

## Advies 43

### 1. Feiten

- 1.1 Op 6 september 2013 heeft beklagde een aankondiging gepubliceerd met betrekking tot een Europese openbare aanbestedingsprocedure "met als doel het selecteren van een bedrijf voor de levering van multifunctionals/printers en repro-werk en de daaraan gerelateerde dienstverlening".
- 1.2 De totale opdrachtwaarde bedraagt circa € 1 miljoen inclusief btw per jaar.
- 1.3 Volgens het "Beschrijvend document Printen, kopiëren en repro (deel 1)" (hierna: **het Document**) wenst beklagde door middel van het aangaan van de overeenkomst een aantal doelstellingen te bereiken waaronder de operationele doelstelling:
- "Het bieden van één aanspreekpunt voor alle vragen, opmerkingen, klachten etc. met betrekking tot overeengekomen SLA('s)".*
- 1.4 De visie van beklagde met betrekking tot het printen/kopiëren omvat onder meer het punt *"toekomstbestendig betaalsysteem"*:
- *geleverd door leverancier;*
  - *toepasbaar voor zowel onze Nederlandse als internationale studenten en bezoekers".*
- 1.5 In het Programma van Eisen wordt (in paragraaf 3.2 van het Document) ten aanzien van de centrale rapportage de eis gesteld dat beklagde per kwartaal een rapportage wil ontvangen die het volgende omvat:
- *in Excel-format, te kunnen filteren op kostenplaats, inkoopordernummer, opdrachtomschrijving, contactpersoon of studentnummer, aantallen afdrukken, A4/A3, kleur, zwart-wit, specials, bedrag per opdracht en totalen.*
- 1.6 Ten aanzien van de decentrale rapportage wenst beklagde per kalendermaand een rapportage te ontvangen welke gelijkloopt met de facturatiemaand:
- *die de basis vormt voor de interne doorbelasting met het verhoogde tarief inclusief huur en papier;*
  - *in Excel-format, te kunnen filteren op kostenplaats, naam persoon, datum, tijd, aantallen afdrukken, A4/A3, kleur, zwart-wit.*

En wil beklagde per kwartaal een rapportage ontvangen:

- *die de basis vormt voor een analyse van de centrale en decentrale af-*

*drukken;*

- *door opdrachtgever te specificeren in kostenplaats, naam persoon, datum, tijd, aantallen afdrukken, A4/A3, kleur, zwart-wit.*

## **2. Beschrijving klacht**

- 2.1 (klachtonderdeel 1) Beklaagde vraagt tegelijkertijd het installeren, leveren en onderhouden van multifunctionals met hierbij het leveren, beheren en onderhouden van een betaalsysteem. Op die manier worden twee ongelijksoortige opdrachten samengevoegd en dat is niet zonder meer toegestaan.
- 2.2 (klachtonderdeel 2) Een deugdelijke motivering voor deze samenvoeging ontbreekt in de aanbestedingsstukken.
- 2.3 (klachtonderdeel 3) Uitgangspunt van de wet is dat geclusterde opdrachten in beginsel in percelen verdeeld moeten worden. Dit is niet gebeurd en een deugdelijke motivering hieromtrent ontbreekt in de aanbestedingsstukken.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1 Klager is van mening dat, op grond van de Aanbestedingswet ("Aw 2012") en de Gids Proportionaliteit, opdrachten slechts mogen worden samengevoegd:
  - wanneer het gaat om logisch samenhangende onlosmakelijk met elkaar verbonden onderdelen;
  - waarbij – in het kader van de marktverhoudingen – de positie van het MKB zorgvuldig is geanalyseerd en afgewogen; en
  - de aanbestedende dienst de noodzaak tot clusteren deugdelijk kan motiveren.
- 3.2 Klager is van mening dat aan geen van deze voorwaarden is voldaan.
- 3.3 Als er al geclusterd kan worden, dan geldt het uitgangspunt van de wet dat geclusterde opdrachten in beginsel in percelen verdeeld moeten worden. Dat is niet gebeurd en een deugdelijke motivering hieromtrent, zoals voorgeschreven in artikel 1.5 lid 3 Aw 2012, ontbreekt in de aanbestedingsstukken.

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

- 4.1 Staken van de aanbesteding en overgaan tot parcelendeling. Alternatief is dat de opdracht voor printen, kopiëren en repro separaat, zonder betaalsysteem, wordt aanbesteed.

## 5. Reactie beklagde

- 5.1 In het kader van de op 24 oktober 2013 gepubliceerde nota van inlichtingen, ronde 3 (verwijzend naar de e-mail van beklagde van 16 oktober 2013), heeft beklagde aan de inschrijvers een verduidelijking gegeven als volgt:

*"Opdrachtgever vraagt een totale dienstverlening uit om te kunnen printen en/of kopiëren. Eén van de aspecten is onder andere het leveren, installeren en onderhouden van multifunctionals. Bij deze totale dienstverlening hoort de juiste afhandeling van facturatie naar opdrachtgever en het innen van geld ten behoeve van TBV printer- of kopieertikken van studenten.*

*Hoe de potentiële leverancier dit gaat organiseren is niet aan Opdrachtgever maar aan Opdrachtnemer. Opdrachtgever vraagt slechts om een dienstverlening, zonder dat Opdrachtgever hiervoor iets dient aan te schaffen in de vorm van bijvoorbeeld een betaal- of registratiesysteem dit dient geïntegreerd te zijn in de uiteindelijke uitvoer van opdracht. Opdrachtgever eist om op alle punten ontzorgd te worden waarbij de afhandeling van gelden bij Opdrachtnemer ligt.*

*Bij deze aanbesteding is dus geen sprake van een ongelijksoortige samenvoeging van de opdracht."*

- 5.2 Bij email van 25 oktober 2013 heeft beklagde daar nog aan toegevoegd:

*Ter verduidelijking: Opdrachtgever wil dus geen intern (financieel) doorbelastingstelsel en eventuele printtegoeden van studenten houdt opdrachtgever niet op een eigen derden rekening. De juiste afhandeling van gelden (innen en/of facturatie) ligt volledig bij de opdrachtnemer."*

- 5.3 Beklagde heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om te reageren op de bij de Commissie ingediende klacht.

## 6. Beoordeling

- 6.1 De Commissie is van oordeel dat in casu sprake is van de samenvoeging van twee ongelijksoortige opdrachten. De opdracht tot het leveren, installeren en onderhouden van multifunctionals verschilt wezenlijk van de opdracht tot het leveren van een betaalsysteem.

- 6.2 Om onderdeel 1 van de klacht te kunnen beoordelen, moeten de volgende vragen worden beantwoord: (i) of beklagde de beide genoemde opdrachten onnodig heeft samengevoegd zoals bedoeld in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012, eerste zin, en (ii) of beklagde, alvorens samen te voegen, acht heeft geslagen op de drie in artikel 1.5. lid 1, tweede zin Aw 2012, genoemde 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 opdrachten voor de aanbestedende dienst (...) en de ondernemer; en

(c) de mate van samenhang van de opdrachten.

- 6.3 De Commissie leest artikel 1.5 lid 1 aldus dat de eerste zin 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 drie sub 6.2 genoemde aspecten. Van een onnodige samenvoeging zal sprake zijn wanneer de uitvoering van die instructie door de aanbestedende dienst een resultaat oplevert dat de beslissing tot samenvoegen niet zal kunnen schragen.
- 6.4 Het resultaat van de uitvoering van de in 6.3 bedoelde instructie zal naar het oordeel van de Commissie 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. Zou dat niet zo zijn, dan zou die instructie immers zinledig zijn en zou de naleving van de verplichtingen van lid 1 van artikel 1.5 niet kunnen worden gecontroleerd en gesanctioneerd. Onderdeel 2 van de klacht klaagt er over dat beklagde haar hiervoor bedoelde motiveringsplicht heeft geschonden. De Commissie zal eerst dat klachtonderdeel beoordelen, alvorens zich uit te spreken over klachtonderdeel 1.
- 6.5 Met betrekking tot de vraag of beklagde heeft voldaan aan haar motiveringsplicht van artikel 1.5 lid 2 overweegt de Commissie als volgt. De Commissie stelt voorop dat, verspreid in het Document (zoals samengevat onder het feitensubstraat), een aanzet tot een motivering van de beslissing tot samenvoegen valt te lezen, welke nog is aangevuld door middel van de sub 5.1 en 5.2 genoemde, door beklagde verzonden stukken.
- 6.6 Op basis van het Document en de stukken genoemd onder 6.5 is de Commissie genoegzaam gebleken dat beklagde acht heeft geslagen op de mate van samenhang van de opdrachten zoals bedoeld in artikel 1.5 lid 1 sub (c). Met betrekking tot de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de *opdrachtgever* – zie artikel 1.5 lid 1 sub (b) – blijkt uit het Document en de nader gegeven toelichting (in de e-mails van 16 en 25 oktober 2013) dat beklagde juist deze samenvoeging wenst om te voorkomen dat zij een separaat betaal- of registratiesysteem zou moeten aanschaffen dat zij zou moeten integreren in de opdracht tot het leveren, installeren en onderhouden van de multifunctionals. Beklagde eist op alle punten "ontzorgd" te worden, waarbij de afhandeling van gelden bij opdrachtnemer ligt.
- 6.7 Met betrekking tot de aspecten genoemd in artikel 1.5 lid 1 sub (a) en – ten dele – sub (b) overweegt de Commissie als volgt. Of beklagde acht heeft geslagen op die aspecten is de Commissie op basis van het Document en de onder 6.5 genoemde stukken niet gebleken. Beklagde is door de Commissie in de gelegenheid gesteld te reageren op de klacht, maar heeft, als eerder vermeld, van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Daardoor is het de Commissie niet bekend of en in hoeverre beklagde, vóór samenvoeging van de opdrachten, acht heeft geslagen op (i) de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB en (ii) de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging voor de *opdrachtnemer*.
- 6.8 Nu de in de aanbestedingsstukken opgenomen motivering er slechts gedeeltelijk blijk van geeft dat acht is geslagen op de drie sub 6.2 genoemde aspecten, heeft beklagde haar motiveringsplicht van artikel 1.5 lid 2 slechts gedeeltelijk nageleefd en is klachtonderdeel 2 dus gedeeltelijk gegrond.

- 6.9 Mede gelet op hetgeen onder 6.3 en 6.4 is overwogen, betekent het voorgaande voor de beoordeling van klachtonderdeel 1 het volgende. Nu beklagde haar motiveringsplicht van artikel 1.5 lid 2 slechts gedeeltelijk heeft nageleefd en zij er daarmee blijk van geeft dat slechts gedeeltelijk acht is geslagen op de drie sub 6.2 genoemde aspecten, kan niet worden beoordeeld of beklagde terecht tot de beslissing is gekomen dat de samenvoeging van de opdrachten niet onnodig is. Dat heeft tot gevolg dat niet is aangetoond dat de verbodsbepaling van art. 1.5 lid 1 Aw 2012, eerste volzin, door beklagde is nageleefd. Daarmee komt vast te staan dat ook klachtonderdeel 1 gegrond is.
- 6.10 Artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst een opdracht in meerdere percelen verdeelt 'tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst (...) dit motiveert in de aanbestedingsstukken'. Beklaagde heeft besloten de (geclusterde) opdracht niet in (twee) percelen uit te vragen met als redengeving dat 'er hier geen sprake is van een samenvoeging van twee ongelijksoortige opdrachten'. De Commissie is van oordeel dat deze redengeving niet beantwoordt aan het voorschrift dat het "niet passend" achten van een percelenverdeling in de aanbestedingsstukken gemotiveerd moet worden. Kennelijk bedoelt beklagde hiermee dat het (materieel) ongedaan maken van de samenvoeging door de (samengevoegde) opdrachten weer te verdelen in twee percelen niet logisch en begrijpelijk is. De (deugdelijke) motivering waarom de clustering "niet onnodig is" zal immers veelal gelijk kunnen luiden aan de motivering waarom het "niet passend" is de aldus geclusterde opdracht vervolgens in percelen op te splitsen. Dat neemt niet weg dat beklagde heeft nagelaten in de aanbestedingsstukken duidelijk en goed kenbaar te motiveren waarom zij een percelenverdeling niet passend acht. Daarmee is klachtonderdeel 3 gegrond.

## 7. Advies

De Commissie acht de onderdelen 1 en 3 van de klacht **gegrond** en onderdeel 2 van de klacht **gedeeltelijk gegrond**.

Den Haag, 23 januari 2014

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

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