

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 450

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde is een samenwerkingsverband van een zestal gemeenten. Zij levert namens die gemeenten diensten aan het publiek op het gebied van afvalbeheer en beheer van de openbare ruimte.
- 1.2. Beklaagde heeft op 5 oktober 2017 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten betreffende het uitvoeren van maaiwerkzaamheden in een aantal stadsdelen van één van de in 1.1 hiervoor bedoelde gemeenten. Het ARW 2016 is op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard.
- 1.3. In het Inschrijvingsdocument Europese Aanbesteding Maaibestek (hierna: "Inschrijvingsdocument") van 5 oktober 2017 is onder andere het volgende bepaald:

1.3 Aanleiding en doelstelling van de aanbesteding

Het bestaande contract voor maaiwerkzaamheden loopt af. Dit contract moet opnieuw in de markt worden gezet.

1.4 Beschrijving van de opdracht/ Onderwerp van de aanbesteding

De maaiwerkzaamheden voor de stadsdelen A, B, C en D in [Gemeente Z].

1.5 Omvang en duur van de overeenkomst

1.5.1 Omvang

Maaien gazons, bermen en wadi's, totale oppervlakte ca. 25.000 are

1.5.2 Duur

Looptijd van 1 jaar met een optie van drie maal met 1 jaar verlengen tot uiterlijk 31-12-2021

(...)

1.7 Percelen/inschrijven op een gedeelte van de Opdracht

Deze Opdracht is niet onderverdeeld in percelen. De belangrijkste reden om de opdracht niet onder te verdelen in percelen is om de maatschappelijke waarde en het economische voordeel te vergroten. Aanbestedende dienst hecht grote waarde aan duurzaamheid en wil dit graag bij de inschrijvers stimuleren. In de gunning zijn duurzaamheidscriteria opgenomen welke beter tot hun recht komen wanneer een groter volume aanwezig is.

(...)

2.2 Planning van de Aanbestedingsprocedure

In onderstaande tabel staat de indicatieve planning weergegeven. Hieraan kunnen geen rechten worden ontleend.

Activiteit	Datum/ tijdstip
Verzenden aankondiging van overheidsopdracht en publicatie Aanbestedingsstukken	05-10-2017
Deadline stellen van vragen Nota van Inlichtingen	30-10-2017
Verzending Nota van Inlichtingen	06-11-2017
Sluitingsdatum indienen Inschrijving	21-11-2017, 13.00 uur
(...)	
Ingangsdatum van de overeenkomst	1-1-2018

2.3 Communicatie

Alle communicatie met betrekking tot onderhavige procedure dient te verlopen via het aanbestedingsplatform [naam platform]. Het is niet toegestaan andere medewerk(st)ers van Aanbestedende dienst tijdens de procedure rechtstreeks te benaderen omtrent deze aanbestedingsprocedure, anders dan verwoord in dit document. (...)

2.3.1 Gelegenheid tot vragen stellen

De Aanbestedende dienst neemt uitsluitend vragen in behandeling die [naam platform] zijn gesteld via "Bijlage A Standaardformulier indienen vragen". De vragen dienen uiterlijk conform de gestelde datum in paragraaf 2.2 te zijn gesteld en ontvangen. De Aanbestedende dienst beantwoordt vragen Schriftelijk én geanonimiseerd in de Nota van inlichtingen, op uiterlijk de in paragraaf 2.2 genoemde datum. Deze Nota van Inlichtingen wordt gepubliceerd op [naam platform].

Het Inschrijvingsdocument is met de grootste zorg samengesteld. Indien naar de mening van een Ondernemer het Inschrijvingsdocument, de aanbestedingsprocedure en/of enig ander aanbestedingsdocument een onduidelijkheid, (innerlijke) tegenstrijdigheid, onrechtmatigheid en/of andere onvolkomenheid bevat, dient hij dat (op straffe van rechtsverwerking) uiterlijk voor de deadline voor het stellen van vragen aan de Aanbestedende dienst kenbaar te maken op de wijze beschreven in deze paragraaf.

(...)

2.6 Klachtenprocedure

Alle belanghebbenden kunnen een klacht m.b.t. deze aanbestedingsprocedure indienen bij [Beklaagde]. U dient hierbij gemotiveerd aan te geven op welke onderdelen van de aanbesteding u het niet eens bent.

Een klacht kan per e-mail worden ingediend via (...).

Vragen en/of opmerkingen inzake de aanbestedingsprocedure dient u te stellen volgens paragraaf 2.3.1. Gelegenheid tot het stellen van vragen.

(...)

- 1.4. X is een ondernemer die de onderhavige opdracht heeft willen verwerven.

- 1.5. Klager is een onafhankelijk adviesorgaan op het gebied van aanbestedingen, ingesteld door een aantal brancheverenigingen in de grond-, weg- en waterbouw.
- 1.6. X heeft zich vóór 16 oktober 2017 tot klager gewend met bezwaren ten aanzien van de onderhavige aanbestedingsprocedure.

- 1.7. Klager heeft op 16 oktober 2017 namens X per brief een klacht ingediend bij beklagde. Klager stelt in deze brief onder andere het volgende:

'De door u aanbestede maaiwerkzaamheden in de stadsdelen A, B, C en D waren in het verleden vervat in vier afzonderlijke bestekken. Het betroffen vier afzonderlijke opdrachten. Vervolgens heeft u deze werkzaamheden in twee bestekken aanbesteed en in twee afzonderlijke opdrachten gegund. In de thans aanbestede opdracht heeft u alle opdrachten samengevoegd en de maaiwerkzaamheden in de verschillende stadsdelen in één bestek vervat. Als gevolg van deze samenvoeging heeft u een dusdanig grote opdracht in de markt gezet dat het voor het MKB niet of nauwelijks mogelijk is om deel te nemen aan deze aanbestedingsprocedure. Immers, alleen het grootbedrijf kan een dergelijke hoeveelheid werk verrichten in zo'n kort tijdsbestek. De uitsluiting (door de samenvoeging) van een groot deel van de markt is disproportioneel en regelrecht in strijd met de doelstellingen van de Aw 2012.

Indien sprake is van samenvoeging is de aanbestedende dienst gehouden om deze samenvoeging in de *aanbestedingsstukken* te motiveren (vgl. art. 1.5 lid 2 Aw 2012). Uit deze motivering dient te volgen dat de aanbestedende dienst in ieder geval acht heeft geslagen op de aspecten ex art. 1.5 lid 1 Aw 2012:

(...)

In de Aanbestedingsleidraad heeft u een motivering opgenomen voor het niet opdelen in percelen:

[Klager citeert hier paragraaf 1.7 van het Inschrijvingsdocument, zie 1.3 hiervoor, Commissie]

[Klager] constateert dat in de aanbestedingsstukken een motivering voor de clustering volledig ontbreekt, althans een motivering waaruit blijkt dat u acht heeft geslagen op de bovengenoemde aspecten (...) waaruit zou volgen dat geen sprake is van onnodige samenvoeging. Reeds om deze reden kan geconcludeerd worden dat uw uitvraag strijdig is met het bepaalde in de Aw 2012.

Uw motivering met betrekking tot het niet opdelen in percelen, overtuigt bovendien niet. Niet duidelijk is waarom bij opdeling in percelen sprake zou zijn van minder maatschappelijke waarde en / of economisch voordeel.'

- 1.8. Beklaagde heeft op 9 november 2017 per e-mail op de bij haar ingediende klacht gereageerd. In deze e-mail schrijft zij:

'In de bijlage treft u de reactie op de door u geuite klacht (...).

In een recent gehouden bespreking (...) is gebleken dat firma [X] u verzocht heeft de klacht bij ons onder de aandacht te brengen.

Met de firma [X] werken wij op verschillende terreinen reeds jaren samen. Het betreurt ons zeer dat enig bezwaar dan ook niet in de directe lijn kenbaar en bespreekbaar is gemaakt.

De bestaande relatie laat dit zeker toe. Tijdens de recent gehouden bespreking hebben we begrepen dat de firma [X] aan het kijken is of en zo ja in welk samenwerkingsverband men deel zal nemen aan de aanbesteding. We hopen vanzelfsprekend dat de firma [X] zelfstandig dan wel in combinatie in zal schrijven.

(...)'

- 1.9. De bijlage bij de hiervoor bedoelde e-mail bevat een brief van beklagde die eveneens is gedateerd op 9 november 2017. Daarin schrijft beklagde onder andere:

'U stelt dat de wijze van aanbesteden (één bestek voor de maaiwerkzaamheden in de verschillende stadsdelen van gemeente [Z]) het voor het MKB niet of nauwelijks mogelijk maakt om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure. Deze stellingname onderschrijven wij niet. We zijn namelijk niet op zoek naar één aannemer, maar één aanspreekpunt. We stellen geïnteresseerden in de gelegenheid om gezamenlijk in te schrijven (één hoofdaannemer met één of meerdere onderaannemers). Het MKB hebben we in deze hard nodig en we stimuleren dan ook deelname aan de aanbesteding. Uit een recent gehouden marktconsultatie bemerken wij geen bezwaren van andere partijen. Na intern beraad zien wij dan ook geen aanleiding om de aanbestedingsprocedure aan te passen.'

- 1.10. X heeft niet ingeschreven op de onderhavige opdracht.

2. Beschrijving klacht

Beklaagde handelt in strijd met artikel 1.5 Aw 2012 door opdrachten samen te voegen, zonder daar enige motivering voor te geven, en door vervolgens die samengevoegde opdracht niet in percelen op te delen, zonder daar een voldoende motivering voor te geven.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager wijst er allereerst op dat één van de belangrijkste doelstellingen van de Aw 2012 het vergroten van de toegang van het MKB tot overheidsopdrachten is. In dat kader is in artikel 1.5 Aw 2012 een clusterverbod opgenomen. Een aanbestedende dienst is niet gerechtigd opdrachten onnodig samen te voegen.
- 3.2. Klager stelt vervolgens dat de door beklagde aanbestede maaiwerkzaamheden in de stadsdelen A, B, C en D van de gemeente Z in het verleden waren vervat in vier afzonderlijke bestekken. Het betroffen vier afzonderlijke opdrachten. Vervolgens zijn deze werkzaamheden in twee bestekken aanbesteed en in twee afzonderlijke opdrachten gegund. In de thans aanbestede opdracht heeft beklagde alle opdrachten samengevoegd en de maaiwerkzaamheden in de verschillende stadsdelen in één bestek vervat.
- 3.3. Als gevolg van deze samenvoeging heeft beklagde volgens klager een dusdanig grote opdracht in de markt gezet dat het voor het MKB niet of nauwelijks mogelijk is om deel te nemen aan deze aanbestedingsprocedure. Immers, alleen het grootbedrijf kan een dergelijke hoeveelheid werk verrichten in zo'n kort tijdsbestek. Met haar stelling dat het MKB als onderaannemer zou kunnen acteren, erkent beklagde feitelijk het standpunt van klager, aldus klager. De uitsluiting van een groot deel van de markt als gevolg van de samenvoeging van de opdrachten, is disproportioneel en regelrecht in strijd met de doelstellingen van de Aw 2012.

- 3.4. Indien sprake is van samenvoeging is de aanbestedende dienst op grond van artikel 1.5, tweede lid, Aw 2012 gehouden om deze samenvoeging in de aanbestedingsstukken te motiveren. Uit deze motivering dient te volgen dat de aanbestedende dienst in ieder geval acht heeft geslagen op de in het eerste lid van dat artikel genoemde aspecten.
- 3.5. Klager constateert dat in de aanbestedingsstukken een motivering voor de clustering volledig ontbreekt, althans een motivering waaruit blijkt dat beklagde acht heeft geslagen op de hiervoor bedoelde aspecten en waaruit zou volgen dat geen sprake is van onnodige samenvoeging. Reeds om deze reden kan volgens klager geconcludeerd worden dat de uitvraag van beklagde strijdig is met het bepaalde in de Aanbestedingswet 2012.
- 3.6. Klager acht voorts de motivering die beklagde in paragraaf 1.7 van het Inschrijvingsdocument heeft opgenomen (zie 1.3 hiervoor) voor het niet opdelen van de opdracht in percelen onbegrijpelijk. Niet duidelijk is volgens klager waarom bij opdeling in percelen sprake zou zijn van minder maatschappelijke waarde en/of economisch voordeel. Evenmin is duidelijk waarom de duurzaamheidscriteria, zoals opgenomen in het Inschrijvingsdocument, beter tot hun recht zouden komen wanneer een groter volume (bij één ondernemer) aanwezig zou zijn.
- 3.7. Klager merkt tot slot nog op dat beklagde naar eigen zeggen "recent" een marktconsultatie zou hebben uitgevoerd. Hieruit zou naar voren zijn gekomen dat er geen bezwaren van andere partijen zouden zijn. Klager stelt dat de ondernemer die zich tot haar heeft gewend – X – niet bekend is met een dergelijke marktconsultatie. X is nimmer door beklagde benaderd in het kader van een marktconsultatie. Beklagde heeft bovendien geen bewijs van de betreffende consultatie verstrekt. Ook overigens kan men zich volgens klager afvragen in hoeverre aan de resultaten van een marktconsultatie enige waarde kan worden gehecht wanneer deze is uitgevoerd nadat de aankondiging van de aanbesteding reeds is gedaan. Niet voor niets heeft één van de geïnteresseerde inschrijvers zich tot klager gewend met haar klacht. Bovendien acht klager een dergelijke consultatie tijdens de procedure regelrecht in strijd is met artikel 2.3 van het Inschrijvingsdocument.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklagde wijst in haar reactie op de klacht op het doel van de onderhavige aanbesteding: het selecteren en contracteren van één ondernemer voor de opdracht met een looptijd van één jaar met een optie van driemaal verlenging met één jaar tot uiterlijk 31 december 2021. De reden van de aanbesteding is dat de tijdens de aanbestedingsprocedure bestaande opdrachten aflopen. Die opdrachten betroffen feitelijk één maaibestek dat in twee verschillende percelen (twee opdrachten) is ingedeeld.
- 4.2. Als voorbereiding van onderhavige aanbesteding heeft beklagde een marktconsultatie uitgevoerd. Voor deze marktconsultatie hebben een aantal ondernemingen hun visie kunnen geven op het aan te besteden maaibestek, waaronder ook de onderneming die via de klager een klacht heeft ingediend, X.
- 4.3. Uit deze consultatie is gebleken dat wanneer het maaibestek als één opdracht wordt aanbesteed, er geen nadelige effecten optreden voor de kleine en middelgrote bedrijven in de regio van beklagde. Dit geldt volgens beklagde te meer nu kleine bedrijven, voor zover de opdracht te groot in omvang zou blijken te zijn, kunnen kiezen voor een samenwerking met een of meer partijen.

- 4.4. Beklaagde is van mening dat het aanbesteden van één opdracht geen belemmering is voor MKB-bedrijven om in te schrijven en geen belemmering is voor de marktwerking. De marktwerking zal volgens beklagde juist worden versterkt. Daarnaast levert één opdracht duidelijk efficiëntie en organisatievoordelen op, zowel bij de inschrijver als bij de aanbestedende dienst. Vanuit de marktconsultatie zijn tegen de aanbesteding van het maaibestek als één opdracht geen bezwaren naar voren gekomen.
- 4.5. Beklaagde betwist de stelling dat, als gevolg van de aanbesteding van één opdracht, beklagde een dusdanig grote opdracht in de markt heeft gezet dat het voor het MKB niet of nauwelijks mogelijk is om deel te nemen aan deze aanbestedingsprocedure. Terzijde merkt beklagde op dat het maaibestek aan een regionaal MKB-bedrijf en niet aan een "grootbedrijf" is gegund.
- 4.6. Belangrijk is de overweging van beklagde en de aangesloten aanbestedende diensten dat zij hechten aan duurzaamheid. In de gunning zijn daarom duurzaamheidscriteria opgenomen (zie rubriek 1.7 aanbestedingsleidraad onder 1.3 hiervoor). Beklaagde wijst in dit verband onder meer op het criterium "Verwerken van gemaaid gras". Zij wijst er nogmaals op dat zij het erg belangrijk vindt dat gemaaid gras duurzaam wordt verwerkt. Er zijn 4 categorieën opgegeven:
- Compostproductie;
 - Verwerken voor energieproductie (vergisting) tot gebruik als grondstof;
 - Substraatcompost;
 - Producten hergebruiken of als grondstof voor producten.
- 4.7. Het is beklagde gebleken dat de meeste maatschappelijke waarde en het grootste economische voordeel behaald kan worden door de opdracht niet onder te verdelen in percelen. Buiten het feit dat een grotere opdracht meer mogelijkheden biedt om het maaisel duurzaam te verwerken, levert een grotere opdracht meer economisch voordeel. Er is volgens beklagde dus een grotere stimulans om voor een meer duurzame oplossing te kiezen. Anders gezegd: de opgenomen duurzaamheidscriteria komen beter tot hun recht bij een groter volume.
- 4.8. Tot slot merkt beklagde nog op dat zij in rubriek 1.7 de belangrijkste reden heeft vermeld om de opdracht als één perceel aan te besteden. Hierover zijn vóór de inschrijving, via de daarvoor opengestelde procedure (rubriek 2.3.1), geen vragen gesteld. Gevoeglijk kan worden aangenomen dat de reden dat de opdracht als één perceel werd aanbesteed, als ook de motivatie hiervoor, niet tot bezwaren heeft geleid.
- 4.9. Gelet op het bovenstaande is beklagde van oordeel dat zij terecht is overgegaan tot aanbesteding van de opdracht als één perceel.

5. Aanvullende informatie

- 5.1. De Commissie heeft partijen verzocht informatie toe te sturen – voor zover beschikbaar – die inzicht verschaft in de voorbereiding en de uitkomsten van de door beklagde gehouden marktconsultatie (zie 1.8, 4.2 en 4.3 hiervoor).
- 5.2. Beklaagde heeft de Commissie laten weten dat er geen schriftelijke stukken van de marktconsultatie zijn en dat er enkel gesprekken zijn gevoerd waarvan geen verslagen zijn gemaakt.
- 5.3. Klager heeft de Commissie laten weten – onder verwijzing naar haar onderbouwing van de klacht (zie 3.7 hiervoor) – dat noch zijzelf, noch X, bekend is met de

marktconsultatie. Enig bewijs van deze marktconsultatie is volgens klager nimmer door beklaagde verstrekt. Voor zover al sprake is geweest van een marktconsultatie, lijkt deze volgens klager eerst uitgevoerd te zijn nadat de onderhavige aanbesteding is aangekondigd. Klager stelt dat dit volgt uit de brief van beklaagde van 9 november 2017 waarin beklaagde aangeeft dat de marktconsultatie recent zou zijn uitgevoerd (zie 1.9 hiervoor).

6. Beoordeling

- 6.1. De Commissie stelt vast dat beklaagde op 5 oktober 2017 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten betreffende het uitvoeren van maaiwerkzaamheden in een aantal stadsdelen van de gemeente Z. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012, hoofdstuk 2 van het ARW 2016 en de Gids Proportionaliteit.
- 6.2. De Commissie zal allereerst onderzoeken of klager de klacht tijdig bij beklaagde onder de aandacht heeft gebracht.
 - 6.2.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) 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.
 - 6.2.2. In dit kader heeft beklaagde in paragraaf 2.2 jo. 2.3.1 van het Inschrijvingsdocument bepaald dat een inschrijver, op straffe van rechtsverwerking, eventuele onduidelijkheden, (innerlijke) tegenstrijdigheden, onrechtmatigheden en/of andere onvolkomenheden in onder andere het Inschrijvingsdocument uiterlijk op 30 oktober 2017 aan beklaagde kenbaar moet maken op de wijze beschreven in paragraaf 2.3.1 (zie 1.3 hiervoor).
 - 6.2.3. Beklaagde heeft in haar reactie op de klacht opgemerkt dat vóór de inschrijving geen vragen zijn gesteld – met gebruikmaking van de in paragraaf 2.3.1 voorziene procedure – over de in paragraaf 1.7 van het Inschrijvingsdocument vermelde reden om de opdracht als één perceel aan te besteden (zie 1.3 hiervoor). Beklaagde stelt zich op het standpunt dat daarmee gevoeglijk kan worden aangenomen dat die reden, alsook de motivatie hiervoor, niet tot bezwaren heeft geleid (zie 4.8 hiervoor).
 - 6.2.4. De Commissie kan beklaagde niet volgen in haar standpunt. Zij overweegt in dat verband het volgende.
 - 6.2.5. De Commissie stelt vast dat beklaagde in paragraaf 2.6 van het Inschrijvingsdocument heeft voorzien in een klachtenprocedure (zie 1.3 hiervoor). Daarin is bepaald dat alle belanghebbenden een klacht met betrekking tot de aanbestedingsprocedure kunnen indienen bij beklaagde. Voorts is in paragraaf 2.6 bepaald dat vragen en/of opmerkingen inzake de aanbestedingsprocedure gesteld dienen te worden volgens de in paragraaf 2.3.1 van het Inschrijvingsdocument voorziene procedure.

- 6.2.6. De Commissie is van oordeel dat beklagde er met haar in 6.2.3 hiervoor verwoorde standpunt aan voorbijgaat dat nóch bij klager, nóch bij de door haar vertegenwoordigde X, behoefte bestond aan de beantwoording van vragen over paragraaf 1.7 van het Inschrijvingsdocument. Klager had een klacht over paragraaf 1.7 en zij heeft die klacht vervolgens op 16 oktober 2017 bij beklagde ingediend conform de in par. 2.6 van het Inschrijvingsdocument voorziene klachtenprocedure. Daarmee is voldaan aan de ratio van paragraaf 2.2 jo. 2.3.1 van het Inschrijvingsdocument (zie 6.2.2 hiervoor), in die zin dat klager vóór 30 oktober 2017 een beweerdelijke onrechtmatigheid in het Inschrijvingsdocument aan beklagde kenbaar heeft gemaakt (vergelijk ook Advies 344, overweging 5.4.4).
- 6.3. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht.
- 6.4. De Commissie stelt op basis van de standpunten die partijen hebben ingenomen vast dat tussen hen niet ter discussie staat dat in het onderhavige geval sprake is van een samenvoeging van ten minste twee opdrachten (zie 3.2 en 4.1 hiervoor) en dat beklagde de (samengevoegde) opdracht niet in meerdere percelen heeft opgedeeld (zie 3.6 en 4.1 hiervoor). Wat partijen verdeeld houdt, is de vraag of die samenvoeging "onnodig" is in de zin van artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 en of het opdelen van de aldus samengevoegde opdracht "niet passend" is in de zin van het derde lid van dat artikel.
- 6.5. De Commissie zal bij de behandeling van de klacht het volgende toetsingskader hanteren.
- 6.5.1. Zoals de Commissie eerder heeft geoordeeld (zie onder meer Advies 43 (overwegingen 6.2 t/m 6.4) en Advies 343 (overwegingen 5.2.9-5.2.10)), leest zij 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 een aanbestedende dienst om, alvorens opdrachten samen te voegen, acht te slaan op de volgende aspecten:
- (a) de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB;
 - (b) de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst en de ondernemer; en
 - (c) de mate van samenhang van de opdrachten.
- Van een onnodige samenvoeging zal sprake zijn wanneer de uitvoering van de hiervoor bedoelde instructie door de aanbestedende dienst een resultaat oplevert dat de beslissing tot samenvoegen niet kan 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 (eerste) motiveeringsplicht van artikel 1.5, tweede lid, Aw 2012 – moet onderbouwen.
- 6.5.2. De Commissie leest artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 vervolgens als een gebodsbepaling met betrekking tot het opdelen van de (samengevoegde) opdracht in meerdere percelen. Die bepaling bevat de instructie voor de aanbestedende dienst om, wanneer hij besluit de opdracht niet in percelen op te delen, te motiveren waarom hij dit niet passend acht. Zoals de Commissie eerder heeft geoordeeld, zal de aanbestedende dienst aan deze (tweede) motiveringsplicht kunnen voldoen door bij zijn beslissing om een opdracht niet in percelen op te delen – vanwege de "niet passendheid" daarvan – eveneens acht te slaan op de in artikel 1.5, eerste lid, tweede zin Aw 2012 genoemde aspecten (zie Advies 345, overweging 5.6).

- 6.5.3. De aanbestedende dienst moet zijn hiervoor bedoelde motiveringsplichten in een zo vroeg mogelijk stadium van de aanbestedingsprocedure naleven. In het geval van een niet-openbare procedure doet hij dat in de selectieleidraad, in het geval van een openbare procedure in de inschrijvingsleidraad (Advies 345, overweging 5.7.1).
- 6.5.4. Indien de aanbestedende dienst de hiervoor bedoelde verplichtingen niet dan wel onvoldoende heeft nageleefd, kan hij deze omissie nog repareren in een Nota van Inlichtingen (zie ook Advies 53, overweging 6.1.4). Dat is zelfs nog mogelijk 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 (Advies 345, overweging 5.7.2).
- 6.5.5. 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 zijn beslissing om een (samengevoegde) 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 motiveringsplichten (zie Advies 345, overweging 5.7.3, met verwijzing naar Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.), 22 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1666, rov. 5.8).
- 6.6. De Commissie stelt vast dat beklagde haar beslissing tot samenvoegen niet als zodanig in de aanbestedingsstukken – in het bijzonder het Inschrijvingsdocument – heeft gemotiveerd (zie 3.5 hiervoor). De beslissing die beklagde in paragraaf 1.7 van het Inschrijvingsdocument heeft gemotiveerd, betreft – blijkens de formulering van die paragraaf – immers enkel de beslissing om de (samengevoegde) opdracht niet in percelen op te delen (zie 1.3 hiervoor).
- 6.7. Voor zover klager in haar onderbouwing van de klacht betoogt dat de Commissie de klacht reeds als gegrond dient te beoordelen omdat beklagde enkel een motivering heeft gegeven voor haar beslissing om de opdracht niet in percelen op te delen (zie opnieuw 3.5 hiervoor), kan de Commissie haar daarin niet volgen. Zij overweegt in dit verband het volgende.
 - 6.7.1. De Commissie heeft eerder geoordeeld dat in een geval waarin sprake is van samenvoeging van twee of meer opdrachten – ongeacht of het om gelijksoortige dan wel ongelijksoortige opdrachten gaat – waarbij die aanbestedende dienst enkel en alleen zijn beslissing om de (samengevoegde) opdracht niet in percelen op te delen heeft gemotiveerd, hij zich tevens op die motivering kan beroepen – vooropgesteld dat deze voldoende is – ter onderbouwing van zijn (daaraan voorafgaande) beslissing tot samenvoegen (vergelijk ook Advies 345, overwegingen 5.10, 5.10.2 en 5.10.3). Dat geval doet zich hier dus voor.
 - 6.7.2. De Commissie roept ten overvloede nog het volgende in herinnering. De aanbestedende dienst beschikt eveneens over de in 6.7.1 bedoelde mogelijkheid in het spiegelbeeldige geval waarin hij enkel zijn beslissing tot het samenvoegen van

twee of meer opdrachten heeft gemotiveerd en heeft nagelaten te motiveren waarom het opdelen in meerdere percelen van de aldus (samengevoegde) opdracht niet passend is. Zoals de Commissie eerder heeft geoordeeld, is die mogelijkheid dan echter beperkt tot het geval waarin sprake is van een samenvoeging van verschillende ongelijksoortige opdrachten die tegelijkertijd moeten worden uitgevoerd en de aanbestedende dienst enkel en alleen een motivering voor zijn beslissing tot samenvoegen heeft verstrekt (vergelijk Advies 53 (overweging 6.1.6), Advies 117 (overweging 6.1.9), Advies 125 (overweging 6.11) en Advies 345 (overweging 5.10.1)). De Commissie heeft namelijk tevens geoordeeld dat de aanbestedende dienst die mogelijkheid in het spiegelbeeldige geval niet heeft, althans niet per definitie, wanneer sprake is van een samenvoeging van gelijksoortige opdrachten (zie Advies 53, overweging 6.1.7). In een dergelijk geval kunnen in het licht van de in artikel 1.5, eerste lid, tweede zin Aw 2012 genoemde aspecten weliswaar goede redenen bestaan om de verschillende gelijksoortige opdrachten niet door evenzovele afzonderlijke aanbestedingsprocedures in de markt te zetten en in plaats daarvan over te gaan tot het samenvoegen van die opdrachten tot één opdracht in één aanbestedingsprocedure, maar daarmee is nog niet gezegd dat er vervolgens geen (andere) goede redenen zouden kunnen bestaan – opnieuw: in het licht van de in artikel 1.5, eerste lid, tweede zin Aw 2012 genoemde aspecten – om binnen die ene aanbestedingsprocedure de samengevoegde opdracht in meerdere percelen op te delen (vergelijk ook het antwoord van de Minister, Handelingen II 2011/12, 49, item 4, p. 12). De naleving van de (tweede) motiveringsplicht van art. 1.5, derde lid, Aw 2012 – in aanvulling op de naleving van de (eerste) motiveringplicht van art. 1.5, eerste lid, tweede zin Aw 2012 – heeft in dat geval tot doel die (andere) goede redenen inzichtelijk te maken.

- 6.8. Daarmee komt de Commissie toe aan de beantwoording van de vraag of beklagde in paragraaf 1.7 van het Inschrijvingsdocument een motivering heeft verstrekt die haar beslissing om noch gevolg te geven aan het verbod tot samenvoeging, noch aan het splitsingsgebod van artikel 1.5 Aw 2012, gelet op de in artikel 1.5, eerste lid, tweede zin Aw 2012 genoemde aspecten (zie 6.5.2 hiervoor), voldoende kan dragen. De Commissie slaat daarbij mede acht op hetgeen beklagde in de onderhavige klachtprocedure in haar reactie op de klacht heeft aangevoerd.
- 6.9. De Commissie is van oordeel dat uit paragraaf 1.7 van het Inschrijvingsdocument, gelezen in samenhang met de reactie van beklagde op de klacht, onvoldoende blijkt dat beklagde voldoende acht heeft geslagen op de in artikel 1.5, eerste lid, tweede zin Aw 2012 genoemde aspecten. Ter onderbouwing van dit oordeel overweegt de Commissie het volgende.
 - 6.9.1. Beklaagde heeft in paragraaf 1.7 van het Inschrijvingsdocument aangegeven wat voor haar de belangrijkste reden is geweest om de opdracht niet in percelen op te delen. Die beslissing vindt haar grond in de wens van beklagde "om de maatschappelijke waarde en het economische voordeel te vergroten". Beklaagde hecht "grote waarde aan duurzaamheid en wil dit graag bij de inschrijvers stimuleren". Om die reden heeft zij in de beoordelings- en gunningssystematiek duurzaamheidscriteria opgenomen die volgens haar "beter tot hun recht komen wanneer een groter volume aanwezig is". In haar reactie op de klacht borduurt beklagde in andere bewoordingen op deze redenering voort (zie 4.6 en 4.7 hiervoor).
 - 6.9.2. Nog daargelaten dat beklagde haar redenering – namelijk: dat zij via het volume van de opdracht beoogt te sturen op het verwezenlijken van doelstellingen van duurzaamheid – onvoldoende heeft onderbouwd, houdt die redenering naar het oordeel van de Commissie ook overigens geen verband met de in artikel 1.5, eerste lid, tweede zin Aw 2012 genoemde aspecten.

- 6.9.3. In haar reactie op de klacht heeft beklagde vervolgens een aantal feiten en omstandigheden aangevoerd, waarmee zij blijkbaar beoogt de stelling te onderbouwen dat zij zich bij haar beslissingen om de opdrachten samen te voegen en de (samengevoegde) opdracht vervolgens niet in percelen op te delen voldoende rekenschap heeft gegeven van het in artikel 1.5, eerste lid, sub a, Aw 2012 genoemde aspect van "de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging [*de Commissie leest hier tevens: "de invloed van het niet in percelen opdelen van de opdracht"*] op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB". In dat kader wijst beklagde er op:
- dat zij ter voorbereiding op de onderhavige aanbesteding een marktconsultatie heeft uitgevoerd, waar ook de door klager vertegenwoordigde X voor zou zijn benaderd (zie 4.2 hiervoor);
 - dat haar in het kader van die marktconsultatie niet is gebleken van nadelige effecten wat betreft de toegang tot de opdracht voor het MKB in de regio van beklagde en dat de opdracht ook overigens niet dusdanig groot is dat het voor het MKB niet of nauwelijks mogelijk zou zijn om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure. (zie 4.3, 4.4 en 4.5 hiervoor);
 - dat kleine bedrijven, voor zover de opdracht te groot in omvang zou blijken te zijn, kunnen kiezen voor een samenwerking met een of meer partijen (zie 4.3 hiervoor);
 - dat het aanbesteden van de maaibestekken als één opdracht de marktwerking juist zal versterken (zie 4.4 hiervoor); en
 - dat de onderhavige opdracht aan een regionaal MKB-bedrijf en niet aan een "grootbedrijf" is gegund (zie 4.5 hiervoor).
- 6.9.4. De Commissie plaatst de volgende kanttekeningen bij de voorgaande door beklagde aangevoerde feiten en omstandigheden.
- 6.9.5. Beklagde heeft de Commissie desgevraagd geen schriftelijke stukken weten te verschaffen die inzicht zouden kunnen geven in de voorbereiding en de uitkomsten van de door beklagde gehouden marktconsultatie (zie 5.1 en 5.2 hiervoor). Dat beklagde ter voorbereiding op de onderhavige aanbesteding ook X voor die marktconsultatie zou hebben benaderd, wordt namens X bovendien uitdrukkelijk door klager betwist (zie 5.3 hiervoor).
- 6.9.6. Het voorgaande leidt er vervolgens toe dat de Commissie niet kan beoordelen of beklagde op grond van de door haar gehouden marktconsultatie terecht kon aannemen dat haar niet was gebleken van nadelige effecten wat betreft de toegang tot de opdracht voor het MKB. De Commissie merkt ook overigens op dat beklagde zich in dit verband – mede gelet op het feit dat het hier een Europese openbare procedure betreft – niet tevreden kon stellen met de vaststelling dat haar van dergelijke nadelige effecten niet was gebleken in de regio van beklagde.
- 6.9.7. De stelling van beklagde dat de opdracht niet dusdanig groot is dat het voor het MKB niet of nauwelijks mogelijk zou zijn om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure gaat naar het oordeel van de Commissie voorbij aan het volgende. Een aanbestedende dienst kan zich in het kader van de belangenafweging die voorafgaat aan zijn beslissing tot samenvoegen, alsmede aan zijn beslissing de (samengevoegde) opdracht niet in percelen op te delen, niet beperken tot het geval dat die beslissing er mogelijk toe leidt dat het MKB in het geheel niet of nauwelijks toegang tot de opdracht heeft. Het verbod van artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012, alsmede het gebod van het derde lid van dat artikel, heeft immers een ruimere strekking. De Toelichting op de Gids Proportionaliteit bepaalt in dit verband op blz. 20:

'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.'

En op blz. 22:

'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.'

En op blz. 23:

'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.'

- 6.9.8. De stelling van beklagde dat kleine ondernemingen, voor wie de opdracht mogelijk te groot in omvang zou zijn, zouden kunnen kiezen voor samenwerking met een of meer andere partijen, gaat naar het oordeel van de Commissie voorbij aan het volgende. Een onderneming zal met het oog op deelname aan een aanbestedingsprocedure in de regel de samenwerking met een of meer andere ondernemingen zoeken wanneer zij niet dan wel onvoldoende beschikt over alle voor de opdracht benodigde competenties. Die situatie kan zich met name voordoen bij de aanbesteding van een opdracht die bestaat uit een samenvoeging van twee of meer ongelijksoortige opdrachten. In het onderhavige geval is daarvan echter geen sprake, aangezien de samenvoeging immers twee gelijksoortige opdrachten betreft (zie 6.7 hiervoor).
- 6.9.9. De Commissie kan beklagde evenmin volgen in haar stelling dat het aanbesteden van de maaibestekken als één opdracht de marktwerking juist zal versterken. Het ligt immers eerder voor de hand dat naarmate het totaal aan uit te voeren werkzaamheden hetzij als twee of meer afzonderlijke opdrachten (door middel van evenzovele aanbestedingsprocedures), hetzij als afzonderlijke percelen (door middel van één aanbestedingsprocedure) in de markt wordt gezet, de toegang tot de opdracht voor het MKB zal worden vergroot met als gevolg dat meer marktpartijen toegang tot de opdracht krijgen.
- 6.9.10. In haar reactie op de klacht heeft beklagde tot slot nog naar voren gebracht dat één opdracht duidelijk efficiëntie en organisatievoordelen oplevert, zowel bij de inschrijver als bij de aanbestedende dienst (zie 4.4 hiervoor). Daarmee beoogt beklagde blijkbaar de stelling te onderbouwen dat zij zich bij haar beslissing om de opdracht niet in percelen op te delen voldoende rekenschap heeft gegeven van het in artikel 1.5, eerste lid, sub b, Aw 2012 genoemde aspect van "de orga-

nisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht [*de Commissie leest hier tevens: "de invloed van het niet in percelen opdelen van de opdracht"*] voor de aanbestedende dienst (...) en de ondernemer". De door beklagde aangevoerde stelling is naar het oordeel van de Commissie te algemeen van aard. Beklaagde heeft ook overigens niet inzichtelijk maakt waar die voordelen concreet uit zouden bestaan.

- 6.9.11. De Commissie stelt vast dat beklagde noch in het Inschrijvingsdocument, noch in haar reactie op de klacht is ingegaan op het in artikel 1.5, eerste lid, sub c, Aw 2012 genoemde aspect van "de mate van samenhang van de opdrachten [*de Commissie leest hier tevens: "de mate van samenhang van de percelen waarin de opdracht zou kunnen worden opgedeeld"*]".
- 6.10. De Commissie is alles afwegende van oordeel dat het haar onvoldoende is gebleken dat beklagde op alle in artikel 1.5, eerste lid, tweede zin, Aw 2012 genoemde aspecten voldoende acht heeft geslagen. In het verlengde daarvan is de Commissie van oordeel dat beklagde haar motiveringsplichten van artikel 1.5, tweede en derde lid, Aw 2012 onvoldoende heeft nageleefd. De consequentie daarvan is dat niet kan worden beoordeeld of beklagde terecht tot de beslissing is gekomen dat samenvoeging van de opdrachten niet onnodig, respectievelijk dat het opdelen van de (samengevoegde) opdracht in percelen niet passend is. Dat heeft tot gevolg dat niet is aangetoond dat de verbodsbepaling van artikel 1.5 eerste lid Aw 2012, eerste volzin, respectievelijk de gebodsbepaling van artikel 1.5 derde lid Aw 2012 door beklagde is nageleefd. Dat beklagde de onderhavige opdracht uiteindelijk aan een regionaal MKB-bedrijf en niet aan een "grootbedrijf" heeft gegund (zie 6.9.3 in fine hiervoor), doet aan het voorgaande niet af.
- 6.11. Het voorgaande betekent dat de klacht gegrond is.
- 6.12. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.
 - 6.12.1. Nadat klager op 16 oktober 2017 namens X een klacht bij beklagde had ingediend, heeft beklagde op 9 november 2017 per e-mail op die klacht gereageerd. In die e-mail schrijft beklagde onder andere dat zij het, gelet op de jarenlange samenwerking met X, zeer betreurt dat X haar bezwaar niet "in de directe lijn" kenbaar en bespreekbaar heeft gemaakt, aangezien de bestaande relatie dit volgens beklagde zeker zou hebben toegelaten (zie 1.8 hiervoor).
 - 6.12.2. De Commissie merkt op dat beklagde er met deze reactie aan voorbijgaat dat zij het in paragraaf 2.3 van haar Inschrijvingsdocument heeft verboden dat potentiële inschrijvers tijdens de aanbestedingsprocedure (medewerkers van) beklagde rechtstreeks benaderen op een ander wijze dan verwoord in het Inschrijvingsdocument (zie 1.3 hiervoor). In dat licht bezien is de Commissie van oordeel dat beklagde het klager niet euvel kan duiden dat zij zich genoodzaakt zag om voor het kenbaar maken van haar bezwaren gebruik te maken van een door beklagde zelf in het Inschrijvingsdocument voorziene klachtenprocedure.

7. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 28 februari 2018

w.g.:

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid