

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 343

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure gehouden voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor de levering en installatie van mobile data terminal (MDT) hardware in brandweervoertuigen.
- 1.2. In de Offerteleidraad van 27 januari 2016 is in paragraaf 2.1.8, 3.1.2 en 4.1.23 bepaald:

2.1.8 PERCEELVERDELING

Deze aanbesteding is niet onderverdeeld in percelen. Een Inschrijver kan alleen inschrijven op gehele aanbesteding. Een Inschrijver dient alle hieronder vermelde dienstverlening waarvoor hij zich inschrijft te kunnen leveren. De Opdracht bestaat uit drie (3) onderdelen;

1. Levering MDT-hardware;
2. Inbouw MDT-hardware;
3. Garantie en ondersteuning MDT-hardware.

Aan de keuze voor het niet verdelen van drie (3) onderdelen over drie (3) percelen ligt ten grondslag dat tussen de gevraagde dienstverlening voor levering, inbouw en garantie en ondersteuning een grote mate van samenhang zit en wij de regie over deze complete dienstverlening bij één (1) Inschrijver willen beleggen, waardoor een opdeling van de totale dienstverlening in drie (3) percelen niet logisch is.

Zie verder paragraaf 3.1.2 voor de scope van de dienstverlening.

(...)

3.1.2 SCOPE DIENSTVERLENING

Op dit moment bestaat de mobiele data terminal hardware in de voertuigen van [beklaagde] uit door de gemeentelijke Brandweer aangeschafte hardware en verschilt enorm per gemeente. Met deze aanbesteding willen we aan deze ongewenste situatie een eind maken en alle aanwezige hardware vervangen en door de te selecteren Inschrijver laten leveren en inbouwen.

De afgelopen periode heeft een projectgroep binnen [beklaagde] onderzoek gedaan naar de mogelijkheden in de markt om de hardware in de voertuigen te uniformeren. Dit heeft geresulteerd in een door het MT Brandweer geaccordeerd plan om gedifferentieerd naar voertuigsoort nieuwe hardware aan te schaffen. Een overzicht van de benodigde hardware is opgenomen in bijlage 12.

(...)

4.1.23 FOUTEN, CONTRADICTIES, OPMERKINGEN EN VRAGEN

Alle documenten met bijbehorende bijlagen die naar aanleiding van de onderhavige aanbestedingsprocedure door of namens [beklaagde] zijn samengesteld en opgesteld, zijn met de grootste zorg opgesteld.

In het geval de Inschrijver niettemin fouten, onrechtmatigheden, onregelmatigheden, tegenstrijdigheden of onduidelijkheden ontdekt, of opmerkingen en/of vragen heeft, dan dient hij [beklaagde] hiervan zo spoedig mogelijk in kennis te

stellen doch uiterlijk op **20 februari 2016 voor 12.00 uur**. Indien de Inschrijver niet tijdig op de voorgeschreven wijze [beklaagde] aldus heeft geattendeerd, is die Inschrijver niet ontvankelijk in enige (latere) vordering gericht tegen een vermeende fout, onrechtmatigheid, onregelmatigheid, tegenstrijdigheid of onduidelijkheid anderszins. Als de Inschrijver opmerkingen heeft aangaande de Offerteleidraad, de bijlagen of de procedures, dan dient Inschrijver deze duidelijk te formuleren en tijdig in te dienen, zoals hiervoor ook aangegeven onder 'fouten en contradicties'.

- 1.3. De inschrijvingen dienden op 9 maart 2016 vóór 15.00 uur te worden ingediend. Deze inschrijfdatum is later verplaatst naar 14 maart 2016 om 15.00 uur. Naar aanleiding van de klacht van klager bij beklagde is de inschrijftermijn verplaatst naar 21 maart 2016 om 15.00 uur.
- 1.4. Op 3 maart 2016 heeft klager een klacht ingediend bij beklagde. Op 17 maart 2016 heeft de klachtencommissie van beklagde op de klacht beslist. Deze beslissing bevat onder meer de volgende overwegingen, conclusies en adviezen:

'OVERWEGING

(...)

ad 1.a De klachtencommissie constateert dat hier sprake is van samenvoeging van ongelijksoortige opdrachten en dat de opdracht niet verdeeld is in percelen, maar herkent zich niet in het 'onnodig clusteren' daarvan. Er is geen sprake van verminderde toegankelijkheid tot de opdracht voor bedrijven uit het MKB. Uit de registraties op TenderNed blijkt, dat een aanzienlijk aantal marktpartijen geïnteresseerd is in deze aanbesteding;

ad 1.b De mogelijke organisatorische gevolgen zijn met deze wijze van aanbesteden voor de aanbestedende partij geborgd. De klachtencommissie ziet voldoende mogelijkheden voor klager om in te schrijven, als hoofd- of onderaannemer;

ad 1.c Er is zeker sprake van samenhang, omdat de goederen en diensten alleen in gezamenlijkheid de gewenste (structurele) functionaliteit bieden en er structurele eenduidige coördinatie tussen de betreffende goederen en diensten vereist is om die functionaliteit te realiseren en in stand te houden;

ad 2 De klachtencommissie constateert dat de motivering van de samenvoeging van de opdrachten gemotiveerd is in de aanbestedingsstukken, maar dat de motivering summier is.

ad 3 De klachtencommissie is van mening dat het onlogisch is om bij gemotiveerde samenvoeging van de opdrachten deze vervolgens in de door klager gewenste percelen te verdelen.

Aanvullend concludeert de klachtencommissie op basis van beknopt marktonderzoek, dat binnen de betreffende markt voor MDT's gebruikelijk is dat er één samengevoegde opdracht wordt aanbesteed en geen gescheiden aanbestedingen en/of percelen.

(...)

CONCLUSIES

De klachtencommissie concludeert:

1. Dat er bij deze aanbesteding sprake is van het samenvoegen van ongelijksoortige opdrachten en dat er niet meerdere percelen zijn gevormd, maar dat er geen sprake is van onnodig clusteren;
2. Dat de wet- en regelgeving ruimte biedt voor de samenvoeging van de betreffende opdrachten en niet-perceelvorming in deze;
3. Dat het binnen de betreffende markt voor MDT's gebruikelijk is dat er één samengevoegde opdracht wordt aanbesteed en geen gescheiden aanbestedingen en/of percelen;
4. Dat uit de registraties op TenderNed blijkt, dat een aanzienlijk aantal marktpartijen geïnteresseerd is in deze aanbesteding;
5. Dat de motivering van de samenvoeging en niet-perceelvorming summier is.

ADVIES

De klachtencommissie adviseert [beklaagde] om:

1. Conform het verzoek van klager de motivering van de samenvoeging van de opdrachten en het niet vormen van percelen verder en met meer detailinformatie en –argumentatie te onderbouwen;
2. Klager uit te nodigen om deze motivering in een persoonlijk gesprek uiteen te zetten en toe te lichten;
3. Een schriftelijk verslag te maken van de bespreking;
4. Het gespreksverslag en de nadere motivering op dusdanige wijze te motiveren, dat alle in deze aanbesteding geïnteresseerde partijen er kennis van kunnen nemen.'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

De opdracht inzake levering en de opdracht inzake inbouw van Mobiel Data Terminal-hardware zijn onnodig samengevoegd in de zin van artikel 1.5, lid 1, Aw 2012. Deze samenvoeging is onvoldoende gemotiveerd in de zin van artikel 1.5, lid 2, Aw 2012 en de samengevoegde opdracht is in strijd met artikel 1.5, lid 3, Aw 2012 ten onrechte niet in percelen verdeeld.

2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde heeft het advies van haar klachtencommissie niet nageleefd.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. De onderbouwing van de klacht bij de Commissie is mede ontleend aan de eerder door klager bij brief van 3 maart 2016 bij beklaagde ingediende klacht (zie 1.4 hiervoor).

3.2. Klachtonderdeel 1

- 3.2.1. Klager meent dat de twee verschillende opdrachten ten onrechte zijn samengevoegd en dat de samengevoegde opdracht ten onrechte niet in percelen is verdeeld. De clustering is onvoldoende gemotiveerd. Klager is gespecialiseerd in inbouw van onder meer MDT en heeft door de normschending niet kunnen inschrijven. Klager heeft toenadering gezocht tot leveranciers van MT (als onderaannemer van de leverancier of combinant) maar dit is onmogelijk gebleken. De transactiekosten en risico's daarvan bleken prohibitief hoog en bedrijfseconomisch onverantwoord of onrendabel. Het is bijvoorbeeld bedrijfseconomisch onverantwoord om hoofdelijke aansprakelijkheid te nemen voor de levering van

MBT (bij inschrijving in combinatie) of disproportionele risico's in onderaanneming van hoofdaannemers toebedeeld te krijgen.

- 3.2.2. Volgens klager is er geen rechtvaardiging voor clustering. Er is geen relevante samenhang tussen levering en inbouw: de leverancier levert, onderhoudt en garandeert en de inbouwer bouwt in en onderhoudt. Er is geen samenhang of synergie tussen levering en inbouw en ook geen noodzaak voor enige regie tussen levering en inbouw. Het zijn twee verschillende disciplines en markten. Dat bepaalde inschrijvers wellicht wel leveringen in combinatie met inbouw kunnen aanbieden via een constructie met onderaanneming maakt het bestaan van samenhang niet aannemelijk. De markt zit hier niet op te wachten en ook beklagde is er praktisch niet mee gediend. De clustering is niet op rechtmatige wijze te motiveren.
- 3.2.3. Het is goed mogelijk dat beklagde de inbouw van MDT als een separate opdracht in de markt zet. In dat kader wijst klager op een nationale niet-openbare procedure inzake sec de inbouw van MDT door een veiligheidsregio (gepubliceerd op TenderNed). De MDT-leverancier (ICT) garandeert en onderhoudt de hardware en software en de inbouwer (voertuigtechniek, elektronica, fysieke inpassing en bevestiging) garandeert en onderhoudt de inbouw. Klager voert aan dat zich tussen de twee vormen van garantie en onderhoud geen discussies voordoen inzake de oorzaak van eventuele gebreken en dat deze niet realistisch zijn. De inbouwer kan eenvoudig oorzaken in de hardware/software-sfeer signaleren en de leverancier kan eenvoudig oorzaken in de inbouw signaleren voor zover daartoe enige noodzaak zou bestaan.
- 3.2.4. Indien een leverancier een inbouwer inhuurt is er geen noemenswaardige regie bij de leverancier. Het enige wat de leverancier kan doen is het conform de opdracht ontwikkelen en afleveren van de producten met nazorg op het afleveradres. De regie heeft echter voornamelijk betrekking op de inbouwfase en kan slechts doelmatig gevoerd worden in nauw overleg en vindt de facto plaats tussen enerzijds (medewerkers van) beklagde (onder meer coördinatie beschikbaarheid voertuigen) en anderzijds (de coördinatie van de beschikbaarheid van de faciliteiten van) de inbouw-dienstverlener. Het in die dynamiek daartussen implanteren van een leverancier van hardware als regisseur heeft geen toegevoegde waarde en kan slechts een complicerende en kostenverhogende factor zijn voor alle betrokkenen. Bij problemen kan beklagde slechts effectief de leverancier aanspreken met wie zij een juridische relatie heeft, die echter geen directe grip op het proces heeft. Er is dan ook geen juridische of feitelijke samenhang tussen de opdrachten.
- 3.2.5. De klachtencommissie van beklagde heeft de klacht materieel ongegrond verklaard, maar is daarbij grotendeels voorbijgegaan aan de argumentatie van de klacht. Het advies van de klachtencommissie is dan ook onvoldoende gemotiveerd. De samenhang tussen levering en inbouw baseert de klachtencommissie bijvoorbeeld op de gebleken belangstelling voor deze opdracht op grond waarvan zij concludeert dat de positie van het MKB niet in het geding is. De klachtencommissie ziet voldoende mogelijkheden om als hoofd- of onderaannemer in te schrijven, maar dat is voor klager niet mogelijk gebleken.
- 3.2.6. Klager wil dat beklagde de onrechtmatige (immers onvoldoende gemotiveerde) aanbestedingsprocedure afbreekt en rechtmatig gemotiveerde overheidsopdracht heraanbesteedt.

3.3. Klachtonderdeel 2

De klachtencommissie van beklaagde heeft voorafgaand aan de inschrijvingsdatum geadviseerd de clustering nader te motiveren en deze motivering aan alle gegadigden mee te delen. Beklaagde moet de eigen klachtenprocedure volgen, maar heeft dit advies genegeerd. Zij heeft geen nadere motivering gegeven en de inschrijvingstermijn niet verplaatst, ook niet op verzoek van klager. Er was geen rechtvaardiging, zoals spoed, om de inschrijvingstermijn niet op te schorten.

4. **Reactie beklaagde**

4.1.1. Beklaagde stelt zich allereerst op het standpunt dat klager haar rechten heeft verwerkt om te klagen over de wijze waarop de procedure is ingericht door in een te laat stadium daarover te klagen. In de Offerteleidraad is duidelijk vermeld dat de aanbesteding niet is onderverdeeld in percelen (2.1.8).

4.1.2. Uit het Grossmann-arrest (HvJ EG 12 februari 2004, ECLI:EU:C:2004:93) moet worden afgeleid dat van een deelnemer aan een aanbesteding een proactieve houding mag worden verwacht. Daarmee wordt voorkomen dat aanbestedingsprocedures onnodig worden vertraagd en daarmee wordt bewerkstelligd dat eventuele omissies in de procedure zodanig tijdig aan de orde worden gesteld dat zij nog (eenvoudig) kunnen worden hersteld. Daarmee is niet alleen het belang van de aanbestedende dienst gediend, maar ook het belang van de (andere) deelnemers omdat voorkomen wordt dat kosten worden gemaakt voor een procedure die niet aan eisen voldoet. Het tijdstip waarop over een bepaald aspect van een aanbestedingsprocedure moet worden geklaagd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In algemene zin dient van een gegadigde te worden verwacht dat hij zijn bezwaren kenbaar maakt zo spoedig mogelijk nadat hij kennis had of had behoren te hebben van de gestelde gebreken in de procedure (zie ook – onder (veel) meer – hof Den Haag 3 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2944).

4.1.3. Dit stelsel, waarbij van een deelnemer wordt verwacht zo spoedig mogelijk eventuele bezwaren naar voren te brengen, in ieder geval in een stadium waarin eventuele gebreken nog kunnen worden geheeld, is in de Offerteleidraad tot uitdrukking gebracht in paragraaf 4.1.23 (zie hiervoor in 1.2).

4.1.4. Klager heeft nagelaten binnen de genoemde termijn een klacht te formuleren. Evenmin heeft klager hierover een vraag gesteld en zodoende heeft klager de gelegenheid die daar bij uitstek voor was gecreëerd, voorbij laten gaan. Klager heeft pas voor het eerst geklaagd op 3 maart 2016, dus ruimschoots na de expliciet voorgeschreven termijn. Beklaagde stelt zich op het standpunt dat klager daardoor haar rechten heeft verwerkt. Ten overvloede gaat beklaagde op de klachten van klager in.

4.2. Klachtonderdeel 1

4.2.1. De argumenten die voor beklaagde doorslaggevend zijn geweest om de diverse onderdelen van de opdracht samen te voegen tot één opdracht, zijn:

1. Beklaagde wil één feitelijk en juridisch aanspreekpunt voor alle mogelijke vragen, klachten en eventuele gebreken. Beklaagde wil voorkomen dat de leverancier bij problemen naar de installateur wijst en de installateur weer naar de leverancier. Door de gehele opdracht bij één partij of combinatie onder te brengen, wordt dat voorkomen. Deze partij of combinatie is dan altijd aanspreekbaar en juridisch eindverantwoordelijk voor de klachten of gebreken,

ongeacht of de oorzaak daarvan is gelegen in het product zelf, in de installatie daarvan of in de ondersteuning.

2. Ook uit een oogpunt van aansturing en efficiency is het goed dat zowel de levering als de installatie van de MDT-hardware in één hand wordt gehouden. Op deze manier kan de regie over de uitvoering van levering en inbouw van de MDT-hardware bij ofwel de dealers ofwel het installatiebedrijf worden neergelegd.
3. Los van de feitelijke en juridische aanspreekbaarheid en de efficiencyvoordelen bij de uitvoering, speelt ook een rol dat naar het oordeel van beklagde een betere kwaliteit zou kunnen worden behaald. Beklaagde benadrukt dat deze systemen worden ingezet in operationele omstandigheden, waarbij elke seconde telt. Het is dan ook cruciaal dat de diverse onderdelen naadloos op elkaar aansluiten en samenwerken, en dat ook de inbouw, het beheer en onderhoud dat garanderen. Kleine fouten in de onderlinge aansluiting van de onderdelen kunnen grote gevolgen hebben. Beklaagde is van mening dat de garantie op werking in operationele omstandigheden veel beter kan worden bereikt, door één partij integraal verantwoordelijk te maken voor de combinatie van de verschillende onderdelen.

4.2.2. Beklaagde is hiermee van mening dat geen strijd ontstaat met de Aanbestedingswet 2012. Zoals inmiddels in meerdere van de adviezen van de Commissie is overwogen (Adviezen 43, 53, 117, 125), moet artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 aldus worden gelezen 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.

4.2.3. Beklaagde stelt in haar reactie op de klacht dat zij haar keuze om de betreffende onderdelen samen te voegen als volgt heeft gemotiveerd [*waarbij beklagde lijkt te doelen op de in paragraaf 2.1.8 van de Offerteleidraad opgenomen motivering om de (samengevoegde) opdracht niet in drie percelen te splitsen, zie 1.2 hiervoor, Commissie*]:

'Aan de keuze voor het niet verdelen van drie (3) onderdelen over drie (3) percelen ligt ten grondslag dat tussen de gevraagde dienstverlening voor levering, inbouw en garantie en ondersteuning een grote mate van samenhang zit en wij de regie over deze complete dienstverlening bij één (1) Inschrijver willen beleggen, waardoor een opdeling van de totale dienstverlening in drie (3) percelen niet lo- gisch is.'

4.2.4. Beklaagde benadrukt dat hierover geen vragen of opmerkingen zijn binnengekomen in de periode die daarvoor was aangewezen. Zou dat wel het geval zijn geweest, dan had beklagde haar keuze eventueel kunnen toelichten bij gelegenheid van de Nota van Inlichtingen. Ter nadere toelichting wenst beklagde het navolgende op te merken.

4.2.5. (a) Toegang tot de opdracht: Beklaagde is van mening en heeft uit contacten met andere veiligheidsregio's ook kunnen vaststellen dat door samenvoeging van de verschillende onderdelen géén wezenlijke beperking voor de markt wordt aangebracht. Een andere veiligheidsregio heeft haar aanbesteding van MDT's op dezelfde wijze vorm gegeven en dat heeft voldoende belangstellingen en inschrij-

vingen opgeleverd. Dat klager het bedrijfseconomisch onverantwoord acht om hoofdelijke aansprakelijkheid te aanvaarden voor de levering van de MDT, nu zij niet zelfstandig in staat is om dit onderdeel uit te voeren, moet voor haar rekening blijven. Feit is dat er meerdere partijen zijn die hiertoe wel bereid zijn, dan wel zelfstandig in staat zijn om beide onderdelen uit te voeren. Er hebben zich meerdere partijen als geïnteresseerde aangemeld op TenderNed en beklagde heeft ook daadwerkelijk inschrijvingen ontvangen. De toegang tot de markt is dus niet wezenlijk beperkt.

- 4.2.6. (b) Organisatorische gevolgen en risico's: Met betrekking tot dit aspect is van belang dat beklagde beoogt te bewerkstelligen dat de organisatorische verantwoordelijkheid voor de levering, inbouw en garantie/ondersteuning uit efficiency-overwegingen in één hand komt te liggen. Zoals de Commissie (in Advies 125) terecht vaststelt, mag beklagde zich laten leiden door deze wens om "ontzorgd" te worden. Beklaagde wil haar medewerkers ontzorgen en wenst uitdrukkelijk niet in een situatie terecht te komen waarin verschillende partijen de beschuldigende vinger naar elkaar wijzen. De organisatorische gevolgen en risico's worden voor inschrijvende partijen hierdoor niet onevenredig zwaarder. Indien hij niet in staat is om zelfstandig alle onderdelen van de opdracht te verzorgen, staat het een inschrijver vrij om met een derde een samenwerkingsverband aan te gaan of om die derde in onderaanneming in te schakelen. Daarvoor gelden geen zware eisen of strengere voorwaarden.
- 4.2.7. (c) Mate van samenhang: De mate van samenhang is naar het oordeel van beklagde groot; de verschillende onderdelen zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. De geleverde MDT's kunnen immers alleen dan functioneren indien zij correct worden geïnstalleerd in de voertuigen. Vervolgens moet er bij het gebruik voldoende garantie en ondersteuning plaatsvinden.
- 4.2.8. Beklaagde stelt zich dus op het standpunt dat is voldaan aan het bepaalde in artikel 1.5 Aw 2012.

4.3. Klachtonderdeel 2

- 4.3.1. Beklaagde heeft uitvoering willen geven aan het advies van haar klachtencommissie door klager uit te nodigen voor een bespreking op 23 of 24 maart 2016. In dat gesprek had beklagde willen uitleggen om welke redenen zij tot haar keuze was gekomen. Conform het advies van de klachtencommissie zou van die bespreking een verslag worden gemaakt dat zou zijn rondgestuurd aan de overige geïnteresseerden. Klager is echter niet ingegaan op de uitnodiging van beklagde. Zij heeft hierop in het geheel niet gereageerd en heeft in plaats daarvan de onderhavige klacht bij de Commissie ingediend.
- 4.3.2. Beklaagde zal de uitkomst van deze klachtprocedure met de geïnteresseerden delen.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor de levering en installatie van mobile data terminal (MDT) hardware in brandweervoertuigen. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

5.2. Klachtonderdeel 1

- 5.2.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
- 5.2.2. Beklaagde heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 4.1.23 van de Offerteleidraad (hierboven in 1.2 geciteerd). Hierin is de verplichting voor klager opgenomen zo spoedig mogelijk en uiterlijk op 20 februari 2016 vóór 12.00 uur beklagde op de hoogte te stellen van gesignaleerde fouten, onrechtmatigheden, onregelmatigheden, tegenstrijdigheden, onduidelijkheden of vragen. Indien klager beklagde niet tijdig heeft geïnformeerd, is hij niet-ontvankelijk in enige (latere) vordering terzake.
- 5.2.3. Door pas op 3 maart 2016 een klacht bij beklagde in te dienen, heeft klager voormelde verplichting niet nageleefd. Met beklagde is de Commissie van oordeel dat klager haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook niet in waarom klager die bezwaren niet eerder naar voren had kunnen brengen.
- 5.2.4. Deze handelwijze van klager staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog een beroep kan doen op de niet-naleving door beklagde van het samenvoegingsverbod of het splitsingsgebod van artikel 1.5 Aw 2012.
- 5.2.5. Het eerste klachtonderdeel is derhalve ongegrond.
- 5.2.6. Het voorgaande laat echter onverlet dat de Commissie ten overvloede nog het volgende overweegt met betrekking tot de vraag of beklagde heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 1.5 Aw 2012. De Commissie zal daarbij voortbouwen op de inhoud van haar eerdere Adviezen 43, 53, 125, 303 en 317 (de laatste twee Adviezen zijn nog niet gepubliceerd).
- 5.2.7. Tussen partijen staat – mede gelet op de reactie van beklagde op het klachtonderdeel – niet ter discussie dat in het onderhavige geval sprake is van een samenvoeging van opdrachten. In de Offerteleidraad – zie 1.2 hiervoor – worden de volgende drie onderdelen genoemd, die zijn samengevoegd tot één opdracht:
1. Levering MDT-hardware;
 2. Inbouw MDT-hardware;
 3. Garantie en ondersteuning MDT-hardware.
- 5.2.8. De te beantwoorden vraag is of deze samenvoeging “onnodig” is in de zin van artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 en of het opdelen in percelen van de aldus samengevoegde opdracht “niet passend” is in de zin van het derde lid van dit artikel.
- 5.2.9. Zoals ook blijkt uit de overwegingen 6.2 t/m 6.4 van haar Advies 43, leest de Commissie artikel 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.

- 5.2.10. 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, tweede lid, Aw 2012 – moet onderbouwen.
- 5.2.11. Niet ter discussie staat dat beklagde haar beslissing om verschillende opdrachten samen te voegen tot één opdracht heeft gemotiveerd. Wat tussen partijen ter discussie staat, is of die motivering voldoende is.
- 5.2.12. In dat kader stelt de Commissie voorop dat een aanbestedende dienst de beslissing om opdrachten samen te voegen in een zo vroeg mogelijk stadium van de aanbestedingsprocedure voldoende moet motiveren. In het geval van een niet-openbare procedure doet hij dat in de selectieleidraad, in het geval van een openbare procedure in de inschrijvingsleidraad.
- 5.2.13. Indien een aanbestedende dienst de hiervoor bedoelde verplichting niet heeft nageleefd, kan hij deze omissie nog kan repareren in een Nota van Inlichtingen (zie ook Advies 53, overweging 6.1.4). De Commissie is van oordeel dat dit laatste zelfs nog mogelijk is tijdens of na afloop van een klachtprocedure met betrekking tot de vermeende schending van artikel 1.5 Aw 2012, mits de (aanvullende) motivering in een dergelijk geval wordt verstrekt in een Nota van Inlichtingen die tijdig en met inachtneming van de daarvoor geldende regels wordt gepubliceerd. In het geval van een niet-openbare procedure is dat in ieder geval vóór de datum waarop ondernemingen zich als gegadigde moeten hebben aangemeld, in het geval van een openbare procedure vóór de datum waarop de inschrijvingen moeten zijn ingediend.
- 5.2.14. Indien, zoals in de onderhavige openbare aanbestedingsprocedure, de inschrijvingstermijn reeds is verstreken, kan de aanbestedende dienst het motiveringsgebrek niet meer door middel van een Nota van Inlichtingen repareren. Dat laat echter onverlet dat het geraden kan zijn dat de aanbestedende dienst in dat geval op andere wijze alsnog voldoende bekendheid geeft aan een (dragende) motivering voor zijn beslissing om de verschillende opdrachten samen te voegen. De aanbestedende dienst zal er immers rekening mee moeten houden – al dan niet naar aanleiding van signalen uit de markt – dat hij ook na het verstrijken van de inschrijvingstermijn in een klachtprocedure bij de Commissie of in een procedure bij de gewone rechter wordt betrokken ter zake van de schending van de hiervoor bedoelde motiveringsplicht (vgl. Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 22 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1666, rov. 5.8).
- 5.2.15. Daarmee komt tot slot 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 en slaat daarbij mede acht op hetgeen beklagde in de onderhavige klachtprocedure in haar reactie op de klacht heeft aangevoerd.
- 5.2.16. 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 overgeleg-

de stukken het volgende gebleken. Beklaagde heeft in haar reactie gesteld dat zij van mening is en dat uit contacten met andere veiligheidsregio's is gebleken dat door samenvoeging van de verschillende onderdelen géén wezenlijke beperking voor de markt wordt aangebracht. Gesteld wordt dat er voldoende belangstelling voor de opdracht is en dat beklagde daadwerkelijk inschrijvingen heeft ontvangen. Echter is niet gebleken dat beklagde acht heeft geslagen op de samenstelling van de markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang voor het MKB. De Commissie is van oordeel dat de inhoud van de verstrekte motivering – hoe kort ook – expliciet blijkt zal moeten geven van de samenstelling van de relevante markt zodat marktpartijen kennis kunnen nemen van de door beklagde in dat verband gemaakte afwegingen.

- 5.2.17. 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 Offerteleidraad en de reactie van beklagde het volgende gebleken. Beklaagde beoogt met de samenvoeging van de opdrachten in de kern te bewerkstelligen dat de organisatorische verantwoordelijkheid voor de levering, inbouw, onderhoud en garantie uit efficiencyoverwegingen in één hand komt te liggen. De beklagde wil haar medewerkers ontzorgen. Beklaagde wil één feitelijk en juridisch aanspreekpunt voor alle mogelijke vragen, klachten en eventuele gebreken en wenst uitdrukkelijk niet in een situatie terecht te komen waarin verschillende partijen de beschuldigende vinger naar elkaar wijzen. Beklaagde benadrukt dat deze systemen worden ingezet in operationele omstandigheden, waarbij elke seconde telt. Het is dan ook cruciaal dat de diverse onderdelen naadloos op elkaar aansluiten en samenwerken, en dat ook de inbouw, het beheer en onderhoud dat garanderen. Kleine fouten in de onderlinge aansluiting van de onderdelen kunnen grote gevolgen hebben. Beklaagde is van mening dat de garantie op werking in operationele omstandigheden veel beter kan worden bereikt, door één partij integraal verantwoordelijk te maken voor de combinatie van de verschillende onderdelen. Voorts meent beklagde dat de organisatorische gevolgen en risico's voor inschrijvende partijen hierdoor niet onevenredig zwaarder worden. Indien een inschrijver niet in staat is om zelfstandig alle onderdelen van de opdracht te verzorgen, staat het hem vrij om met een derde een samenwerkingsverband aan te gaan of om die derde in onderaanneming in te schakelen. Daarvoor gelden geen verzwaarde eisen of strengere voorwaarden.
- 5.2.18. 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. Naast efficiëntieoverwegingen speelt voor beklagde een rol dat zij één feitelijk en juridisch aanspreekpunt wil hebben. Steekhoudend argument daarvoor is dat de aan te schaffen systemen worden ingezet in operationele omstandigheden waarbij elke seconde telt en kleine fouten grote gevolgen kunnen hebben.
- 5.2.19. Tevens zal in dit kader moeten worden onderzocht of beklagde de randvoorwaarden waarbinnen het inschakelen door inschrijvers van derden 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 beklagde de opdrachten niet zou hebben samengevoegd, maar in plaats daarvan met de inschrijver en de derde afzonderlijk zou hebben gecontracteerd (vergelijk de Adviezen 117 en 125). Klager heeft aangevoerd dat de hoofdelijke aansprakelijkheid voor combinanten (die beklagde heeft opgenomen in paragraaf 4.1.4 van de Offerteleidraad) de toegang tot de opdracht voor hem afsluit. Het in 5.2.16 hiervoor genoemde onderzoek naar de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB zou

ook op dit aspect meer licht kunnen werpen. Daarbij moet overigens worden bedacht dat de "vertaling" van de externe juridische verantwoordelijkheid van een combinatie naar een regeling van de interne verdeling van die verantwoordelijkheid, primair een taak is van de tot een combinatie behorende partijen zelf (zie Advies 117).

- 5.2.20. Met betrekking tot het aspect van "de mate van samenhang van de opdrachten", is de Commissie op basis van de Offerteleidraad en de reactie van beklagde gebleken dat er een duidelijke samenhang bestaat tussen de drie onderdelen. Levering, installatie, garantie en onderhoud moeten ervoor zorgen dat de geleverde systemen goed werken. Die samenhang maakt de samenvoeging van de afzonderlijke opdrachten objectief bezien echter niet noodzakelijk. 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 heeft overwogen – in essentie om haar behoefte om met betrekking tot de (juridische) verantwoordelijkheid zoveel mogelijk te worden ontzorgd.
- 5.2.21. De Commissie is alles afwegende – in het bijzonder hetgeen hiervoor in 5.2.16 is overwogen – van oordeel dat de door beklagde verstrekte motivering haar beslissing tot het samenvoegen van de opdrachten onvoldoende kan dragen. Dat betekent dat beklagde niet heeft aangetoond dat er geen sprake is van een "onnodige" samenvoeging van opdrachten in de zin van artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012. Op de vraag of het opdelen in percelen van de aldus samengevoegde opdracht "niet passend" is, zal de Commissie dan ook niet meer ingaan.

5.3. Klachtonderdeel 2

De aanbestedingsregelgeving verplicht beklagde niet de adviezen van haar eigen klachtencommissie op te volgen. Daarmee is dit klachtonderdeel ongegrond.

6. **Advies**

Wat betreft klachtonderdeel 1 heeft beklagde in strijd met de motiveringsplicht van artikel 1.5, lid 2, Aw 2012 gehandeld. Dat klager haar daartegen gerichte bezwaren te laat kenbaar heeft gemaakt, doet geen afbreuk aan die conclusie. Wel heeft klager daarmee een onvoldoende proactieve houding aangenomen en dat staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog kan opkomen tegen het handelen van beklagde. Daarmee acht de Commissie beide klachtonderdelen **ongegrond**.

7. **Aanbeveling**

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

Den Haag, 13 april 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid