbeeld de CROW96B. Aanbestedende dienst herkent zich dus niet in het argument van klager.
- 4.4.3. Verschil in frequentie werkbesprekingen (p. 37 van het Beschrijvend Document): deze regel geeft weer dat alle opdrachtgevers op uniforme wijze willen werken en dus ook op deze manier om willen gaan met de werkbesprekingen. Aangezien het aantal meldingen van de Provincie lager is dan die van de gemeente X en de gemeente Y is de noodzaak om elke 2 weken minder aanwezig. Verder hebben meldingen betrekking op hoofdinfra (Provincie alleen maar) een andere individuele behoefte, hier is bijna nooit sprake van incidentele aanpassingen op verzoek van burgers. De werkwijze is dus precies gelijk echter het interval anders, dit om de opdrachtnemer(s) niet onnodig kosten te laten maken en om spaarzaam met de middelen om te gaan.
- 4.4.4. Verschil in informatie naar bewoners (p. 39 van het Beschrijvend Document): communicatie naar bewoners zal, indien noodzakelijk, altijd maatwerk zijn, is sterk afhankelijk van situatie. Het is ook een extreem klein deel van de opdracht.
- 4.4.5. Verschil in omgang met materialen en armaturen (p. 41 en 42 van het Beschrijvend Document): onder hoofdstuk 6.2.4 ("Voorraad standaard materialen") van het Beschrijvend Document wordt voor de gemeente X een toevoeging gedaan. De gemeente X heeft een kleine hoeveelheid standaard reserve materiaal beschikbaar van uit het huidige contract welke beschikbaar wordt gesteld. Er is dus sprake van een uniforme werkwijze waarbij de Gemeente X boven op de standaard enkele reserve materialen beschikbaar stelt. Toegevoegd dient te worden dat gezien de omvang van de dienst deze hoeveelheden in relatie tot de uiteindelijke hoeveelheden geen significant onderdeel zijn van de uitvraag.

Het betreft hier namelijk een beheersmaatregel, de opdrachtnemer kan zich bij het overschrijden van oplostijden bij standaard materialen niet verschuilen achter levertijden of leveringsproblemen.

- 4.4.6. In hoofdstuk 6.3.1 ("Eigendom vrijkomende materialen") en hoofdstuk 6.3.2 ("Omgang met niet her te gebruiken materialen") van het Beschrijvend Document wordt inderdaad voor de gemeente Y een uitzondering gemaakt. De werkwijze van deze opdrachtgever is op het gebied van inzamelen en verwerken van oude metalen anders dan bij de overige opdrachtgevers. Beklaagde is echter van mening dat dit geen significante andere werkwijze betreft, alleen de plek waar de materialen worden gelost is anders. Kosten en opbrengsten lijken ook redelijk gelijk aangezien voor de gemeente Y kortere transporten nodig zijn, goede materialen en afval kan op een zelfde plek worden afgeleverd.

## 5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012; Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Bij de beoordeling van de klacht neemt de Commissie het volgende tot uitgangspunt. Tussen partijen staat niet ter discussie dat beklagde in de onderhavige aanbestedingsprocedure vier geografisch bepaalde gelijksoortige opdrachten van vier verschillende aanbestedende diensten heeft samengevoegd, zoals omschreven op blz. 16 van de Gids Proportionaliteit. Wat tussen hen ter discussie staat is of die samenvoeging "onnodig" is in de zin van art. 1.5 lid 1 Aw 2012 en – gesteld dat die vraag ontkennend kan worden beantwoord – of het opdelen van de aldus samengevoegde opdrachten in meerdere percelen "niet passend" is in de zin van het derde lid van dat artikel. Bij de behandeling van de klacht zal de Commissie voortbouwen op de inhoud van haar eerdere Adviezen 43, 53, 117, 125 en 159.
- 5.3. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of in het onderhavige geval sprake is van een onnodige samenvoeging in de zin van art. 1.5 lid 1 Aw 2012.
- 5.4. Zoals ook blijkt uit Advies 43 (overwegingen 6.2 t/m 6.4), Advies 117 (overweging 6.1.2), Advies 125 (overweging 6.2.4) en Advies 159 (overweging 5.4), leest de Commissie art. 1.5 lid 1 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.
- 5.5. 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 motiveringsplicht van artikel 1.5 lid 2 Aw 2012 – moet onderbouwen.

- 5.6. De Commissie is van oordeel dat uit de aanbestedingsstukken blijkt dat beklagde in ieder geval op alle hiervoor genoemde aspecten acht heeft geslagen. Dat blijkt vooral uit de inhoud van hoofdstuk 1.4 (“Doel van de aanbesteding”) van het Beschrijvend Document (zie 1.3 hiervoor). Daarmee komt de vraag aan de orde of de door beklagde in dat hoofdstuk verstrekte motivering haar beslissing tot het samenvoegen van de opdrachten kan dragen.
- 5.7. Voor de beantwoording van die vraag overweegt de Commissie 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” het volgende.
  - 5.7.1. Beklaagde heeft in hoofdstuk 1.4 van het Beschrijvend Document aangegeven dat zij heeft onderzocht en – zo begrijpt de Commissie althans – vastgesteld dat er voldoende bedrijven uit het MKB-segment zouden zijn die zelfstandig op deze opdracht zouden kunnen inschrijven. Beklaagde geeft in het Beschrijvend Document echter geen inzicht in de aard en omvang van dat onderzoek. Daarmee geeft beklagde evenmin inzicht in de waarde die kan worden gehecht aan het door haar gepresenteerde resultaat van dat onderzoek in het licht van het aspect de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB.
  - 5.7.2. Dat beklagde tijdens de onderhavige klachtprocedure in haar reactie op de klacht alsnog enig inzicht in de aard en omvang van het door haar uitgevoerde onderzoek heeft gegeven, kan haar naar het oordeel van de Commissie niet baten. Zoals de Commissie in haar Advies 159 heeft geoordeeld (zie overweging 5.7 van dat Advies) zal het resultaat van de uitvoering van de instructie van art. 1.5 lid 1 Aw 2012 immers moeten blijken uit de motivering waarmee een aanbestedende dienst de beslissing tot samenvoegen – gelet op diens motiveringsplicht van artikel 1.5 lid 2 Aw 2012 – in de aanbestedingsstukken moet onderbouwen. Nog afgezien daarvan is de Commissie van oordeel dat de mededeling van beklagde (zie 4.2.1 hiervoor) dat zij haar onderzoek heeft beperkt tot de MKB-bedrijven die op dit moment de werkzaamheden voor de gemeenten en de Provincie verrichten onvoldoende bijdraagt aan een motivering die de door haar genomen beslissing tot samenvoegen kan dragen.
  - 5.7.3. Beklaagde heeft in hoofdstuk 1.4 van het Beschrijvend Document voorts aangegeven dat MKB-bedrijven – voor zover zij te klein zijn om de opdracht uit te voeren – voor de opdracht in aanmerking zouden kunnen komen wanneer zij tot combinatievorming zouden overgaan. Elke combinant zou dan bijvoorbeeld een deel van het areaal kunnen onderhouden, waarbij de Commissie begrijpt: hetzij gelegen in de gemeente X, hetzij in een van de gemeenten Y of Z, hetzij in de Provincie Q. De mededeling van beklagde in het Beschrijvend Document dat zij zich op de hoogte heeft gesteld van het feit dat samenwerking in dit marktsegment geenszins ongebruikelijk is, geeft naar het oordeel van de Commissie opnieuw geen inzicht in de aard en omvang van het door haar gepretendeerde onderzoek en in de waarde die daaraan kan worden gehecht. Beklaagde heeft in reactie op de klacht (zie 4.3.1 hiervoor) nog gemeld – opnieuw: tardief in het licht van haar wettelijke motiveringsplicht – dat zij uit gesprekken met het MKB heeft vernomen dat ook op dat niveau bewust nagedacht wordt over combinatievorming om grotere opdrachten aan te kunnen. Voor zover beklagde hier opnieuw doelt op de MKB-bedrijven die op dit moment de werkzaamheden verrichten voor

de gemeenten en de Provincie, deelt deze mededeling het lot van het oordeel van de Commissie zoals verwoord in overweging 5.7.2.

- 5.7.4. De Commissie is met beklagde overigens van oordeel – met verwijzing naar overweging 6.1.5 van haar Advies 117 – dat zelfs in het geval dat MKB-bedrijven gelet op de samenstelling van de relevante markt alleen maar aan een aanbestedingsprocedure zouden kunnen deelnemen na combinatievorming, de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor (voldoende) ondernemingen (uit het MKB) daarmee op zichzelf nog niet per definitie problematisch is. Dat laatste zou anders kunnen zijn wanneer de aanbestedende dienst de randvoorwaarden waarbinnen combinatievorming moet plaatsvinden zodanig heeft bepaald dat ondernemingen, die wel toegang tot een van de afzonderlijke opdrachten zouden hebben gehad wanneer de aanbestedende dienst die opdrachten niet zou hebben samengevoegd, geen dan wel onvoldoende toegang tot die opdrachten als onderdeel van de samengevoegde opdracht zouden hebben. Dat dit laatste zich in het onderhavige geval voordoet, is de Commissie op basis van de door partijen overgelegde stukken echter niet gebleken.
- 5.7.5. De enkele omstandigheid echter dat de door de aanbestedende dienst gestelde randvoorwaarden waarbinnen combinatievorming moet plaatsvinden niet in de weg staan aan de toegang voor (voldoende) ondernemingen (uit het MKB) tot de samengevoegde opdracht, levert op zichzelf nog geen voldoende grondslag op voor het oordeel dat de samenvoeging niet “onnodig” is. Daarvoor zal immers ook nodig zijn dat uit de motivering in de aanbestedingsstukken blijkt dat de aanbestedende dienst voldoende acht heeft geslagen op de overige in art. 1.5 lid 1 Aw 2012 genoemde aspecten. De Commissie zal die overige aspecten voor het onderhavige geval hierna nog beoordelen in 5.8 en 5.9.
- 5.8. De Commissie overweegt 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” het volgende.
- 5.8.1. Beklaagde heeft in hoofdstuk 1.4 van het Beschrijvend Document aangegeven dat zij voor het samenvoegen van een aantal gelijksoortige opdrachten van de betrokken gemeenten en de Provincie heeft gekozen omdat de gemeente X en Y en de Provincie een samenwerkingsverband zijn aangegaan in een Shared Service Centrum (SSC), waarbij overigens nog wordt onderzocht in hoeverre gemeente Z in dit samenwerkingsverband gaat participeren. Beklaagde acht de samenvoeging van de opdrachten voor de gemeenten en de Provincie doelmatig en efficiënt, enerzijds vanwege het genoemde samenwerkingsaspect en anderzijds vanwege het terugdringen van de transactiekosten van deze aanbestedende diensten. Tegelijkertijd constateert de Commissie dat in hoofdstuk 1.4 van het Beschrijvend Document is bepaald dat de gemeenten en de Provincie na afloop van de aanbestedingsprocedure ieder een afzonderlijke overeenkomst met de winnende inschrijver zullen aangaan.
- 5.8.2. De Commissie is van oordeel dat wanneer een aantal aanbestedende diensten een organisatorisch samenwerkingsverband aangaat, het samenvoegen van een aantal gelijksoortige opdrachten van die aanbestedende diensten in ieder geval doelmatig en efficiënt voor de aanbestedende dienst zal kunnen zijn in die zin dat slechts één aanbestedingsprocedure behoeft te worden georganiseerd en te worden bekostigd. Omdat het hier echter een voordeel betreft dat in de regel altijd zal kunnen worden gerealiseerd door het samenvoegen van opdrachten, levert (het in de motivering van de samenvoeging verwijzen naar) dat voordeel op zichzelf nog niet het sluitend bewijs op dat voldoende acht is geslagen op “de organi-



satorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst". De aanbestedende dienst zal in zijn motivering in dat kader ook moeten ingaan op de vraag of en in hoeverre de samenvoeging voor hem doelmatig zal zijn tijdens de uitvoering van de opdracht.

- 5.8.3. Voor zover beklagde dat laatste heeft gedaan door in hoofdstuk 1.4 van het Beschrijvend Document in te gaan op het in art. 1.5 lid 1 sub c Aw 2012 genoemde aspect van de mate van samenhang die tussen de afzonderlijke opdrachten zou bestaan, zal de Commissie zich daarover nog buigen in 5.9 hierna. De Commissie volgt beklagde in ieder geval in haar betoog dat wanneer alle gemeenten en de Provincie bij de uitvoering van de opdracht met één en dezelfde contractpartij hebben gecontracteerd – al dan niet bestaande uit een aantal combinanten – de gemeenten en de Provincie inkoopvoordelen zullen kunnen realiseren doordat voor het gehele areaal van de gemeenten en de Provincie een aantal algemene zaken centraal zouden kunnen worden ingericht met als gevolg dat de door hen te dragen uitvoeringskosten kunnen worden gereduceerd. Vanuit het perspectief van de doelmatigheid van het contractmanagement lijkt de samenvoeging van de verschillende opdrachten voor de gemeenten en de Provincie daarentegen echter geen voordelen voor hen op te leveren. De gemeenten en de Provincie zullen immers ieder een afzonderlijke overeenkomst met de winnende inschrijver aangaan en het is de Commissie uit de aanbestedingsstukken niet gebleken dat de uitvoering van deze verschillende overeenkomsten door of namens de samenwerkende gemeenten en de Provincie centraal zal worden gemanaged. Het voorgaande laat echter onverlet dat – zoals beklagde aan het einde van hoofdstuk 1.4 van het Beschrijvend Document opmerkt – in geval van ziekte, verlof of ontbrekende kennis bij een van de gemeenten of bij de Provincie eenvoudig kan worden teruggevallen op capaciteit en kennis die voorhanden is bij een van de andere deelnemers in het samenwerkingsverband, omdat zij alle met dezelfde contractuele wederpartij zullen hebben gecontracteerd en er in belangrijke mate sprake zal zijn van een uniforme werkwijze. De Commissie vraagt zich overigens af of dit – overigens bescheiden te achten – voordeel ook zal worden gerealiseerd in het door beklagde geschetste geval waarin die contractuele wederpartij een combinatie is die bestaat uit een aantal MKB-ondernemingen en elke combinant een deel van het areaal in een van de gemeenten of de Provincie zal onderhouden (zie 5.7.3 hiervoor).
- 5.8.4. Met betrekking tot de eventuele organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de ondernemer, constateert de Commissie dat beklagde in hoofdstuk 1.4 van het Beschrijvend Document de samenvoeging van de opdrachten ook voor de aan de aanbesteding deelnemende inschrijvers doelmatig en efficiënt acht vanwege het terugdringen van hun transactiekosten. De Commissie gaat er van uit dat beklagde hier doelt op de omstandigheid dat wanneer een inschrijver in één aanbestedingsprocedure kan inschrijven op een aantal geografische bepaalde gelijksoortige opdrachten tegelijk, hij slechts één keer inschrijfkosten hoeft te maken. Omdat het hier echter een voordeel betreft dat in de regel altijd zal kunnen worden gerealiseerd door het samenvoegen van opdrachten, levert (het in de motivering van de samenvoeging verwijzen naar) dat voordeel op zichzelf nog niet het sluitend bewijs op dat voldoende acht is geslagen op "de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de ondernemer". De aanbestedende dienst zal in zijn motivering vooral ook moeten ingaan op de bedoelde gevolgen en risico's voor zover deze de onderneming treffen aan wie de opdracht uiteindelijk wordt gegund tijdens de uitvoering van de opdracht. Beklagde heeft dat laatste in de aanbestedingsstukken weliswaar niet gedaan, maar het is de Commissie op basis van de aanbestedingsstukken niet gebleken dat de organisatorische gevolgen en risico's

van de samenvoeging van de opdracht – in het bijzonder ten aanzien van de juridische verantwoordelijkheid – voor de contractuele wederpartij van de gemeenten en de Provincie substantieel zwaarder is in vergelijking met het geval waarin beklaagde de afzonderlijke opdrachten niet zou hebben samengevoegd (vergelijk Advies 117, overweging 6.1.6).

- 5.9. De Commissie overweegt met betrekking tot het aspect van “de mate van samenhang van de opdrachten” het volgende.
- 5.9.1. Beklaagde heeft in hoofdstuk 1.4 van het Beschrijvend Document aangegeven dat zij de samenvoeging van de opdrachten doelmatig en efficiënt acht omdat deze de uitvoering betreffen van werkzaamheden die in elkaar grijpen en met elkaar verbonden zijn doordat de betrokken gemeenten en de Provincie een samenwerkingsverband zijn aangegaan in een Shared Service Centrum (SSC).
- 5.9.2. De Commissie is van oordeel dat wanneer een aantal aanbestedende diensten een organisatorisch samenwerkingsverband aangaat, er in beginsel geen samenhang tussen de afzonderlijke opdrachten van die aanbestedende diensten bestaat, anders dan dat het om opdrachten gaat van een aantal aanbestedende diensten die tot een en hetzelfde samenwerkingsverband behoren. Het is de Commissie op basis van de aanbestedingsstukken niet gebleken dat er in het onderhavige geval een verdergaande samenhang tussen die opdrachten zou bestaan. Het tegenovergestelde lijkt eerder het geval te zijn. In de eerste plaats gaat het immers om geografisch bepaalde en gelijksoortige opdrachten van de gemeenten en de Provincie. In de tweede plaats is in hoofdstuk 1.4 van het Beschrijvend Document bepaald dat de gemeenten en de Provincie na afloop van de aanbestedingsprocedure ieder een afzonderlijke overeenkomst met de winnende inschrijver zullen aangaan. In de derde plaats is het de Commissie – zoals zij in 5.8.3 heeft overwogen – niet gebleken dat de uitvoering van deze verschillende overeenkomsten door of namens de samenwerkende gemeenten en de Provincie centraal zal worden gemanaged. Hoe de werkzaamheden die – bijvoorbeeld – in het areaal van de gemeente X zullen worden verricht “in elkaar grijpen” of “verbonden” zijn met de werkzaamheden die ten behoeve van de gemeente Y in haar areaal worden verricht, blijkt niet uit de aanbestedingsstukken. Dat de gemeenten en de Provincie – zoals de Commissie in 5.8.3 heeft overwogen – inkoopvoordelen zullen kunnen realiseren doordat voor het gehele areaal van de gemeenten en de Provincie een aantal algemene zaken centraal zouden kunnen worden ingericht, doet naar het oordeel van de Commissie aan het voorgaande niet af.
- 5.10. De Commissie is alles afwegende van oordeel dat de in 5.6 gestelde vraag aldus dient te worden beantwoord dat de door beklaagde verstrekte motivering haar beslissing tot het samenvoegen van de opdrachten onvoldoende kan dragen. Dat betekent dat sprake is van een “onnodige” samenvoeging van opdrachten in de zin van art. 1.5 lid 1 Aw 2012.
- 5.11. Met het in 5.10 gegeven oordeel is de klacht reeds gegrond. Om die reden zal de Commissie zich voor wat betreft de vraag of het opdelen van de samengevoegde opdrachten in meerdere percelen “niet passend” is in de zin van art. 1.5 lid 3 Aw 2012 nog slechts uitlaten in een aantal overwegingen ten overvloede.
- 5.11.1. Vooropgesteld dient te worden dat – ook in het veronderstelde geval dat geen sprake zou zijn geweest van onnodige samenvoeging van opdrachten – beklaagde op grond van art. 1.5 lid 3 Aw 2012 de aldus samengevoegde opdracht in beginsel in percelen zou moeten opdelen. Wanneer hij dat in het veronderstelde ge-

val niet zou willen doen, omdat hij dat niet passend acht, moet hij dit in de aanbestedingsstukken motiveren (zie Advies 53, overweging 6.4 en Advies 125, overweging 6.11).

- 5.11.2. Beklaagde heeft zich in hoofdstuk 1.4 van het Beschrijvend Document op het standpunt gesteld dat zij het opdelen in percelen niet passend acht omdat – zo begrijpt de Commissie hoofdstuk 1.4 – daarmee de voordelen van de samenvoeging weer teniet zouden worden gedaan. Voor zover beklagde daarmee betoogt dat met het verstrekken van een (deugdelijke) motivering – op basis van het tweede lid van art. 1.5 Aw 2012 – van de beslissing tot het (niet-onnodig) samenvoegen van opdrachten tot één opdracht, een aanbestedende dienst tevens heeft voldaan aan de motiveringsplicht van het derde lid van dat artikel (de beantwoording van de vraag waarom opdelen in percelen niet passend is), is die stelling naar het oordeel van de Commissie niet in alle gevallen juist. De Commissie verwijst wat dat betreft naar haar Advies 53, overwegingen 6.5 t/m 6.7.
- 5.11.3. Die stelling zal juist zijn in het geval dat sprake is van het samenvoegen van verschillende ongelijksoortige opdrachten die volgtijdelijk moeten worden uitgevoerd met betrekking tot één project, zoals omschreven op blz. 16 van de Gids Proportionaliteit. In een dergelijk geval is het (materieel) ongedaan maken van de samenvoeging door de (samengevoegde) opdrachten weer te op te delen in percelen niet logisch en begrijpelijk. De motivering waarom het “niet passend” is de aldus samengevoegde opdracht in percelen op te delen zal dan veelal geacht kunnen worden besloten te liggen in de (deugdelijke) motivering waarom de samenvoeging “niet onnodig is”.
- 5.11.4. Een geval zoals hiervoor bedoeld doet zich in de onderhavige aanbesteding echter niet voor: beklagde heeft immers een aantal geografisch bepaalde gelijksoortige opdrachten samengevoegd die tegelijktijd op verschillende locaties binnen het areaal kunnen worden uitgevoerd. Zelfs wanneer in een dergelijk geval goede redenen zouden bestaan om die verschillende opdrachten niet door evenzovele afzonderlijke aanbestedingsprocedures in de markt te zetten en in plaats daarvan over te gaan tot het samenvoegen van die opdrachten in één aanbestedingsprocedure, is daarmee nog niet gezegd dat er vervolgens geen (andere) goede redenen zouden kunnen bestaan om binnen die ene aanbestedingsprocedure de samengevoegde opdracht alsnog in meerdere percelen op te delen. De motiveringsplicht van art. 1.5 lid 3 Aw 2012 heeft in dat geval tot doel die (andere) goede redenen inzichtelijk te maken.
- 5.11.5. Daarmee is de vraag aan de orde of beklagde haar beslissing om geen gevolg te geven aan het splitsingsgebod van art. 1.5 lid 3 Aw 2012 in de aanbestedingsstukken heeft gemotiveerd en of die motivering die beslissing voldoende kan dragen. De Commissie is van oordeel dat dit niet het geval is, aangezien beklagde – zie immers 5.11.2 – zich voor wat betreft haar beslissing de opdracht niet in percelen op te delen enkel en alleen op het standpunt heeft gesteld dat daarmee de voordelen van het samenvoegen weer teniet zouden worden gedaan.
- 5.11.6. De consequentie van het voorgaande is dat – in het veronderstelde geval dat in het onderhavige geval geen sprake zou zijn geweest van een onnodige samenvoeging van opdrachten – niet zou kunnen worden beoordeeld of beklagde terecht tot de beslissing is gekomen dat het opdelen van de samengevoegde opdracht in percelen niet passend is. Dat zou tot gevolg hebben dat voor het veronderstelde geval niet zou zijn aangetoond dat beklagde geen uitvoering behoefde te geven aan de gebodsbepaling van art. 1.5 lid 3 Aw 2012. Ook daarmee zou dan vast komen te staan dat de klacht gegrond is.

**6. Advies**

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

**7. Aanbeveling**

De Commissie ziet in dit stadium van de aanbestedingsprocedure geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 12 januari 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

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