

Advies 571 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht voor sociale en andere specifieke diensten, zijnde postdiensten. De aanbesteding wordt uitgevoerd ten behoeve van een groot aantal deelnemende organisaties. De ondernemer klaagt over de schending van het verbod van artikel 1.5, lid 1, Aw 2012 om opdrachten onnodig samen te voegen, schending van de motiveringsplicht van artikel 1.5, lid 2, Aw 2012 en schending van het splitsingsgebod van artikel 1.5, lid 3, Aw 2012.

Naar het oordeel van de Commissie heeft de ondernemer voldoende proactief gehandeld door – weliswaar na de uiterste termijn voor het stellen van vragen – ruim vóór de uiterste datum voor indiening van de verzoeken tot deelneming zijn bezwaren bij de aanbesteder kenbaar te maken.

Aangezien de klacht naar het oordeel van de Commissie inhoudelijk ongegrond is, laat de Commissie in het midden of ondernemer, die mogelijk geen geregistreerd postbedrijf is, voor gunning in aanmerking komt. Veronderstellenderwijs gaat de Commissie ervan uit dat de ondernemer voldoende belang heeft bij zijn klacht.

Inhoudelijk staat tussen partijen niet ter discussie dat in het onderhavige geval sprake is van samenvoeging van gelijksoortige opdrachten. De te beantwoorden vraag is of deze samenvoeging “onnodig” is in de zin van artikel 1.5, lid 1, Aw 2012 en of het opdelen in percelen van de aldus samengevoegde opdracht “niet passend” is in de zin van lid 3 van dit artikel. Evenmin staat ter discussie dat de aanbesteder zijn beslissing om de gelijksoortige opdrachten samen te voegen heeft gemotiveerd. Wat tussen partijen ter discussie staat, is of die motivering voldoende is.

De Commissie is, alles afwegende, van oordeel dat de aanbesteder zijn beslissing om de opdrachten samen te voegen voldoende heeft gemotiveerd. In dat kader weegt voor de Commissie zwaar dat de samenvoeging van de gelijksoortige opdrachten van de deelnemende organisaties in dit concrete geval geen invloed heeft op de toegang tot de opdracht door MKB-bedrijven. MKB-bedrijven zouden immers ook geen toegang hebben tot de afzonderlijke opdrachten van de deelnemende organisaties. Dat betekent dat er naar het oordeel van de Commissie geen sprake is van “onnodige samenvoeging” van opdrachten in de zin van artikel 1.5, lid 1, Aw 2012.

Vervolgens is het de vraag of de samengevoegde opdracht in strijd met artikel 1.5, lid 3, Aw 2012 ten onrechte niet in percelen is verdeeld. Zoals de Commissie reeds eerder heeft geoordeeld, kan een aanbestedende dienst aan zijn in artikel 1.5, lid 3, Aw 2012 genoemde motiveringsplicht 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, lid 1, Aw 2012 genoemde aspecten. Nu de Commissie heeft geoordeeld dat de aanbesteder de samenvoeging van de opdrachten voldoende heeft gemotiveerd in de zin van artikel 1.5, lid 1, Aw 2012, heeft de aanbesteder daarmee eveneens aan zijn motiveringsplicht van artikel 1.5, lid 3, Aw 2012 voldaan. Dit geldt naar het oordeel van de Commissie ook voor een geval als het onderhavige waarbij gelijksoortige opdrachten van verschillende aanbestedende diensten worden samengevoegd. Daarmee is de klacht naar het oordeel van de Commissie ongegrond.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 571

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 3 januari 2020 een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor sociale en andere specifieke diensten, zijnde postdiensten. De aanbestedingsprocedure wordt uitgevoerd ten behoeve van een groot aantal deelnemende organisaties.
- 1.2. In de Aankondiging op TenderNed is, onder meer, het volgende bepaald:

II.1.4) Korte beschrijving

De opdracht betreft het leveren van onderstaande postdienstverlening ten behoeve van de

Deelnemende diensten:

- Het collecteren, sorteren en bezorgen van uitgaande zakelijke post met een binnen- of buitenlandse bestemming. Deze post wordt verzonden vanuit Nederland.

- Het afhandelen van retourpost en inkomende post gericht aan postbus- en antwoordnummers die gebracht moet worden naar (kantoor)locaties van een deelnemende dienst binnen Nederland. Deze post kan afkomstig zijn uit binnen- en buitenland.

II.1.5) Geraamde totale waarde

Waarde zonder btw: 402 000 000,00 Munt: EUR

II.1.6) Inlichtingen over percelen

Verdeling in percelen: neen

(...)

II.2.4) Beschrijving van de aanbesteding:

(aard en omvang van de werken, leveringen of diensten, of vermelding van de behoeften en vereisten)

De waarde van de opdracht wordt geraamd op €67 miljoen per contractjaar. De geraamde waarde van de opdracht inclusief verlengingsopties bedraagt daarmee €402 miljoen euro voor zes jaar. De hiervoor genoemde raming kan door onzekere factoren, zoals digitalisering en de snelheid van invoering hiervan, hoger of lager uitvallen. De Aanbestedende dienst hanteert daarom een maximale waarde van de Overeenkomst van €440 miljoen, zoals in de aanbestedingsstukken is uitgewerkt.

II.2.6) Geraamde waarde

Waarde zonder btw: 402 000 000,00 Munt: EUR

II.2.7) Looptijd van de opdracht of van de raamovereenkomst

Aanvang: 01/07/2020

Einde: 30/06/2026

(...)'

1.3. In de Selectieleidraad van 3 januari 2020 is, onder meer, het volgende bepaald:

1 Inleiding

Voor u ligt de Selectieleidraad behorend bij de aanbestedingsprocedure Postdiensten ten behoeve van de Rijksoverheid.

De Aanbestedende dienst heeft ervoor gekozen om een aanbestedingsprocedure voor sociale en andere specifieke diensten te doorlopen om op deze wijze te komen tot een Overeenkomst voor het leveren van Postdiensten aan de Deelnemende diensten zoals gespecificeerd in Bijlage 6.

De aanbestedingsprocedure verloopt in twee fases:

- Selectiefase

Iedere geïnteresseerde ondernemer kan zich als Gegadigde aanmelden. Deze Selectieleidraad beoogt geïnteresseerde partijen een goed beeld te geven van de opdracht en de aanbestedingsprocedure, zodat zij een Verzoek tot deelneming kunnen indienen conform de voorwaarden en eisen van de Aanbestedende dienst. De Aanbestedende dienst laat maximaal drie Gegadigden door naar de tweede fase - de Gunningsfase.

- Gunningsfase

In deze fase worden de geselecteerde Gegadigden uitgenodigd tot het doen van een Inschrijving conform de beschreven voorwaarden, eisen en wensen van de Aanbestedende dienst zoals opgenomen in de Gunningsleidraad. Verduidelijkingsgesprekken met (potentiële) Inschrijvers maken deel uit van de Gunningsfase.



Figuur 1. Schematische weergave aanbestedingsprocedure.

Deze Selectieleidraad richt zich alleen op de Selectiefase. Een verdere, meer definitieve, uitwerking van voorwaarden, eisen en wensen wordt in de tweede fase met de geselecteerde Gegadigden gedeeld middels de Gunningsleidraad. Selectie geschiedt op basis van het Verzoek tot deelneming, gunning geschiedt op basis van de Inschrijving.

De Aanbestedende dienst nodigt u uit om een Verzoek tot deelneming in te dienen voor deze Aanbesteding. In deze Selectieleidraad leest u alle informatie die u hiervoor nodig heeft.

1.1 Doel van de aanbestedingsprocedure

Het doel van de aanbestedingsprocedure is het sluiten van één (1) Overeenkomst met één (1) Opdrachtnemer voor het leveren van Postdiensten aan de Deelnemende diensten voor een periode van vier (4) kalenderjaren met twee opties tot verlenging met één (1) kalenderjaar.

De intentie is om de Overeenkomst op 1 juli 2020 van kracht te laten worden, met uitzondering van buitenlandse post.

(...)

1.3 Deelnemende diensten

De aanbesteding wordt uitgevoerd ten behoeve van de in Bijlage 6 opgenomen Deelnemende diensten, onder andere bestaande uit [een aantal aanbestedende diensten] die verklaren deel te nemen aan deze aanbesteding. De Deelnemende diensten geven hiertoe een volmacht af. De participatie van de Deelnemende diensten is niet vrijblijvend. In geval van een behoefte aan postdienstverlening vallend onder de Overeenkomst wordt verplicht gebruik gemaakt van de Overeenkomst met de Opdrachtnemer. Er wordt niet buiten de Overeenkomst om bij derden afgenomen, tenzij anders vermeld in deze Selectieleidraad.

De lijst van Deelnemende diensten kan worden aangepast ten gevolge van wijzigingen in de organisatiestructuur van/binnen de Rijksoverheid en wijzigingen in verband met reorganisaties tussen of binnen de betrokken Deelnemende diensten.

(...)

2 Opdrachtomschrijving

In dit hoofdstuk is de omschrijving van de opdracht opgenomen.

Let op: Gegevens met betrekking tot de omvang van de opdracht zijn een indicatie. Aan deze gegevens kunt u geen rechten ontleen. In de Gunningsleidraad wordt de opdracht nader omschreven.

De opdracht betreft het leveren van onderstaande postdienstverlening ten behoeve van de Deelnemende diensten:

- Het collecteren, sorteren en bezorgen van uitgaande zakelijke post met een binnen- of buitenlandse bestemming. Deze post wordt verzonden vanuit Nederland.
- Het afhandelen van retourpost en inkomende post gericht aan postbus- en antwoordnummers die gebracht moet worden naar (kantoor)locaties van een deelnemende dienst binnen Nederland. Deze post kan afkomstig zijn uit binnen- en buitenland.

(...)

2.2 Scope van de opdracht

In deze paragraaf is een niet-uitputtende uitwerking van de in paragraaf 2.1 genoemde dienstverlening opgenomen.

Dienst / product (verbruik)	Bestemming	Servicekaders
Brief gemengd	Nederland	Tijdkritisch Niet-tijdkritisch
	Buitenland	Priority Non-priority
Brief klein (C5)	Nederland	Tijdkritisch Niet-tijdkritisch Next-week
	Buitenland - Europa - Rest of the World	Priority Non-priority
Brief groot (C4)	Nederland	Tijdkritisch Niet-tijdkritisch Next-week
	Buitenland - Europa - Rest of the World	Priority Non-priority
Brief bijzonder / speciaal	Nederland	Tijdkritisch Niet-tijdkritisch Next-week
	Buitenland - Europa - Rest of the World	Priority Non-priority
Brief aangetekend verzekerd tot € 50	Nederland	Tijdkritisch
	Buitenland - Europa - Rest of the World	Priority
Brief aangetekend verzekerd tot € 500	Nederland	Tijdkritisch
	Buitenland Europa Rest of the World	Priority
Brief met legitimatie voor ontvangst	Nederland	Tijdkritisch
Brief met track & trace	Nederland	Tijdkritisch
Brievenbuspakje	Nederland	Tijdkritisch Niet-tijdkritisch

Brievenbuspakje met track & trace	Nederland	Tijdkritisch
Antwoordnummer ontvangsten (verbruik)	Nederland	
	Buitenland Europa Rest of the World	
Antwoordnummer (vaste kosten)		
Postbus (vaste kosten)		
Brievenbus (bruik-leen)		
Frankeermachine abonnement		
Doorzendservice		

De genoemde Postdiensten worden (voor zover van toepassing) geacht inclusief haal- en brengservice en benodigde hulpmiddelen (zoals het gebruik van bakken en rolcontainers) te zijn.

Tijdens de aanbestedingsprocedure en/of tijdens uitvoering van de Overeenkomst kunnen er binnen de opdrachtomschrijving in paragraaf 2.2 diensten en producten worden toegevoegd of verwijderd, bijvoorbeeld als gevolg van het uitgangspunt 'Innovatief en transitiegericht' zoals opgenomen in paragraaf 2.1.

(...)

2.2.2 Niet tot de opdracht behorende diensten en producten

Voor de goede orde wordt hierbij vermeld dat de volgende diensten en producten buiten de scope van deze aanbesteding vallen:

- koeriersdiensten;
- transportdiensten;
- pakketdiensten, voor zover deze geen brievenbuspakjes betreffen;
- beveiligde distributie;
- gerechtelijke brieven (inbesteed via (...)).

2.3 Omvang van de Opdracht

Let op: *Gegevens met betrekking tot de omvang van de opdracht zijn een indicatie. Aan deze gegevens kunt u geen rechten ontleen.*

De opdracht omvat dienstverlening voor circa 91 Deelnemende diensten die gebruik maken van Postdiensten onder de regie van de categorie Logistiek. Dit gaat onder andere om [een aantal aanbestedende diensten]. Deze organisaties zijn verdeeld over ongeveer 570 locaties verspreid over Nederland.

De volledige lijst met deelnemende organisaties voor deze aanbesteding vindt u in Bijlage 6.

Deelnemende diensten kunnen op operationeel niveau aanvullende organisatie specifieke werkafspraken maken met de Opdrachtnemer, bijvoorbeeld over tijdstippen waarop post gehaald dan wel gebracht wordt. De Overeenkomst blijft onverkort van kracht.

2.3.1 Volume

In 2018 was er sprake van een volume van circa 230 miljoen poststukken per jaar. Grootverbruikers binnen dit volume zijn:

- [Aanbestedende dienst A] (ca. 130 miljoen stuks per jaar)
- [Aanbestedende dienst B] (ca. 16,5 miljoen stuks per jaar)
- [Aanbestedende dienst C] (ca. 15 miljoen stuks per jaar)
- [Aanbestedende dienst D] (ca. 13 miljoen stuks per jaar)
- [Aanbestedende dienst E] (ca. 12,5 miljoen stuks per jaar)

Op basis van gegevens van 2016-2018 wordt een gematigde volumedaling verwacht. Waar in 2017 sprake was van een volumedaling van iets meer dan 2%, bleef het volume in 2018 nagenoeg gelijk aan het volume van 2017. De werkelijke volumeontwikkeling tijdens de looptijd van de Overeenkomst is moeilijk te voorspellen, bijvoorbeeld door de invloed van digitalisering.

2.3.2 Geraamde financiële waarde

De waarde van de opdracht wordt geraamd op €67 miljoen per contractjaar. De geraamde waarde van de opdracht inclusief verlengingsopties bedraagt daarmee €402 miljoen euro voor zes jaar. De hiervoor genoemde raming kan door onzekere factoren, zoals digitalisering en de snelheid van invoering hiervan, hoger of lager uitvallen. De Aanbestedende dienst hanteert daarom een maximale waarde van de Overeenkomst zoals hierna uitgewerkt.

De maximale waarde van de Overeenkomst bedraagt €440 miljoen. De Overeenkomst kan door Opdrachtgever worden opgezegd met een opzegtermijn van één (1) maand indien de maximale hoeveelheid is bereikt of deze door een eerstvolgende opdrachtverstrekking kan worden overschreden, zonder dat daardoor enig recht op schadevergoeding ontstaat.

2.3.3 Gelijksortige opdrachten

De gelijksoortige opdrachten worden niet opgedeeld in percelen, omdat de opdracht een logisch samenhangend onlosmakelijk met elkaar verbonden geheel vormt.

2.3.4 Motivering voor gezamenlijk aanbesteden

Op grond van artikel 1.5 van de Aanbestedingswet 2012 motiveert de Aanbestedende dienst de samenvoeging van de opdracht tot het verzorgen van Postdiensten voor verschillende Aanbestedende diensten als volgt:

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

Het samenvoegen van gelijksoortige opdrachten van de deelnemende Aanbestedende diensten is niet van invloed op de toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf, vanwege het ontbreken van een landelijk dekkend netwerk en de sorteercapaciteit om het postvolume van de Deelnemende diensten te collecteren en bezorgen. De zakelijke postmarkt bestaat uit één grote speler en kleinere, regionale, (sociale werk-)bedrijven. Zij kunnen, indien zij voldoen aan de voorwaarden voor toegang, gebruik maken van de sorteercapaciteit en het netwerk van deze speler voor landelijke bezorging. Eén van deze voorwaarden is het voldoen aan het minimumpercentage (op dit moment 30%) post dat een postbedrijf zelfstandig dient te bezorgen. Gezien de landelijke spreiding van bezorging en het

significante volume post binnen deze opdracht is de verwachting dat geen van de partijen het minimumpercentage kan halen. Dit betekent dat er voor deze partijen (voor deze opdracht) feitelijk geen toegang is tot het landelijke bezorgnetwerk – en dat zij de opdracht niet kunnen uitvoeren.

De Aanbestedende dienst heeft er gezien het voorgaande, en in lijn met haar uitgangspunt 'sociaal en duurzaam' voor deze aanbesteding en het marktaandeel (4%) van (kleinere, regionale) sociale ondernemingen, wel voor gekozen om als voorwaarde op te nemen dat een deel van de door de Deelnemende diensten verzonden binnenlandse post bezorgd dient te worden door (kleinere, regionale) sociale ondernemingen. Dit wordt nader uitgewerkt in de Gunningsleidraad.

b) De organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging

De samenvoeging van de opdrachten geeft voor alle betrokkenen meer uniformiteit, synergie, transparantie in bedrijfsvoering en contractmanagement en voorkomt onnodige administratieve lasten en risico op fouten door individuele aanbestedingsprocedures voor steeds dezelfde diensten. Daarnaast zou het nu opsplitsen van reeds samengevoegde opdrachten een onevenredig zware belasting op de bedrijfsvoering veroorzaken bij opdrachtgever. De personele bezetting is hiervoor niet meer beschikbaar en ook de eerder genoemde efficiëncyslag en besparingen voor de marktpartijen, o.b.v. een single-point of contact en single-point of facturatie gaan dan verloren.

Zowel vanuit praktisch-, organisatorisch- als bedrijfsvoeringperspectief is het voor zowel de Aanbestedende diensten als de marktpartijen gewenst de gelijksoortige opdrachten van verschillende Deelnemende diensten uit de Rijksoverheid daarom samen te voegen in één aanbesteding.

c) Mate van samenhang van de opdrachten

Het kabinetsbeleid is dat onderdelen van het Rijk, zoals ZBO's en RWT's, aansluiten op de Rijksbrede bedrijfsvoering en architectuur. Het doel van categoriemanagement is daarnaast het harmoniseren van werkwijzen, bedrijfsprocessen en prijsvoordelen door efficiency. Post wordt door de Deelnemende diensten op eenzelfde wijze voortgebracht, verwerkt, gereed gemaakt en aangeboden voor verzending (al dan niet in dezelfde postkamer van een Rijksverzamelkantoor). Deze post wordt in een minimaal aantal contactmomenten gehaald en/of gebracht en door het postbedrijf middels een aansluitend proces gecollecteerd, gesorteerd en bezorgd. Eén contractpartij is noodzakelijk voor een efficiënte en duurzame operatie. Het contractmanagement vindt centraal gecoördineerd plaats en er is één uniform kader en één uniforme managementrapportage. Deze gezamenlijke rapportage geeft de Rijksoverheid noodzakelijke informatie en inzicht in de Rijksbrede bedrijfsvoering. Deze samenhang is mede op basis van eerdere gezamenlijke aanbestedingen optimaal vormgegeven.

(...)

3 Uitsluitingsgronden & geschiktheidseisen

(...)

3.2 Geschiktheidseisen

Op deze aanbesteding zijn Geschiktheidseisen van toepassing als onderdeel van de Selectiefase. Geschiktheidseisen worden gesteld om te kunnen bepalen of u in staat bent om de opdracht uit te voeren. Niet voldoen aan deze Geschiktheidseisen leidt tot uitsluiting van de procedure (art. 2.90 t/m 2.97, Aanbestedingswet 2012).

(...)

3.2.2 Technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid

Gegadigde dient aantoonbaar over de volgende kerncompetenties te beschikken:

1. Het aantoonbaar kunnen collecteren, sorteren en bezorgen van kleine en grote hoeveelheden uitgaande zakelijke post met een binnen- of buitenlandse bestemming. Deze post wordt verzonden vanuit heel Nederland;
2. Het aantoonbaar kunnen afhandelen van retourpost en inkomende post gericht aan postbus- en antwoordnummers die gebracht moet worden naar (kantoor)locaties van één of meerdere opdrachtgevers binnen heel Nederland. Deze post is afkomstig uit binnen- en buitenland;
3. Het kunnen bedienen van een groot aantal verschillende opdrachtgevers van verschillende omvang;
4. Het kunnen afhandelen van een (zeer) groot postvolume.

De kerncompetenties worden [hierna] verder uitgewerkt.

Geschiktheidseis 1

De opdracht omvat onder meer het collecteren, sorteren en bezorgen van kleine en grote hoeveelheden uitgaande zakelijke post met een binnen- of buitenlandse bestemming. Deze post wordt verzonden vanuit heel Nederland. De Aanbestedende dienst acht de onderstaand geformuleerde kerncompetentie daarom benodigd voor de uitvoering van de te aanbesteden opdracht.

Kerncompetentie:

Het aantoonbaar kunnen collecteren, sorteren en bezorgen van kleine en grote hoeveelheden uitgaande zakelijke post met een binnen- of buitenlandse bestemming. Deze post wordt verzonden vanuit heel Nederland.

De Aanbestedende dienst verstaat onder deze kerncompetentie;

- Het kunnen collecteren, sorteren en bezorgen van alle in paragraaf 2. 2 genoemde postdiensten en –producten in wisselende hoeveelheden (variërend van 1 stuk tot meer dan 100.000 stuks per aanlevermoment);
- Het met landelijke dekking kunnen collecteren van voornoemde post;
- Het al dan niet machinaal kunnen sorteren van voornoemde post;
- Het met landelijke en wereldwijde dekking kunnen bezorgen van voornoemde post binnen de servicekaders zoals genoemd in paragraaf 2.2.1 .

Bewijsstukken:

U dient bij uw Verzoek tot deelneming Bijlage 4 in te vullen en te ondertekenen. Daarnaast toont u uw bekwaamheid aan met eventuele aanvullende bewijsmiddelen, zoals omschreven in paragraaf 3.3.1

Geschiktheidseis 2

De opdracht omvat onder meer het afhandelen van retourpost en inkomende post gericht aan postbus- en antwoordnummers die gebracht moet worden naar (kantoor)locaties van meerdere opdrachtgevers binnen heel Nederland. Deze post is afkomstig uit binnen- en buitenland. De Aanbestedende dienst acht de onderstaand geformuleerde kerncompetentie daarom benodigd voor de uitvoering van de uitvoering van de aan te besteden opdracht.

Kerncompetentie:

Het aantoonbaar kunnen afhandelen van grote hoeveelheden retourpost en inkomende post gericht aan postbus- en antwoordnummers die gebracht moet worden naar (kantoor)locaties van één of meerdere opdrachtgevers binnen heel Nederland. Deze post is afkomstig uit binnen- en buitenland.

De Aanbestedende dienst verstaat onder deze kerncompetentie;

- Het kunnen afhandelen van retourpost afkomstig uit binnen- en buitenland;
- Het kunnen afhandelen van grote volumes (minimaal 600.000 stuks per kalenderjaar) inkomende post gericht aan postbus- en antwoordnummers afkomstig uit binnen- en buitenland;
- Het met landelijke dekking binnen afgesproken termijn kunnen brengen van voornoemde post op (kantoor)locaties binnen Nederland.

Bewijsstukken:

U dient bij uw Verzoek tot deelneming Bijlage 4 in te vullen en te ondertekenen. Daarnaast toont u uw bekwaamheid aan met eventuele aanvullende bewijsmiddelen, zoals omschreven in paragraaf 3.3.1

Geschiktheidseis 3

Een essentieel onderdeel van de opdracht omvat het leveren van Postdiensten aan een groot aantal opdrachtgevers van verschillende omvang. De Aanbestedende dienst acht de onderstaand geformuleerde kerncompetentie daarom benodigd voor de uitvoering van de uitvoering van de aan te besteden opdracht.

Kerncompetentie:

Het kunnen bedienen van een groot aantal verschillende opdrachtgevers van verschillende omvang.

De Aanbestedende dienst verstaat onder deze kerncompetentie;

- Het kunnen onderhouden van klantcontact met minimaal 25 verschillende zakelijke opdrachtgevers per jaar die verschillen in organisatieomvang (minimaal variërend van minder dan 250 medewerkers tot meer dan 5000 medewerkers), waarbij onder klantcontact tenminste wordt verstaan het voeren van een klantenservice voor vragen, opmerkingen, klachten en het afhandelen van schades.

Bewijsstukken:

U dient bij uw Verzoek tot deelneming Bijlage 4 in te vullen en te ondertekenen. Daarnaast toont u uw bekwaamheid aan met eventuele aanvullende bewijsmiddelen, zoals omschreven in paragraaf 3.3.1

Geschiktheidseis 4

De opdracht omvat een zeer groot postvolume dat gecollecteerd, gesorteerd, bezorgd, afgehandeld en gebracht dient te worden. De Aanbestedende dienst acht de onderstaand geformuleerde kerncompetentie daarom benodigd voor de uitvoering van de uitvoering van de aanbestede opdracht.

Kerncompetentie:

Het kunnen afhandelen van een (zeer) groot postvolume.

De Aanbestedende dienst verstaat onder deze kerncompetentie;

- Het kunnen collecteren, sorteren, bezorgen, afhandelen en brengen van minimaal 46 miljoen brieven per kalenderjaar.

Bewijsstukken:

U dient bij uw Verzoek tot deelneming Bijlage 4 in te vullen en te ondertekenen. Daarnaast toont u uw bekwaamheid aan met eventuele aanvullende bewijsmiddelen, zoals omschreven in paragraaf 3.3.1

(...)

6.2 Planning

(...)

Activiteiten selectiefase	Datum / periode
(...)	(...)
Uiterste datum stellen van vragen	Uiterlijk 17 januari 2020
(...)	(...)
Uiterste datum van Verzoek tot deelneming	Uiterlijk 10 februari 2020, 10.00 uur
(...)	(...)

(...)

5.2 Vormvereisten

Het verzoek tot deelneming moet volledig zijn en voldoen aan wat er door de Aanbestedende dienst wordt gevraagd. Het niet voldoen aan de vormvereisten kan leiden tot uitsluiting. Aan het verzoek tot deelneming worden de volgende voorwaarden gesteld:

(...)

- Door een Verzoek tot Deelneming in te dienen gaat u expliciet akkoord met de gestelde voorwaarden en eisen zoals gesteld in onderhavige Aanbestedingsstukken.

(...)

6.3 Inlichtingen

(...)

Tegenstrijdigheden, onduidelijkheden en bezwaren

Deze Selectieleidraad is met zorg samengesteld. Mocht u toch tegenstrijdigheden, onduidelijkheden of bezwaren hebben dan verzoeken wij u die zo snel mogelijk, maar in elk geval voor de uiterste termijn voor het stellen van vragen, te melden. U kunt deze melden bij de Contactpersoon via TenderNed. Als u de tegenstrijdigheden, onduidelijkheden of bezwaren niet op tijd doorgeeft dan passen we de Selectieleidraad in beginsel niet meer aan. U kunt geen rechten ontlenen aan

tegenstrijdigheden die u niet heeft gesignaleerd of wel heeft gesignaleerd maar ons niet tijdig heeft gemeld.

(...)

6.8 Selectiebeslissing en rechtsbescherming

Nadat is vastgesteld welke Gegadigden geselecteerd worden, worden alle Gegadigden gelijktijdig op de hoogte gebracht van de selectiebeslissing. U ontvangt de selectiebeslissing via TenderNed.

Indien een Gegadigde bezwaren heeft tegen die beslissing, dient hij binnen een termijn van tien (10) Kalenderdagen na verzending van de mededeling van de selectiebeslissing een kort geding aanhangig te hebben gemaakt tegen die beslissing bij de voorzieningenrechter van de [Rechtbank]. De genoemde termijn is een vervaltermijn. Dat wil zeggen dat indien een Gegadigde niet binnen tien (10) Kalenderdagen na verzending van de mededeling van de selectiebeslissing daadwerkelijk een kort geding aanhangig heeft gemaakt, de betreffende Gegadigde in kort geding geen bezwaar meer kan maken met betrekking tot die beslissing; zijn recht is dan verwerkt. De Aanbestedende dienst is in dat geval vrij om (verder) gevolg te geven aan de selectiebeslissing.

(...)'

- 1.4. Op 30 januari 2020 heeft ondernemer per e-mail de onderstaande klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder:

'Met belangstelling hebben wij kennis genomen van de aanbesteding Postdiensten Rijksoverheid welke is gepubliceerd op TenderNed. Er zijn echter wat zaken welke wij bespreekbaar willen maken.

De hoeveelheden poststukken waarover gesproken wordt is dermate groot dat het MKB buiten spel wordt gezet. Het is naar ons inziens slechts voor één of enkele partijen mogelijk om deze hoeveelheden te verwerken. Als de aanbesteding opgedeeld wordt in percelen is het voor meer partijen mogelijk om een goede kans te maken.

Daarnaast is de gevraagde dienstverlening nagenoeg volledig overgenomen uit het producten-/dienstenportfolio van PostNL. Dit geeft deze partij een voorsprong op de concurrentie.

Tevens geeft de periode tussen de gunningsbeslissing en beoogde ingangsdatum (minder dan vier weken) nagenoeg geen tijd om de gevraagde dienstverlening kwalitatief goed op poten te zetten.

We zijn benieuwd naar de mening van het klachtenmeldpunt hierover.'

- 1.5. Op 13 februari heeft het klachtenmeldpunt van aanbesteder per brief de onderstaande reactie op de klacht gestuurd aan ondernemer:

'Op 30 januari 2020 heeft het Klachtenmeldpunt aanbesteden van [Aanbesteder] uw brief per e-mail ontvangen met betrekking tot de aanbesteding Postdiensten Rijksoverheid.

In uw e-mail geeft u aan een drietal zaken bespreekbaar te willen maken en benieuwd te zijn naar de mening van het klachtenmeldpunt aanbesteden hierover. Ik hecht eraan u te informeren dat het klachtenmeldpunt niet bedoeld is om te vragen naar meer verduidelijking of informatie over de aanbesteding.

Dit staat uitdrukkelijk vermeld in paragraaf 6.9 klachtenregeling van de selectieleidraad. In de aanbestedingsprocedure zelf is voldoende ruimte om te vragen naar meer informatie of om verduidelijking.

Derhalve zal ik uw brief niet als klacht behandelen en deze niet ontvankelijk verklaren. Dat betekent dat ik verder niet inhoudelijk op uw brief zal ingaan.

Wellicht ten overvloede maak ik u erop attent dat in paragraaf 2.2.2 van het beschrijvend document een uitputtende opsomming wordt gegeven van producten en diensten die niet onder de reikwijdte van deze aanbesteding vallen. Gezien de naam van uw bedrijf, is het wellicht interessant te weten dat onder andere de bezorging van gerechtelijke brieven niet onder de reikwijdte van deze aanbesteding valt.'

2. Beschrijving klacht

Aanbesteder heeft een groot aantal gelijksoortige opdrachten 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.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. De opdracht is dusdanig groot dat er volgens ondernemer slechts één partij is die deze aanbesteding kan winnen. In dat kader wijst ondernemer naar de volgende passage uit paragraaf 2.3.4 onder a van de Selectieleidraad waaruit blijkt dat aanbesteder zich er van bewust is dat er slechts één speler is die de opdracht kan uitvoeren (zie 1.3 hiervoor).

'De zakelijke postmarkt bestaat uit één grote speler en kleinere, regionale, (sociale werk-)bedrijven. Zij kunnen, indien zij voldoen aan de voorwaarden voor toegang, gebruik maken van de sorteercapaciteit en het netwerk van deze speler voor landelijke bezorging. Eén van deze voorwaarden is het voldoen aan het minimumpercentage (op dit moment 30%) post dat een postbedrijf zelfstandig dient te bezorgen. Gezien de landelijke spreiding van bezorging en het significante volume post binnen deze opdracht is de verwachting dat geen van de partijen het minimumpercentage kan halen. Dit betekent dat er voor deze partijen (voor deze opdracht) feitelijk geen toegang is tot het landelijke bezorgnetwerk – en dat zij de opdracht niet kunnen uitvoeren.'

- 3.2. Indien de opdracht verdeeld wordt in percelen maken meer partijen kans. Ondernemer is ervan overtuigd een goede aanbieder te kunnen doen voor bepaalde (onderdelen van) aanbestedende diensten zoals in Bijlage 6 van de Selectieleidraad genoemd.

- 3.3. De motivering om de opdracht niet in percelen op te delen is naar de mening van ondernemer matig en sluit het MKB volledig uit.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Voorafgaand aan zijn reactie op de klacht van ondernemer stelt aanbesteder zich op het standpunt dat de klacht niet in behandeling dient te worden genomen.

- 4.1.1. Op 3 januari 2020 is de Selectieleidraad gepubliceerd. Conform paragraaf 6.3 "Tegenstrijdigheden, onduidelijkheden en bezwaren" van de Selectieleidraad dienen geïnteresseerde partijen tegenstrijdigheden, onduidelijkheden of bezwaren zo spoedig mogelijk te melden. In ieder geval vóór de uiterste termijn voor het stellen van vragen (zie 1.3 hiervoor). Al met al hadden geïnteresseerde partijen tot 17 januari 2020 de tijd voor het stellen van vragen.
- 4.1.2. Ondernemer heeft bij nota van inlichtingen geen enkele vraag gesteld noch haar bezwaar kenbaar gemaakt. Eerst op 30 januari 2020 – zo'n twee weken na het verstrijken van de uiterste termijn voor het stellen van vragen – heeft ondernemer zich tot het Klachtenmeldpunt Aanbesteden gewend. Het Klachtenmeldpunt Aanbesteden heeft op 13 februari jl. laten weten dat ondernemer zich voor zaken die zij over de aanbesteding bespreekbaar wenst te maken of verduidelijkt wenst te hebben, dient te wenden tot de aanbestedende dienst. Daarmee heeft het Klachtenmeldpunt ondernemer niet-ontvankelijk verklaard. Na de reactie van het Klachtenmeldpunt Aanbesteden heeft ondernemer evenmin van zich laten horen.
- 4.1.3. Wel heeft ondernemer op 12 januari 2020 een gebrekkige en niet rechtsgeldig ondertekende aanmelding ingediend.
- 4.1.4. Bij bericht van 28 februari 2020 heeft aanbesteder zijn selectiebeslissing van 27 februari 2020 bekend gemaakt. Ook ondernemer is op 28 februari 2020 van die beslissing op de hoogte gesteld. Daarbij is ondernemer eveneens bericht dat haar aanmelding als ongeldig terzijde is gelegd. Conform paragraaf 6.8 van de Selectieleidraad was het aan ondernemer om binnen een bezwarentermijn van 10 kalenderdagen al dan niet tegen de Selectiebeslissing en/of de terzijde legging van haar aanmelding een kort geding aanhangig te maken (zie 1.3 hiervoor). Dat heeft ondernemer niet gedaan.
- 4.1.5. Wel heeft ondernemer op 27 februari 2020 een klacht ingediend bij de Commissie. Ondernemer heeft nagelaten daarover contact op te nemen met aanbesteder. Eerst naar aanleiding van een bericht van de Commissie van 9 maart 2020 raakte aanbesteder met de klacht van ondernemer bekend.
- 4.1.6. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat de klacht van ondernemer over de opzet van de aanbesteding op grond van het voorgaande niet in behandeling dient te worden genomen. Daargelaten dat zijn bezwaren onterecht zijn, heeft ondernemer naar de mening van aanbesteder zijn rechten verwerkt in dit stadium van de procedure nog over de opzet van de aanbesteding te klagen. Indien ondernemer daadwerkelijk meende dat één en ander niet deugde, had hij daartegen in de inlichtingenronde bezwaar moeten maken of vragen moeten stellen.
- 4.1.7. Dat heeft ondernemer niet gedaan. Sterker, hij heeft zich gewoon aangemeld. Voorts heeft ondernemer nagelaten binnen de bezwarentermijn van 10 kalenderdagen een kort geding aanhangig te maken tegen de terzijde legging van zijn aanmelding. Al met al stelt ondernemer de opzet van de aanbesteding eerst bij de Commissie ter discussie nadat hij heeft moeten constateren dat zijn gebrekkige aanmelding geen kans van slagen heeft. Volgens aanbesteder is dat simpelweg te laat.
- 4.1.8. In dat kader wijst aanbesteder op de volgende jurisprudentie. Zoals uit nationale jurisprudentie gebaseerd op het arrest Grossmann-air (HvJEG 12 februari 2004, C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93) voortvloeit, dienen gegadigden/inschrijvers hun klachten tegen vooraf bekend gemaakte onderdelen van de aanbesteding in een zo vroeg mogelijk stadium aan de orde te stellen, op straffe van verwerking van hun recht over deze punten te klagen. Van gegadigden/inschrijvers mag verwacht worden dat zij hun klachten tegen vooraf bekend gemaakte onderdelen van de

aanbesteding niet eerst tot uiting brengen, als de aanbestedingsprocedure in hun nadeel uitpakt. Dergelijk handelen beantwoordt immers niet aan de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van de rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665 en schaadt de belangen van zowel aanbesteder als van overige gegadigden/inschrijvers.

Aanbesteder wijst op de volgende jurisprudentie:

- Vزر. Rb. Den Haag 17 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13433;
- Vزر. Rb. Noord-Holland 17 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5195;
- Vزر. Rb. Midden-Nederland 29 augustus 2019, ECLI:NL:RNMNE:2019:3440;
- Vزر. Rb. Oost-Brabant 17 juli 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4287;
- Vزر. Rb. Amsterdam 8 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2018:7370;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2652;
- Hof Den Haag 3 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2944

- 4.1.9. Als hiervoor opgemerkt, heeft aanbesteder het bovenstaande nog eens expliciet neergelegd in paragraaf 6.3 "Tegenstrijdigheden, onduidelijkheden en bezwaren" van de Selectieleidraad. Door aanmelding heeft ondernemer zich daarmee akkoord verklaard (zie paragraaf 5.2 in 1.3 hiervoor). Ondernemer heeft daarmee zijn rechten verwerkt over de opzet van de aanbesteding te klagen.
- 4.1.10. Daarnaast heeft aanbesteder inmiddels moeten constateren dat ondernemer geen geregistreerd postvervoerbedrijf is. Ter toelichting: elk postvervoerbedrijf moet zich op basis van artikel 41 Postwet laten registreren. Een postvervoerbedrijf is elk bedrijf dat bedrijfsmatig een of meer van de handelingen verricht die worden verricht teneinde poststukken af te leveren (zie de combinatie van artikel 2 lid 1 onder b, c, d en e Postwet). Door registratie weet de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) op welke postvervoerbedrijven zij toezicht moet uitoefenen.
- 4.1.11. Het register van ACM is online te raadplegen: ondernemer is tot op de dag van vandaag niet bij ACM geregistreerd als postvervoerbedrijf. Ook dat maakt dat hij geen belang heeft bij zijn klacht. Ondernemer komt immers nimmer voor gunning van de aanbestede opdracht voor postdienstverlening in aanmerking.
- 4.1.12. Ten overvloede merkt aanbesteder op dat ook uit artikel 9 sub a van het Reglement van de Commissie volgt dat de klacht van ondernemer niet in behandeling dient te worden genomen. Naar de mening van aanbesteder is de klacht die ondernemer bij de Commissie heeft ingediend op onderdelen anders dan de e-mail die ondernemer aan het klachtenmeldpunt van aanbesteder zond.
- 4.2. Vervolgens geeft aanbesteder een inhoudelijke reactie op de klacht.
 - 4.2.1. De bij de Commissie door ondernemer ingediende klacht komt er op neer dat de opdracht dusdanig groot is dat er slechts één partij is die deze aanbesteding kan winnen en dat het MKB volledig wordt uitgesloten. Indien de opdracht in percelen wordt verdeeld, maken meer partijen een kans, aldus ondernemer. Voorts stelt ondernemer zich op het standpunt dat de motivering om de opdracht niet in percelen op te delen matig is.
 - 4.2.2. Het standpunt van ondernemer is volgens aanbesteder onjuist. De motivering van aanbesteder in de Selectieleidraad kan de beslissing tot samenvoeging naar zijn mening prima dragen. Van een schending van het clusterverbod van artikel 1.5 Aw 2012 zoals door ondernemer gesuggereerd, is volgens aanbesteder geen sprake. In dat kader voert aanbesteder het volgende aan.
 - 4.2.3. Aanbesteder stelt voorop dat het aan hem is te bepalen hoe hij zijn organisatie inricht en op welke wijze hij zijn opdracht vormgeeft zodat maximaal aan zijn

behoefte wordt voldaan. In dat kader wijst aanbesteder op de volgende jurisprudentie.

- Vzr. Rb. Amsterdam 4 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2737;
- Vzr. Rb. Midden-Nederland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763, r.o. 4.5 en 4.14;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, r.o. 3.12 en 3.13.

- 4.2.4. Naar de mening van aanbesteder heeft hij een dragende motivering gegeven voor de samenvoeging van de opdrachten. De aanbestede opdracht omvat het leveren van een compleet portfolio aan betaalbare, betrouwbare en kwalitatief hoogwaardige postdiensten aan een collectief van deelnemende organisaties. De kern van de opdracht betreft daarbij het collecteren, sorteren en bezorgen van uitgaande en inkomende post, ongeacht het soort post of de bestemming daarvan. Dit betekent dat binnenlandse en buitenlandse post deel uitmaken van de opdracht, maar ook dienstverlening die valt onder Universele Postdienstverlening.
- 4.2.5. De volgende diensten behoren niet tot de opdracht (zie paragraaf 2.2.2 van de Selectieleidraad in 1.3 hiervoor):
- koeriersdiensten;
 - transportdiensten;
 - pakketdiensten, voor zover deze geen brievenbuspakjes betreffen;
 - beveiligde distributie;
 - gerechtelijke brieven.
- 4.2.6. Aanbesteder heeft bij het vormgeven van de opdracht (in overeenstemming met artikel 1.5 Aw 2012) onder meer acht geslagen op i) de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB, ii) de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst en de ondernemer en iii) de mate van samenhang van de opdrachten. Aanbesteder heeft een en ander in paragrafen 2.3.3 en 2.3.4 van de Selectieleidraad uitgebreid gemotiveerd (zie 1.3 hiervoor). Volgens aanbesteder volgt uit deze motivering eveneens dat opdeling in percelen niet passend is.
- 4.2.7. Allereerst gaat aanbesteder in op 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. Voor deze aanbesteding heeft aanbesteder zich zorgvuldig rekenschap gegeven van de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de scope en inhoud van het contract op de toegang van de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB.
- 4.2.8. Zo heeft aanbesteder voorafgaand aan zijn beslissing tot een samenvoeging van opdrachten te komen zowel intern als extern marktonderzoek gedaan waarvan de resultaten in de Selectieleidraad zijn verwerkt.
- 4.2.9. Aanbesteder heeft in dat kader onder meer acht geslagen op de door de ACM geregistreerde postvervoerbedrijven.
- 4.2.10. Uit het marktonderzoek volgt dat de postmarkt een markt is met een aantal unieke kenmerken:
- Er sprake van dienstverlening waarvoor een fijnmazig en zeer arbeidsintensief collecteer- en bezorgnetwerk inclusief onderliggende infrastructuur (zoals sorteer capaciteit) benodigd is;

- Er is sprake van sterk teruglopende postvolumes. Het binnenlandse postvolume is in de afgelopen tien jaar meer dan gehalveerd van 5 miljard stuks naar 2,34 miljard stuks en vertoont inmiddels een jaarlijkse daling van bijna 10% per jaar. De verwachting is dat in 2025 het binnenlandse postvolume gedaald zal zijn tot 1 miljard stuks. Dit betekent onder meer dat de vaste kosten voor het in stand houden en exploiteren van het hiervoor genoemde netwerk over een steeds kleiner postvolume verdeeld moeten worden. Een voldoende grote schaalgrootte is daarmee voor marktpartijen essentieel om postdienstverlening tegen gunstige tarieven te kunnen leveren en commercieel gezien levensvatbaar te zijn. Sinds de liberalisering van de postmarkt in 2009 zijn er diverse voorbeelden van postbedrijven (bijvoorbeeld [Ondernemer K] en Sandd) die getracht hebben zelfstandig een landelijk dekkend collecteer- en bezorgnetwerk inclusief onderliggende infrastructuur op te zetten. Geen van deze bedrijven is nog in de huidige markt actief;
- De postmarkt kenmerkt zich door een monopolie van één grote speler (PostNL) die als enige beschikt over een landelijk dekkend netwerk voor het collecteren en bezorgen van post, directe toegang tot het wereldwijde netwerk voor uitgaande en inkomende post en een grote sorteercapaciteit. Daarnaast is PostNL aangewezen als uitvoerder van Universele Postdienstverlening in Nederland. Naast PostNL is sprake van een aantal kleinere (sociale werk-)bedrijven die beschikken over een regionaal netwerk voor het collecteren en bezorgen van post. Het totale marktaandeel voor binnenlandse post van alle kleinere (sociale werk-)bedrijven gezamenlijk is relatief klein, ongeveer 4%. Gelet op het voorgaande is het zeer onwaarschijnlijk dat er sprake zal zijn van levensvatbare nieuwe toetreders op de postmarkt.
- PostNL is verplicht om postvervoerders zoals gedefinieerd in artikel 2, lid 1, onder e van de Postwet 2009 toegang te verlenen tot haar postnetwerk voor de bezorging van restpost die de postvervoerder niet zelf of via zijn netwerk kan bezorgen en waarvoor hij voor bezorging afhankelijk is van het landelijke bezorgnetwerk van PostNL. Om gebruik te maken van voornoemde toegang dient een postvervoerder onder meer te voldoen aan onderstaande voorwaarden:
 - 1) afnemers zijn geregistreerd als postvervoerder bij de ACM,
 - 2) het aanbod wordt gebruikt voor het aanleveren van restpost, en
 - 3) maximaal 70% van het door de postvervoerder jaarlijks gecollecteerde en/of gesorteerde totale postvolume wordt aangeboden bij PostNL.

Met deze voorwaarden wordt beoogd oneigenlijk gebruik van toegang tot het netwerk van PostNL door administratieve stapelaars te voorkomen. Aanbesteder verwijst in dit verband ook naar het Besluit van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat inzake de aanvraag tot toepassing van artikel 47 van de Mededingingswet van 27 september 2019. De voorwaarden voor toegang tot het postvervoersnetwerk van PostNL zijn opgenomen in bijlage 1 bij voornoemd besluit.
- Voor het deel van de postdienstverlening dat buiten voornoemde toegangsregulering valt, zoals buitenlandse post en postdiensten die vallen onder Universele Postdienstverlening, kunnen andere postvervoerders dan PostNL op grond van andere wet- en regelgeving (zoals de Postwet) gebruik maken van de diensten van PostNL. Voor postdiensten die vallen onder de Universele Postdienstverlening staan de tarieven vast, deze zijn voor iedereen gelijk en niet onderhandelbaar. Conform de Postwet 2009 geldt er een tariefplafond voor diensten die worden uitgevoerd binnen de Universele Postdienstverlening. Ook wordt het rendement (return on sales) dat PostNL mag maken op deze dienstverlening gelimiteerd. Het tariefplafond wordt bepaald door de ACM op basis van diverse factoren, waaronder de ontwikkeling van de Universele Postdienstverlening -volumes, de consumentenprijsindex (als maatstaf voor inflatie) en het rendementslimiet. PostNL kan vervolgens binnen de tariefruimte die de ACM vaststelt zijn tarieven bepalen.

- Gebruikelijk is dat de ACM de tariefruimte in september vaststelt, waarna PostNL in oktober zijn nieuwe tarieven publiceert.
- PostNL wordt aangemerkt als dominante marktpartij met een economische machtspositie. Het is dergelijke partijen op grond van de Mededingingswet verboden om misbruik te maken van deze positie. Dergelijke partijen worden geacht een bepaalde mate van financiële transparantie te verschaffen, in dit geval aan de toezichthouder ACM. PostNL dient volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria haar (prijs)beleid te voeren. Wanneer verscheidene concurrerende ondernemingen (andere postbedrijven die in aard, omvang en volumes op elkaar lijken) voor soortgelijke diensten een beroep doen op PostNL dan is het PostNL niet toegestaan de ene onderneming andere voordelen toe te kennen dan de andere onderneming waardoor er ongelijkheid ontstaat, waardoor één van beide wordt belemmerd dezelfde activiteiten uit te oefenen. Om ondernemingen onder gelijkwaardige voorwaarden hun diensten uit te kunnen laten voeren heeft PostNL daarvoor volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria een duidelijk prijsbeleid dat wordt getoetst door de ACM. Grotere postvervoerders krijgen op basis van die volumes, op basis van objectieve staffels, bepaalde condities en de kleinere postvervoerder, op basis van diezelfde objectieve staffels andere condities.
- Doordat de ACM toeziet op de naleving van het prijsbeleid is de kans klein dat een postvervoerder met een klein volume deze postdienstverlening tegen commercieel aantrekkelijke tarieven kan leveren.
- Tevens valt het met landelijke dekking collecteren van post op locatie van opdrachtgever niet onder deze wet- en regelgeving en kan er voor deze dienstverlening geen beroep worden gedaan op PostNL.

4.2.11. Aanbesteder gaat vervolgens in op de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf. Zoals aanbesteder uiteen heeft gezet, bestaat de zakelijke postmarkt uit één grote speler en kleinere, regionale, (sociale werk-)bedrijven.

4.2.12. In het verlengde daarvan heeft aanbesteder in zijn beslissing de opdrachten samen te voegen onderkend dat het samenvoegen van de gelijksoortige opdrachten van de deelnemende organisaties niets verandert aan het feit dat bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf nu eenmaal geen landelijk dekkend netwerk hebben zoals vereist voor een correcte uitvoering van de afzonderlijke opdrachten voor postbezorging van de deelnemende organisaties. Die postbezorging omvat alle uitgaande en inkomende post, ongeacht het soort post of de bestemming daarvan. De deelnemende organisaties zijn immers elk voor zich landelijk opererende organisaties met een landelijk verzendprofiel. Ook heeft aanbesteder zich gerealiseerd dat de midden- en kleinbedrijven de sorteercapaciteit ontberen om het postvolume van de deelnemende organisaties afzonderlijk te kunnen collecteren en bezorgen. De samenvoeging van de opdrachten heeft dan ook geen invloed op de toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf. Die toegang was er gegeven voornoemde feitelijke beperkingen - die buiten de invloedssfeer van aanbesteder liggen - in combinatie met de bijzondere aard van de benodigde postbezorging hoe dan ook niet geweest.

4.2.13. Voor de goede orde merkt aanbesteder nog op dat MKB-bedrijven, indien zij voldoen aan de voorwaarden voor toegang, gebruik kunnen maken van de sorteercapaciteit en het netwerk van PostNL voor landelijke bezorging. Eén van deze voorwaarden is het voldoen aan het minimumpercentage (op dit moment 30%) van het door een postvervoerder jaarlijkse gecollecteerde en/of gesorteerde totale postvolume dat hij zelf of via zijn partners (niet zijnde PostNL) dient te (laten) bezorgen. De verwachting van aanbesteder is dat geen van de MKB-partijen het minimumpercentage kan halen. Dit betekent dat er voor deze partijen (voor deze opdracht)

feitelijk geen toegang is tot het landelijke bezorgnetwerk – en dat zij de opdracht (voor de afzonderlijk deelnemende organisaties) ook om die reden niet kunnen uitvoeren.

- 4.2.14. Voorgaande conclusies gebaseerd op het uitgevoerde marktonderzoek sluiten naadloos aan op de eigen bevindingen van aanbesteder uit de voorgaande aanbesteding voor post. Zo heeft aanbesteder in zijn eerdere aanbesteding voor post moeten constateren dat het animo van MKB-bedrijven voor die aanbesteding zeer marginaal was ondanks de omstandigheid dat die aanbesteding een groot aantal percelen kende. De kleinere percelen zijn toen simpelweg niet door de (MKB)markt opgepakt terwijl op dat moment nog sprake was van een markt met aanmerkelijke concurrentie.
- 4.2.15. Desalniettemin heeft aanbesteder voorafgaand aan deze aanbesteding onder meer overleg gehad met (de overkoepelende organisatie van) sociale werkbedrijven. Die werkbedrijven konden zich prima vinden in de opzet van de huidige aanbesteding. Zo hebben zij aanbesteder laten weten dat zij liever als onderaannemer van PostNL blijven functioneren. Op die manier krijgen ze van PostNL post aangeleverd die al gesorteerd is naar de eigen regio. In dat kader merkt aanbesteder nog op dat de deelnemende organisaties geen sorteercapaciteit hebben om zelf de post per regio te sorteren.
- 4.2.16. Al met al heeft aanbesteder geconcludeerd dat het niet aannemelijk is dat het MKB door de clustering minder kansen heeft en belemmeringen ondervindt. De mogelijkheid van aanmelding/inschrijving was er gelet op voornoemde feitelijke beperkingen in combinatie met de bijzondere aard van de benodigde postbezorging (landelijke dekking en sorteercapaciteit) voorheen ook al (zo goed als) niet. De suggestie van ondernemer dat indien de opdracht in percelen wordt verdeeld meer partijen een kans maken, ontbeert dan ook elke feitelijke grondslag. In dat kader wijst aanbesteder op Vzr. Rb. Amsterdam 4 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2737.
- 4.2.17. Sterker, aanbesteder stelt met de opzet van de huidige aanbesteding de potentiële toegang voor het MKB juist vergroot te hebben. Zo is in het aanbestede contract de voorwaarde opgenomen dat in principe 4% van de door de deelnemende organisaties verzonden binnenlandse post bezorgd dient te worden door (kleinere, regionale) sociale ondernemingen. Dat percentage is in lijn met het marktaandeel van alle (kleinere, regionale) sociale ondernemingen tezamen. Dit zijn tevens veelal MKB ondernemingen. Daarmee is een deel van de aanbestede opdracht voor het MKB zeker gesteld. Deze lijn is overigens ook in overeenstemming met het beleid van aanbesteder wat betreft sociaal en duurzaam inkopen.
- 4.2.18. Vervolgens stelt aanbesteder voorafgaand aan zijn beslissing tot een samenvoeging van opdrachten zorgvuldig acht te hebben geslagen op de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst en de ondernemer.
- 4.2.19. Zo geeft de samenvoeging van de opdrachten voor alle betrokkenen, waaronder marktpartijen, meer uniformiteit, synergie, transparantie in bedrijfsvoering en contractmanagement en voorkomt de samenvoeging onnodige administratieve lasten en risico op fouten door individuele aanbestedingsprocedures voor steeds dezelfde diensten. Daarnaast zou het opsplitsen van de opdrachten een onevenredig zware belasting op de bedrijfsvoering veroorzaken bij opdrachtgever. De personele bezetting is hiervoor niet meer beschikbaar en ook de eerder genoemde efficiëncyslag en besparingen voor de marktpartijen, op basis van een single-point of contact en single-point of facturatie gaan dan verloren. Zowel vanuit praktisch-, organisatorisch- als bedrijfsvoeringperspectief is het voor zowel de deelnemende diensten als

de marktpartijen dan ook gewenst de gelijksoortige opdrachten van verschillende deelnemende diensten samen te voegen in één aanbesteding en één opdracht.

- 4.2.20. Uit de voorgaande aanbesteding voor post weet aanbesteder bovendien dat het hanteren van verschillende percelen juist tot een tegenovergestelde situatie leidt. Ook om die reden heeft aanbesteder thans besloten zoveel als mogelijk te worden ontzorgd wat betreft de postbezorging. Dat staat aanbesteder vrij. Aanbesteder verwijst in dat kader naar de volgende adviezen van de Commissie:
- Advies 345 van 28 april 2016;
 - Advies 303 van 19 januari 2016 en
 - Advies 125 van 22 juli 2014.
- 4.2.21. Ten slotte heeft aanbesteder ook acht geslagen op de mate van samenhang van de opdrachten.
- 4.2.22. Zo is het kabinetsbeleid dat onderdelen van het Rijk, zoals zelfstandige bestuursorganen (ZBO's) en rechtspersonen met een wettelijke taak (RWT's), aansluiten op de Rijksbrede bedrijfsvoering en architectuur. Het doel van categoriemanagement is daarnaast het harmoniseren van werkwijzen, bedrijfsprocessen en prijsvoordelen door efficiency. Postdienstverlening is sinds 1 januari 2014 opgenomen in de rijksbrede producten- en dienstencatalogus en wordt door de vier facilitaire shared service organisaties van de rijksoverheid (concerndienstverleners ofwel CDV's) geleverd aan gebruikers van rijksgebouwen. De deelnemende organisaties maken, in veel gevallen gezamenlijk, gebruik van deze rijksgebouwen en maken daarbij gebruik van de postdienstverlening die, conform de rijksbrede producten- en dienstencatalogus, in dat gebouw geleverd wordt. Dat betekent onder meer dat de deelnemende organisaties gebruik maken van identieke servicepakketten (basis of plus) en daarbij gebruik maken van dezelfde postkamer.
- 4.2.23. Dit betekent dat de deelnemende organisaties post op eenzelfde wijze voortbrengen, verwerken, gereed maken en aanbieden voor verzending (al dan niet in dezelfde postkamer van een Rijksverzamelkantoor). Deze post wordt in een minimaal aantal contactmomenten gehaald en/of gebracht en door het postbedrijf middels een aansluitend proces gecollecteerd, gesorteerd en bezorgd. Eén contractpartij is noodzakelijk voor een efficiënte en duurzame operatie. Het contractmanagement vindt centraal gecoördineerd plaats en er is één uniform kader en één uniforme managementrapportage. Deze gezamenlijke rapportage geeft de Rijksoverheid noodzakelijke informatie en inzicht in de Rijksbrede bedrijfsvoering. Deze samenhang is mede op basis van eerdere gezamenlijke aanbestedingen optimaal vormgegeven.
- 4.2.24. Opsplitsen van de opdracht zou in de praktijk onder meer betekenen dat afspraken en werkwijzen voor het aanbieden en verwerken van post verschillen. Dat staat haaks op het hanteren van één uniforme rijks producten en dienstencatalogus en veroorzaakt een onduidelijke, niet duurzame, foutgevoelige, inefficiënte, kostenverhogende en niet werkbare situatie. Voor gebruikers van rijksgebouwen en ontvangers van post wordt bijvoorbeeld minder duidelijk op welke dienstverlening zij kunnen rekenen en wat zij moeten doen om daar gebruik van te maken. Deelnemende organisaties en hun medewerkers zouden geconfronteerd worden met verschillende werkwijzen als zij gebruik maken van meerdere rijksgebouwen, bijvoorbeeld omdat de deelnemende dienst in meerdere rijksgebouwen verspreid over Nederland gevestigd is of omdat zij gebruik maken van een rijksgebouw waar een andere deelnemende organisatie gevestigd is. Ook zijn er meer logistieke bewegingen als er verschillende postbedrijven bij hetzelfde gebouw post komen halen en/brengen, meer contactmomenten aan de deur en verschillende werkwijzen binnen de rijksoverheid, concerndienstverleners, rijksgebouwen.

- 4.2.25. Aanbesteder hecht er voorts aan te markeren dat post nog steeds een belangrijk communicatiemedium is voor de overheid. Daarbij geldt dat de overheid met één gezicht naar buiten wil treden, maar ook dat er een sterke relatie is met de achterliggende bedrijfsvoering. Burgers en bedrijven maken geen onderscheid in de specifieke herkomst van post, bijvoorbeeld ZBO X of departement Y, en verwachten dus gelijksoortigheid in proces en kwaliteit. De deelnemende organisaties stemmen hun achterliggende bedrijfsprocessen af op de (timing van) de via het communicatiemedium post verzonden boodschap en maken daarbij regelmatig gebruik van gezamenlijke infrastructuur, zoals callcenters waar burgers en bedrijven met vragen terecht kunnen en het bewaken van (wettelijke) termijnen.
- 4.2.26. Gelet op het bovenstaande acht aanbesteder ook het opdelen van de opdracht in verschillende percelen niet passend. Het opdelen van de opdracht in percelen verhoudt zich immers niet met de door aanbesteder beoogde harmonisatie van werkwijzen en bedrijfsprocessen. Dat geldt ook wat betreft de door aanbesteder beoogde duurzaamheid. Bovendien vormen de gelijksoortige opdrachten van de deelnemende organisaties een logisch samenhangend onlosmakelijk met elkaar verbonden geheel.
- 4.3. Aanbesteder concludeert als volgt. Daargelaten dat ondernemer zijn rechten heeft verwerkt over de opzet van de aanbesteding te klagen, hij geen geregistreerd postvervoerbedrijf is en uit dien hoofde evenmin belang heeft bij zijn klacht, volgt uit het voorgaande dat geen sprake is van onnodig samenvoegen in de zin van artikel 1.5 Aanbestedingswet. Van een matige motivering van aanbesteder zoals door ondernemer gesuggereerd evenmin. Het opdelen van de opdracht in percelen is niet passend. Overigens is het aan aanbesteder te bepalen hoe hij zijn organisatie inricht en op welke wijze hij zijn opdracht vormgeeft zodat maximaal aan zijn behoefte wordt voldaan.
- 4.4. Ten overvloede merkt aanbesteder nog op dat de bewering van de ondernemer dat hij ervan overtuigd is een goede aanbieding te kunnen doen voor bepaalde (onderdelen van) aanbestedende diensten (zoals in Bijlage 6 van de Selectieleidraad genoemd) aanbesteder zeer onwaarschijnlijk voorkomt. Zo behelst de opdracht voor één van deze aanbestedende dienst alleen al het (landelijk) bezorgen van 30 miljoen poststukken per jaar.
- 4.5. Ondernemer heeft op geen enkele manier inzichtelijk gemaakt hoe hij dat als éénmansbedrijf voor elkaar denkt te krijgen. Laat staan hoe hij een commercieel aantrekkelijk bod zou hebben kunnen doen. Nog daargelaten dat ondernemer geen geregistreerd postvervoerbedrijf is.
- 4.6. Ook merkt aanbesteder ten overvloede nog op dat ondernemer zich in zijn klacht aan het klachtenmeldpunt op het standpunt heeft gesteld dat de gevraagde dienstverlening nagenoeg overgenomen is uit het producten/diensten portfolio van PostNL. Dat is onjuist. Aanbesteder heeft met de aanbestede opdracht zijn eigen behoefte vormgegeven.
- 4.7. Ook heeft ondernemer zich in zijn klacht aan het klachtenmeldpunt op het standpunt gesteld dat de periode tussen de gunningsbeslissing en beoogde ingangsdatum nagenoeg geen tijd geeft om de gevraagde dienstverlening kwalitatief goed op poten te zetten. Ook dat is onjuist. Voor een professioneel postvervoerbedrijf is dat prima haalbaar.
- 4.8. Aanbesteder concludeert dan ook dat de klacht van ondernemer niet in behandeling kan worden genomen, dan wel ongegrond dient te worden verklaard. Van onnodig samenvoegen is geen sprake.

- 4.9. De Commissie heeft aanbesteder nog gevraagd of het percentage van 4% marktaandeel dat aanbesteder heeft genoemd in paragraaf 2.3.4 onder a van de Selectieleidraad (zie 1.3 hiervoor) en in de reactie op de klacht (zie 4.2.10 en 4.2.17 hiervoor) het percentage marktaandeel betreft van alle sociale ondernemingen of van alle kleinere ondernemingen. Op deze vraag heeft aanbesteder als volgt gereageerd.
- 4.10. Aanbesteder geeft aan dat alle kleinere, regionale ondernemingen gezamenlijk, gerekend in volume, een dalend marktaandeel van 4% hebben. In dit kader verwijst aanbesteder naar de Post en Pakkettenmonitor 2018 van de Autoriteit Consument & Markt (<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-08/post-en-pakkettenmonitor-2018.pdf>). Uit bijlage 1 van de Post en Pakkettenmonitor 2018 leidt aanbesteder af dat deze 28 kleinere, regionale ondernemingen overwegend sociale ondernemingen zijn. Naast deze 28 kleinere, regionale ondernemingen was in 2018 sprake van twee ondernemingen met een groot marktaandeel: PostNL en Sandd. Na de recente overname van Sandd door PostNL is één onderneming met een marktaandeel van tenminste 96% ontstaan. Daarbij merkt aanbesteder op dat verzenders met een jaarlijks volume van meer dan 2,5 miljoen poststukken uitsluitend bediend worden door PostNL. Aanbesteder concludeert dat het percentage van 4% het marktaandeel van zowel alle kleinere ondernemingen gezamenlijk betreft, alsook het marktaandeel van alle sociale ondernemingen gezamenlijk.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 3 januari 2020 een niet-openbare Europese aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor postdiensten. Het betreft sociale en andere specifieke diensten in de zin van artikel 2.38 Aw 2012. Op deze procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, Afdeling 1.2.1 en 1.2.2, en Deel 2 van de Aw 2012 (zie artikel 1.7, aanhef en onder a en artikel 2.6a Aw 2012 en Advies 441, overwegingen 5.4.1-5.4.3) en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. De Commissie zal allereerst onderzoeken of ondernemer de klacht tijdig bij aanbesteder onder de aandacht heeft gebracht.
- 5.2.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een gegadigde – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbestedende dienst dient te signaleren zodra zij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbestedende dienst 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. Aanbesteder heeft de hiervoor bedoelde verplichting nader uitgewerkt in paragraaf 6.3 van de Selectieleidraad. Hierin is de verplichting voor ondernemer opgenomen om tegenstrijdigheden, onduidelijkheden of bezwaren zo snel mogelijk, maar in elk geval voor de uiterste termijn voor het stellen van vragen, te melden. Indien de tegenstrijdigheden, onduidelijkheden of bezwaren niet op tijd zijn doorgegeven dan past aanbesteder de Selectieleidraad in beginsel niet meer aan. Ook is bepaald dat de ondernemer geen rechten kan ontleen aan tegenstrijdigheden die hij niet heeft gesignaleerd of wel heeft gesignaleerd maar niet tijdig aan aanbesteder heeft gemeld.

- 5.2.3. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer voormelde verplichting als bedoeld in 5.2.1 hiervoor nageleefd door – weliswaar na de uiterste termijn voor het stellen van vragen op 17 januari 2020 – op 30 januari 2020 een klacht bij aanbesteder in te dienen. Daarmee heeft ondernemer ruim vóór de uiterste datum voor indiening van de verzoeken tot deelneming op 10 februari 2020 zijn bezwaren bij aanbesteder kenbaar gemaakt. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer zijn bezwaren daarmee tijdig onder de aandacht van aanbesteder gebracht.
- 5.2.4. In zoverre kan de Commissie de klacht dan ook in behandeling nemen.
- 5.3. Aanbesteder heeft tevens aangevoerd dat ondernemer onvoldoende belang heeft bij zijn klacht, omdat hij geen geregistreerd postvervoerbedrijf is (zie 4.1.10-4.1.11 en 4.4-4.5 hiervoor).
- 5.4. Aangezien de klacht naar het oordeel van de Commissie inhoudelijk ongegrond is, zie 5.7 hierna, laat de Commissie in het midden of ondernemer voor gunning in aanmerking komt. Veronderstellenderwijs gaat de Commissie er in het navolgende van uit dat ondernemer voldoende belang heeft bij zijn klacht.
- 5.5. Ten slotte voert aanbesteder – ten overvloede – aan (zie 4.1.12 hiervoor) dat de Commissie de klacht van ondernemer op basis van artikel 9 sub a van haar Reglement niet in behandeling kan nemen, omdat de klacht die ondernemer bij de Commissie heeft ingediend (zie 2 en 3 hiervoor) op onderdelen anders is dan de e-mail die ondernemer aan het klachtenmeldpunt van aanbesteder zond (zie 1.4 hiervoor).
- 5.6. Zoals de Commissie reeds op 20 maart 2020 aan aanbesteder heeft bericht, kan de Commissie aanbesteder daarin niet volgen. Uit de bij de Commissie ingediende klacht blijkt dat ondernemer in de kern er over klaagt dat aanbesteder volgens hem in strijd handelt met het clusterverbod en het splitsingsgebod van artikel 1.5 Aw 2012 (zie 2 en 3 hiervoor). Die kwestie heeft ondernemer ook al aangesneden in de e-mail die hij op 30 januari 2020 naar het klachtenmeldpunt stuurde (zie 1.4 hiervoor). In die e-mail schreef hij immers: 'De hoeveelheden poststukken waarover gesproken wordt is dermate groot dat het MKB buiten spel wordt gezet. Het is naar ons inziens slechts voor één of enkele partijen mogelijk om deze hoeveelheden te verwerken. Als de aanbesteding opgedeeld wordt in percelen is het voor meer partijen mogelijk om een goede kans te maken.' De Commissie blijft dus bij haar beslissing om de klacht van ondernemer in behandeling te nemen.
- 5.7. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht.
- 5.7.1. Ondernemer klaagt over de schending van het verbod van artikel 1.5, lid 1, Aw 2012 om opdrachten onnodig samen te voegen, schending van de motiveringsplicht van artikel 1.5, lid 2, Aw 2012 en schending van het splitsingsgebod van artikel 1.5, lid 3, Aw 2012. Bij de behandeling van dit klachtonderdeel zal de Commissie voortbouwen op de inhoud van haar eerdere Adviezen 43, 53, 125, 303, 317, 343, 345 en meer in het bijzonder Advies 445.
- 5.7.2. Tussen partijen staat niet ter discussie dat in het onderhavige geval sprake is van samenvoeging van gelijksoortige opdrachten. De te beantwoorden vraag is of deze samenvoeging "onnodig" is in de zin van artikel 1.5, lid 1, Aw 2012 en of het opdelen in percelen van de aldus samengevoegde opdracht "niet passend" is in de zin van lid 3 van dit artikel.
- 5.7.3. Zoals ook blijkt uit de overwegingen 6.2 t/m 6.4 van haar Advies 43, leest de Commissie artikel 1.5, lid 1, Aw 2012 aldus dat de eerste zin daarvan een

verbodsbepaling bevat met betrekking tot het onnodig samenvoegen van opdrachten. De tweede zin bevat de instructie voor aanbestedende diensten om, alvorens opdrachten samen te voegen, acht te slaan op de volgende aspecten:

- (a) de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB;
- (b) de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst (...) en de ondernemer; en
- (c) de mate van samenhang van de opdrachten.

- 5.7.4. Van een onnodige samenvoeging zal sprake zijn wanneer de uitvoering van de hiervoor bedoelde instructie door de aanbestedende dienst een resultaat oplevert dat de beslissing tot samenvoegen niet zal kunnen dragen. Het resultaat van de uitvoering van de instructie zal moeten blijken uit de motivering waarmee een aanbestedende dienst de beslissing tot samenvoegen – gelet op diens motiveringsplicht van artikel 1.5, lid 2, Aw 2012 – moet onderbouwen.
- 5.7.5. Niet ter discussie staat dat aanbesteder zijn beslissing om de gelijksoortige opdrachten samen te voegen heeft gemotiveerd. Wat tussen partijen ter discussie staat, is of die motivering voldoende is.
- 5.7.6. In dat kader stelt de Commissie voorop dat een aanbestedende dienst de beslissing om opdrachten samen te voegen op basis van artikel 1.5, lid 2, Aw 2012 in de aanbestedingsstukken moet motiveren.
- 5.7.7. De Commissie acht het raadzaam de samenvoeging in een zo vroeg mogelijk stadium van de aanbestedingsprocedure, dus in de aankondiging, te motiveren. In het geval van een niet-openbare procedure zou dat ook nog kunnen in de selectieleidraad, in het geval van een openbare procedure in de inschrijvingsleidraad.
- 5.7.8. Met de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 heeft de wetgever duidelijk gemaakt dat Nota's van inlichtingen ook tot de aanbestedingsstukken behoren (zie TK 2015-16, 34329, nr. 3 p. 22). De aanbestedende dienst kan de motivering van de samenvoeging dus ook geven in een Nota van inlichtingen. 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.
- 5.7.9. Indien, zoals in de onderhavige niet-openbare aanbestedingsprocedure, de aanmeldingstermijn 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 aanmeldingstermijn 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).
- 5.7.10. Daarmee komt tot slot de vraag aan de orde of de door aanbesteder in de aanbestedingsstukken (zie paragraaf 2.3.4 van de Selectieleidraad in 1.3 hiervoor) en in

de reactie op de bij de Commissie ingediende klacht (zie 4.2 hiervoor) verstrekte motivering zijn beslissing tot het samenvoegen van de opdrachten kan dragen.

- 5.7.11. De Commissie overweegt in dat verband 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 midden- en kleinbedrijf' (artikel 1.5, lid 1, sub a Aw 2012) het volgende. Aanbesteder heeft een uitvoerige motivering gegeven (zie paragraaf 2.3.4 van de Selectieleidraad in 1.3 en 4.2.8-4.2.17 hiervoor). Aanbesteder heeft marktonderzoek gedaan naar de samenstelling en kenmerken van de postmarkt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor MKB-bedrijven. De zakelijke postmarkt bestaat uit één grote speler, PostNL, en kleinere, regionale, (sociale werk-)bedrijven. Volgens aanbesteder is het samenvoegen van de gelijksoortige opdrachten voor postbezorging van de deelnemende aanbestedende diensten niet van invloed op de toegang tot de opdracht voor MKB-bedrijven. Aanbesteder heeft in dat kader aangegeven dat MKB-bedrijven ook niet in staat zijn om de afzonderlijke opdrachten voor postbezorging van de deelnemende aanbestedende diensten uit te voeren. Die postbezorging omvat alle uitgaande en inkomende post, ongeacht het soort post of de bestemming daarvan. De deelnemende organisaties zijn elk voor zich landelijk opererende organisaties met een landelijk verzendprofiel. De MKB-bedrijven hebben echter geen landelijk dekkend netwerk en missen de sorteercapaciteit om het postvolume van de afzonderlijke aanbestedende diensten te collecteren en bezorgen. Zij kunnen, indien zij voldoen aan de voorwaarden voor toegang, gebruik maken van de sorteercapaciteit en het netwerk van PostNL voor landelijke bezorging. Eén van deze voorwaarden is echter het voldoen aan het minimumpercentage (op dit moment 30%) post dat een postbedrijf zelfstandig dient te bezorgen (zie de bijlage bij het Besluit van de staatssecretaris van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat inzake de aanvraag tot toepassing van artikel 47 van de Mededingingswet betreffende de vergunning voor overname van Sandd door PostNL, TK 2019-20, 29502, nr. 174). Gezien de landelijke spreiding van bezorging en het significante volume post binnen de afzonderlijke opdrachten van de deelnemende aanbestedende diensten verwacht aanbesteder dat geen van de MKB-bedrijven het minimumpercentage kan halen. Dit betekent dat er voor MKB-bedrijven (voor de afzonderlijke opdrachten) feitelijk geen toegang is tot het landelijke bezorgnetwerk en dat zij deze opdrachten niet kunnen uitvoeren.
- 5.7.12. Verder heeft aanbesteder aangevoerd dat hij bij zijn eerdere aanbesteding voor postbezorging de opdracht wel in percelen had verdeeld, maar dat de kleinere percelen toen niet door MKB-bedrijven zijn opgepakt.
- 5.7.13. Ook voert aanbesteder aan dat hij bepaalde diensten buiten de opdracht heeft gehouden (zie 4.2.5 en paragraaf 2.2.2 van de Selectieleidraad in 1.3 hiervoor). Aanbesteder heeft in paragraaf 2.2.2 van de Selectieleidraad aangegeven dat de diensten betreffende gerechtelijke brieven worden inbesteed, dus MKB-bedrijven kunnen niet naar opdrachten voor deze diensten meedingen. Voor de overige uitgezonderde diensten heeft aanbesteder niet duidelijk gemaakt of MKB-bedrijven daarvoor wel in aanmerking komen.
- 5.7.14. Ten slotte voert aanbesteder aan dat hij de potentiële toegang voor het MKB juist vergroot heeft met de opzet van de huidige aanbesteding. Zo is in het aanbestede contract de voorwaarde opgenomen dat in principe 4% van de door de deelnemende organisaties verzonden binnenlandse post bezorgd dient te worden door (kleinere, regionale) sociale ondernemingen. Dat percentage is volgens aanbesteder in lijn met het marktaandeel in termen van volume van alle (kleinere, regionale) sociale ondernemingen tezamen. Dit zijn tevens veelal MKB ondernemingen. Daarmee stelt aanbesteder een deel van de aanbestede opdracht voor het MKB zeker te hebben gesteld.

- 5.7.15. De Commissie constateert dat de onderhavige opdracht een bijzondere markt betreft. Hoewel de samenvoeging van de afzonderlijke opdrachten tot deze enorme opdracht niet in lijn is met de ratio van artikel 1.5 Aw 2012 om de kansen van het MKB op overheidsopdrachten te vergroten, komt de Commissie tot de conclusie dat de samenvoeging van de gelijksoortige opdrachten van de deelnemende organisaties in dit geval geen invloed heeft op de toegang tot de opdracht door MKB-bedrijven. MKB-bedrijven zouden immers ook geen toegang hebben tot de afzonderlijke opdrachten van de deelnemende organisaties. Alleen PostNL komt voor deze opdrachten in aanmerking. Dit brengt met zich mee dat MKB-bedrijven in beide gevallen – bij aanbesteding van de samengevoegde opdrachten, maar ook aanbesteding van de afzonderlijke opdrachten van de deelnemende aanbestedende diensten – geen kans op gunning van de opdracht(en) hebben. Of MKB-bedrijven in combinatie wel toegang zouden kunnen krijgen tot de afzonderlijke opdrachten, lijkt de Commissie evenmin aannemelijk. Indien zij ieder afzonderlijk het minimumpercentage van 30% zelf te bezorgen post niet kunnen behalen, zullen ze gezamenlijk evenmin gebruik kunnen maken van het landelijke netwerk van PostNL.
- 5.7.16. Aanbesteder heeft rekening gehouden met de MKB-bedrijven die tevens kwalificeren als sociale onderneming. In het aanbestede contract is namelijk de voorwaarde opgenomen dat in principe 4% van de door de deelnemende organisaties verzonden binnenlandse post bezorgd dient te worden door (kleinere, regionale) sociale ondernemingen (zie 4.2.17 hiervoor). Aanbesteder heeft het begrip 'sociale onderneming' overigens niet gedefinieerd, zodat niet duidelijk is of een sociale onderneming in de zin van artikel 2.82 of 2.82a Aw wordt bedoeld. Door de toevoeging van de woorden 'in principe' is bovendien niet duidelijk of en in hoeverre de voorwaarde afdwingbaar is. Verder constateert de Commissie dat de MKB-onderneming die niet kan worden aangemerkt als een sociale onderneming voor de onderhavige overheidsopdrachten buiten de boot valt.
- 5.7.17. Met betrekking tot het aspect 'organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst en de ondernemer' (artikel 1.5, lid 1, sub b Aw 2012) overweegt de Commissie het volgende. Aanbesteder heeft gemotiveerd (zie paragraaf 2.3.4 van de Selectieleidraad in 1.3 en 4.2.19-4.2.20 hiervoor) dat de samenvoeging van de opdrachten voor alle betrokkenen, waaronder marktpartijen, meer uniformiteit, synergie, transparantie in bedrijfsvoering en contractmanagement geeft, onnodige administratieve lasten voorkomt en het risico op fouten door individuele aanbestedingsprocedures voor steeds dezelfde diensten verkleint. Daarnaast voert aanbesteder aan dat het opsplitsen van de opdrachten een onevenredig zware belasting op de bedrijfsvoering zou veroorzaken bij 'opdrachtgever'. De personele bezetting is hiervoor niet meer beschikbaar en ook de eerder genoemde efficiencyslag en besparingen voor de marktpartijen, op basis van een single-point of contact en single-point of facturatie gaan dan verloren. Aanbesteder meent dat het dan ook zowel vanuit praktisch-, organisatorisch- als bedrijfsvoeringperspectief gewenst is voor zowel de deelnemende diensten als de marktpartijen de gelijksoortige opdrachten van verschillende deelnemende organisaties samen te voegen in één aanbesteding en één opdracht. Aanbesteder geeft aan ontzorgd te willen worden.
- 5.7.18. De Commissie is van oordeel dat het samenvoegen van een aantal gelijksoortige opdrachten van een aantal deelnemende aanbestedende diensten in ieder geval doelmatig en efficiënt voor de aanbestedende dienst zal kunnen zijn in die zin dat slechts één aanbestedingsprocedure hoeft te worden georganiseerd en te worden bekostigd. Omdat het hier echter een voordeel betreft dat in de regel altijd zal kunnen worden gerealiseerd door het samenvoegen van opdrachten, levert (het in de motivering van de samenvoeging verwijzen naar) dat voordeel op zichzelf nog

niet het bewijs op dat voldoende acht is geslagen op "de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst". De aanbestedende dienst zal in zijn motivering in dat kader ook moeten ingaan op de vraag of en in hoeverre de samenvoeging voor hem doelmatig zal zijn tijdens de uitvoering van de opdracht (zie Advies 183, overweging 5.8.2).

- 5.7.19. Ook bij de uitvoering van de opdracht lijkt de samenvoeging van gelijksoortige opdrachten van een aantal deelnemende aanbestedende diensten doelmatig en efficiënt te zijn. Uit paragraaf 1.1 van de Selectieleidraad (zie 1.3 hiervoor) leidt de Commissie af dat er één overeenkomst zal worden gesloten met de opdrachtnemer. Wanneer alle deelnemende aanbestedende diensten bij de uitvoering van de opdracht met één en dezelfde contractspartij hebben gecontracteerd, zullen zij inkoopvoordelen kunnen realiseren doordat een aantal zaken centraal kunnen worden georganiseerd en de uitvoeringskosten kunnen worden gereduceerd.
- 5.7.20. Met betrekking tot de eventuele organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de ondernemer overweegt de Commissie als volgt. Mogelijk doelt aanbesteder in dit kader onder meer op de omstandigheid dat wanneer een inschrijver in één aanbestedingsprocedure kan inschrijven op een aantal gelijksoortige opdrachten tegelijk, hij slechts één keer inschrijfkosten behoeft te maken. Omdat dat echter een voordeel betreft dat in de regel altijd zal kunnen worden gerealiseerd door het samenvoegen van opdrachten, levert (het in de motivering van de samenvoeging verwijzen naar) dat voordeel op zichzelf nog niet het bewijs op dat voldoende acht is geslagen op "de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de ondernemer". De aanbestedende dienst zal in zijn motivering vooral ook moeten ingaan op de bedoelde gevolgen en risico's voor zover deze de onderneming treffen aan wie de opdracht uiteindelijk wordt gegund tijdens de uitvoering van de opdracht (zie Advies 183, overweging 5.8.4).
- 5.7.21. Aanbesteder heeft in dit kader, onder meer, aangegeven dat een 'single-point of contact' en een 'single-point of facturatie' een efficiëncyslag en besparingen voor de opdrachtnemer opleveren. Niet gebleken is dat de organisatorische gevolgen en risico's voor de opdrachtnemer bij de samenvoeging van de opdrachten zwaarder zijn dan als de opdrachten niet zouden zijn samengevoegd.
- 5.7.22. Met betrekking tot het aspect van 'de mate van samenhang van de opdrachten' (artikel 1.5, lid 1, sub c Aw 2012) overweegt de Commissie ten slotte als volgt. In dit kader heeft aanbesteder aangevoerd (zie paragraaf 2.3.4 van de Selectieleidraad in 1.3 en 4.2.22-4.2.25 hiervoor) dat het kabinetsbeleid is dat onderdelen van het Rijk, zoals zelfstandige bestuursorganen (ZBO's) en rechtspersonen met een wettelijke taak (RWT's), aansluiten op de Rijksbrede bedrijfsvoering en architectuur. Het doel van categoriemanagement is daarnaast het harmoniseren van werkwijzen, bedrijfsprocessen en prijsvoordelen door efficiency. Post wordt door de deelnemende organisaties op eenzelfde wijze voortgebracht, verwerkt, gereed gemaakt en aangeboden voor verzending (al dan niet in dezelfde postkamer van een Rijksverzamelkantoor). Deze post wordt in een minimaal aantal contactmomenten gehaald en/of gebracht en door het postbedrijf middels een aansluitend proces gecollecteerd, gesorteerd en bezorgd. Eén contractpartij is noodzakelijk voor een efficiënte en duurzame operatie. Het contractmanagement vindt centraal gecoördineerd plaats en er is één uniform kader en één uniforme managementrapportage. Deze gezamenlijke rapportage geeft de Rijksoverheid noodzakelijke informatie en inzicht in de Rijksbrede bedrijfsvoering. Deze samenhang is mede op basis van eerdere gezamenlijke aanbestedingen optimaal vormgegeven.
- 5.7.23. Naar het oordeel van de Commissie zien voormelde argumenten van aanbesteder ten dele op de organisatorische gevolgen en risico's voor de deelnemende

aanbestedende diensten. Bij geografisch bepaalde en gelijksoortige opdrachten van verschillende aanbestedende diensten is er in beginsel weinig samenhang tussen deze opdrachten. Doordat in dit geval voor elke deelnemende aanbestedende dienst landelijke dekking nodig is, is er daarentegen wel sprake van samenhang. Bovendien zal er één overeenkomst worden gesloten met de opdrachtnemer en zal de uitvoering van het contract het contract centraal gecoördineerd plaatsvinden. Deze samenhang maakt samenvoeging van de opdrachten objectief gezien echter niet noodzakelijk.

- 5.7.24. De Commissie is, alles afwegende, van oordeel dat aanbesteder zijn beslissing om de opdrachten samen te voegen voldoende heeft gemotiveerd. In dat kader weegt voor de Commissie zwaar dat de samenvoeging van de gelijksoortige opdrachten van de deelnemende organisaties in dit concrete geval geen invloed heeft op de toegang tot de opdracht door MKB-bedrijven. MKB-bedrijven zouden immers ook geen toegang hebben tot de afzonderlijke opdrachten van de deelnemende organisaties. Dat betekent dat er naar het oordeel van de Commissie geen sprake is van "onnodige samenvoeging" van opdrachten in de zin van artikel 1.5, lid 1, Aw 2012.
- 5.7.25. Vervolgens is het de vraag of de samengevoegde opdracht in strijd met artikel 1.5, lid 3, Aw 2012 ten onrechte niet in percelen is verdeeld. In dat kader dient een aanbestedende dienst te motiveren waarom hij de verdeling in percelen niet passend acht. 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 de 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 (Advies 345, overweging 5.5.4). Zoals de Commissie reeds in Advies 345, overweging 5.6 heeft geoordeeld, kan een aanbestedende dienst aan zijn in artikel 1.5, lid 3, Aw 2012 genoemde motiveringsplicht 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, lid 1, 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, lid 3, 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, lid 1, Aw 2012 dwingt.
- 5.8. Nu de Commissie heeft geoordeeld dat aanbesteder de samenvoeging van de opdrachten voldoende heeft gemotiveerd in de zin van artikel 1.5, lid 1, Aw 2012, heeft aanbesteder daarmee eveneens aan zijn motiveringsplicht van artikel 1.5, lid 3, Aw 2012 voldaan (vgl. Advies 345, overweging 5.5.4, 5.10-5.10.3). Dit geldt naar het oordeel van de Commissie ook voor een geval als het onderhavige waarbij gelijksoortige opdrachten van verschillende aanbestedende diensten worden samengevoegd (zie Advies 345, overweging 5.10.3). Daarmee is de klacht naar het oordeel van de Commissie ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 2 juni 2020

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