

### Advies 530 | Samenvatting

De klacht betreft een Europese openbare procedure voor een raamovereenkomst met één onderneming voor transportdiensten ten behoeve van het groenbedrijf van de aanbesteder. Geklaagd wordt dat de aanbesteder ten onrechte meerdere gelijksoortige opdrachten zonder deugdelijke motivering heeft samengevoegd en zijn naderhand gegeven beslissing om de raamovereenkomst niet in percelen op te delen te laat en onvoldoende heeft gemotiveerd.

De aanbesteder gaat er eerst vanuit dat sprake is van samenvoeging en meent dat hij deze samenvoeging voldoende heeft gemotiveerd. Na advisering door zijn klachtenmeldpunt dat de motivering onvoldoende is, stelt de aanbesteder dat in feite geen sprake is van samenvoeging en geeft hij alsnog een motivering voor het niet opdelen van de raamovereenkomst in percelen.

De Commissie merkt allereerst op dat aan een raamovereenkomst inherent is dat sprake is van samenvoeging van meerdere (nadere) opdrachten. De klacht houdt in dat de onderhavige raamovereenkomst een achttal categorieën van (nadere) opdrachten voor transportdiensten ten behoeve van het groenbedrijf van de aanbesteder samenvoegt en daardoor in totale omvang "te groot" is voor het MKB. Volgens de klagende brancheorganisatie had de aanbesteder dit kunnen ondervangen door de raamovereenkomst in percelen onder te verdelen (waarbij aanbesteder dan per perceel blijkbaar wederom met één onderneming zou contracteren). In de kern gaat het de brancheorganisatie erom dat ondernemers de mogelijkheid hebben op een gedeelte van de aanbestede raamovereenkomst afzonderlijk te kunnen inschrijven.

De Commissie behandelt eerst de klacht over het tijdstip van motivering van de beslissing tot het niet opdelen van de raamovereenkomst in percelen. De aanbesteder heeft pas een motivering gegeven voor het niet opdelen in percelen ná het verstrijken van de uiterste datum voor het indienen van de inschrijvingen en zelfs na het advies van het eigen klachtenmeldpunt. De Commissie acht de klacht gegrond, voor zover deze het niet tijdig motiveren van het niet opdelen in percelen van de raamovereenkomst betreft. Inhoudelijk ziet de Commissie in de achteraf door de aanbesteder gegeven motivering voor het niet opdelen in percelen onvoldoende terug dat de aanbesteder alle in artikel 1.5, eerste lid, onder a, b en c, Aw 2012 genoemde aspecten concreet heeft afgewogen. Zij komt tot het oordeel dat de door de aanbesteder verstrekte motivering zijn beslissing tot het niet in percelen opdelen van de raamovereenkomst onvoldoende kan dragen en acht de klacht ook op dit punt gegrond.

Nu de Commissie heeft vastgesteld dat de aanbesteder heeft gehandeld in strijd met het splitsingsgebod van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012, komt zij niet meer toe aan een beoordeling van de beweerde schending van het in artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 genoemde verbod tot samenvoeging van opdrachten (vgl. Advies 345, overweging 5.10 e.v.).

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 530

### 1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 10 oktober 2018 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één onderneming voor transportdiensten ten behoeve van zijn groenbedrijf.
- 1.2. In de Inschrijvingsleidraad van 10 oktober 2018 (versie 1.0) is onder meer het volgende bepaald:

#### 'Hoofdstuk 1      Aanbesteder

##### 1.1    Korte beschrijving van de Aanbesteder

(...)

De Aanbesteder heeft zich, voorafgaand aan deze Aanbesteding, op de hoogte gebracht van de geldende standaarden, de meest voor de hand liggende perceelindeling, de meest geschikte Aanbestedingsprocedure, de toegankelijkheid van de overheidsopdracht voor het MKB, et cetera. Door deze marktverkenning is de Aanbesteder in staat om deze Inschrijvingsleidraad met bijbehorende Bijlagen te schrijven die op de markt aansluit, waardoor de administratieve lasten van de Inschrijvers worden beperkt. Voor deze marktverkenning heeft communicatie plaatsgevonden met marktpartijen/Ondernemers. De marktpartijen/Ondernemers hebben geen inzage gehad in deze Inschrijvingsleidraad met bijbehorende Bijlagen, noch hebben deze partijen inzicht gekregen in de gekozen uitgangspunten zoals die hier zijn verwoord.

(...)

#### Hoofdstuk 2      Inhoud van de opdracht

##### 2.1    Algemene omschrijving en locatie van de Diensten

De Aanbesteder wenst bij de uitvoering van haar reguliere werkzaamheden en bij calamiteiten te beschikken over diverse soorten vrachtwagens en overig zelfladend materiaal. Deze inzet komt de efficiency ten goede en wordt vooral gepleegd bij laden, vervoeren en lossen van bomen, plantenbakken, grond, zand, snoeiafval bij onderhoudswerkzaamheden en renovatie- en aanlegprojecten (binnen de disciplines wijkgroen- en boomonderhoud).

De meest voorkomende calamiteitsituaties ontstaan bij storm en stormschade.

In de zomermaanden is de afroep van transportdiensten minimaal, omdat vanuit de Aanbesteder dan bijna alleen groenonderhoudswerkzaamheden worden uitgevoerd. Uiteraard is dit ook weer met uitzondering van calamiteiten als gevolg van toenemende aantal(len) zomerstorm(en). Maximale afroep van transportdiensten vindt plaats in de periode oktober tot en met maart. In deze periode worden de renovaties, het boomplant- en het boomsnoeiwerk verricht. Daarbij wordt in deze periode ook vaak rekening gehouden met 2 tot 4 stormperiodes waarbij de wekelijkse behoefte aan transportdiensten kan oplopen tot wel 20 eenheden transport. In deze winterperiode en zeker bij calamiteiten is de beschikbaarheid van materieel

essentieel en moet dan ook voor een langere termijn worden gewaarborgd in een Raamovereenkomst.

De werkzaamheden dienen uitgevoerd te worden met diverse typen zelf ladende vrachtwagens en zelf ladende transportmaterieel inclusief uitrustingsstukken. In het Prijzenformulier (Bijlage 9) is vermeld welk transportmaterieel Opdrachtnemer dient te kunnen leveren op grond van de Raamovereenkomst. De Opdrachtgever bepaalt in overleg welk type transportmiddel en welke uitrustingsstukken voor het werk benodigd is/zijn.

De Opdrachtnemer dient in staat te zijn om voertuigen met chauffeur ter beschikking te stellen voor de uitvoering van transportwerkzaamheden onder regie van de Opdrachtgever. Het betreft transportwerkzaamheden op verhard en onverhard terrein, zoals bijvoorbeeld:

- Het laden, vervoeren en lossen van bomen;
- Het laden, vervoeren en lossen van diverse plantmaterialen;
- Het laden, vervoeren en lossen van plantschalen, plantenbakken;
- Het laden, vervoeren en lossen van grond, zand en andere bulk transporten;
- Het laden, vervoeren en lossen van groenafval bij onderhouds- en aanlegprojecten;
- Het laden, vervoeren en lossen van bestratingsmaterialen;
- Het laden, vervoeren en lossen van dierlijke mest van diverse kinderboerderijen;
- Tevens worden er 24 uur transportactiviteiten uitgevoerd bij calamiteiten;

De werkzaamheden vallen onder de CPV-codes: 90512000-9 – Diensten voor afvalvervoer

(...)

De Raamovereenkomst, die in concept als Bijlage 7 is bijgevoegd, wordt onder de Algemene Inkoopvoorwaarden van Opdrachtgever afgesloten, met een looptijd van 2 jaar, met een aan de Opdrachtgever toekomende optie tot verlenging van maximaal 2 maal 1 jaar.

(...)

Binnen de Raamovereenkomst worden de Nadere Opdrachten verdeeld onder één Opdrachtnemer.

## **2.2 Aantal percelen**

De Opdracht is niet verdeeld in percelen.

De Aanbesteder heeft ervoor gekozen de Opdracht samen te voegen. De motivering hiervoor is:

- a) De Aanbesteder heeft de samenstelling van de relevante markt geanalyseerd en afgewogen. Hieruit blijkt dat door het samenvoegen van de Opdracht er voldoende bedrijven zijn uit het midden- en kleinbedrijf die toegang hebben tot de Opdracht;
- b) Het betreft een Raamovereenkomst voor homogene dienstverlening (herhalingsopdrachten van steeds dezelfde dienstverlening, in de vorm van nadere opdrachten), door het als een geheel in de markt te zetten van deze Opdracht worden geen ondernemingen van deelname uitgesloten;
- c) De mate van samenhang van de Opdrachten.

(...)

## **Hoofdstuk 3      Aanbestedingsprocedure**

### **3.1      Algemeen**

#### **3.1.1      Aanbestedingsprocedure**

De opdracht wordt aanbesteed volgens de Europese openbare Aanbestedingsprocedure, conform (hoofdstuk 2 van) het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW).

(...)

## **Hoofdstuk 4      Vaststellen geschiktheid Inschrijver**

(...)

### **4.4      Geschiktheidseisen**

Er wordt getoetst of de Inschrijver geschikt is om de opdracht uit te voeren. Dit gebeurt aan de hand van onderstaande Geschiktheidseisen.

#### **4.4.1      Financiële en economische draagkracht**

De Inschrijver dient aan te tonen dat hij beschikt over voldoende financiële en economische draagkracht middels invulling en overlegging van de UEA op onderstaande aspecten.

##### **4.4.1.1      Verzekering**

Bij onderhavige opdracht verlangt de Aanbesteder van opdrachtnemer dat deze verzekerd is voor:

- Bedrijfsaansprakelijkheid.

##### Bewijsmiddel

Door ondertekening van het UEA verklaart de Inschrijver te kunnen voldoen aan deze eis. De dekking voldoet aan de normen die in de branche gebruikelijk zijn, De gevraagde bewijsstukken hoeven **niet** bij Inschrijving ingediend te worden. De Aanbesteder kan aan de Inschrijver(s) bewijsstukken opvragen zoals een kopie van de betreffende verzekeringspolis.

#### **4.4.2      Technische bekwaamheid**

De Inschrijver dient aan te tonen dat hij beschikt over voldoende kennis en ervaring middels invulling en overlegging van de UEA op onderstaande aspecten.

##### **4.4.2.1      Ervaringseis kerncompetenties**

Door de Aanbesteder zijn de volgende kerncompetenties vastgesteld, benodigd voor het toetsen van technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, naar aard en omvang overeenkomend met onderhavige opdracht:

Gevraagde kerncompetentie:

- **Inschrijver heeft ervaring met het vervoeren, laden en lossen van minimaal 12.000 ton bomen, of plantmateriaal, of groenafval, of grondafval per jaar met behulp van zelf ladende vrachtwagens.**

##### Bewijsmiddel

Inschrijver dient zijn ervaring te onderbouwen door het geven van een referentieopdracht die in de afgelopen 3 jaar (1-1-2015 tot 30-9-2018) is uitgevoerd. Van het referentiewerk moet een ondertekende verklaring conform Bijlage 5 van de Opdrachtgever inzake de goede uitvoering worden overlegd. Meerdere Opdrachtgevers zijn toegestaan.

Eventuele extra referenties zullen terzijde worden gelegd.

#### **4.4.2.2 Technische bekwaamheid: kwaliteitsnorm en kwaliteitsbewaking**

Aanbesteder verlangt van de Inschrijver dat hij kwaliteitsbewaking in zijn organisatie heeft verankerd en toepast. Dit kan op een van de volgende manieren worden aangetoond:

- a. kopieën van certificaten volgens de internationale normenreeks ISO 9001:2008/2015  
of
- b. kopieën van gelijkwaardige certificaten op het gebied van kwaliteitsbewaking (het bewijs moet geldig zijn op de datum van Inschrijving);  
of
- c. een beschrijving van gelijkwaardige maatregelen op het gebied van kwaliteitsbewaking.

#### Bewijsmiddel

Door ondertekening van het UEA verklaart de Inschrijver te kunnen voldoen aan deze eis. De gevraagde bewijsstukken hoeven **niet** bij de Inschrijving ingediend te worden. De Aanbesteder kan aan de Inschrijver(n) bewijsstukken opvragen zoals hierboven genoemd.

#### **4.4.2.3 Technische bekwaamheid: normen inzake milieubeheer**

Aanbesteder verlangt van de Inschrijver dat hij milieubeheer in zijn organisatie heeft verankerd en toepast. Dit kan op een van de volgende manieren worden aangetoond:

1. een ISO 14001 certificaat of indien de Inschrijver hier niet over beschikt, door het bijvoegen van een actuele, door de directie ondertekende milieubeleidsverklaring;  
of
2. een milieuprogramma of actieplan waarin is aangegeven welke stappen de organisatie neemt of gaat nemen om de milieubelasting te verminderen;  
of
3. een milieuverslag of andere (management-)rapportage waarin gerapporteerd wordt over de genomen milieumaatregelen en de behaalde resultaten en de naam en de functie-inhoud van een functionaris die is aangesteld om de milieumaatregelen van de organisatie te coördineren.

#### Bewijsmiddel

Door ondertekening van het UEA verklaart de Inschrijver te kunnen voldoen aan deze eis. De gevraagde bewijsstukken hoeven **niet** bij de Inschrijving ingediend te worden. De Aanbesteder kan aan de Inschrijver(n) bewijsstukken opvragen zoals hierboven genoemd.

#### **4.4.2.4 Technische bekwaamheid: Procescertificaat BRL 9101**

Inschrijver dient in het bezit te zijn van een geldig Procescertificaat BRL 9101 of gelijkwaardig

#### Bewijsmiddel

Door ondertekening van het UEA verklaart de Inschrijver te kunnen voldoen aan deze eis. De gevraagde bewijsstukken hoeven **niet** bij de Inschrijving ingediend te worden. De Aanbesteder kan aan de Inschrijver(n) bewijsstukken opvragen zoals een kopie van het betreffende certificaat.

#### **4.4.2.5 Technische bekwaamheid: VCA\*\* certificaat**

Inschrijver (onderneming) dient in het bezit te zijn van een voor de Opdracht geldig VCA\*\* certificaat of gelijkwaardig.

### Bewijsmiddel

Door ondertekening van het UEA verklaart de Inschrijver te kunnen voldoen aan deze eis. De gevraagde bewijsstukken hoeven **niet** bij de Inschrijving ingediend te worden. De Aanbesteder kan aan de Inschrijver(n) bewijsstukken opvragen zoals een kopie van het betreffende certificaat.

#### 4.4.3 Derde(n)verklaring

Indien de Gegadigde voor het voldoen aan de Geschiktheidseisen gebruik maakt van (een) Derde(n) overlegt de Gegadigde voor elke Derde, een Derde(n)verklaring, zoals opgenomen in Bijlage 4.

(...)'

- 1.3. In Bijlage 2 ("Programma van Eisen"), behorende bij de Inschrijvingsleidraad is onder andere het volgende bepaald:

'(...)

6. De Opdrachtnemer is, bij Inschrijving en tijdens de uitvoerende werkzaamheden, in het bezit van de benodigde transportvergunningen (VIHB), rijbewijzen, certificaten en kentekens (minimaal euro norm 6 voor de uitvoering van het transport. Opdrachtnemer dient deze, op eerste verzoek daartoe door Opdrachtgever, te overleggen ter verificatie.

(...)'

- 1.4. In de Nota van Inlichtingen van 15 november 2018 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.4.1. Vraag 3: 'U claimt dat er, ondanks de samenvoeging nog steeds voldoende bedrijven zijn uit het MKB die toegang hebben tot deze opdracht. Ons inziens is dit niet het geval. U stelt ons inziens buitensporige eisen waar slechts een zeer beperkt aantal bedrijven aan kan voldoen (zie voor deze buitensporigheid ook punt 4.4.2.1. van de leidraad).

Dit was ook bij de vorige aanbesteding van deze werkzaamheden door uw organisatie reeds het geval, waardoor er destijds ook al zeer weinig inschrijvers waren, en naar nu blijkt heeft u hiervan toen niet geleerd. Door opnieuw op deze wijze aan te besteden sluit u ons inziens veel te veel bedrijven uit en dat is juridisch onjuist! Voor de hand liggend is ons inziens dat u dit bestek herschrijft, zodat dit daadwerkelijk toegankelijk wordt voor meerdere bedrijven uit het MKB. Wij zijn graag bereid hiervoor onze input te leveren.'

Antwoord: 'De te stellen technische bekwaamheid dient zowel proportioneel te zijn naar aard als naar omvang van de opdracht.

Als richtsnoer wordt gesteld dat de waarde die de gevraagde referentie moet hebben dient te liggen tussen 0-60% van de raming van de onderhavige opdracht. Voor deze opdracht is deze minder dan 50%. Meerdere Opdrachtgevers/referentieopdrachten zijn toegestaan om aan het minimale tonnage (per jaar) te voldoen.

Betreft de aard van de werkzaamheden is gekozen voor het benoemen van verschillende soorten afval. De inschrijver dient slechts minimaal één soort afval (bomen, of plantmateriaal, of groenafval, of grondafval) in de referentie te benoemen.'

- 1.4.2. Vraag 4: 'Wij hebben de transportwerkzaamheden, vallend binnen dit bestek, enige tijd geleden voor u mogen uitvoeren. Dit hebben wij, en dat blijkt o.a. ook uit

diverse documenten vanuit uw organisatie(=positieve past performance), toen tot volle tevredenheid gedaan. Echter, dit is langer dan 3 jaar geleden. U stelt nu als eis dat onze referentie niet ouder mag zijn dan maximaal 3 jaar. Bent u bereid deze periode te verruimen? De toen opgedane kennis en ervaring is namelijk nog steeds binnen ons bedrijf aanwezig.'

Antwoord: 'De aanbestedingswet 2012 conform artikel 2.93 lid 1 sub b gaat voor leveringen en diensten uit van een referentietermijn van maximaal drie jaar. korter mag, langer in beginsel niet. Een langere periode is wel mogelijk als er anders onvoldoende gegadigden zijn die aan de referentie-eisen kunnen voldoen. Dit kan het geval zijn in een branche waarin systematisch relatief weinig opdrachten worden uitgevoerd of in een branche waarin gedurende een bepaalde periode minder opdrachten werden uitgevoerd. Dat laatste is voor deze opdracht niet het geval. Om de concurrentie te optimaliseren is gekozen voor een maximale termijn namelijk 3 jaar.'

- 1.4.3. Vraag 5: 'U eist dat het materiaal minimaal (!) euro 6 is. Wij vinden dit een zeer buitensporige eis, want veel materiaal dat vandaag de dag wordt gebruikt voldoet niet aan deze norm. (...) Wij dienen dus aanzienlijk te investeren in ons materieel om aan deze eis te voldoende en bent u dan bijvoorbeeld ook bereid om de opdracht voor een periode van minimaal 6 jaar te gunnen zodat wij deze investeringen kunnen terugverdienen? Of kunt u akkoord gaan met de inzet van materieel met minimaal een euro 5 motor?'

Antwoord: 'Wij zijn bereid de eis te wijzigen in minimaal euronorm 5.

U dient op eerste verzoek van aanbesteder een afschrift van de typegoedkeuringspapieren en/of het kentekenbewijs te tonen, om de euronorm aan te tonen.

De wezenlijke wijziging leidt tot een nieuwe minimumtermijn van inschrijving 40 kalenderdagen, gerekend vanaf de verzenddatum van de Nota van Inlichtingen 1.0 d.d. 15-11-2018.

De wijzigingen zijn in de Aanbestedingsdocumenten geel gearceerd.'

- 1.5. Op 15 november 2018 is een nieuwe aangepaste versie van de Inschrijvingsleidraad (versie 1.1) op TenderNed gepubliceerd.

- 1.6. Op 15 november 2018 is ook een nieuwe versie van het Programma van Eisen (versie 1.1) gepubliceerd. Hierin is onder meer bepaald:

'(...)

6. De Opdrachtnemer is, bij Inschrijving en tijdens de uitvoerende werkzaamheden, in het bezit van de benodigde transportvergunningen (VIHB), rijbewijzen, certificaten en kentekens minimaal euro norm 5 voor de uitvoering van het transport. (...);

(...)'

- 1.7. Op 11 december 2018 is de tweede Nota van Inlichtingen gepubliceerd waarin wordt vermeld dat er geen vragen zijn binnengekomen.

- 1.8. Op 13 december 2018 heeft de brancheorganisatie, per e-mail een klacht ingediend bij aanbesteder, waarin het volgende wordt gesteld:

‘Tot [Brancheorganisatie], een onafhankelijk adviesorgaan op het gebied van aanbestedingen voor het GWW- en Groenbedrijf, heeft zich een ondernemer gewend die bezwaren heeft ten aanzien van de door [Aanbesteder] georganiseerde Europese, openbare aanbesteding van de opdracht “Raamovereenkomst Transportdiensten t.b.v. groenbedrijf.”

De bezwaren van deze ondernemer zijn naar de mening van [Brancheorganisatie] terecht en om die reden wendt [Brancheorganisatie] zich tot de aanbesteder teneinde de bezwaren kenbaar te maken, met het dringende verzoek de aanbestedingsprocedure alsnog in overeenstemming te brengen met de aanbestedingsreggeving.

Het doel van het Europese aanbestedingsrecht is de ontwikkeling van daadwerkelijke mededinging op de markt van overheidsopdrachten. Om ervoor te zorgen dat het MKB net zoveel kansen op gunning van overheidsopdrachten heeft als het grootbedrijf, heeft de wetgever in de Aanbestedingswet 2012 talloze bepalingen opgenomen om de toegang van het MKB tot overheidsopdrachten te vergroten. In dat kader is in de wet (artikel 1.5 Aw 2012) een clusterverbod opgenomen. Een aanbestedende dienst is niet gerechtigd opdrachten onnodig samen te voegen.

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 aanbesteder in ieder geval acht heeft geslagen op de aspecten ex art. 1.5 lid 1 Aw 2012:

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

In dit geval heeft u *alle* transportdiensten voor het groenbedrijf van [Aanbesteder] samengevoegd in één opdracht. De opdracht is niet opgedeeld in percelen. Hierdoor ontstaat een zeer omvangrijke opdracht, waardoor de organisatorische gevolgen en risico’s voor (met name) het MKB zeer ingrijpend zijn. Bovendien heeft deze samenvoeging tot gevolg dat de hierop afgestemde geschiktheidseisen dermate hoog zijn dat de toegang tot de opdracht voor met name het MKB nagenoeg onmogelijk is geworden. Dit wordt nog eens versterkt door de door u gehanteerde referentietermijn van drie jaar, waaraan u blijkens de Nota van Inlichtingen vasthoudt. Dit, terwijl u zelf een opdracht in de markt zet met een looptijd van 4 jaar. Weliswaar hanteert de Aw 2012 bij overheidsopdrachten voor diensten een referentieperiode van drie jaar. Echter, uit de Gids Proportionaliteit volgt dat deze periode verlengd kan worden als er anders onvoldoende gegadigden zijn die aan de ervaringseisen kunnen voldoen. Hiervan is in dit geval sprake.

Als gevolg van de samenvoeging en de door u gestelde geschiktheidseisen wordt de markt onnodig beperkt. Dit is in strijd met de Aanbestedingswet 2012 en ook het algemene doel van het houden van een aanbesteding.

Onder 2.2 van de Inschrijvingsleidraad heeft u een motivering voor de samenvoeging verstrekt. In deze motivering geeft u aan de samenstelling van de relevante markt geanalyseerd en afgewogen te hebben. Hieruit zou volgens u blijken dat door het samenvoegen van de opdracht “voldoende” bedrijven uit het MKB toegang tot de opdracht zouden hebben. [Brancheorganisatie] verzoekt u deze stelling te onderbouwen. Wat voor onderzoek heeft u verricht? Waarop is de door u genoemde conclusie gebaseerd? Zoals hierboven is verwoord, komt [Brancheorganisatie]



immers tot een geheel andere conclusie. Bovendien onderschrijven de eerdere aanbestedingen van deze opdracht uw conclusie evenmin.

Voorts stelt u (2.2 sub b) dat de onderhavige opdracht een raamovereenkomst voor homogene dienstverlening zou betreffen waardoor geen ondernemingen van deelname zouden worden uitgesloten. Dat sprake is van homogene dienstverlening zegt iets over de mate van samenhang van de opdrachten (die door u wordt aangehaald onder 2.2 sub c), maar niet over de mogelijkheid tot deelname dan wel uitsluiting van ondernemingen. Deze conclusie kan [Brancheorganisatie] derhalve niet plaatsen. In uw motivering heeft u bovendien géén acht geslagen op de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst en de ondernemer. De door u verstrekte motivering voldoet dus alleen om deze reden al niet aan het bepaalde in artikel 1.5 Aw 2012.

Op grond van het vorenstaande verzoekt [Brancheorganisatie] u met klem de opdracht alsnog op te delen in percelen en daarmee in overeenstemming te brengen met de Aw 2012. Indien en voor zover u de aanbestedingsprocedure ongewijzigd voortzet, behoudt [Brancheorganisatie] zich alle rechten voor om de onderhavige klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts in te dienen.

[Brancheorganisatie] ziet een schriftelijke reactie graag **uiterlijk dinsdag 19 december a.s.** tegemoet op [mailadres]. Indien en voor zover een tijdige reactie uitblijft, ga ik ervan uit dat de inschrijftermijn dienovereenkomstig -en in ieder geval minimaal een week- zal worden verlengd.

[Brancheorganisatie] zal deze klacht ook indienen bij het klachtenmeldpunt.'

- 1.9. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft bij brief van 9 januari 2019, abusievelijk gedateerd op 22 juni 2018, op de klacht gereageerd.

'Met uw brief van 13 december 2018 heeft u namens een niet nader genoemde ondernemer bij de Klachtencommissie Aanbesteden van [Aanbesteder] een klacht ingediend over de Europese openbare aanbesteding 'Raamovereenkomst Transportdiensten t.b.v. Groenbedrijf' met nummer (...).

(...)

De klacht is door de Klachtencommissie behandeld volgens de Klachtenprocedure aanbestedingen van [Aanbesteder], de Aanbestedingswet 2012, de Gids Proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken 2016.

Hiermee informeert de Klachtencommissie u over haar beoordeling.

## **1. Ontvankelijkheid**

De klacht heeft betrekking op een (Europese) aanbesteding van [Aanbesteder], is voldoende gemotiveerd en voldoet aan de overige vereisten van de artikelen 2 en 4 van de Klachtenprocedure Aanbestedingen van [Aanbesteder] 2016. Volgens artikel 5, vierde lid, onderdeel b van de Klachtenprocedure is de klacht verder pas ontvankelijk als over hetzelfde aspect in één van de vragenronden een vraag, opmerking of verzoek is ingediend. De klacht is ingediend na de twee vragenronden. In nota van inlichtingen 1.0 van 15 november 2018 wordt in vraag 3 het onderwerp aan de orde gesteld dat refereert aan de door [Brancheorganisatie] aangekaarte klacht. De klacht is daarom ontvankelijk als gevolg waarvan de Klachtencommissie deze inhoudelijk zal behandelen.

## **2. Klacht [Brancheorganisatie]**

De klacht houdt samengevat in dat [Aanbesteder] als opdrachtgever alle transportdiensten voor het groenbedrijf samenvoegt in één opdracht en deze vervolgens (ten onrechte) niet opdeelt in percelen. Daardoor ontstaat een omvangrijke opdracht met hoge geschiktheidseisen waarmee de toegang tot de opdracht voor het midden- en kleinbedrijf (MKB) nagenoeg onmogelijk is geworden. Dit wordt versterkt door de referentietermijn van drie jaar. Als gevolg van de samenvoeging en de gestelde geschiktheidseisen wordt de markt onnodig beperkt.

Voor de onderbouwing van de klacht wijst [Brancheorganisatie] op het in artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012 opgenomen 'clusterverbod' waardoor de aanbestedende dienst niet gerechtigd is om opdrachten onnodig samen te voegen. In het geval opdrachten toch worden samengevoegd is de aanbestedende dienst gehouden om dit in de aanbestedingsstukken te motiveren.

In onderdeel 2.2 is een niet toereikende motivering van de samenvoeging verstrekt die niet voldoet aan artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012.

[Brancheorganisatie] verzoekt 1) de opdracht alsnog in percelen op te delen om die daarmee in overeenstemming te brengen met de Aanbestedingswet 2012 en 2) de referentietermijn te verlengen.

## **3. Reactie op de klacht door (...) (Opdrachtgever)**

### ***Homogene dienst, gelijksoortige opdrachten***

Opdrachtgever (...) geeft aan dat sprake is van één opdracht voor een homogene dienst, te weten 'transportdiensten' met CPV-code: 90512000-9 – Diensten voor afvalvervoer. De transportdiensten betreffen vervoer van zaken ten behoeve van groenbeheer door het groenbedrijf van [Aanbesteder]. Dat de transportstromen (de te transporteren zaken) zijn uitgewerkt en benoemd in de aankondiging van opdracht en de aanbestedingsleidraad maakt niet dat dan ineens sprake is van samenvoeging van gelijksoortige of ongelijksoortige opdrachten (van al dan niet verschillende -zelfstandige- entiteiten binnen [Aanbesteder]). Opdrachtgever had in de omschrijving kunnen volstaan met: 'Transportdiensten voor het Groenbedrijf' of 'aan en afvoer materialen voor groenbeheer'.

Voor zover op enig moment zou worden geoordeeld dat toch sprake is van 'samenvoeging' van opdrachten, dan gaat het niet om een 'onnodige' samenvoeging in de zin van artikel 1.5, eerste lid Aanbestedingswet 2012.

De mededeling 'Aantal percelen' in paragraaf 2.2 van de Aanbestedingsleidraad is na de vermelding dat geen sprake is van een opdeling in percelen abusievelijk voorzien van een toelichting die bedoeld is om een samengevoegde opdracht te motiveren waar (mogelijk) een motivering voor het niet opdelen in percelen was beoogd.

Dat de opdracht niet in percelen is verdeeld is niet disproportioneel en leidt ook niet tot uitsluiting van een belangrijk deel van de markt en/of het midden- en kleinbedrijf (zie ook hierna). Voor zover de opdeling in percelen al mogelijk is wordt dat niet passend geacht in verband met de aard van de opdracht en de logistiek van opdrachtgever. Opdeling in percelen maakt de opdracht uit praktisch en logistiek oogpunt onwerkbaar.

### ***Referentietermijn***

De opdracht is na een verkenning naar mening van de opdrachtgever wel degelijk (goed) toegankelijk voor het (nationale en internationale EU) midden- en kleinbedrijf. De referentietermijn voor dergelijke opdrachten is drie jaar (art. 2.93, onderdeel b Aanbestedingswet 2012). Het uitgangspunt volgens voorschrift 3.5 G van de Gids Proportionaliteit is dat een kortere termijn is toegestaan en een langere referentietermijn in beginsel niet is toegestaan tenzij er anders onvoldoende gegadigden zijn die aan de referentie-eisen kunnen voldoen. In dat verband wordt als voorbeeld de situatie vermeld van een branche waarin systematisch relatief weinig opdrachten worden uitgevoerd of waarin gedurende een bepaalde periode minder opdrachten werden uitgevoerd. Dat doet zich in deze branche (transport branche-afvaltransport) niet voor. Bovendien is de referentietermijn feitelijk (al) drie jaar en negen maanden (1-1-2015 tot 30-9-2018, paragraaf 4.4.2.1 aanbestedingsleidraad).

### ***MKB toegankelijkheid en kerncompetentie***

Voor het voldoen aan het tonnage van de kerncompetentie vermeld in paragraaf 4.4.2.1 van de aanbestedingsleidraad mogen de verschillende afvalstromen worden opgeteld. Daarnaast mag het tonnage zijn gerealiseerd bij meerdere opdrachtgevers. Het in de kerncompetentie verlangde tonnage (12.000 ton) bedraagt circa 45% van de jaarlijks te vervoeren hoeveelheid (28.000 ton) en wordt daarmee als proportioneel aangemerkt. Verder gaat klager eraan voorbij dat voor het voldoen aan de geschiktheidseisen in voorkomend geval in onderaanneming of combinatievorming een beroep kan worden gedaan op een derde.

Om het MKB verder tegemoet te komen heeft de opdrachtgever het programma van eisen dat transportvoertuigen moeten voldoen aan de euro 6 norm verlaagd naar euro 5. Er zijn twee typen voertuigen aangewezen waarmee al het transport kan plaatsvinden in plaats van te verlangen dat verschillende typen voertuigen beschikbaar moeten zijn.

### ***Door klager gesuggereerde verdeling in percelen***

Los van het voorgaande vergeet klager uiteen te zetten hoe hij een (voor [Aanbesteder] en de verschillende opdrachtnemers) werkbare verdeling in percelen voor zich ziet en uit hoeveel percelen de opdracht dan zou moeten bestaan. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met 24-uurs calamiteiten diensten voor alle denkbare transportbewegingen die zich bij de door klager voorgestelde (kunstmatige) verdeling in percelen dus ook uitstrekt over de opdracht van een collega transporteur voor een ander perceel. De uitvoerder van de calamiteitendiensten moet alle transport kunnen verzorgen en niet worden beperkt tot calamiteiten diensten voor het eigen perceel. Dat zou namelijk inhouden dat de opdrachtgever in geval van een calamiteit moet beoordelen in welk perceel die valt en welke opdrachtnemer men nu moet benaderen.

### ***Resumerend***

De vermelde transportdiensten opdelen in meerdere percelen leidt tot een logistiek onoverzichtelijke, onpraktische en niet werkbare constructie in het algemeen en bij calamiteiten in het bijzonder.

## **4. Juridisch kader**

De aanbestedingsprocedure moet (onder andere) voldoen aan de algemene aanbestedingsbeginselen non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en

proportionaliteit. Deze beginselen komen uit de EU-aanbestedingsrichtlijn voor overheidsopdrachten 2014/24/EU en werken door in het nationale recht via de Aanbestedingswet 2012, de Gids Proportionaliteit en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarnaast is het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing.

## **5. Beoordeling klachtencommissie**

Over uw klacht overweegt de Klachtencommissie het volgende.

### ***Opdrachtomschrijving***

Opdrachtgever (...) besteedt voor het bedrijfsonderdeel Groenbedrijf een raamovereenkomst aan voor het transport ten behoeve van het Groenbedrijf. Het Groenbedrijf verzorgt het groenbeheer van [Aanbesteder]. Het transport wordt in de zomermaanden nagenoeg uitsluitend door Groenbedrijf zelf verzorgd met uitzondering van transport bij calamiteiten. In de wintermaanden concentreert zich de afroep van reguliere transportdiensten en transport bij calamiteiten bij een opdrachtnemer.

De aankondiging van opdracht en de aanbestedingsleidraad vermeldt:

*De Opdrachtnemer dient in staat te zijn om voertuigen met chauffeur ter beschikking te stellen voor de uitvoering van transportwerkzaamheden onder regie van de Opdrachtgever. Het betreft transportwerkzaamheden op verhard en onverhard terrein, zoals bijvoorbeeld:*

- *Het laden, vervoeren en lossen van bomen;*
- *Het laden, vervoeren en lossen van diverse plantmaterialen;*
- *Het laden, vervoeren en lossen van plantschalen, plantenbakken;*
- *Het laden, vervoeren en lossen van grond, zand en andere bulk transporten;*
- *Het laden, vervoeren en lossen van groenafval bij onderhouds- en aanlegprojecten;*
- *Het laden, vervoeren en lossen van bestratingsmaterialen;*
- *Het laden, vervoeren en lossen van dierlijke mest van diverse kinderboerderijen;*
- *Tevens worden er 24 uur transportactiviteiten uitgevoerd bij calamiteiten;*

*De werkzaamheden vallen onder de CPV-codes:*

*90512000-9 – Diensten voor afvalvervoer*

De opdracht bestaat hoofdzakelijk uit het transporteren van materialen die bij het groenbeheer vrijkomen. Als zodanig zijn de (nadere) opdrachten voor dit transport onder de raamovereenkomst aan te merken als 'gelijksoortige opdrachten'. Omdat het om meerdere nadere opdrachten onder de raamovereenkomst gaat is sprake van 'samenvoeging' van (in dit geval) gelijksoortige doorgaans volgtijdelijke opdrachten. Omdat die verzamelde opdrachten niet ieder afzonderlijk op de markt worden gebracht (volgens het aanbestedingsregime dat past bij de totale geraamde waarde van de verzamelde opdrachten) zijn die samengevoegd in een raamovereenkomst.

### ***Motiveren samenvoeging***

Het feit dat de 'samenvoeging' van de nadere onder de raamovereenkomst te verstrekken opdrachten doorgaans niet overeenkomstig artikel 1.5, eerste lid Aanbestedingswet 2012 wordt gemotiveerd zit in de systematiek en begripsomschrijving van 'raamovereenkomst' volgens artikel 1.1 en 2.44 en verder en 2.139 en verder Aanbestedingswet 2012. Desalniettemin is in paragraaf 2.2 aan de hand van artikel

1.5, lid 2 jo. lid 1 Aanbestedingswet 2012 een (relatief summiere) motivatie gegeven voor de samenvoeging van af te roepen nadere opdrachten in de raamovereenkomst.

De Gids Proportionaliteit (pag. 24 ev.) vermeldt op dit punt dat bij de keuze voor het aanbesteden van een raamovereenkomst in de aanbestedingsstukken gemotiveerd zou moeten worden aangegeven hoe rekening is gehouden met de partijen op de relevante markt en of een aanbesteding van een concrete opdracht in plaats van een raamovereenkomst ook mogelijk zou zijn. Tenslotte geldt als uitgangspunt dat raamovereenkomsten niet het effect mogen hebben dat de toegang voor het MKB wordt beperkt.

In het verlengde daarvan volgt uit het voorgaande en uit diverse gerechtelijke uitspraken en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts dat sprake moet zijn van een draagkrachtige motivering die de keuze tot samenvoeging (ic. in een raamovereenkomst) moet kunnen dragen. De motivering dient daarvoor in te gaan op de onderdelen a tot en met c van artikel 1.5, lid 1 Aanbestedingswet 2012.

Voor de detaillering van de motivering op die onderdelen wordt in rechte en door de Commissie van Aanbestedingsexperts overigens een verschillende maatstaf aangelegd. Dit laat onverlet dat de gegeven motivering de beslissing tot samenvoeging moet kunnen dragen. De in paragraaf 2.2 van de aanbestedingsleidraad gegeven motivering behandelt weliswaar de bovenvermelde onderdelen a tot en met c maar is te summier om de samenvoeging van de opdrachten in een raamovereenkomst te kunnen dragen. In paragraaf 1.1, tweede alinea is weliswaar (nog) aangegeven welke acties zijn uitgevoerd om de opdracht aan te besteden zoals dat is gebeurd maar is nagelaten om dit (enigszins) uit te werken in een motivering in eerdergenoemde zin.

### ***Motiveren niet opdelen in percelen***

Naast de verplichting tot het motiveren van een 'samenvoeging' kent artikel 1.5, derde lid Aanbestedingswet een (zelfstandig op zichzelf staand) splitsingsgebod dat opdrachten zo goed mogelijk in percelen worden opgedeeld tenzij dat 'niet passend' wordt geacht. In dat laatste geval moet dit (wederom) worden gemotiveerd.

De Klachtencommissie begrijpt van de opdrachtgever dat de afweging om de opdracht niet in percelen te verdelen wel en bewust is gemaakt. Getuige ook de mededelingen in paragraaf 1.1 en 2.2 van de Aanbestedingsleidraad. De Klachtencommissie vindt dat dit niet voldoende en met zoveel woorden (draagkrachtig) in de aanbestedingsstukken is gemotiveerd.

Artikel 1.5, lid 3 Aanbestedingswet 2012 maakt niet duidelijk op welke aspecten de motivering acht moet slaan om de beslissing om de opdeling in percelen 'niet passend' te vinden. Een deugdelijke motivering moet gebaseerd zijn op een afweging van de met die opdeling gemoeide belangen van de opdrachtgever enerzijds en het belang van voldoende toegang tot de opdracht voor ondernemers uit het midden- en kleinbedrijf anderzijds. Daarbij kan acht worden geslagen op de in artikel 1.5, lid 1 Aanbestedingswet vermelde onderdelen a tot en met c. Motivering kan onder omstandigheden nog plaatsvinden bij nota van inlichtingen. Dat is zelfs ook nog mogelijk als de inschrijvingstermijn is verstreken in verband met het voorkomen van klachten of gerechtelijke procedures van belanghebbende inschrijvers, dan wel overige marktpartijen.

De gebrekkige motivering van samenvoeging van de opdracht in een raamovereenkomst volgens artikel 1.5, lid 2 jo. lid 1 Aanbestedingswet 2012 kan overigens worden hersteld met een draagkrachtige motivering voor het niet opdelen van de opdracht in percelen (art. 1.5, lid 3 Aanbestedingswet 2012) op basis van de onderdelen a tot en met c van het eerste lid van artikel 1.5.

### **Referentietermijn**

De Klachtencommissie volgt op dit klachtonderdeel het verweer van de opdrachtgever zoals samengevat in onderdeel 3 van dit advies.

De Aanbestedingswet 2012 vermeldt in artikel 2.93, lid 1 onderdeel b dat de referentietermijn ten hoogste 3 jaar bedraagt. Het vierde lid van dit artikel vermeldt dat in afwijking daarvan een langere termijn kan gelden als 'dat noodzakelijk is om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen'. De Gids Proportionaliteit vult dit nog aan met: 'korter mag, langer in beginsel niet. Een langere periode is wel mogelijk als er anders onvoldoende gegadigden zijn die aan de referentie-eisen kunnen voldoen. Dit kan het geval zijn in een branche waarin systematisch relatief weinig opdrachten worden uitgevoerd of in een branche waarin gedurende een bepaalde periode minder opdrachten werden uitgevoerd. Om de concurrentie te optimaliseren, is het wenselijk zo veel mogelijk die maximumtermijnen aan te houden'.

Gezien de toelichting-motivering van de opdrachtgever in paragraaf 1.1 en 2.2 van de aanbestedingsleidraad is op dit onderdeel een (markt)verkenning gehouden met als uitkomst dat erop nationaal en EU-niveau voldoende midden- en kleinbedrijf is met toegang tot deze aanbesteding die kunnen voldoen aan de gekozen uitgangspunten. [Brancheorganisatie] geeft als enige onderbouwing voor een langere referentietermijn dat van voldoende gegadigden die aan de ervaringseisen kunnen voldoen geen sprake is gezien eerdere aanbestedingen. Dat al dan niet eerder sprake was van een relatief beperkt aantal inschrijvers hoeft volgens de Klachtencommissie weinig te zeggen over de toegankelijkheid van de opdracht. In nationaal en in EU verband kunnen er voldoende midden- en kleinbedrijven zijn die aan de eisen voldoen maar die om het regionale karakter van de opdracht of andere redenen afzien van deelname. Daarnaast is er geen verplichting voor de opdrachtgever om een langere termijn te hanteren anders dan in het geval van een beperkte markt zoals hiervoor aangegeven waarvan niet is gebleken.

Voor het overige komen de integrale geschiktheidseisen niet onredelijk voor in relatie tot de verlangde dienstverlening en de toegankelijkheid van de opdracht. Voor zover relevant is verder uit de markt geen opmerking ontvangen dat dit anders zou zijn anders dan de klacht.

## **6. Advies Klachtencommissie**

Gelet op het bovenstaande beoordeelt de Klachtencommissie de klacht 'gedeeltelijk gegrond'.

Dat wil zeggen 'gegrond' op het klachtonderdeel dat ziet op het niet voldoende toereikend motiveren van 1) het 'samenvoegen' van (nadere) opdrachten in een raamovereenkomst en/of 2) het niet opdelen van de opdracht in percelen en 'ongegrond' op het klachtonderdeel 'referentietermijn' en 'geschiktheidseisen'.

De Klachtencommissie adviseert de aanbestedende dienst om de aanbesteding 'Raamovereenkomst Transportdiensten t.b.v. Groenbedrijf (...)' in overeenstemming te brengen met dit advies voor het gegronde deel van de klacht met verwijzing naar voetnoot 4 [CvA advies 53, overweging 6.1.14, advies 343, overweging

5.2.13 en advies 345, overweging 5.7.2 ev., Commissie] en 5 [ECLI:NL:RBZWB:2016:1666, ro. 5.8 en CvA advies 343, overweging 5.2.15, advies 345 overweging 5.7.3., advies 450, overweging 6.5.5, Commissie]. In het geval hier geen mogelijkheid (meer) voor is, dan wordt geadviseerd om bij volgende aanbestedingen alert te zijn op motivering van een 'samenvoeging' van opdrachten en het eventueel niet opdelen daarvan in percelen.

Dit advies gaat in afschrift naar [Brancheorganisatie]. Richting [Brancheorganisatie] merkt de Klachtencommissie op dat overeenkomstig artikel 5, lid 8 van de Klachtenprocedure de klacht de aanbestedingsprocedure niet opschort tenzij de opdrachtgever aanleiding ziet daartoe te besluiten.'

1.10. De inschrijvingen moesten volgens de gewijzigde planning worden ingediend op 10 januari 2019.

1.11. Op 10 januari 2019 heeft de brancheorganisatie een e-mail gestuurd aan aanbesteder met de onderstaande inhoud:

'[Brancheorganisatie] neemt aan dat u eveneens kennis heeft genomen van het advies van het Klachtenmeldpunt van [Aanbesteder] naar aanleiding van de door [Brancheorganisatie] ingediende klacht.

Het Klachtenmeldpunt onderschrijft het standpunt van [Brancheorganisatie] dat de samenvoeging niet deugdelijk is gemotiveerd en aldus niet voldoet aan artikel 1.5 Aw 2012. Voorts verliest het klachtenmeldpunt overigens bij de behandeling van de klacht aangaande de referentie-eis uit het oog dat deze klacht volledig samenhangt met de klacht aangaande de samenvoeging. De betreffende eis is immers gerelateerd aan de (samengevoegde) opdracht.

Hoe het ook zij, het Klachtenmeldpunt geeft aan dat deze aanbestedingsprocedure niet voldoet aan de Aanbestedingswet 2012 en aldus onrechtmatig is. [Brancheorganisatie] gaat er derhalve van uit dat u de onderhavige aanbestedingsprocedure staakt en deze alsnog in overeenstemming brengt met de aanbestedingsregels. De suggestie van het Klachtenmeldpunt dat dit mogelijk niet meer zou kunnen, kan [Brancheorganisatie] niet plaatsen. Sterker nog, in dit stadium (voor aanbesteding) is dat juist heel goed nog mogelijk. Indien en voor zover u de aanbestedingsprocedure ongewijzigd voortzet, overweegt [Brancheorganisatie] vervolgstappen ondernemen.'

1.12. Op 17 januari 2019 heeft aanbesteder per e-mail als volgt gereageerd op de e-mail van de brancheorganisatie van 10 januari 2019:

'[Aanbesteder] zal de aanbesteding niet staken. Allereerst zal de door u gevraagde heraanbesteding met verdeling in percelen geen (noodzakelijke) wezenlijke wijziging opleveren, zodat het heraanbesteding niet zonder meer mogelijk is. Een zodanige wijziging van de opdracht dat wel sprake zal zijn van een wezenlijke wijziging is voor [Aanbesteder] niet wenselijk.

[Aanbesteder] kiest ervoor alsnog te motiveren waarom zij de opdracht niet heeft verdeeld in percelen, zoals geadviseerd door de Klachtencommissie Aanbesteden van [Aanbesteder] in het advies van woensdag 9 januari 2019. [Aanbesteder] heeft in de leidraad (onder 2.2) vermeld dat sprake is van samenvoeging, maar daarvan is feitelijk geen sprake. [Aanbesteder] heeft bedoeld te stellen dat zij het niet passend acht om de opdracht in meerdere percelen te verdelen als bedoeld in artikel 1.5 lid 3 Aanbestedingswet 2012, althans [Aanbesteder] doet dat hierbij alsnog.

(...)

Verdeling van de opdracht in percelen ligt niet voor de hand. Allereerst is er sprake van homogene dienstverlening, bestaande uit veelal kleine herhalingsopdrachten van dezelfde aard. Indien deze aan verschillende opdrachtnemers dienen te worden opgedragen, dan brengt dat allereerst veel administratieve lasten met zich mee. Dat verhoudt zich niet met de door [Aanbesteder] gewenste verlichting van administratieve verplichtingen (zie subgunningscriterium 1). Verder kan het vervoer van verschillende materialen (als vermeld in de leidraad onder 2.1, 4<sup>e</sup> alinea) voor een enkel werk thans in een enkele opdracht worden opgedragen, daar waar ingeval van verdeling in percelen mogelijk meerdere opdrachtgevers zouden moeten worden ingeschakeld. Dat acht [Aanbesteder] onwenselijk, onder meer vanwege de gewenste duurzaamheid (zie subgunningscriterium 2).

Een geografische verdeling in percelen is vanwege dezelfde redenen niet wenselijk, nog afgezien van het feit dat sommige opdrachten kunnen zien op verschillende geografische delen van [Aanbesteder].

Naar de stellige mening van [Aanbesteder] is de omvang van de totale opdracht bovendien niet onvriendelijk voor het MKB, althans [Aanbesteder] meent dat voldoende bedrijven uit het MKB toegang tot de opdracht hadden.

[Aanbesteder] meent met het bovenstaande alsnog te hebben voldaan aan de motiveringsplicht die volgt uit artikel 1.5 lid 3 Aanbestedingswet 2012. Eventuele vervolgstappen ziet [Aanbesteder] met vertrouwen tegemoet.'

- 1.13. Op 22 januari 2019 heeft de brancheorganisatie per e-mail als volgt op de email van aanbesteder van 17 januari 2019 gereageerd:

'De motivering dient krachtens de Aw 2012 in de aanbestedingsstukken vermeld te worden. Volgens de Commissie van Aanbestedingsexperts betekent dit dat de motivering ook in de Nota van Inlichtingen gegeven zou mogen worden. Echter in dit geval geeft u eerst een motivering ná aanbesteding verstrekt. Daarmee voldoet u **niet** aan de wet. Bovendien voldoet deze motivering niet aan het bepaalde in artikel 1.5 Aw 2012. Zoals verwoord in de klacht van [de Brancheorganisatie] dient uit de motivering te blijken dat u acht heeft geslagen op de **drie** aspecten als genoemd in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012. Hiervan is nog steeds geen sprake. Dat u eventuele vervolgstappen met vertrouwen tegemoet zou zien, kan [Brancheorganisatie] derhalve niet plaatsen.

U stelt in uw e-mail voorts dat naar de stellige mening van [Aanbesteder] de omvang van de totale opdracht niet onvriendelijk voor het MKB zou zijn, althans dat voldoende bedrijven uit het MKB toegang tot de opdracht hadden. In dat kader ga ik ervan uit dat u bereid bent bekend te maken hoeveel inschrijvers een geldige bieding hebben gedaan op deze aanbesteding. [Brancheorganisatie] beroept zich daarbij zo nodig op de Wet openbaarheid bestuur.'

- 1.14. Op 28 januari 2019 heeft aanbesteder per e-mail het onderstaande geantwoord :

'Als reactie op uw onderstaande e-mail bericht van 22 januari jongstleden bericht ik u als volgt.

In ons mailbericht van 17 januari jl. hebben wij u [Brancheorganisatie] geïnformeerd over de beslissing om de aanbesteding niet te staken. De aanbestedende dienst heeft die beslissing toegelicht. In het verlengde daarvan is met (zo goed mogelijke) inachtneming van het advies van het Klachtenmeldpunt en artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012 aan [Brancheorganisatie] alsnog een motivering gegeven voor de overweging om de opdracht niet in percelen te verdelen.

Omdat de uiterste indieningstermijn was verstreken kon geen nota van inlichtingen dienaangaande meer worden gepubliceerd. De Commissie van



Aanbestedingsexperts geeft in een dergelijke situatie aan dat motivering zelfs nog mogelijk is als de uiterste indieningstermijn is verstreken. Ik verwijs daarvoor naar noot 5 van het advies van het Klachtenmeldpunt. Omdat er vanuit de verdere markt geen klachten op dit onderdeel zijn geuit anders dan door [Brancheorganisatie] namens een (enkele) ondernemer is de motivering uitsluitend aan [Brancheorganisatie] gericht en niet op andere wijze meer gepubliceerd.

Ik stel vast dat wij het op dit onderdeel voor deze specifieke aanbesteding niet (meer) eens zullen worden. Voor toekomstige aanbestedingen nemen wij het advies van Klachtenmeldpunt en de opmerkingen van [Brancheorganisatie] ter harte. Met betrekking tot het aantal aanbieders en de verdere afwikkeling van de aanbestedingsprocedure verwijs ik [Brancheorganisatie] naar de mededelingen op TenderNed. Voor zover [Brancheorganisatie] met haar e-mail van 22 januari jl. beoogt gelijktijdig een beroep te dien op de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) stellen wij vast dat het verzoek betrekking heeft op informatie die openbaar is (of wordt) gemaakt op TenderNed. Op dergelijke informatie is de WOB niet van toepassing."

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

Aanbesteder handelt in strijd met het bepaalde in artikel 1.5, lid 1 en lid 2, Aw 2012 door meerdere gelijksoortige opdrachten zonder deugdelijke motivering samen te voegen.

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

Aanbesteder heeft zijn beslissing om de raamovereenkomst niet in percelen op te splitsen te laat gemotiveerd. Die motivering is overigens ook onvoldoende. In zoverre heeft aanbesteder in strijd gehandeld met het bepaalde in artikel 1.5, lid 3, Aw 2012.

## **3. Onderbouwing klacht**

### **3.1. Klachtonderdeel 1**

3.1.1. De brancheorganisatie is van oordeel dat er sprake is van samenvoeging van meerdere gelijksoortige opdrachten. In dit geval heeft aanbesteder immers alle transportdiensten voor het groenbedrijf samengevoegd in één opdracht. Het gaat onder meer om de volgende diensten:

- Het laden, vervoeren en lossen van bomen;
- Het laden, vervoeren en lossen van diverse plantmaterialen;
- Het laden, vervoeren en lossen van plantschalen, plantenbakken;
- Het laden, vervoeren en lossen van grond, zand en andere bulk transporten;
- Het laden, vervoeren en lossen van groenafval bij onderhouds- en aanlegprojecten;
- Het laden, vervoeren en lossen van bestratingsmaterialen;
- Het laden, vervoeren en lossen van dierlijke mest van diverse kinderboerderijen;
- Tevens worden er 24 uur transportactiviteiten uitgevoerd bij calamiteiten.

3.1.2. Aldus is sprake van clusteren van gelijksoortige opdrachten binnen één aanbestedende dienst conform par. 3.3.1. van de Gids Proportionaliteit. Aanbesteder heeft na aanbesteding ontkend dat sprake is van samenvoeging van opdrachten. Dit blijkt uit het advies van het klachtenmeldpunt van 9 januari 2019 (zie 1.9 hiervoor)

waarin het verweer van de aanbestedder is opgenomen en dit blijkt ook uit de e-mail van aanbestedder van 17 januari 2019 (zie 1.12 hiervoor). De brancheorganisatie acht het standpunt van aanbestedder opmerkelijk, aangezien aanbestedder wel een motivering voor het samenvoegen van de opdrachten gaf in de Inschrijvingsleidraad (zie 1.2 hiervoor). Ook het klachtenmeldpunt van aanbestedder erkent dat sprake is van samenvoeging van gelijksoortige opdrachten (zie 1.9 hiervoor). De brancheorganisatie verwijst naar onderstaande passage uit het advies van het klachtenmeldpunt:

'De opdracht bestaat hoofdzakelijk uit het transporteren van materialen die bij het groenbeheer vrijkomen. Als zodanig zijn de (nadere) opdrachten voor dit transport onder de raamovereenkomst aan te merken als 'gelijksoortige opdrachten'. Omdat het om meerdere nadere opdrachten onder de raamovereenkomst gaat is sprake van 'samenvoeging' van (in dit geval) gelijksoortige doorgaans volgtijdelijke opdrachten. Omdat die verzamelde opdrachten niet ieder afzonderlijk op de markt worden gebracht (volgens het aanbestedingsregime dat past bij de totale geraamde waarde van de verzamelde opdrachten) zijn die samengevoegd in een raamovereenkomst.'

- 3.1.3. De brancheorganisatie stelt dat er door de samenvoeging van alle transportdiensten voor het groenbedrijf een zeer omvangrijke opdracht is ontstaan. De organisatorische gevolgen en risico's voor (met name) het MKB zijn daarom ingrijpend. Bovendien heeft deze samenvoeging tot gevolg dat de hierop afgestemde geschiktheidseisen dermate hoog zijn dat de toegang tot de opdracht voor met name het MKB nagenoeg onmogelijk is geworden. Omdat sprake is van samenvoeging van opdrachten is aanbestedder gehouden om deze samenvoeging in de aanbestedingsstukken te motiveren volgens artikel 1.5 Aw 2012. Uit deze motivering dient te volgen dat aanbestedder in ieder geval acht heeft geslagen op de aspecten ex artikel 1.5 lid 1 Aw 2012:
- a. De samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf;
  - b. De organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst en de ondernemer;
  - c. De mate van samenhang van de opdrachten.
- 3.1.4. In par. 2.2 van de Inschrijvingsleidraad is een motivering opgenomen ten aanzien van de samenvoeging (zie 1.2 hiervoor). De brancheorganisatie is van oordeel dat deze motivering niet voldoet aan de motiveringseisen van artikel 1.5 Aw 2012. In deze summier motivering geeft aanbestedder onder sub a aan de samenstelling van de relevante markt geanalyseerd en afgewogen te hebben. Hieruit zou blijken dat door het samenvoegen van de opdracht voldoende bedrijven uit het MKB toegang tot de opdracht zouden hebben. Tot op heden is – na meerdere verzoeken van de brancheorganisatie – geen informatie over deze analyse verstrekt. Geheel onduidelijk is waar aanbestedder haar conclusies op baseert. Daarmee is volgens de brancheorganisatie die motivering onvoldoende. In ieder geval staat vast dat slechts één onderneming heeft ingeschreven op de onderhavige aanbesteding. Dit is een duidelijke aanwijzing dat het MKB onvoldoende toegang tot de opdracht had. Eerdere aanbestedingen van deze opdracht ondersteunen de conclusie van aanbestedder evenmin. Dit zou blijken dat gegevens die de brancheorganisatie bekend zijn over het (zeer) beperkte aantal inschrijvers dat op de aanbesteding in 2008 (vier inschrijvers), 2011 (twee inschrijvers) en 2014 (drie inschrijvers) inschreef.
- 3.1.5. Voorts stelt aanbestedder conform par. 2.2 sub b van de Inschrijvingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) dat de onderhavige opdracht een raamovereenkomst voor homogene dienstverlening zou betreffen waardoor geen ondernemingen van deelname zouden worden uitgesloten. De brancheorganisatie is van oordeel dat homogene

dienstverlening iets zegt over de mate van samenhang tussen de opdrachten, maar niet over de mogelijkheid tot deelname dan wel uitsluiting van ondernemingen.

- 3.1.6. De brancheorganisatie is voorts van oordeel dat aanbesteder geen acht heeft geslagen op de organisatorische gevolgen (artikel 1.5 sub b Aw 2012) en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst en de ondernemer (artikel 1.5 sub c Aw 2012). De door aanbesteder verstrekte motivering voldoet volgens de Brancheorganisatie ook daarom al niet aan het bepaalde in artikel 1.5 Aw 2012.
- 3.1.7. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder onderschrijft dat deze motivering de beslissing tot samenvoeging niet kan dragen. Het klachtenmeldpunt stelt overigens dat alle onderdelen a tot en met c van artikel 1.5 Aw 2012 worden behandeld, hetgeen naar het oordeel van de brancheorganisatie, gelet op het voorgaande, onjuist is. De vereiste motivering conform artikel 1.5 sub b en c is immers niet gegeven. De motivering is volgens het klachtenmeldpunt echter te summier om de samenvoeging te kunnen dragen. De klacht van de brancheorganisatie (zie 1.8 hiervoor) zoals ingediend bij aanbesteder is daarmee dus terecht.
- 3.1.8. Aanbesteder heeft echter geen gevolg gegeven aan de klacht van de brancheorganisatie en het oordeel van het klachtenmeldpunt. Na het advies van het klachtenmeldpunt heeft aanbesteder immers aangegeven dat er geen sprake zou zijn van samenvoeging van opdrachten, hetgeen onjuist is.
- 3.1.9. Bovendien is nog altijd geen motivering gegeven die voldoet aan artikel 1.5 Aw 2012. Dat is niet acceptabel voor de brancheorganisatie. Zeker niet gezien de vele verzoeken van de brancheorganisatie om alsnog (tijdig) een deugdelijke motivering te verstrekken.

## 3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. De motivering voor het niet opdelen in percelen is te laat aangevuld. De aanvullende motivering is eerst na aanbesteding verstrekt. De opdracht was al (voorlopig) gegund. De aanbestedende dienst is in dit geval dan ook rijkelijk te laat met de motivering. Dat klemt eens te meer gezien de diverse verzoeken van de brancheorganisatie om vóór aanbesteding gehoor te geven aan de klachten en de inschrijvingstermijn uit te stellen.
- 3.2.2. De brancheorganisatie stelt dat uit eerdere adviezen van de Commissie blijkt dat het geraden kan zijn dat de aanbestedende dienst na sluiting van de inschrijvingstermijn op 'andere wijze' alsnog voldoende bekendheid geeft aan een dragende motivering voor zijn beslissing om opdrachten samen te voegen of zijn beslissing om een (samengevoegde) opdracht niet in percelen op te delen. Door enkel een aanvullende motivering te verstrekken aan de brancheorganisatie heeft aanbesteder niet voldoende bekendheid in die zin gegeven. Andere inschrijvers en/of gegadigden die niet hebben ingeschreven zijn immers niet op de hoogte gesteld. Dit is direct in strijd met het transparantiebeginsel en het daaruit voortvloeiende motiveringsbeginsel.
- 3.2.3. Doordat de opdracht niet is verdeeld in percelen is deze zeer omvangrijk. Het is daarom slecht gesteld met de toegang tot de opdracht voor het MKB. In de inschrijvingsleidraad is geen motivering gegeven voor het niet opdelen in percelen. Enkel voor de samenvoeging is een motivering gegeven. De motivering die aanbesteder na aanbesteding heeft verstrekt voldoet evenmin aan de motiveringseisen. De brancheorganisatie verwijst naar de aanvullende motivering bij e-mail van 17 januari 2019 (zie 1.12 hiervoor). In feite herhaalt aanbesteder de summiere motivering die hij in de Inschrijvingsleidraad gaf voor de samenvoeging. Deze

motivering acht de brancheorganisatie met name onvoldoende op het punt van toegang tot de opdracht voor voldoende MKB-bedrijven. Aanbesteder geeft geen motivering, maar geeft alleen aan dat zij de stellige mening is toegedaan dat de totale omvang van de opdracht niet MKB onvriendelijk is en dat voldoende MKB bedrijven toegang tot de opdracht hadden. Alleen al op grond van deze blote stellingen voldoet de motivering om van het percelengebod af te wijken niet.

- 3.2.4. Volgens de brancheorganisatie heeft slechts één inschrijver een inschrijving gedaan en dit betrof de zittende aannemer. Zij ziet dit als een duidelijke aanwijzing dat andere partijen (met name MKB) onvoldoende toegang hadden tot het meedingen naar de opdracht. Door niet deugdelijk te motiveren waarom de toegang tot de opdracht voor het MKB gewaarborgd is, handelt aanbesteder volgens de brancheorganisatie in strijd met het percelengebod. Zij verwijst naar par. 3.3.2 van de toelichting van de Gids Proportionaliteit:

‘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.’

- 3.2.5. De brancheorganisatie verwijst voorts naar de volgende passages van de Gids Proportionaliteit:

‘Uitgangspunt van de wet is dat geclusterde opdrachten in beginsel in percelen verdeeld moeten worden. Voor opdelen in percelen kan bijvoorbeeld gekozen worden omdat bij het bepalen van de inkoopstrategie gebleken is, dat de opdracht verschillende expertises vraagt die veelal niet in één onderneming verenigd zijn. Een andere reden om te kiezen voor opdelen in percelen kan zijn dat de aanbestedende dienst ook de wat kleinere ondernemingen in de gelegenheid wil stellen om mee te dingen naar een deel van de opdracht.

Tenslotte kan het opdelen in percelen ook een bewuste strategie van een aanbestedende dienst zijn, om in een bepaald marktsegment niet van één onderneming afhankelijk te worden.

Het risico van disproportionaliteit schuilt met name in het op de markt zetten van een zeer omvangrijke opdracht die hetzij niet opgedeeld is in percelen, dan wel in zéér grote percelen, waardoor een belangrijk deel van de markt wordt uitgesloten. Dit is noch in het belang van het bedrijfsleven, noch in het belang van de aanbestedende dienst (marktinperking). Er dient sprake te zijn van een goed evenwicht. Het opdelen in percelen verhoogt de marktwerking nu meer ondernemingen gelegenheid tot deelname krijgen. De aanbestedende dienst beperkt nog steeds zijn transactiekosten (in de voorbereiding) omdat sprake is van één aanbesteding, maar kan door betere marktwerking tegen concurrerende prijzen inkopen. Daarbij worden de mogelijkheden voor het MKB vergroot.’

- 3.2.6. Dat aanbesteder stelt dat sprake zou zijn van homogene dienstverlening doet volgens de brancheorganisatie niets af aan het percelengebod; ook homogene diensten kunnen immers in percelen worden opgedeeld om de inschrijfmogelijkheden voor het MKB te vergroten.

- 3.2.7. Verder wijst de brancheorganisatie erop dat aanbesteder een tweetal motiveringen koppelt aan de subgunningscriteria, te weten: de verlichting van administratieve verplichtingen en duurzaamheid. Waar die verlichting van administratieve

verplichtingen concreet op ziet, heeft aanbesteder niet duidelijk gemaakt. De stelling is volgens de brancheorganisatie te algemeen van aard. Aanbesteder stelt daarnaast dat met het verdelen in percelen de duurzaamheid (subgunningscriterium 2) in het geding komt. Aanbesteder laat na dit te motiveren. De Commissie heeft geoordeeld dat een dergelijke motivering te algemeen van aard is en dat deze motivering onvoldoende is om het samenvoegen van de opdracht te kunnen rechtvaardigen. Aanbesteder heeft immers verzuimd de voordelen te concretiseren. De brancheorganisatie verwijst naar Advies 450 van de Commissie van 28 februari 2018 overweging 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 (...). 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 organisatorische 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. Beklagde heeft ook overigens niet inzichtelijk maakt waar die voordelen concreet uit zouden bestaan.’

- 3.2.8. Voor zover de administratieve lastenverlichting geschaard zou kunnen worden onder de organisatorische gevolgen van de samenvoeging, geldt volgens de brancheorganisatie dat aanbesteder alleen is ingegaan op de organisatorische voordelen voor hemzelf. Aanbesteder heeft daarbij geen acht geslagen op de organisatorische gevolgen en risico’s van de samenvoeging voor de ondernemer. De motivering op dit punt is naar het oordeel van de brancheorganisatie dan ook onvolledig.
- 3.2.10. De brancheorganisatie wijst in dat verband naar een vonnis van Rechtbank Midden-Nederland (Vzr. Rb. Midden-Nederland 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685), waarin expliciet duidelijk wordt gemaakt dat de motivering onvolledig is indien de aanbestedende dienst enkel aandacht heeft geschonken aan de organisatorische gevolgen en risico’s voor hemzelf en geen acht heeft geslagen op de organisatorische gevolgen en risico’s van het samenvoegen van de opdrachten voor de ondernemers. Mede op grond hiervan achtte de rechtbank de samenvoeging van opdrachten in dat geval in strijd met het clusterverbod.
- 3.2.11. Tot slot wijst de brancheorganisatie er nog op dat het klachtenmeldpunt van aanbesteder ook van oordeel was dat de motivering niet voldoende (draagkrachtig) in de aanbestedingsstukken is gemotiveerd.
- 3.2.12. De nadere motivering die aanbesteder na het advies van het klachtenmeldpunt gaf, verschilt volgens de brancheorganisatie nauwelijks van de in de Inschrijvingsleidraad gegeven motivering onder par 2.2. (zie 1.2 hiervoor). De motivering in de zin van artikel 1.5 Aw 2012 is daarmee volgens haar evident onvoldoende.

#### **4. Reactie aanbesteder**

##### **4.1. Klachtonderdeel 1**

- 4.1.1. Aanbesteder heeft transportdiensten ten behoeve van zijn groenbedrijf aanbesteed. Het gaat hoofdzakelijk om het transporteren van allerhande materialen die gelijktijdig vrijkomen en die gelijktijdig nodig zijn bij het uitvoeren van groenbeheer.
- 4.1.2. In de Inschrijvingsleidraad (hoofdstuk 2.1, pagina 7, 4e alinea) heeft aanbesteder een aantal voorbeelden gegeven van te transporteren materialen (zie 1.2 hiervoor).

De brancheorganisatie heeft aan de opsomming van deze voorbeelden ten onrechte de conclusie verbonden dat er sprake zou zijn van het samenvoegen van te onderscheiden opdrachten als bedoeld in artikel 1.5, lid 1, Aw 2012. Die indruk is wellicht (en begrijpelijkerwijs) gewekt omdat aanbesteder zelf (maar ten onrechte) in de leidraad (hoofdstuk 2.2, pagina 8) heeft vermeld dat wel sprake zou zijn van het samenvoegen van opdrachten.

- 4.1.3. Juist omdat het hoofdzakelijk gaat om gelijktijdig vrijkomende en benodigde materialen, die logischerwijs gelijktijdig kunnen worden getransporteerd, ligt het niet voor de hand om te concluderen dat sprake is van (onderling te onderscheiden) opdrachten, die kunnen worden samengevoegd en vervolgens zouden kunnen worden verdeeld in percelen.
- 4.1.4. Indien en voor zover zou moeten worden geconcludeerd dat wel sprake is van het samenvoegen van opdrachten, gaat het hooguit om het samenvoegen van gelijksoortige opdrachten. Het gaat immers louter en alleen om transportdiensten ten behoeve van een enkel onderdeel van aanbesteder. Van het samenvoegen van niet gelijksoortige opdrachten is in elk geval geen sprake. Evenmin is sprake van het onnodig samenvoegen van gelijksoortige opdrachten.
- 4.1.5. Aanbesteder betwist dat er sprake is van het samenvoegen van gelijksoortige opdrachten. Om die reden kan een motivering als bedoeld in artikel 1.5, lid 2, Aw 2012 achterwege blijven.
- 4.1.6. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft de klacht van de brancheorganisatie van 13 december 2018 (zie 1.8 hiervoor) deels gegrond verklaard. De facto heeft het klachtenmeldpunt naar de mening van aanbesteder geoordeeld dat in de leidraad de keuze voor een raamovereenkomst niet voldoende toereikend is gemotiveerd.
- 4.1.7. Omdat er geen sprake is van samenvoeging, is het bepaalde in artikel 1.5, lid 2, Aw 2012 in casu niet relevant. Voor zover het sluiten van een raamovereenkomst zou leiden tot het samenvoegen van nadere opdrachten in de zin van artikel 1.5 Aw 2012 – hetgeen aanbesteder betwist – merkt aanbesteder op dat hij bij de keuze voor het sluiten van een raamovereenkomst acht heeft geslagen op het bepaalde in artikel 1.5, lid 2, sub a tot en met c Aw 2012. Aanbesteder verwijst daartoe in verband met artikel 1.5, lid 2, onder a Aw 2012 naar zijn beantwoording van vraag 4 van de nota van inlichtingen van 15 november 2018 (zie 1.4.1 hiervoor). Aanbesteder wijst er bovendien op dat het klachtenmeldpunt de klacht van klager met betrekking tot de MKB toegankelijkheid blijkens het advies van 9 januari 2019 ongegrond heeft verklaard en dat klager daar in zijn klaagschrift van 15 mei 2019 niet tegenop is gekomen. Hij acht het duidelijk dat voldoende acht is geslagen op de toegang van het MKB tot de opdracht.
- 4.1.8. Aanbesteder heeft in verband met artikel 1.5, lid 2, onder b Aw 2012 voorts acht geslagen op de organisatorische risico's van de keuze voor een raamovereenkomst voor zowel zichzelf als voor de potentiële inschrijvers. Hij stelt weloverwogen te hebben gekozen voor één enkele raamovereenkomst. De keuze voor verschillende raamovereenkomsten (percelen) zou voor potentiële inschrijvers het risico hebben ingehouden dat zij voor elk mogelijk perceel (transport van bomen, plantmaterialen, plantenbakken, grond, zand, groenafval, bestratingmateriaal, mest, enzovoort) 24/7 transportmiddelen ter beschikking dienen te houden, zonder dat er enige zekerheid zou zijn dat aanbesteder aan elk van de opdrachtnemers per perceel daadwerkelijk (voldoende) opdrachten zou verstrekken. Aanbesteder acht dat verre van proportioneel. Verder heeft aanbesteder er op 17 januari 2019 op gewezen (zie 1.12 hiervoor) dat de samenvoeging van opdrachten en daaropvolgende verdeling in percelen ook voor de verschillende opdrachtnemers administratieve

lasten zou hebben opgeleverd, onder meer wegens onnodige coördinatie tussen verschillende opdrachtnemers.

4.1.9 Wat artikel 1.5, lid 2, onder c Aw 2012 betreft, ligt het volgens aanbesteder voor de hand dat er tussen het transporteren van diverse materialen ten behoeve van het groenbedrijf bij de uitvoering van groenbeheer sprake is van samenhang. Aanbesteder wijst erop dat de brancheorganisatie dit niet heeft weersproken.

#### 4.2. Klachtonderdeel 2

4.2.1. Aanbesteder betwist dat de motivering te laat is verstrekt: hij sluit zich aan bij hetgeen het klachtenmeldpunt in zijn advies van 9 januari 2019 heeft overwogen en beslist (zie 1.9 hiervoor).

4.2.2. Aanbesteder herhaalt ten aanzien van dit klachtonderdeel verder zijn nadere motivering zoals opgenomen in zijn reactie van 17 januari 2019 (zie 1.12 hiervoor) en verzoekt al hetgeen hij hierover al heeft gesteld, als letterlijk herhaald en ingelast te beschouwen.

4.2.3. Aanvullend stelt aanbesteder het volgende. De brancheorganisatie beweert dat aanbesteder de opdracht zou hebben toegeschreven naar de zittende aannemer. Afgezien van het feit dat in casu geen sprake is van aanneming van werk, maar van een (raam)overeenkomst van opdracht, betwist aanbesteder deze bewering met klem. De brancheorganisatie heeft haar bewering niet onderbouwd en bewezen. Aanbesteder stelt dat het enkele feit dat slechts één inschrijving is ontvangen vanzelfsprekend niet betekent dat aanbesteder de opdracht heeft toegeschreven naar de vorige opdrachtnemer.

4.2.4. De brancheorganisatie heeft in haar klacht bij de Commissie niet gemotiveerd waarom er wel sprake zou zijn van verschillende opdrachten en hoe zij de verdeling in verschillende percelen voor zich ziet in het licht van de opdracht, hoewel aanbesteder dat in het kader van de behandeling van de klacht van de brancheorganisatie van 13 december 2018 (zie 1.8 hiervoor) naar voren heeft gebracht. Aanbesteder wijst op hetgeen het klachtenmeldpunt daarover in zijn advies van 9 januari 2019 heeft opgenomen (zie 1.9 hiervoor).

4.2.5. Volgens aanbesteder heeft de brancheorganisatie het verband tussen de op zichzelf terechte constatering van een feit (dat slechts één inschrijving is ontvangen) en haar conclusie (dat daaruit volgt dat het MKB onvoldoende toegang tot de opdracht had) niet onderbouwd, noch aangetoond. Aanbesteder betwist deze gevolgtrekking van de branchevereniging. Allereerst heeft de enige inschrijving namelijk geleid tot het gunnen van de opdracht aan een onderneming met 45 werknemers (volgens de inschrijving in het Handelsregister) met een jaarlijkse balanstotaal van minder dan € 10.000.000 (blijkens de in het Handelsregister gedeponeerde jaarrekeningen over de jaren 2015 tot en met 2017). Volgens de definitie van de Europese Commissie is derhalve sprake van een klein bedrijf (zie artikel 2 lid 2 van de annex van de aanbeveling van de Europese Commissie van 6 mei 2003, 2003/361/EC). De opdracht is derhalve gegund aan een bedrijf dat kwalificeert als MKB.

4.2.6. Ten tweede kunnen er tal van andere redenen zijn geweest die ertoe hebben geleid dat niet ook andere bedrijven uit het MKB hebben willen inschrijven. In het kader van voldoende marktwerking had aanbesteder vanzelfsprekend liever meer inschrijvingen ontvangen, maar aan het enkele feit dat van meerdere geïnteresseerde marktpartijen (blijkens TenderNed) slechts één marktpartij heeft ingeschreven, kan niet zonder meer de door de brancheorganisatie getrokken conclusie worden verbonden.

- 4.2.7. Aanbesteder meent dat de wijze van aanbesteden en de keuze voor een raamovereenkomst er niet toe hebben geleid dat de toegang van het MKB tot de opdracht is beperkt. Verder meent hij dat de keuze voor een raamovereenkomst alsnog deugdelijk is gemotiveerd, zelfs nu deze is gedaan na het verstrijken van de inschrijvingstermijn.

## 5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 10 oktober 2018 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor het sluiten van een raamovereenkomst met één onderneming voor transportdiensten ten behoeve van zijn groenbedrijf. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012, hoofdstuk 2 ARW 2016 en de Gids Proportionaliteit (1<sup>e</sup> herziene versie van 1 juli 2016).
- 5.2. Alvorens tot een behandeling van de klachtonderdelen over te gaan, merkt de Commissie het volgende op.
- 5.2.1. De Commissie merkt allereerst op dat aan een raamovereenkomst inherent is dat sprake is van samenvoeging van meerdere (nadere) opdrachten.
- 5.2.2. De brancheorganisatie klaagt erover dat de onderhavige raamovereenkomst een achttal categorieën van (nadere) opdrachten voor transportdiensten ten behoeve van het groenbedrijf van aanbesteder samenvoegt en daardoor in totale omvang "te groot" is voor het MKB. De Commissie veronderstelt dat de brancheorganisatie hierbij het oog heeft op de zogenoemde samenvoeging van meerdere gelijksoortige en volgordelijke opdrachten binnen één aanbestedende dienst.
- 5.2.3. Dat de raamovereenkomst in totale omvang te groot is voor het MKB, had aanbesteder volgens de brancheorganisatie kunnen ondervangen door de raamovereenkomst in percelen onder te verdelen (waarbij aanbesteder dan per perceel blijkbaar wederom met één onderneming zou contracteren). In de kern gaat het de brancheorganisatie erom dat ondernemers de mogelijkheid hebben op een gedeelte van de aanbestede raamovereenkomst afzonderlijk te kunnen inschrijven (en niet dat aanbesteder in de opzet van de aanbesteding had moeten voorzien in het sluiten van een raamovereenkomst met meerdere ondernemingen (voor alle nadere opdrachten die tot de acht categorieën behoren).
- 5.2.4. Aanbesteder is in eerste instantie meegegaan met de stelling van de brancheorganisatie dat sprake is van een samenvoeging van meerdere opdrachten en heeft in dat kader een beroep gedaan op de deugdelijkheid van zijn motivering van die samenvoeging in de Inschrijvingsleidraad. Aanbesteder heeft deze redeneerlijn echter verlaten na de behandeling van de klacht door het eigen klachtenmeldpunt (dat de motivering van de samenvoeging overigens onvoldoende vond).
- 5.2.5. Aanbesteder stelt zich in de klachtprocedure bij de Commissie op het standpunt dat er geen sprake is van een samenvoeging en dat die dus ook niet hoeft te worden gemotiveerd. Aanbesteder beroept zich erop dat hij zijn beslissing om de raamovereenkomst niet in percelen op te delen naderhand alsnog heeft gemotiveerd.
- 5.2.6. De brancheorganisatie vindt die motivering allereerst te laat, maar bovendien onvoldoende: het is volgens haar nagenoeg dezelfde motivering als die welke aanbesteder oorspronkelijk in de Inschrijvingsleidraad heeft opgenomen om de beslissing tot samenvoeging te motiveren.



### 5.3. Klachtonderdeel 2

- 5.4. De Commissie zal eerst klachtonderdeel 2 beoordelen. Daartoe moet allereerst de vraag worden beantwoord of de motivering om de raamovereenkomst niet in percelen op te delen tijdig is verstrekt. Dat is niet het geval en de Commissie overweegt daartoe het volgende.
- 5.4.1. De Commissie herhaalt in de navolgende overwegingen 5.4.2 t/m 5.4.4 de overwegingen 5.2.12 t/m 5.2.14 van haar Advies 343, waarin zij zich heeft uitgelaten over het tijdstip waarop een aanbestedende dienst zijn beslissing om opdrachten samen te voegen of niet in percelen op te delen voldoende moet motiveren.
- 5.4.2. Een aanbestedende dienst moet de beslissing om opdrachten samen te voegen of een opdracht niet in percelen op te delen in een zo vroeg mogelijk stadium van de aanbestedingsprocedure voldoende motiveren. In het geval van een niet-openbare procedure doet hij dat in de selectieleidraad, in het geval van een openbare procedure in de inschrijvingsleidraad.
- 5.4.3. Indien een aanbestedende dienst de hiervoor bedoelde verplichting niet heeft nageleefd, kan hij deze omissie nog repareren in een Nota van Inlichtingen (zie ook Advies 53, overweging 6.1.4). De Commissie is van oordeel dat dit laatste zelfs nog mogelijk is tijdens of na afloop van een klachtprocedure met betrekking tot de vermeende schending van artikel 1.5 Aw 2012, mits de (aanvullende) motivering in een dergelijk geval wordt verstrekt in een Nota van Inlichtingen die tijdig en met inachtneming van de daarvoor geldende regels wordt gepubliceerd. In het geval van een niet-openbare procedure is dat in ieder geval vóór de datum waarop ondernemingen zich als gegadigde moeten hebben aangemeld, in het geval van een openbare procedure vóór de datum waarop de inschrijvingen moeten zijn ingediend.
- 5.4.4. Indien de inschrijvingstermijn reeds is verstreken, kan de aanbestedende dienst een motiveringsgebrek niet meer door middel van een Nota van Inlichtingen repareren. Dat laat echter onverlet dat het geraden kan zijn dat de aanbestedende dienst in dat geval op andere wijze alsnog voldoende bekendheid geeft aan een (dragende) motivering voor zijn beslissing om de verschillende opdrachten samen te voegen of een opdracht niet in percelen op te delen. De aanbestedende dienst zal er immers rekening mee moeten houden – al dan niet naar aanleiding van signalen uit de markt – dat hij ook na het verstrijken van de inschrijvingstermijn in een klachtprocedure bij de Commissie of in een procedure bij de gewone rechter wordt betrokken ter zake van de schending van de hiervoor bedoelde motiveringsplicht (vgl. Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 22 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1666, rov. 5.8).
- 5.4.5. In het onderhavige geval is de motivering om de raamovereenkomst niet in percelen te verdelen te laat verstrekt. De inschrijvingen moesten volgens de gewijzigde planning worden ingediend op 10 januari 2019. Aanbesteder heeft pas een motivering gegeven voor het niet opdelen in percelen, ná het verstrijken van de uiterste datum voor het indienen van de inschrijvingen en zelfs na het advies van het eigen klachtenmeldpunt van 9 januari 2019, namelijk pas in zijn e-mail aan de brancheorganisatie van 17 januari 2019 (zie 1.12 hiervoor).
- 5.5. Klachtonderdeel 2 is daarmee gegrond, voor zover het ziet op het niet tijdig motiveren van het niet in percelen opdelen van de raamovereenkomst.
- 5.6. Vervolgens komt de Commissie toe aan de beantwoording van de – met klachtonderdeel 2 eveneens opgeworpen – vraag of de motivering voor het niet opdelen van

de raamovereenkomst in percelen voldoende draagkrachtig is. Dat is volgens de Commissie niet het geval en zij overweegt daartoe het volgende.

- 5.6.1. Tussen partijen staat ter discussie of in het onderhavige geval sprake is van één opdracht dan wel van een samenvoeging van opdrachten. De Commissie overweegt – gelet op de formulering van artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 – dat een eventuele schending van het in dat lid genoemde verbod alleen aan de orde kan zijn in het geval dat sprake is van een daadwerkelijke samenvoeging van opdrachten. Of in een concreet geval sprake is van een samenvoeging van opdrachten is naar het oordeel van de Commissie echter geen juridische maar een feitelijke vraag, waarbij de wetgever in het midden heeft gelaten aan de hand van welke criteria die vraag zal moeten worden beantwoord (vgl. Advies 345, overweging 5.3).
- 5.6.2. De Commissie kiest er daarom voor om in een geval als het onderhavige – waarin tussen partijen ter discussie staat of sprake is van één opdracht (voor een raamovereenkomst) dan wel van een samenvoeging van opdrachten – eerst te onderzoeken of aanbestede heeft gehandeld in strijd met het splitsingsgebod van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012. Voor een beoordeling van een eventuele schending van dat gebod is immers niet vereist dat sprake is van een opdracht die kwalificeert als een samenvoeging van twee of meer opdrachten (vgl. Advies 345, overweging 5.3).
- 5.7. De te beantwoorden vraag is dan of aanbestede een motivering heeft verstrekt die zijn beslissing om geen gevolg te geven aan het gebod van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 tot het opdelen van de opdracht in percelen voldoende kan dragen (vgl. Advies 345, overweging 5.4).
- 5.7.1. Alvorens deze vraag te beantwoorden, herhaalt de Commissie in de navolgende overwegingen allereerst de overwegingen 5.5 t/m 5.6 van haar Advies 345. Daarin heeft zij zich, in navolging van haar Advies 53, uitgelaten over de eisen waaraan een deugdelijke motivering van de beslissing om een opdracht niet in percelen op te delen – vanwege de “niet passendheid” daarvan – zal moeten voldoen (vgl. Advies 345, overweging 5.5).
- 5.7.2. Artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 maakt niet duidelijk op welke aspecten een aanbestedende dienst in diens motivering acht moet slaan bij de beantwoording van de vraag waarom hij opdeling van een opdracht in meerdere percelen niet passend acht. Uit de toelichting op het amendement dat ten grondslag ligt aan de genoemde bepaling blijkt weliswaar dat de ratio van het splitsingsgebod is gelegen in de wens van de wetgever ‘om de toegang van voldoende bedrijven te waarborgen’, maar die toelichting beperkt zich tot de opmerking dat “niet passend” gelijk staat aan “niet mogelijk” en laat verder in het midden wat de hiervoor bedoelde aspecten zouden kunnen zijn (*Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 47 in fine*) (vgl. Advies 345, overweging 5.5.1).
- 5.7.3. Meer informatie daarover biedt de toelichting op blz. 17-18 van de Gids Proportionaliteit, waar het volgende wordt opgemerkt:

‘Bij de beoordeling of clusteren (of opdelen in percelen, zie § 3.3.2) in het onderhavige geval doelmatig is dienen dan ook de totale kosten (kosten van voorbereiding, aanbesteding, realisatie, exploitatie en onderhoud) en mogelijk andere relevante aspecten van de opdracht mee te worden genomen. Een van die andere relevante aspecten is de samenstelling van de relevante markt. Het aantal potentiële inschrijvers dient nog dusdanig te zijn, dat de mededinging gewaarborgd blijft en de concurrentie niet merkbaar wordt beperkt’.

5.7.4. Op blz. 19 wordt daar nog aan toegevoegd:

'Uitgangspunt van de wet is dat geclusterde opdrachten in beginsel in percelen verdeeld moeten worden. Voor opdelen in percelen kan bijvoorbeeld gekozen worden omdat bij het bepalen van de inkoopstrategie gebleken is, dat de opdracht verschillende expertises vraagt die veelal niet in één onderneming verenigd zijn. Een andere reden om te kiezen voor opdelen in percelen kan zijn dat de aanbestedende dienst ook de wat kleinere ondernemingen in de gelegenheid wil stellen om mee te dingen naar een deel van de opdracht. Tenslotte kan het opdelen in percelen ook een bewuste strategie van een aanbestedende dienst zijn, om in een bepaald marktsegment niet van één onderneming afhankelijk te worden. Het risico van disproportionaliteit schuilt met name in het op de markt zetten van een zeer omvangrijke opdracht die hetzij niet opgedeeld is in percelen, dan wel in zéér grote percelen, waardoor een belangrijk deel van de markt wordt uitgesloten. Dit is noch in het belang van het bedrijfsleven, noch in het belang van de aanbestedende dienst (marktinperking). Er dient sprake te zijn van een goed evenwicht.' (vgl. Advies 345, overweging 5.5.2).

5.7.5. Ook deze toelichting laat echter in het midden wat nu precies de (door de wetgever beoogde) verhouding is tussen de beoordeling die een aanbestedende dienst moet uitvoeren op grond van artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 in het kader van de beantwoording van de vraag of het samenvoegen van een aantal opdrachten "niet onnodig" is – en bij welke beoordeling dan de in het tweede lid van dat artikel genoemde aspecten in beschouwing moeten worden genomen – en de beantwoording van de vraag (en de daarbij te overwegen aspecten) waarom hij het opdelen van een (samengevoegde) opdracht in meerdere percelen vervolgens "niet passend" acht (vgl. Advies 345, overweging 5.5.3).

5.7.6. Niettegenstaande het voorgaande neemt de Commissie, gelet op de doelstellingen die de wetgever met artikel 1.5 Aw 2012 heeft beoogd, het volgende tot uitgangspunt. Een deugdelijke motivering van de beslissing om in een geval als het onderhavige het opdelen van een (samengevoegde) opdracht "niet passend" te achten, zal gebaseerd moeten zijn op een afweging van het met die opdeling gemoeide belangen van de aanbestedende dienst enerzijds en het belang van voldoende toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf anderzijds (vgl. Advies 345, overweging 5.5.4).

5.7.7. In aanvulling op de voorgaande uit Advies 53 overgenomen overwegingen heeft de Commissie in haar Advies 345 overwogen dat een aanbestedende dienst aan zijn in artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 genoemde motiveringsplicht zal kunnen voldoen door bij zijn beslissing om een opdracht niet in percelen op te delen – vanwege de "niet passendheid" daarvan – acht te slaan op de in artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 genoemde aspecten. De Commissie ziet namelijk niet in, gelet op de doelstellingen die de wetgever met artikel 1.5 Aw 2012 als geheel voor ogen heeft gehad, waarom de in het kader van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 af te wegen belangen anders zijn dan die welke een aanbestedende dienst zal moeten afwegen in het kader van de beoordeling waartoe artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 dwingt (vgl. Advies 345, overweging 5.6).

5.8. Toepassing van voornoemd kader op het onderhavige geval leidt tot het volgende.

5.8.1. Uit de motivering moet blijken dat aanbesteder in ieder geval acht heeft geslagen op de in artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 genoemde aspecten:

- a. de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf;

- b. de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten – of, in een geval als het onderhavige, van het niet opdelen van de opdracht in percelen, zie 5.7.7 hiervoor – voor de aanbestedende dienst en de ondernemer;
- c. de mate van samenhang van de opdrachten.

5.8.2. Aanbesteder geeft in zijn e-mail van 17 januari 2019 aan de brancheorganisatie alsnog een motivering voor het niet opdelen van de opdracht in percelen. De Commissie gaat er dan ook vanuit dat aanbesteder het standpunt van zijn klachtenmeldpunt van 9 januari 2020 – dat de eerder in de paragrafen 1.1 en 2.2 van de Inschrijvingsleidraad vermelde motivering onvoldoende is – niet bestrijdt (vgl. 1.2, 1.9 en 1.12 hiervoor).

5.8.3. Aanbesteder vermeldt in zijn e-mail van 17 januari 2019 (vgl. 1.12 hiervoor):

'[Aanbesteder] kiest ervoor alsnog te motiveren waarom zij de opdracht niet heeft verdeeld in percelen, zoals geadviseerd door de Klachtencommissie Aanbesteden van [Aanbesteder] in het advies van woensdag 9 januari 2019. [Aanbesteder] heeft in de leidraad (onder 2.2) vermeld dat sprake is van samenvoeging, maar daarvan is feitelijk geen sprake. [Aanbesteder] heeft bedoeld te stellen dat zij het niet passend acht om de opdracht in meerdere percelen te verdelen als bedoeld in artikel 1.5 lid 3 Aanbestedingswet 2012, althans [Aanbesteder] doet dat hierbij alsnog.

(...)

Verdeling van de opdracht in percelen ligt niet voor de hand. Allereerst is er sprake van homogene dienstverlening, bestaande uit veelal kleine herhalingsopdrachten van dezelfde aard. Indien deze aan verschillende opdrachtnemers dienen te worden opgedragen, dan brengt dat allereerst veel administratieve lasten met zich mee. Dat verhoudt zich niet met de door [Aanbesteder] gewenste verlichting van administratieve verplichtingen (zie subgunningscriterium 1). Verder kan het vervoer van verschillende materialen (als vermeld in de leidraad onder 2.1, 4e alinea) voor een enkel werk thans in een enkele opdracht worden opgedragen, daar waar ingeval van verdeling in percelen mogelijk meerdere opdrachtgevers zouden moeten worden ingeschakeld. Dat acht [Aanbesteder] onwenselijk, onder meer vanwege de gewenste duurzaamheid (zie subgunningscriterium 2).

Een geografische verdeling in percelen is vanwege dezelfde redenen niet wenselijk, nog afgezien van het feit dat sommige opdrachten kunnen zien op verschillende geografische delen van [Aanbesteder].

Naar de stellige mening van [Aanbesteder] is de omvang van de totale opdracht bovendien niet onvriendelijk voor het MKB, althans [Aanbesteder] meent dat voldoende bedrijven uit het MKB toegang tot de opdracht hadden.

[Aanbesteder] meent met het bovenstaande alsnog te hebben voldaan aan de motiveringsplicht die volgt uit artikel 1.5 lid 3 Aanbestedingswet 2012. Eventuele vervolgstappen ziet [Aanbesteder] met vertrouwen tegemoet.'

5.8.4. De Commissie ziet in de achteraf door aanbesteder gegeven motivering voor het niet opdelen in percelen onvoldoende terug dat aanbesteder alle in artikel 1.5, eerste lid, onder a, b en c, Aw 2012 genoemde aspecten concreet heeft afgewogen. Aanbesteder benadrukt enkel de organisatorische gevolgen en risico's voor hemzelf en wijst op de samenhang van de opdrachten. De motivering geeft er aldus geen blijk van dat aanbesteder zich de belangen van het MKB voldoende heeft aange trokken.

5.9. De Commissie is, alles afwegende, van oordeel dat de door aanbesteder verstrekte motivering zijn beslissing tot het niet in percelen opdelen van de raamovereenkomst

onvoldoende kan dragen. Dat wil overigens niet zeggen dat aanbesteder voor alle acht categorieën vervoeropdrachten separate raamovereenkomsten had moeten aanbesteden; enkel dat aanbesteder zijn beslissing om de raamovereenkomst niet in percelen op te delen onvoldoende draagkrachtig heeft gemotiveerd.

5.10. Daarmee is klachtonderdeel 2 ook in zoverre gegrond.

5.11. Klachtonderdeel 1

Nu de Commissie heeft vastgesteld dat aanbesteder heeft gehandeld in strijd met het splitsingsgebod van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012, komt de Commissie niet meer toe aan een beoordeling van de beweerde schending van het in artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 genoemde verbod tot samenvoeging van opdrachten. Klachtonderdeel 1 behoeft daarmee geen behandeling meer (vgl. Advies 345, overweging 5.10 e.v.).

## 6. Advies

De Commissie acht onderdeel 2 van de klacht **gegrond** waarmee onderdeel 1 van de klacht geen behandeling meer behoeft.

Den Haag, 1 oktober 2020

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

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid