

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 345

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare procedure gehouden met betrekking tot een overheidsopdracht voor (overwegend) diensten. De opdracht betreft (met name) de levering van software voor het beheer van onderlossende containers van beklaagde.
- 1.2. In de Offerteaanvraag van 8 februari 2016 is bepaald:

'HOOFDSTUK II OMSCHRIJVING VAN DE OPDRACHT

A. ESSENTIE VAN DE OPDRACHT

A.1 De doelen van de containermanagement software voor de onderlossende containers van beklaagde

[Beklaagde] beschikt over een groot aantal onderlossende afvalcontainers (momenteel circa 12.000 stuks). Het doel van de aanbesteding is om een contract af te sluiten met een marktpartij die containermanagement software kan leveren ten behoeve van het professioneel beheren van de onderlossende containers van [beklaagde]. Dit betreft hoofdzakelijk ondergrondse containers maar ook bovengrondse containers behoren tot het container areaal.

Met het gebruik van het containermanagement systeem streeft de gemeente de volgende doelen na:

- Verkrijgen van inzicht in en kunnen sturen op werkzaamheden en kosten voor de instandhouding
- Efficiënt en effectief beheren van gegevens van de containers
- Beschikken over managementinformatie.

A.2 De Opdracht

De opdracht bestaat uit het leveren van een oplossing voor het beheren van onderlossende containers in de vorm van Software as a Service (SaaS). Er zal voor deze opdracht één marktpartij gecontracteerd worden. De opdrachtnemer is binnen deze opdracht verantwoordelijk voor de levering, de beschikbaarheid en het beheer van de containermanagement software. Onder onderlossende containers wordt verstaan:

- diverse soorten niet-persende ondergrondse containers
- diverse soorten ondergrondse perscontainers
- bovengrondse niet persende containers.

De te beheren containers omvatten zowel het bestaande areaal als uitbreiding op en vervanging van het bestaande areaal.

Aan de aanbesteding nemen alle stadsdelen van [beklaagde] deel.

De opdrachtgever zal de software gebruiken voor o.a.:

- registratie en beheer van basisgegevens van de containers (soort container, locatie e.d.)
- registratie en beheer van uitgevoerde werkzaamheden in het kader van keuring, onderhoud, reparatie en reiniging
- genereren en analyseren van (management-)informatie.

Reparatie, onderhoud, reiniging en keuring van de containers worden uitgevoerd door derden. Deze partijen zullen de uitgevoerde werkzaamheden registreren in de containermanagement software.

A.3 Voorgeschreven werkzaamheden

De opdrachtnemer dient voor het bereiken van de bovenstaande doelen in ieder geval de volgende voorgeschreven werkzaamheden voortvloeiende uit de overeenkomst uit te voeren:

1. Leveren van de software
2. Garanderen van de beschikbaarheid van de software
3. Beheren van de software

(...)

Ad 3. Beheren van de software

De inschrijver is verantwoordelijk voor eventuele noodzakelijke updates van het programma of de apparatuur waarop de containerbeheersoftware is geïnstalleerd. De inschrijver is tevens verantwoordelijk voor de beveiliging, de backups van de data etc. De opdrachtgever dient hierbij volledig te worden ontzorgd.

(...)

HOOFDSTUK VI PROGRAMMA VAN EISEN

A. OPBOUW PROGRAMMA VAN EISEN

Het programma van eisen is toegevoegd als separate bijlage.

HOOFDSTUK VII PROGRAMMA VAN WENSEN (PRAKTIJKTEST)

(...)

Algemeen

(...)

Onderdeel van de praktijktest is tevens een test op een pc of laptop (Windows omgeving), als op een tablet (Android/IOS/Windows)'

- 1.3. In het Programma van Eisen (bijlage 1 bij de Offerteaanvraag) is onder meer het volgende bepaald:

'E-46: Inschrijver dient tablets te leveren die gebruikt zullen worden door de chauffeurs van de opdrachtgever en door de partijen die reiniging, onderhoud en keuring van de ondergrondse containers uitvoeren. Daarnaast zullen de tablets door boa's, beheerders en andere personeelsleden van de opdrachtgever worden gebruikt.

(...)

E-48: De tablets zijn door de inschrijver dusdanig afgeschermd dat deze uitsluitend voor het gebruik van het CMS kunnen worden ingezet.

(...)

E-50: De tablets dienen voorzien te zijn van een 4G data abonnement (te leveren door inschrijver) met een databundel van minimaal 8 Gb per maand per tablet (looptijd 1 jaar, na 1 jaar maandelijks opzegbaar).

(...)

E-63: De software dient volledig te functioneren (zonder beperkingen) met Android, IOS en Windows besturingssystemen op zowel mobiele devices (zoals tablets) en desktops/laptops.'

- 1.4. In het Prijsin Vulformulier Containermanagementsysteem (bijlage 3 bij de Offerteaanvraag) wordt de prijs gevraagd van 100 tablets.
- 1.5. In de 2^e Nota van Inlichtingen van 17 maart 2016 is de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag: Betreft onnodig samenvoegen van verschillende opdrachten.

In de essentie van de opdracht (hoofdstuk A in het beschrijvend document) wordt ook alleen gesproken over het leveren en onderhouden van software op basis van een SAAS methodiek. Inschrijver is daarom zeer verbaast in de eisen en de tariefstelling onderdelen tegen te komen op het gebied van leveringen van tablets. Volgens inschrijver is hier sprake van het onnodig samenvoegen van ongelijke opdrachten (Hoofdstuk 1.2 artikel 1.5 van de aanbestedingswet) zonder dat er wordt gemotiveerd waarom dit zou moeten gebeuren. In dit geval heeft de samenvoeging invloed op de toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het midden- en klein bedrijf (lid a van artikel 1.5). Immers hardware leveranciers kunnen de gevraagde software niet leveren en tevens kunnen software leveranciers de gevraagde hardware niet leveren. Tevens worden aan de software eisen gesteld waaruit blijkt dat het niet uit moet maken op welke soort hardware de te leveren software moet draaien. Hierdoor is er dus geen sprake van samenhangende opdrachten (lid c van artikel 1.5). Dat sterkt inschrijver in de gedachte dat het twee losstaande opdrachten zijn die hier onnodig worden samengevoegd. Aangezien er op geen enkele wijze wordt gesproken over de levering van tablets in het [Beklaagde]_aanbestedingsdocument_CMS_definitief.pdf kan inschrijver ook niet anders concluderen dan dat er geen motivatie heeft plaatsgevonden betreffende de samenvoeging van deze twee opdrachten. Inschrijver kan daarom niet anders concluderen dan dat het leveren van tablets geen onderdeel zou moeten zijn van de aanbesteding. Daarom verzoekt inschrijver de aanbestedende dienst deze eisen en prijsonderdelen te laten vervallen. Indien dit niet gebeurt zal een formele klacht bij de commissie van aanbestedingsexperts worden ingediend. Te meer omdat er geen klachtenprocedure bij de gemeente zelf is beschreven in het [Beklaagde]_aanbestedingsdocument_CMS_definitief.pdf.

Antwoord: Aanbestedende dienst deelt uw mening niet en zal de door u genoemde eisen en prijsonderdelen niet wijzigen. Voor het slagen van het project en de te bereiken kwaliteit is het van groot belang dat de onderlinge samenhang tussen software en hardware gewaarborgd is; zie bijvoorbeeld eis E-48. Daarnaast is de eis voor het leveren van mobiele devices en abonnementen en het beheer daarvan in de optiek van Aanbestedende dienst een normaal aspect van het leveren van (delen van) de dienstverlening omtrent het beheer van containers. Volgens de informatie van de Aanbestedende dienst is het 'in de markt' immers vaak het geval dat potentiële inschrijvers dergelijke devices in het standaard assortiment hebben opgenomen. Naar oordeel van Aanbestedende dienst is er derhalve geen sprake van samenvoegen van opdrachten, laat staan van ongeoorloofd samenvoegen ervan, maar van één opdracht met logisch en onlosmakelijk verbonden deelaspecten. Aanbestedende dienst wordt in deze mening gesterkt doordat door de overige potentiële inschrijvers tijdens deze Europese aanbesteding geen vragen over dit onderwerp zijn gesteld. Dit bevestigt naar oordeel van Aanbestedende dienst de idee dat de markt voor (dienstverlening omtrent) containermanagement software daadwerkelijk er zo uit ziet dat het normaal is om opdrachten te verstrekken die naast het leveren van software(diensten) deels bestaan uit het leveren van geschikte gebruikersdevices waarmee de (SAAS)software die het hoofdaspect van de dienstverlening uitmaakt daadwerkelijk benaderd kan worden door de eindgebruikers die met de te beheren containers werken. - Aanbestedende dienst herkent zich verder niet in de kritiek dat de opdracht verminderd toegankelijk zou zijn voor het MKB. Aanbestedende dienst stelt immers lage ge-

schiktheidseisen aan gegadigden om voor de kans op gunning in aanmerking te kunnen komen.'

- 1.6. De bovenstaande vraag is overigens niet gesteld door klager.
- 1.7. Klager heeft bij beklaagd een klacht ingediend met betrekking tot de onderhavige aanbesteding. In haar reactie van 31 maart 2016 op die klacht verwijst beklaagde naar voormeld antwoord in de 2^e Nota van Inlichtingen (zie 1.5 hiervoor). Daaraan is toegevoegd dat door andere potentiële inschrijvers geen vragen zijn gesteld of klachten zijn ingediend. Beklaagde heeft meerdere inschrijvingen ontvangen waaruit beklaagde afleidt dat het in de markt voor containermanagementdienstverlening niet als vreemd of bezwaarlijk wordt gezien om als onderdeel van de gevraagde software(dienstverlening) ook de door (een deel van de) gebruikers van de software te gebruiken apparatuur beschikbaar te stellen.

2. Beschrijving klacht

De opdrachten tot het leveren van software en tot het leveren van hardware en communicatiediensten zijn onnodig samengevoegd.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. In de essentie van de opdracht (zie hoofdstuk IIA van de Offerteaanvraag) wordt alleen gesproken over het leveren en onderhouden van software op basis van een SAAS methodiek.
- 3.2. Klager is daarom zeer verbaasd in de eisen en de tariefstelling onderdelen tegen te komen op het gebied van leveringen van tablets en communicatiediensten. Volgens klager is hier sprake van het onnodig samenvoegen van ongelijke opdrachten (artikel 1.5 Aw 2012) zonder dat er wordt gemotiveerd waarom voor deze samenvoeging is gekozen. Deze samenvoeging heeft invloed op de toegang tot de opdracht voor MKB-bedrijven (artikel 1.5 aanhef en onder a Aw 2012). Hardware leveranciers kunnen de gevraagde software niet leveren en software leveranciers kunnen de gevraagde hardware niet leveren. Hierdoor is sprake van een inbreuk op het discriminatieverbod.
- 3.3. Aan de software worden eisen gesteld waaruit blijkt dat het niet uit moet maken op welke soort hardware de te leveren software moet draaien. Hierdoor is er dus geen sprake van samenhangende opdrachten (artikel 1.5 aanhef en onder a Aw 2012). Dat sterkt klager in de gedachte dat het twee losstaande opdrachten zijn die hier onnodig worden samengevoegd.
- 3.4. Aangezien er in het aanbestedingsdocument niets staat over de levering van tablets, concludeert klager dat de samenvoeging van de opdrachten niet is gemotiveerd, hetgeen in strijd is met de wet.
- 3.5. Naar aanleiding van een vraag van klager heeft beklaagde geweigerd de levering van de hardware te laten vallen. Ook na het indienen van een formele klacht blijft beklaagde bij zijn standpunt. Dat er geen andere partijen hebben geklaagd, vindt klager logisch. Doordat beklaagde alleen de CPV-code van software heeft gebruikt, hebben hardware leveranciers deze aanbesteding volledig gemist.
- 3.6. Het leveren van tablets zou geen onderdeel moeten zijn van de aanbesteding. Klager wil dat beklaagde gaat heraanbesteden in twee onderdelen, zodat een eerlijk speelveld wordt gerealiseerd voor alle leveranciers.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde gaat allereerst in op de samenhang van de opdrachten. Anders dan klager stelt, is niet enkel het leveren van software uitgevraagd. Er is 'een oplossing voor het beheren van containers' uitgevraagd door het bijhouden van gegevens op het web. Het doel van de uitvraag is onder meer het 'beheren van gegevens van containers' en het 'kunnen sturen op werkzaamheden' die moeten plaatsvinden (zie hoofdstuk II, onder A.1 van de Offerteaanvraag: 'de essentie van de opdracht'). Het spreekt voor zich dat gegevens van de containers die worden waargenomen op locatie moeten worden omgezet in data op het web. Met het enkel leveren van software kan dit niet worden bereikt. Hiervoor zijn een tablet en een internetverbinding noodzakelijk.
- 4.2. Op pagina 8 bovenaan van de Offerteaanvraag staat bovendien expliciet vermeld dat onder softwarebeheer ook de verantwoordelijkheid valt voor de apparatuur waarop de software is geïnstalleerd. Daarbij staat expliciet aangegeven: 'De opdrachtgever dient hierbij volledig te worden ontzorgd'.
- 4.3. Dat klager de opdracht las als het enkel leveren van software en werd verrast door het vragen van iPads [*naar de Commissie aanneemt bedoelt beklagde hier 'tablets'*] lijkt erop te duiden dat klager de uitvraag niet goed heeft gelezen of begrepen.
- 4.4. Voor het welslagen van het project en de te bereiken kwaliteit is het van groot belang dat de onderlinge samenhang tussen software, tablets en internetverbinding gewaarborgd is. De onderhoudsploegen van ondernemers die het feitelijke werk aan de containers uitvoeren, gebruiken de tablets als communicatie- en registratiemiddel van de werkzaamheden. Zowel uitgevoerde werkzaamheden als offertes voor nog uit te voeren werkzaamheden worden geregistreerd door middel van de tablets. Ditzelfde geldt voor foto's die gemaakt worden ter ondersteuning bij de werkzaamheden en foto's als onderbouwing van uitgevoerde werkzaamheden (voor en na het uitvoeren van de reparatie of werkzaamheden). Daarnaast wordt de planning van de onderhoudsploegen ook gerealiseerd via de tablets. De onderhoudsploegen vullen hier de uitgevoerde werkzaamheden in aan de hand waarvan de voortgang van de werkzaamheden kan worden gemonitord. De samenwerking tussen de software en hardware is dus van cruciaal belang voor het welslagen van het project.
- 4.5. Daarbij is van belang dat de tablets niet voor andere doeleinden kunnen worden gebruikt en het gebruik wordt beperkt tot toegang tot het web met de software voor het beheer van de containers (zie bijvoorbeeld eis E-48 uit het bestek). Een standaard tablet is niet afgeschermd voor overig gebruik. Dat moet worden aangepast en dat vergt een stuk dienstverlening. Daarbij dienen de tablets te allen tijde toegang te hebben tot de server (de host) bij de opdrachtnemer. De hardware, software en verbinding dienen op elkaar te zijn afgesteld. Ook dit betreft een stuk dienstverlening die binnen de opdracht valt.
- 4.6. Beklaagde geeft in haar uitvraag niet voor niets aan zoveel mogelijk "ontzorgd te willen worden". Beklaagde wil bij deze opdracht zo min mogelijk (administratieve) lasten hebben en zo min mogelijk het risico lopen dat verschillende uitvoerende partijen naar elkaar wijzen als het mis gaat. Om een voorbeeld te noemen: Stel de onderhoudsploeg wil een foto maken van een beschadigde container en dat lukt niet. Dit kan verschillende oorzaken hebben:
 - 1) Het geheugen van de tablet is vol (oorzaak hardware)
 - 2) Er is een netwerk storing (oorzaak internetprovider)

- 3) Het maximaal aan data waarvoor een internetabonnement is afgesloten is bereikt (oorzaak internetprovider)
- 4) Er zit een fout in de software (oorzaak software)
- 5) Een update is niet geïnstalleerd (oorzaak software in combinatie met hardware)

Indien de gemeente de software, de tablet en de internetverbinding bij drie verschillende partijen zou inkopen en zelf de coördinatie zou verzorgen, dan kunnen de drie partijen naar elkaar wijzen bij een storing en zit de gemeente met een (coördinatie)probleem. De gemeente wil helemaal niet betrokken worden bij dit soort discussies en extra (administratieve) lasten en wil juist zoveel mogelijk ontzorgd worden en één aanspreekpunt hebben. Bij een storing dient de opdrachtnemer die te verhelpen, ongeacht de oorzaak.

- 4.7. Het leveren van mobiele devices zoals een tablet en abonnementen en het beheer daarvan is bovendien ook in de praktijk een normaal onderdeel van het leveren van het beheer van containers. Voorafgaand aan het opstellen van het bestek heeft de beklaagde in januari 2015 aan vier marktpartijen gevraagd om een demonstratie te geven van hun softwarepakket. Deze partijen leveren daarbij de tablets met abonnementen en gaven aan zelf het beste te weten met welke hardware het desbetreffende softwareprogramma het beste samenwerkt.
- 4.8. Beklaagde gaat vervolgens in op de toegang van het MKB tot de opdracht. De stelling van klager dat de opdracht verminderd toegankelijk zou zijn voor het MKB is volgens beklaagde onjuist. De vier bedrijven die beklaagde in januari 2015 consulteerde waren alle vier MKB bedrijven.
- 4.9. Beklaagde heeft lage geschiktheidseisen gesteld aan gegadigden om voor de kans op gunning in aanmerking te kunnen komen. De benodigde tablets vormen slechts een marginaal onderdeel van de opdracht van minder dan 5% van de opdracht (circa 50.000 euro).
- 4.10. Drie van de vier ontvangen inschrijvingen zijn afkomstig van MKB-bedrijven.
- 4.11. De conclusie van beklaagde is dat er geen sprake is van het samenvoegen van opdrachten, maar van één opdracht met logisch en onlosmakelijk verbonden deelaspecten. In de markt voor (dienstverlening omtrent) containermanagement software is het normaal en geaccepteerd om opdrachten te verstrekken die naast het leveren van software(diensten) deels bestaan uit het leveren van geschikte gebruikersdevices waarmee de software daadwerkelijk gebruikt kan worden.
- 4.12. Voor het geval de Commissie echter meent dat er wél sprake zou zijn van het samenvoegen van twee opdrachten, is dit volgens beklaagde geen ongeoorloofde, maar een noodzakelijke samenvoeging, waarvoor geen enkel beletsel bestaat.
- 4.13. Volgens artikel 1.5 van de Aanbestedingswet kunnen opdrachten samengevoegd worden indien acht wordt geslagen op:
 - 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.

- 4.14. Zoals eerder gemeld, heeft beklagde voorafgaand aan de bekendmaking van de opdracht zich op te hoogte gesteld van de marktsituatie. Hieruit bleek dat de vier betrokken ondernemers de dienstverlening inclusief tablets en abonnementen konden leveren en dit voor hun gebruikelijk en wenselijk was omdat zij de software en de hardware daarmee beter op elkaar konden afstemmen.
- 4.15. Het MKB heeft volgens beklagde voldoende toegang tot de opdracht. Het MKB is vooraf geconsulteerd en in ieder geval drie van de vier ontvangen inschrijvingen zijn afkomstig van MKB-bedrijven. De hardware omvat nog geen 5% van de opdracht. Daarnaast bestaat de mogelijkheid voor ondernemers om gebruik te maken van onderaannemers of in te schrijven als combinatie.
- 4.16. Verder is beklagde van mening dat het als onderdeel van de dienstverlening vragen om tablets en (data)abonnementen ter beschikking te stellen, geen disproportionele risico's bij ondernemers introduceert. Het zijn onderdelen van de opdracht die vrij verkrijgbaar zijn in de markt en beklagde heeft geen (voor ondernemers) risicovolle eisen gehanteerd.
- 4.17. De organisatorische gevolgen en de risico's voor de aanbestedende dienst worden daarentegen disproportioneel groot indien de opdracht zou moeten worden gesplitst.
- 4.18. Tenslotte is beklagde van mening dat de samenhang van de aspecten van de opdracht evident is. Er is behoefte aan een integrale oplossing waarbij de verschillende onderdelen van de opdracht (software en specifiek daarop afgestemde en ingerichte tablets) één logisch geheel vormen. Het is aan de expertise van de ondernemers de verschillende onderdelen zo goed mogelijk op elkaar te laten aansluiten om de kwaliteit van de gevraagde dienstverlening te kunnen garanderen. In de uitvraag is deze onlosmakelijkheid meegegeven. Uitgevraagd is immers een oplossing voor het beheren van containers, waarbij opdrachtnemer verantwoordelijk is voor software en apparatuur waarop die wordt geïnstalleerd, en waarbij beklagde zo veel mogelijk wordt ontzorgd.
- 4.19. Beklagde is dus van mening dat de klacht ongegrond is en dat er geen sprake is van verschillende opdrachten. Voor het geval er naar het oordeel van de Commissie toch sprake zou zijn van het samenvoegen van opdrachten, is deze samenvoeging geoorloofd want conform de uitgangspunten van artikel 1.5 Aw 2012.
- 4.20. Tot slot stelt klager zich volgens beklagde op het standpunt dat de CVP code voor hardware had moeten worden toegevoegd. Beklagde geeft aan dat hieromtrent geen vragen zijn gesteld tijdens de aanbestedingsprocedure en dat over dit aspect niet eerder is geklaagd bij beklagde. Beklagde vraagt zich af welk belang klager heeft bij deze klacht aangezien zij zelf de software levert en niet de hardware en ook op de hoogte was van de aanbesteding. Deze klacht is in de visie van beklagde derhalve niet-ontvankelijk.
- 4.21. Daarbij is beklagde het inhoudelijk niet eens met de kritiek op de gebruikte CPV code. Het belangrijkste aspect van de onderhavige opdracht wordt immers gevormd door de software. Derhalve is ervoor gekozen de CPV code inzake de levering van de software te vermelden. Uit de inmiddels ontvangen inschrijvingen blijken de kosten van de tablets minder dan 5% van de inschrijfprijs te bedragen. Bovendien verplicht de CPV Verordening niet om alle (mogelijk) toepasselijke codes uitputtend te noemen. De aanbestedende dienst moet een code proberen te vinden die zo precies mogelijk aansluit bij haar behoeften. Daarnaast kan de aanbestedende dienst meer codes noemen, maar dat hoeft niet. De eerste code zal steeds als de titel worden beschouwd.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare procedure heeft gehouden met betrekking tot een overheidsopdracht voor (overwegend) diensten. De opdracht betreft (met name) de levering van software voor het beheer van onderlossende containers van beklagde. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Weliswaar klaagt klager over de schending van het verbod van artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 om opdrachten onnodig samen te voegen, maar de Commissie zal bij de beoordeling van de klacht ook het splitsingsgebod van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 betrekken. In de kern gaat het klager immers om de mogelijkheid op een gedeelte van de aanbestede opdracht afzonderlijk te kunnen inschrijven.
- 5.3. Tussen partijen staat ter discussie of in het onderhavige geval sprake is van één opdracht dan wel van een samenvoeging van opdrachten. De Commissie overweegt – gelet op de formulering van artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 – dat een eventuele schending van het in dat lid genoemde verbod alleen aan de orde kan zijn in het geval dat sprake is van een daadwerkelijke samenvoeging van opdrachten. Of in een concreet geval sprake is van een samenvoeging van opdrachten is naar het oordeel van de Commissie echter geen juridische maar een feitelijke vraag, waarbij de wetgever in het midden heeft gelaten aan de hand van welke criteria die vraag zal moeten worden beantwoord. De Commissie vraagt zich ook overigens af of het mogelijk is die vraag ontkennend te beantwoorden, aangezien elke opdracht in de regel zal zijn op te delen in afzonderlijke percelen die hetzij door middel van één aanbestedingsprocedure, hetzij – als afzonderlijke opdrachten – door middel van evenzovele aanbestedingsprocedures in de markt kunnen worden gezet. De Commissie kiest er daarom voor om in een geval als het onderhavige – waarin tussen partijen ter discussie staat of sprake is van één opdracht dan wel van een samenvoeging van opdrachten – eerst te onderzoeken of beklagde heeft gehandeld in strijd met het splitsingsgebod van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012. Voor een beoordeling van een eventuele schending van dat gebod is immers niet vereist dat sprake is van een opdracht die kwalificeert als een samenvoeging van twee of meer opdrachten.
- 5.4. De te beantwoorden vraag is dan of beklagde een motivering heeft verstrekt die haar beslissing om geen gevolg te geven aan het splitsingsgebod van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 voldoende kan dragen.
- 5.5. Alvorens deze vraag te beantwoorden, herhaalt de Commissie in de navolgende overwegingen 5.5.1 t/m 5.5.4 allereerst de overwegingen 6.1.17 t/m 6.1.20 van haar Advies 53, waarin zij zich heeft uitgelaten over de eisen waaraan een deugdelijke motivering van de beslissing om een opdracht niet in percelen op te delen – vanwege de “niet passendheid” daarvan – zal moeten voldoen:
 - 5.5.1. Art. 1.5, derde lid, Aw 2012 maakt niet duidelijk op welke aspecten een aanbestedende dienst in diens motivering acht moet slaan bij de beantwoording van de vraag waarom hij opdeling van een opdracht in meerdere percelen niet passend acht. Uit de Toelichting op het amendement dat ten grondslag ligt aan de genoemde bepaling blijkt weliswaar dat de ratio van het splitsingsgebod is gelegen in de wens van de wetgever ‘om de toegang van voldoende bedrijven te waarborgen’, maar die Toelichting beperkt zich tot de opmerking dat “niet passend” gelijk staat aan “niet mogelijk” en laat verder in het midden wat de hiervoor bedoelde aspecten zouden kunnen zijn (*Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 47 in fine*).

- 5.5.2. Meer informatie daarover biedt de toelichting op blz. 17-18 van de Gids Proportionaliteit, waar het volgende wordt opgemerkt: 'Bij de beoordeling of clusteren (of opdelen in percelen, zie §3.3.2) in het onderhavige geval doelmatig is dienen dan ook de totale kosten (kosten van voorbereiding, aanbesteding, realisatie, exploitatie en onderhoud) en mogelijk andere relevante aspecten van de opdracht mee te worden genomen. Een van die andere relevante aspecten is de samenstelling van de relevante markt. Het aantal potentiële inschrijvers dient nog dusdanig te zijn, dat de mededinging gewaarborgd blijft en de concurrentie niet merkbaar wordt beperkt'. Op blz. 19 wordt daar nog aan toegevoegd: 'Uitgangspunt van de wet is dat geclusterde opdrachten in beginsel in percelen verdeeld moeten worden. Voor opdelen in percelen kan bijvoorbeeld gekozen worden omdat bij het bepalen van de inkoopstrategie gebleken is, dat de opdracht verschillende expertises vraagt die veelal niet in één onderneming verenigd zijn. Een andere reden om te kiezen voor opdelen in percelen kan zijn dat de aanbestedende dienst ook de wat kleinere ondernemingen in de gelegenheid wil stellen om mee te dingen naar een deel van de opdracht. Tenslotte kan het opdelen in percelen ook een bewuste strategie van een aanbestedende dienst zijn, om in een bepaald marktsegment niet van één onderneming afhankelijk te worden. Het risico van disproportionaliteit schuilt met name in het op de markt zetten van een zeer omvangrijke opdracht die hetzij niet opgedeeld is in percelen, dan wel in zéér grote percelen, waardoor een belangrijk deel van de markt wordt uitgesloten. Dit is noch in het belang van het bedrijfsleven, noch in het belang van de aanbestedende dienst (marktinperking). Er dient sprake te zijn van een goed evenwicht.'
- 5.5.3. Ook deze toelichting laat echter in het midden wat nu precies de (door de wetgever beoogde) verhouding is tussen de beoordeling die een aanbestedende dienst moet uitvoeren op grond van art. 1.5, eerste lid, Aw 2012 in het kader van de beantwoording van de vraag of het samenvoegen van een aantal opdrachten "niet onnodig" is – en bij welke beoordeling dan de in het tweede lid van dat artikel genoemde aspecten in beschouwing moeten worden genomen – en de beantwoording van de vraag (en de daarbij te overwegen aspecten) waarom hij het opdelen van een (samengevoegde) opdracht in meerdere percelen vervolgens "niet passend" acht.
- 5.5.4. Niettegenstaande het voorgaande neemt de Commissie, gelet op de doelstellingen die de wetgever met art. 1.5 Aw 2012 heeft beoogd, het volgende tot uitgangspunt. Een deugdelijke motivering van de beslissing om in een geval als het onderhavige het opdelen van een (samengevoegde) opdracht "niet passend" te achten, zal gebaseerd moeten zijn op een afweging van het met die opdeling gemoeide belangen van de aanbestedende dienst enerzijds en het belang van voldoende toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf anderzijds.
- 5.6. In aanvulling op de voorgaande uit Advies 53 overgenomen overwegingen overweegt de Commissie thans dat een aanbestedende dienst aan zijn in artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 genoemde motiveringsplicht zal kunnen voldoen door bij zijn beslissing om een opdracht niet in percelen op te delen – vanwege de "niet passendheid" daarvan – acht te slaan op de in artikel 1.5, tweede lid, Aw 2012 genoemde aspecten. De Commissie ziet namelijk niet in, gelet op de doelstellingen die de wetgever met art. 1.5 Aw 2012 als geheel voor ogen heeft gehad, waarom de in het kader van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 af te wegen belangen anders zijn dan die welke een aanbestedende dienst zal moeten afwegen in het kader van de beoordeling waartoe artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 dwingt.
- 5.7. Alvorens de onder 5.4 gestelde vraag te beantwoorden, herhaalt de Commissie in de navolgende overwegingen 5.7.1 t/m 5.7.3 voorts de overwegingen 5.2.12 t/m 5.2.14 van haar Advies 343, waarin zij zich heeft uitgelaten over het tijdstip

waarop een aanbestedende dienst zijn beslissing om opdrachten samen te voegen of niet te splitsen voldoende moet motiveren.

- 5.7.1. Een aanbestedende dienst moet de beslissing om opdrachten samen te voegen of een opdracht niet in percelen op te delen in een zo vroeg mogelijk stadium van de aanbestedingsprocedure voldoende 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.
- 5.7.2. Indien een aanbestedende dienst de hiervoor bedoelde verplichting niet heeft nageleefd, kan hij deze omissie nog 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.
- 5.7.3. Indien de inschrijvingstermijn reeds is verstreken, kan de aanbestedende dienst een 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 of een opdracht niet in percelen op te delen. 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).
- 5.8. Daarmee komt de Commissie toe aan de beantwoording van de onder 5.4 hiervoor gestelde vraag: de vraag of beklagde een motivering heeft verstrekt die haar beslissing om geen gevolg te geven aan het splitsingsgebod van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 voldoende kan dragen. De Commissie slaat daarbij mede acht op hetgeen beklagde in de onderhavige klachtprocedure in haar reactie op de klacht heeft aangevoerd.
 - 5.8.1. Met betrekking tot het aspect van “de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging [*de Commissie leest: “de invloed van het niet in percelen opdelen van de opdracht”*] op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB” (artikel 1.5, eerste lid, sub a, Aw 2012), is de Commissie het volgende gebleken. Aangezien klager een softwareleverancier is, is de Commissie nagegaan of het voor softwareleveranciers bezwaarlijk is om in een geval als het onderhavige ook de hardware te moeten leveren. Voorafgaand aan het opstellen van de Offerteaanvraag heeft beklagde in januari 2015 de markt geconsulteerd. Vier softwareleveranciers hebben een presentatie gegeven van hun softwarepakket. Dit waren alle vier MKB-bedrijven. Hieruit bleek dat de vier betrokken ondernemers de dienstverlening inclusief tablets en abonnementen konden leveren en dat dit voor hun gebruikelijk en wenselijk was omdat zij de software en hardware daarmee beter op elkaar konden afstemmen.
 - 5.8.2. De benodigde tablets vormen slechts een marginaal onderdeel (5%) van de opdracht (de tablets vertegenwoordigen een waarde van circa 50.000 euro). Deze

producten zijn vrij verkrijgbaar in de markt. Inschrijvers kunnen met een onderaannemer of in combinatie inschrijven. Beklaagde stelt geen risicovolle eisen, maar juist lage geschiktheidseisen voor ondernemers te hebben gehanteerd. Klager heeft ook niet gesteld dat beklagde eisen heeft gesteld die de toegang tot de opdracht voor het MKB kan bemoeilijken. Drie van de vier ontvangen inschrijvingen zijn afkomstig van MKB-bedrijven. Het is de Commissie ook niet gebleken dat er technische belemmeringen zijn om de software en hardware gezamenlijk aan te besteden.

- 5.8.3. Met betrekking tot het aspect van "de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht [*de Commissie leest: "de invloed van het niet in percelen opdelen van de opdracht"*] voor de aanbestedende dienst (...) en de ondernemer" (artikel 1.5, eerste lid, sub b, Aw 2012) is de Commissie het volgende gebleken. Beklaagde heeft in de Offerteaanvraag in het kader van het beheer van de software aangegeven dat zij volledig dient te worden ontzorgd (p. 8 bovenaan). Zij wil zo min mogelijk (administratieve) lasten hebben en zo min mogelijk het risico lopen dat verschillende uitvoerende partijen naar elkaar wijzen als het mis gaat. Daarom wil beklagde één aanspreekpunt hebben.
- 5.8.4. Klager heeft niet gewezen op organisatorische gevolgen en risico's voor MKB-softwarebedrijven. In dit kader moet ook worden onderzocht of beklagde de randvoorwaarden waarbinnen het inschakelen door inschrijvers van derden moet plaatsvinden, zodanig heeft bepaald dat de organisatorische gevolgen en risico's van het niet in percelen opdelen van de opdracht voor die derden substantieel zwaarder zouden worden in vergelijking met het geval waarin beklagde de opdracht wel in percelen zou hebben opgedeeld en met de inschrijver en de derde afzonderlijk zou hebben gecontracteerd (vergelijk de Adviezen 117 en 125). Beklaagde stelt dat het als onderdeel van de dienstverlening vragen om tablets, geen disproportionele risico's bij ondernemers introduceert. Het zijn onderdelen van de opdracht die vrij verkrijgbaar zijn in de markt en beklagde stelt geen (voor ondernemers) risicovolle eisen te hanteren. Klager heeft niet gesteld dat beklagde bepaalde eisen heeft gehanteerd die het voor klager substantieel zwaarder maken met inschakeling van derden in te schrijven. Zoals gezegd, draagt de waarde van de tablets circa 5% van de totale opdracht.
- 5.8.5. Met betrekking tot het aspect van "de mate van samenhang van de opdrachten [*de Commissie leest: "de mate van samenhang van de percelen waarin de opdracht zou kunnen worden opgedeeld"*]" (artikel 1.5, eerste lid, sub c, Aw 2012), is de Commissie gebleken dat er een samenhang bestaat tussen de levering van de software en de hardware. Voor beklagde is van belang dat de onderlinge samenhang tussen software, tablets en internetverbinding gewaarborgd is. Uit de marktconsultatie bleek dat de geconsulteerde ondernemers de dienstverlening inclusief tablets en abonnementen bij voorkeur gezamenlijk leverden omdat zij de software en hardware daarmee beter op elkaar konden afstemmen. Die samenhang maakt het niet in percelen splitsen objectief gezien echter niet noodzakelijk. Ook voor beklagde zelf is de samenhang tussen de te leveren software en hardware weliswaar belangrijk, maar niet van doorslaggevend belang voor zover het haar beslissing tot het niet in percelen splitsen betreft. Voor beklagde gaat het – zoals de Commissie hiervoor heeft overwogen – in essentie om haar behoefte om met betrekking tot de verantwoordelijkheid zoveel mogelijk te worden ontzorgd.
- 5.9. De Commissie is alles afwegende van oordeel dat de door beklagde verstrekte motivering haar beslissing tot het niet in percelen opdelen van de opdracht voldoende kan dragen en dat het in percelen opdelen van de opdracht in het onderhavige geval niet-passend is.

- 5.10. Nu is vastgesteld dat beklagde niet heeft gehandeld in strijd met het splitsingsgebod van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012, komt de Commissie niet meer toe aan een beoordeling van de beweerde schending van beklagde van het in artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 genoemde verbod. De Commissie overweegt daartoe het volgende.
- 5.10.1. De Commissie heeft in haar Advies 117 (overweging 6.1.9) en Advies 125 (overweging 6.11) geoordeeld dat wanneer sprake is van het samenvoegen van twee verschillende ongelijksoortige opdrachten die tegelijkertijd moeten worden uitgevoerd (zie blz. 16 Gids Proportionaliteit) en de aanbestedende dienst een deugdelijke motivering voor zijn beslissing tot samenvoegen heeft verstrekt, hij daarmee tevens heeft voldaan aan zijn motiveringsplicht van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012. De (deugdelijke) motivering waarom een samenvoeging van opdrachten "niet onnodig" is, zal immers veelal gelijk kunnen luiden aan de motivering waarom het niet passend is de opdracht vervolgens in percelen op te delen (zie in deze zin ook Advies 43, overweging 6.10).
- 5.10.2. Naar het oordeel van de Commissie is ook het omgekeerde het geval: wanneer een aanbestedende dienst aan de hand van de in artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 genoemde aspecten deugdelijk heeft gemotiveerd waarom het opdelen van een opdracht in percelen niet passend is, zal diezelfde motivering ook een voldoende basis kunnen bieden voor zijn beslissing om twee of meer opdrachten samen te voegen, vooropgesteld dat de met elkaar samengevoegde opdrachten dan dezelfde inhoud zouden hebben als de percelen waarin de (samengevoegde) opdracht zou kunnen worden opgedeeld. Dat betekent dat in een dergelijk geval niet meer hoeft te worden onderzocht of sprake is van een samenvoeging van opdrachten en of die samenvoeging "niet onnodig" is.
- 5.10.3. Het voorgaande oordeel beperkt zich niet tot een geval als het onderhavige, waarin de opdracht zou kunnen worden opgedeeld in twee of meer ongelijksoortige percelen die al dan niet gelijktijdig moeten worden uitgevoerd, maar strekt zich ook uit tot gevallen waarin een opdracht zou kunnen worden opgedeeld in gelijksoortige percelen, ongeacht of deze door één dan wel door verschillende aanbestedende diensten door middel van één aanbestedingsprocedure worden aanbesteed.
- 5.11. Het voorgaande betekent dat de klacht ongegrond is.
- 5.12. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende met betrekking tot de in de aankondiging van de opdracht op te nemen CPV-codes.
- 5.12.1. Richtlijn 2004/18/EG en de Aanbestedingswet 2012 bevatten geen bepalingen die voorschrijven op welke wijze in de aankondiging gebruik moet worden gemaakt van de CPV-codering. Wel verplicht artikel 2.62, tweede lid, Aw 2012 de aanbestedende dienst aankondigingen via een formulier op TenderNed op te stellen. Bij het invullen van het formulier in TenderNed zal een CPV-code moeten worden gekozen voor de hoofdpdracht. Anders kan een aankondiging niet worden gepubliceerd. Het is tevens mogelijk om CPV-codes voor bijkomende opdrachten op te nemen in de aankondiging, maar TenderNed dwingt dat niet af.
- 5.12.2. Een doel van de vermelding van CPV-codes in de aankondiging is om het voor ondernemingen uit verschillende lidstaten mogelijk te maken op de hoogte te raken van voor hen relevante opdrachten.
- 5.12.3. De Commissie is van oordeel dat beklagde in het onderhavige geval CPV-codes voor de hardware en communicatiediensten in de aankondiging had mogen opnemen, maar daartoe niet verplicht was. Aanbestedende diensten zijn niet ver-

plicht om elke mogelijke CPV-code in de aankondiging te vermelden. Het is van belang dat die codes worden vermeld die nodig zijn om de (belangrijkste) potentiële gegadigden of inschrijvers op de opdracht te attenderen. Nu de tablets slechts 5% van de waarde van de opdracht betroffen en niet in een afzonderlijk perceel werden aanbesteed, hoefde daarvoor geen CPV-code in de aankondiging te worden opgenomen.

- 5.12.4. Wel dient een aanbestedende dienst de opdracht voldoende duidelijk te omschrijven. De Commissie merkt op dat de onderhavige opdrachtspecificatie erg onduidelijk is wat betreft de eis dat ook de hardware en communicatiediensten moeten worden meegeleverd. Dit staat niet in de aankondiging, noch in de Offerteaanvraag en is slechts vermeld in het Programma van Eisen en het Prijsinvalformulier. Dit had ook in de aankondiging (dan wellicht ook met vermelding van de CPV-code) of ten minste in de Offerteaanvraag in het hoofdstuk betreffende de omschrijving van de opdracht thuis gehoord.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie beveelt beklagde aan om bij de omschrijving van de opdracht in de aankondiging of ten minste in de aanbestedingsstukken alle onderdelen van de opdracht duidelijk te benoemen.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door dhr. P. Jonker die als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 28 april 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid