

Advies 649 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbesteding voor het leveren van elektriciteit en het verstrekken van zogenaamde garanties van oorsprong (GvO's).

Klacht

In de kern klaagt ondernemer erover dat aanbesteder de levering van elektriciteit en GvO's – wat in de ogen van ondernemer twee van elkaar te scheiden opdrachten zijn – niet aanbesteedt als twee afzonderlijke percelen, maar met elkaar combineert op grond van verwachtingen en gedachten over de gecombineerde opdracht die niet, of onvoldoende, zijn vertaald naar concrete eisen en voorwaarden. De verwachtingen die aanbesteder koestert over de toekomstige uitvoering van de gecombineerde opdracht vormen geen toereikende motivering voor een schending van het gebod op te delen in percelen. Aanbesteder had zijn verwachtingen rond de levering van elektriciteit en GvO's ook kunnen realiseren als de twee onderdelen van de gecombineerde opdracht niet zouden zijn gecombineerd. Aldus houdt het combineren van de opdracht volgens ondernemer een schending in van het gebod de opdracht op te delen in percelen.

Oordeel Commissie

De Commissie behandelt deze klacht als een drieledige klacht: ondernemer klaagt over (i) onnodige samenvoeging, (ii) schending van het splitsingsgebod en (iii) gebrekkige motivering. In lijn met haar eerdere adviezen heeft de Commissie eerst onderdeel (iii) van de klacht onderzocht: heeft aanbesteder een motivering verstrekt die zijn beslissing om geen gevolg te geven aan het splitsingsgebod voldoende kan dragen?

De Commissie is van oordeel dat de motivering die beslissing onvoldoende kan dragen. Aanbesteder is in zijn motivering niet, althans onvoldoende, ingegaan op de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de beslissing op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB. Evenmin is de motivering helder over de organisatorische gevolgen en risico's van de beslissing de opdracht niet op te delen voor de ondernemer. De motivering ziet enkel op de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht *voor de aanbesteder* en de logische samenhang van de opdrachten. Dat is een te beperkte motivering. De Commissie verklaart de klacht op dit punt **gegrond**.

Nu de Commissie heeft vastgesteld dat 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.).

Advies 649

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder, een samenwerking van een aanbestedende dienst (hierna: AD) en een speciale-sectorbedrijf (hierna: SSB), heeft een Europese openbare aanbesteding georganiseerd voor de levering van elektriciteit en garanties van oorsprong (GvO's). Aanbesteder heeft deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 op de aanbesteding van toepassing verklaard.
- 1.2. De Commissie geeft eerst een overzicht van de opzet van de onderhavige aanbestedingsprocedure alvorens zij de relevante passages uit de aanbestedingsstukken weergeeft.

Opzet aanbestedingsprocedure

- 1.3. Aanbesteder wenst een partij te contracteren die elektriciteit levert en GvO's verstrekt. Onderdeel van de aanbestedingsprocedure zijn enkele eisen inzake 'uurmatching': aanbesteder wil met de leverancier onderzoeken en leren wat nodig is om inzichtelijk te maken welk percentage op ieder uur van de dag daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt van hernieuwbare elektriciteit.

Relevante passages

- 1.4. De gunningsleidraad 'Levering facilitaire elektriciteit en GVO's 2022 t/m 2026' van 1 juni 2021 bevat, onder meer, het volgende:

'3 Omschrijving van de Opdracht

3.1 Opdracht

[AD] en [SSB] zijn voornemens over te gaan tot het sluiten van een overeenkomst voor de leveringsjaren 2022 tot en met 2026 met een Leverancier die in staat is om elektriciteit en garanties van oorsprong te leveren.

3.2 Doelstellingen

Met deze aanbesteding beogen [SSB] en [AD] de volgende doelstellingen te bereiken:

1. Het realiseren van continuïteit in de levering van elektriciteit;
 2. Het leveren van garanties van oorsprong voor het volume van [AD] en de aan [hem] gelieerde Derde-Verbruikers en voor het volume van [SSB]. Ook het leveren van GVO's voor het volume van de niet aan [AD] gelieerde Derde-Gebruikers indien [AD] en/of [SSB] daar gedurende de duur van de overeenkomst namens een gebruiker om verzoekt, is als optie onderdeel van deze Aanbesteding en toegelicht in paragraaf 7.2. ;
 3. Voldoende flexibiliteit in de overeenkomst om zelf duurzame initiatieven te ontwikkelen waaronder, maar niet uitsluitend, verstaan: het realiseren van energiebesparing, energieopslag en het zelf opwekken van elektriciteit;
 4. Het met Leverancier ontwikkelen van een aantal voorstellen/maatregelen zodat de energievraag van [AD] en het duurzame energieaanbod van Leverancier op uurbasis inzichtelijk wordt gemaakt (zie Bijlage I – Locatie Eindhoven).
- Om toe te werken naar deze doelstellingen worden door het [AD] concern en door [SSB] meerdere initiatieven ondernomen om opwekking op vastgoed / gronden te

realiseren. Alhoewel deze initiatieven naar verwachting niet binnen de komende vijf jaar tot substantieel resultaat leiden (de verwachting is 1,7 tot 2,8 GWh extra op te wekken volume in 2026), betekent dit wel enige flexibiliteit in volumeafname (Bijlage H - Opwek en Prognose Opwek Afnemer_2). Afnemer zal gedurende de contractperiode Opdrachtnemer proactief informeren over de status van bovengenoemde initiatieven (locatie, opgesteld vermogen/ op te wekken volume, realisatiedatum, etc.).

3.3 Diensten

De Opdracht van deze aanbesteding betreft de levering van circa 225 GWh elektriciteit per jaar op circa 2300 Aansluitingen, verspreid door het hele land. De winnende Inschrijver dient tijdens de contractperiode de diensten te leveren zoals omschreven in de Overeenkomst, waaronder in ieder geval:

- Alle diensten benodigd voor de levering van elektriciteit en GvO's.
- Uitvoering geven aan de inkoopstrategie van Afnemer middels het gespreid volumes vastleggen van Endex-producten elektriciteit.
- Faciliteren van mutaties (toevoegen en afstoten) van Aansluitingen.
- Profileren en balanceren naar actuele verbruiksprofiel.
- De Programmaverantwoordelijkheid op de Aansluitingen.
- Het verstrekken van informatie die Afnemer nodig heeft voor toerekening van het verbruik naar de verschillende afnemers.
- Diensten die verband houden met verplichtingen gerelateerd aan het inhouden en afdragen van Energiebelasting.

(...)

4.1 Planning

De aanbestedingsplanning ziet er als volgt uit:

(...)	(...)
<u>Termijn indienen van vragen door Inschrijvers</u> De uiterlijke datum en tijdstip waarop eventuele vragen, opmerkingen en bezwaren van Inschrijver dienen te zijn ontvangen (= Vragendeadline; zie paragraaf 4.2)	24 juni 2021 om 10:00 uur <i>[bij NvI gewijzigd in 13 augustus 2021 om 10:00 uur, Commissie]</i>
<u>Uiterste datum beantwoording vragen (Nota van inlichtingen)</u> De uiterlijk datum en tijdstip waarop de antwoorden en reacties op eventueel gestelde vragen, opmerkingen en bezwaren aan alle Inschrijvers die de Gunningsleidraad hebben opgevraagd, verzonden en gepubliceerd worden via Ariba Sourcing (= Antwoordendeadline; zie paragraaf 4.2)	2 juli 2021 om 14:00 uur <i>[bij NvI gewijzigd in 20 augustus 2021 om 14:00 uur, Commissie]</i>
<u>Uiterste datum en tijdstip indienen Inschrijving</u> De uiterlijke datum en tijdstip waarop de Inschrijving van Inschrijver in het bezit dient te zijn van [AD], in Ariba Sourcing (= Sluitingsdatum en Sluitingstijdstip, zie paragraaf 4.3)	13 juli 2021 om 10:00 uur <i>[bij NvI gewijzigd in 30 augustus 2021 om 14:00 uur, Commissie]</i>
<u>Mededeling voornemen tot Gunningsbeslissing</u> De uiterlijke datum waarop bekend zal worden gemaakt of aan Inschrijver al dan niet voorlopig wordt gegund. De Inschrijver(s) waaraan voorlopig is gegund, zal worden uitgenodigd voor deelname aan het bewijsmiddelenevent dat ziet op de	23 juli 2021 <i>[bij NvI gewijzigd in 6 september 2021, Commissie]</i>

verstrekking van de in Hoofdstuk 8 vermelde bewijsmiddelen;	
(...)	(...)
(...)	(...)

- 1.5. Bij de gunningsleidraad heeft aanbesteder een programma van eisen gevoegd, met daarin, onder meer, de volgende eisen:

1. Garanties van Oorsprong

1.1. Duurzame elektriciteit

De GVO's voor [SSB] dienen afkomstig te zijn uit Nederland. Voor [AD] geldt een verhouding van 50% uit Nederland (GVO NL) en 50% uit geselecteerde Europese landen (GVO EU). De Garanties van Oorsprong mogen afkomstig zijn van wind-energie (on- en offshore) en van zonne-energie.

Onderstaand is een overzicht gegeven van de Prognose Contractvolume en Contractvolume GVO per Afnemer. De verhouding GVO NL en GVO EU is niet indicatief.

	Prognose (GWh)	GvO wind of zon NL	GvO wind of zon EU
[SSB]	108	100%	0
[AD] en aan [hem] gelieerde Derde-Verbruikers	75	50%	50%
Niet aan [AD] gelieerde Derde-Verbruikers	45(40)	0	0
Totaal	228 (223)	146 000	37 000

(...)

2. Uur-matching

2.1. Ambitie [AD] fossielvrij

[AD] heeft de ambitie om Paris Proof te worden, om zo bij te dragen aan het klimaatakkoord van Parijs. [AD] is momenteel klimaatneutraal door het inkopen van 100% groene stroom en 100% groen gas.

De volgende stap voor [AD] is om fossielvrij te worden. Dit betekent dat op ieder uur van de dag hernieuwbare elektriciteit wordt verbruikt en er geen gebruik wordt gemaakt van fossiele bronnen. Om deze fossielvrije ambitie te realiseren is de basis van de Trias Energetica leidend:

1. [AD] beperkt de elektriciteitsvraag (door te reduceren en af te vlakken);
2. [AD] wekt zelf zoveel mogelijk elektriciteit op uit hernieuwbare bronnen op [zijn] assets en;
3. de elektriciteit die we verbruiken, kopen we fossielvrij in.

2.2. Inzicht in percentage uur-matching

Het aandeel dat op ieder uur van de dag daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt van hernieuwbare elektriciteit drukken we uit in % uur-matching.

1. Afnemer wil met Leverancier onderzoeken en leren wat nodig is om het uur-matchingpercentage voor het hele contract inzichtelijk te maken. Afnemer wil leren welke invloed de mix van duurzame bronnen (windenergie en zonne-energie) heeft op dit percentage en wil inzicht in de wijze waarop dit percentage kan worden verhoogd.

2.3. Verhogen percentage uur-matching locatie Eindhoven

[AD] beschikt in Eindhoven over een locatie waar specifiek onderzocht kan worden hoe het percentage uur-matching verbeterd kan worden. Zie bijlage I van de Gunningsleidraad voor een beschrijving van de locatie.

De locatie in Eindhoven is voorzien van zonnepanelen en laadpalen. [AD] heeft deze locatie gekozen om samen met Leverancier te onderzoeken welke mix van opwekbronnen het beste past en welke maatregelen kansrijk zijn om het percentage uur-matching kosteneffectief te verhogen.

1. Leverancier dient vast te stellen wat het huidige percentage uur-matching is. Leverancier dient voorstellen te doen voor maatregelen die bijdragen aan het verhogen van het percentage uur-matching. Voor dit onderzoek is een budget van, in totaal, €25.000 beschikbaar.

2. In het leveringsjaar 2022 geeft leverancier inzicht in het percentage uur-matching en specifiek voor locatie Eindhoven welke mix van opwekbronnen het beste past bij de locatie om een zo kosteneffectieve match te realiseren.

3. In leveringsjaar 2023 wordt onderzocht welke maatregelen kansrijk zijn om het percentage uur-matching voor locatie Eindhoven te verhogen.

4. Vanaf leveringsjaar 2024 wordt onderzocht of vergelijkbare locaties kunnen worden voorzien van vergelijkbare maatregelen om zo het uur-matchingspercentage voor het gehele contract te verbeteren.'

- 1.6. Aanbesteder heeft het ARNS 2018 van toepassing verklaard op de onderhavige aanbesteding. Het ARNS bevat, onder meer, de volgende bepalingen:

'2.3 Door het doen van een Aanmelding of het indienen van een Inschrijving gaan gegadigden respectievelijk inschrijvers akkoord met de inhoud en de toepasselijkheid van dit reglement. Zij worden tevens geacht te hebben ingestemd met de toepasselijkheid van dit reglement in de onderlinge relatie tussen de bij de EA betrokken gegadigden of inschrijvers.

Onvolkomenheden

13.6 NS heeft de aanbestedingsstukken met zorg op- en samengesteld. Mocht een gegadigde of inschrijver desondanks tegenstrijdigheden, onjuistheden, onregelmatigheden en/of onvolkomenheden (gezamenlijk "Onvolkomenheden") opmerken, dan stelt NS gegadigden of inschrijvers in de gelegenheid om deze schriftelijk zo spoedig mogelijk en in ieder geval 8 (acht) Dagen voor datum van indiening van de Aanmelding of de Inschrijving aan NS te melden. Indien gegadigde of inschrijver de Onvolkomenheden niet tijdig aan NS bekend heeft gemaakt, heeft gegadigde of inschrijver het recht verwerkt zich op die Onvolkomenheid te beroepen en deze komt alsdan voor rekening van de gegadigde of inschrijver. De hiervoor genoemde reactietermijn is een vervaltermijn.

Indien een gegadigde tijdig bezwaar heeft gemaakt en dit bezwaar is in de vragenronde door NS van de hand gewezen, dient de gegadigde of inschrijver, wanneer zij het met het verwerpen van haar bezwaar niet eens is, vóór de indiening van de Aanmelding of Inschrijving (i) ofwel te klagen op grond van de klachtenregeling (zie artikel 14) (ii) ofwel een kort geding aanhangig te maken, (iii) ofwel een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts, bij gebreke waarvan haar recht om nog bezwaar te maken komt te vervallen. NS behoudt zich uitdrukkelijk het recht voor om in voornoemde gevallen de EA onverkort door te laten gaan, althans niet (tijdelijk) op te schorten.'

- 1.7. Bij nota van inlichtingen van 15 juli 2021 heeft aanbesteder aangepaste versies van enkele aanbestedingsstukken gevoegd. De aangepaste planning zoals opgenomen in de gunningsleidraad is verwerkt in bovenstaand overzicht onder 1.4.

Daarnaast bevat de nota van inlichtingen, onder meer, de volgende vraag met het daarop gegeven antwoord:

- 1.7.1. Vraag 12: 'Uit de aanbestedingsdocumenten blijkt dat er geen opdeling in percelen is toegepast. Het zou nochtans perfect mogelijk geweest zijn om het gedeelte fysieke elektriciteit als een afzonderlijk perceel te beschouwen, met daarnaast een ander perceel voor het gedeelte "garanties van oorsprong". Men kan beide zaken immers perfect loskoppelen van elkaar. Er is immers geen logistieke noch operationele link tussen beide. Ook naar prijszetting toe is er geen enkele relatie tussen de elektriciteit en het GvO. GvOs zijn slechts digitale certificaten die bestaan in een databank en zijn net zo geconcipieerd dat ze volledig los bestaan van hun initieel fysieke oorsprong (groene energie productie). Door een opdeling in aparte percelen komen partijen die actief zijn in de GvO markt (maar niet in de fysieke elektriciteitsmarkt) ook in aanmerking om deel te nemen. Bovendien zou zulke opdeling in percelen een positief effect hebben op de prijszetting, gezien er meer potentiële kandidaten zullen zijn voor het onderdeel GvOs. Dergelijke opdeling wordt door verschillende verbruikers reeds toegepast. Gasunie is een goed voorbeeld hiervan (<https://www.gasunie.nl/leveranciers/gasunie-erkenningsregeling-gvo>). Kan u toelichten waarom het aanleveren van GvOs onlosmakelijk gekoppeld wordt met de levering van de elektriciteit en er geen opsplitsing in 2 aparte percelen werd voorzien in huidige aanbestedingsprocedure? Wij wijzen u in dit verband ook op artikel 1.5 van de Aanbestedingswet 2012. Kan u zo'n opsplitsing in aparte percelen alsnog invoeren in de procedure ?'

Antwoord: 'Redenen om de opdracht niet op te delen in percelen zijn (onder meer) de volgende:

Administratie- en handelingskosten: Leverancier werkt intensief met Afnemer samen om te zorgen dat het verbruik en de levering van duurzame elektriciteit maandelijks overeenkomt en elektriciteit en GvO's zoveel mogelijk op werkelijk verbruik worden afgerekend. Het betreft in deze aanbesteding een overeenkomst voor de levering van duurzame elektriciteit aan ruim 2300 aansluitingen voor [Aanbesteder]. [Aanbesteder] en de aan [hem] gelieerde Derde-Verbruikers hebben ieder hun eigen eisen m.b.t. de bron van waaruit ze geleverd krijgen. De intensieve samenwerking die dat vergt leent zich niet voor 2 separate contracten/contactpersonen.

Uurmatching: Zie verder ook Bijlage D - Programma van Eis en paragraaf 2.1. Ambitie [AD] fossielvrij punt 3. De elektriciteit die we verbruiken, kopen we fossielvrij in.

en verder 2.2. Inzicht in percentage uur-matching

Het aandeel dat op ieder uur van de dag daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt van hernieuwbare elektriciteit drukken we uit in % uur-matching. Afnemer wil met Leverancier onderzoeken en leren wat nodig is om het uur-matchingpercentage voor het hele contract inzichtelijk te maken.

Afnemer wil leren welke invloed de mix van duurzame bronnen heeft op dit percentage en wil inzicht in de wijze waarop dit percentage kan worden verhoogd.

Om bovenstaande doel te realiseren en invulling te geven aan de beoogde samenwerking met de leverancier is inzicht nodig in meetdata van de duurzame bronnen waaruit door de leverancier geleverd wordt en de verbruiksdata van de verschillende Afnemers. Hierdoor is het wenselijk de levering van elektriciteit en GvO's te combineren in 1 opdracht.'

- 1.8. Op 10 augustus 2021 heeft ondernemer de volgende reactie op de nota van inlichtingen gestuurd aan aanbesteder:

'In uw reactie op onze kritiek haalt u aan dat u de "administratie- en handelingskosten" wil beperken. U maakt echter niet duidelijk waarom er meer of hogere administratie- en handelingskosten zouden zijn als de leverancier van de GvOs een andere partij zou zijn dan de leverancier van de elektriciteit. Immers blijkt uit de aanbestedingsdocumenten:

- Dat de GvOs maandelijks apart dienen te worden gefactureerd (§ 1.2 Bijlage D - Programma van eisen). Er is bijgevolg geen winst of voordeel in het aantal facturen die moeten behandeld worden.

- Het afboeken op de End user account van [AD] kan evengoed gebeuren door de leverancier van de GvOs i.p.v. de elektriciteitsleverancier.

- U vermeldt ook : "[Aanbesteder] en de aan [hem] gelieerde Derde-Verbruikers hebben ieder hun eigen eisen m.b.t. de bron van waaruit ze geleverd krijgen. De intensieve samenwerking die dat vergt leent zich niet voor 2 separate contracten/contactpersonen". U verwijst vermoedelijk naar de opsplitsing per oorsprong (NL of EU) per Afnemer (§ 1.1 Bijlage D - Programma van eisen). Deze opsplitsing kan perfect gerespecteerd worden door de leverancier van de GvOs i.p.v. de elektriciteitsleverancier. Het is ons niet duidelijk wat u bedoelt met een "intensieve samenwerking" die daarvoor nodig zou zijn. Immers bepaalt de tabel (§ 1.1 Bijlage D - Programma van eisen) hoe er moet opgesplitst worden per afnemer). Nergens is enig spoor dat dit een "intensieve samenwerking" vereist. Bovendien toont u ook niet aan (concreet) waarom deze samenwerking niet mogelijk zou kunnen zijn met een leverancier van louter GvOs. Dat er 2 ipv. 1 contactpersonen zouden zijn, kan onmogelijk als een redelijke reden beschouwd worden om de volledige aanbesteding aldus niet op te splitsen.

- De maandelijks verbruikgegevens per locatie op basis waarvan de GvOs dienen te worden afgeboekt kunnen perfect door de elektriciteitsleverancier worden overgemaakt aan de leverancier van de GvOs. Anderzijds kan [Aanbesteder] gewoon de maandelijks afnamegegevens overmaken aan de leverancier van de GvOs. Het volstaat hiervoor zelfs om gewoon de factuur/facturen van de elektriciteitsleverancier (waarin al deze gegevens zijn opgenomen) eenvoudig door te sturen naar de leverancier van de GvOs.

Kortom: het is onredelijk te stellen en het wordt door [AD] ook niet aangetoond dat een opsplitsing hogere "administratie- en handelingskosten" zou veroorzaken voor [AD].

Als tweede reden vernoemt u "Uurmatching".

[AD] kan evengoed met de leverancier van de GvOs "onderzoeken en leren wat nodig is om het uur-matchingpercentage voor het hele contract inzichtelijk te maken." Is er is geen argument waarom dit aspect enkel en alleen door de elektriciteitsleverancier zou kunnen worden behandeld. Meer zelfs, dit aspect kan nog steeds samen met de elektriciteitsleverancier worden behandeld, zelfs al is er een andere leverancier voor de GvOs.

U haalt aan : "met de leverancier is inzicht nodig in meetdata van de duurzame bronnen waaruit door de leverancier geleverd wordt en de verbruiksdata van de verschillende Afnemers" . Echter is in de aanbestedingsdocumenten nergens opgenomen dat de leverancier "inzicht moet geven in meetdata van de duurzame bronnen waaruit door de leverancier geleverd wordt". De leverancier dient enkel de nodige GvOs aan te leveren om het verbruik te vergroenen. Een GvO bevat bovendien GEEN gegevens waaruit kan opgemaakt worden op welk gedetailleerd tijdstip de duurzame productie heeft plaatsgevonden. Wat betreft het moment van productie is enkel de maand van productie retraceerbaar. Een leverancier kan dus onmogelijk deze informatie aanleveren, tenzij de leverancier de duurzame stroom

uit eigen productiemiddelen zou halen (waarvan hij wel over meer gegevens kan beschikken) waardoor hij meer gegevens kan halen dan enkel deze die op het GvO geregistreerd staan. Deze vereiste (eigen productiemiddelen, inzicht in gedetailleerde meetdata) is echter GEEN voorwaarde in de gunningprocedure, en kan derhalve dus ook niet als argument opgeworpen worden. De aanbesteding heeft het enkel en alleen over het aanleveren van de benodigde GvOs.

Kortom, de verdediging om de opdracht niet op te splitsen in percelen faalt. De opdracht werd onrechtmatig samengevoegd. Nochtans is het clusterverbod opgenomen in de wet. Ondermeer ook zodat MBK-bedrijven ook op delen van de opdracht zouden kunnen inschrijven. Deze regel wordt door [Aanbesteder] miskend.'

1.9. Aanbesteder heeft daarop bij bericht van 26 augustus 2021 als volgt gereageerd:

'Als onderdeel van de uitvraag en opdracht verwachten [AD] en [SSB] van [hun] dienstverlener dat er real time wordt gemonitord hoeveel energie er per gebruiker wordt afgenomen, om vervolgens dat gebruik ook direct af te stemmen op de benodigde GVO's. De levering van elektriciteit is daarmee direct verbonden met de GVO's. Het loskoppelen van deze inherent samenhangende grootheden is daarmee onwerkbaar, en voor [AD] en [SSB] overigens ook onwenselijk. Gedachte is dat bij de huidige uitvraag leveranciers zullen inschrijven met groene energie, die voor een belangrijk deel zijn oorsprong vindt in eigen zonne- of windenergie-installaties. Anders dan u stelt, is deze wijze van uitvragen ook zeer gangbaar. Het staat u niettemin vrij in combinatie in te schrijven dan wel als onderaannemer van een energieleverancier om zo toch uw bijdrage te leveren.'

1.10. Ondernemer heeft als volgt gereageerd op 2 september 2021:

'U verwijst naar de verwachting (de "gedachte" dat de winnende leverancier ook eigen groene productiemiddelen zal hebben) die echter nergens als zodanige eis/voorwaarde is opgenomen in de [gunningsleidraad]. Bijgevolg zal u de leverancier met de laagste prijs die deze "verwachting" niet kan/wil waarmaken niet kunnen weigeren voor de opdracht. Logischerwijs kan dit dan ook geen geldig argument zijn in de discussie over het opsplitsen van de opdracht in 2 afzonderlijke percelen.

Het enige dat de GvOs verbindt met de elektriciteitsafnames zijn de aantal MWh-en: die moeten uiteindelijk overeenkomen. Maar dat aspect staat volledig los van de fysieke elektriciteitsleveringen. Zie ook hoe bijvb. Tennet en Gasunie hun GvOs volledig apart inkopen om hun verbruik te vergoeden.

Op basis van een GvO kan men onmogelijk de ogenblikkelijke link maken tussen elektriciteitsverbruik en elektriciteitsproductie. De combinatie die u zoekt (het ogenblikkelijk verbruik met ogenblikkelijke productie trachten te doen passen), is een aspect dat helemaal los staat van het principe van de GvOs en van de inkoop van duurzame stroom die u met deze aanbesteding wil bereiken. Op een GvO staat immers enkel de maand van productie vermeld.

Het feit dat wij ons konden verbinden met een leverancier om toch offerte in te dienen is irrelevant in deze discussie, en kan ook nooit een argument zijn om niet op te splitsen.'

1.11. Ondernemer heeft op 2 september 2021 een klacht ingediend bij aanbesteder. Ondernemer heeft de klacht op diezelfde datum toegestuurd aan de Commissie. De Commissie heeft de klacht in eerste instantie niet in behandeling genomen, omdat de klacht volgens artikel 9 lid 1 onder a van haar Reglement eerst moet worden behandeld door aanbesteder zelf. Bij brief van 16 september 2021 stelt aanbesteder zich, onder verwijzing naar artikel 13.6 ARNS, op het standpunt dat hij de klacht niet in behandeling hoeft te nemen, omdat de klacht te laat is ingediend. Op 17 september 2021 heeft ondernemer per e-mail gereageerd op het niet in

behandeling nemen van zijn klacht. Op 20 september 2021 heeft ondernemer de onderhavige klacht opnieuw ingediend bij de Commissie. Aanbesteder heeft op 27 september 2021 op de klacht gereageerd.

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

Klacht ondernemer op hoofdlijnen

2.1. In de kern klaagt ondernemer erover dat aanbesteder de levering van elektriciteit en GvO's – wat in de ogen van ondernemer twee van elkaar te scheiden opdrachten zijn – niet aanbesteedt als twee afzonderlijke percelen, maar met elkaar combineert op grond van verwachtingen en gedachten over de gecombineerde opdracht die niet, of onvoldoende, zijn vertaald naar concrete eisen en voorwaarden. De verwachtingen die aanbesteder koestert over de toekomstige uitvoering van de gecombineerde opdracht vormen geen toereikende motivering voor een schending van het gebod op te delen in percelen. Aanbesteder had zijn verwachtingen rond de levering van elektriciteit en GvO's ook kunnen realiseren als de twee onderdelen van de gecombineerde opdracht niet zouden zijn gecombineerd. Aldus houdt het combineren van de opdracht volgens ondernemer een schending in van het gebod de opdracht op te delen in percelen.

2.2. Ondernemer verwoordt zijn klacht als volgt.

'[De] klacht draait (...) voornamelijk rond het principe van opsplitsing van een opdracht in verschillende percelen, meer specifiek het custerverbod dat is opgenomen in de aanbestedingswet 2012. [Ondernemer] acht dat [AD] zich zondigt tegen dat custerverbod in [zijn] aanbesteding. [AD] vindt klaarblijkelijk van niet, gezien zijn dergelijke opsplitsing niet wenst toe te passen.

Het samenvoegen van opdrachten is alleen toegestaan indien het niet onnodig is. Dit blijkt uit artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012. Uit lid 1 van dit artikel volgt dat bij het bepalen of een samenvoeging niet onnodig is drie factoren van belang zijn:

- 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;
- de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor zowel de aanbestedende dienst als de ondernemer(s);
- de mate van samenhang van de opdrachten.

Een samenvoeging is pas toegestaan indien dit voldoende wordt gemotiveerd in de aanbestedingsstukken aan de hand van de zojuist genoemde drie factoren (art. 1.5 lid 2 Aw 2012).

[Ondernemer] merkt op dat er nergens in de aanbestedingsstukken enige argumentatie te vinden is waarom [AD] de opdracht heeft samengevoegd (meer bepaald het gedeelte elektriciteit en het gedeelte GvOs), terwijl deze 2 producten perfect naast elkaar bestaan en kunnen ingekocht worden. Conceptueel bestaan GvOs volledig los van de fysieke elektriciteit. Het GvO (als digitaal certificaat) ontstaat ten gevolge van de fysieke productie van elektriciteit. Bij de productie wordt de fysieke elektriciteit (kleurloos) in het elektriciteitsnet geïnjecteerd en krijgt de producent een GvO die aantoont dat de geproduceerde elektriciteit bepaalde milieukeurmerken heeft. Vervolgens kan zowel de elektriciteit als het GvO los van elkaar verhandeld worden. Op het moment van eindlevering/verbruik kan men dan een GvO terug koppelen met een hoeveelheid verbruikte elektriciteit om op die manier de elektriciteit terug te 'kleuren' (voor meer duiding omtrent dit principe zie <https://www.certiq.nl/gvos-en-cvos/> of ook <https://www.greenfact.com/Page/greenfact-wiki>). Zowel GvOs als elektriciteit worden op de

(groothandels) markten apart van elkaar verhandeld, vaak ook door andere gespecialiseerde partijen.

Zowel Tennet als Gasunie kopen hun elektriciteitsverbruik reeds apart in van de inkoop van GvOs. Zie ondermeer:

<https://www.gasunie.nl/leveranciers/gasunie-erkenningsregeling-gvo>

<https://www.tennet.eu/nl/nieuws/nieuws/oproep-aan-potentiele-leveranciers-van-garanties-van-oorsprong-3/>

[AD] heeft ook nooit ontkent dat beide producten weldegelijk apart kunnen ingekocht worden. Het feit dat beide producten trouwens apart worden behandeld in de gunningsleiddraad en dat er zelfs geëist wordt dat men in de prijsopgave onderscheid maakt tussen beide producten toont dit duidelijk aan. Ze is dus op de hoogte dat het hier om een clustering van producten gaat.

[AD] blijft echter halsstarrig de koppeling maken tussen de fysieke elektriciteitsleveringen en de GvOs door te verwijzen naar een onderdeel van de opdracht waarbij men op 1 specifieke verbruiksite wil onderzoeken hoe een "uurmatching" (matching tussen ogenblikkelijk verbruik en productie) kan toegepast worden. Echter heeft dergelijk onderzoek niets te maken met het aspect van de GvOs die nodig zijn om het totaalverbruik van [AD] – volgens de wettelijk geldende regels van het elektriciteitsdecreet - te vergroenen. Op basis van GvOs kan men immers onmogelijk dergelijke "uurmatching" gaan onderzoeken/toepassen, gezien GvOs (wat betreft hun tijdstip van productie) enkel de maand van de elektriciteitsproductie registreren.

[AD] geeft hierbij zelfs aan dat [hij] [uitgaat] van het volgende ([zijn] e-mail van 26/8):

"Gedachte is dat bij de huidige uitvraag leveranciers zullen inschrijven met groene energie, die voor een belangrijk deel zijn oorsprong vindt in eigen zonne- of wind-energie-installaties"

Ook in [zijn] antwoord op onze klacht herhaalt [hij] deze benadering:

"[AD] heeft de opdracht dan ook niet in twee percelen willen opsplitsen omdat dat het waarschijnlijker maakt dat we geen of in ieder geval minder elektriciteit geleverd krijgt uit eigen productie."

Men gaat hierbij uit naar een "verwachting" (de "gedachte" dat de winnende leverancier ook eigen groene productiemiddelen zal hebben). Dergelijke voorwaarde, nl. dat de winnende leverancier ook over eigen groene productiemiddelen zal moeten beschikken, is echter nergens als zodanige eis/voorwaarde opgenomen in de gunningsleiddraad. Bijgevolg zal [AD] de leverancier met de laagste prijs die deze "verwachting" niet kan/wil waarmaken ook niet kunnen weigeren voor de opdracht. Verwachtingen die niet als zodanige voorwaarden zijn opgenomen in de aanbestedingsdocumenten kunnen wettelijk gezien niet gebruikt worden in de motivatie van de beoordeling van kandidaturen, laat staan in de beslissingen die de aanbestedende overheid neemt. Logischerwijs kan dit dan ook geen geldig argument zijn in de discussie over het al dan niet opsplitsen van de opdracht in 2 afzonderlijke percelen.

Men gebruikt met andere woorden ongeldige argumenten om het clusterverbod niet toe te passen.

Het is tevens opmerkelijk dat [AD] uitgaat van foutieve "feiten" rond het principe van de GvOs, waarop [zijn] verdediging gebaseerd is. Dit wordt duidelijk uitgelegd

in ons antwoord aan [AD] van 17 september. Hiermee zondigt [hij] zich aan het zorgvuldigheidsprincipe.

Door in de opdracht de levering van GvOs met de levering van elektriciteit onlosmakelijk te koppelen:

- wordt de toegang tot de opdracht verhinderd voor geïnteresseerde marktpartijen die in de GvO-markten actief zijn, maar niet in de elektriciteitsmarkt, of voor partijen die de GvOs wel kunnen aanleveren maar daarnaast te klein zijn om het aanzienlijk gedeelte elektriciteit ook te voorzien.
- worden ook bepaalde elektriciteitsspelers die niet of midden actief zijn in de GvO markt maar heel actief in de elektriciteitsmarkt op die manier benadeeld gezien zij gehinderd zullen zijn in hun aanbod wegens de koppeling met de GvOs;
- worden aldus impliciet grotere bedrijven (de grotere energiespelers) bevoorreed tov. de concurrentie (die bijvb. enkel actief is in GvOs). Dat de bedrijven die actief zijn in GvOs bovendien eerder van het type MKB zijn, maakt de impliciete uitsluiting/discriminatie van deze groep geïnteresseerden enkel maar ongewenster.

Hieruit volgt ook de logische gevolgtrekking dat de clustering tot minder gegadigden en bijgevolg minder marktwerking zal zorgen. Dit is op zich nadelig voor de prijszetting, wat toch een belangrijk aspect zou moeten zijn voor [AD], temeer daar het criterium "Laagste Prijs" net het enige gunningscriterium blijkt te zijn (Pagina 23, §7.1 van de Gunning leidraad_2). Ook het zuinigheidsbeginsel zou de aanbestedende instantie toch ertoe moeten aanzetten om de optie met een grotere concurrentie degelijk in overweging te nemen.

Niet alleen falen de argumenten van [AD] tegen een opsplitsing van de opdracht, zouden er dan al enige argumenten zijn (quod non), dan zijn ze alvast niet van die aard of belangrijkheid (conform het proportionaliteitsbeginsel) om geen opsplitsing te voorzien.

Ten gevolg hiervan heeft [Ondernemer] minstens de kans misgelopen om deel te nemen aan een deel van de opdracht. Dit verlies van een kans impliceert een schade, waarvoor [Ondernemer] een vergoeding zou kunnen eisen, die nog te bepalen is.'

3. Reactie aanbesteder

Reactie aanbesteder op hoofdlijnen

- 3.1. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat de klacht van ondernemer niet in behandeling moet worden genomen, omdat hij zijn klacht te laat heeft ingediend. Op grond van artikel 13.6 ARNS had ondernemer een klacht ten minste vóór datum inschrijving moet indienen bij het klachtenloket, de Commissie of een kort geding aanhangig moeten maken. Dat heeft hij nagelaten en daarom heeft ondernemer, op basis van het van toepassing verklaarde reglement, zijn rechten verwerkt nog te klagen.
- 3.2. Voor zover de klacht in behandeling wordt genomen, stelt aanbesteder dat de klacht ongegrond moet worden verklaard. Aanbesteder heeft bewust gekozen voor het aangaan van een overeenkomst met één leverancier, in het licht van zijn duurzame ambities. Een opdeling van de opdracht in percelen zal bovendien leiden tot een hogere administratieve belasting.
- 3.3. Aanbesteder reageert als volgt op de klacht.

'Toelichting op en verloop van aanbestedingsprocedure

[AD] besteedt gezamenlijk met [SSB] elektriciteit en garanties van oorsprong (hierna: "GvO's") aan voor de leveringsjaren 2022 tot en met 2026. De elektriciteit wordt middels een openbare procedure ingekocht ten behoeve van verschillende locaties en stations, waaronder ook voor derde-verbruikers, zoals de winkels op de stations. Deze derde-verbruikers nemen elektriciteit af middels een derdenbeding dat in de overeenkomst is opgenomen.

[AD] heeft de Gunningsleidraad gepubliceerd op 1 juni 2021 (...). In de Gunningsleidraad was een termijn opgenomen voor het stellen van vragen over de aanbestedingsstukken tot 24 juni 2021. De Nota van Inlichtingen zou worden gepubliceerd op 2 juli 2021, waarna inschrijvingen op 13 juli 2021 moesten zijn ingediend. Ten behoeve van de Nota van Inlichtingen heeft [Ondernemer] de vraag gesteld – kort gezegd – waarom het leveren van GvO's onlosmakelijk gekoppeld wordt met de levering van de elektriciteit en er geen opsplitsing in twee aparte percelen werd voorzien in de huidige aanbestedingsprocedure. Deze vraag is beantwoord als vraag 12 in Nota van Inlichtingen_1 (...). Bij publicatie van Nota van Inlichtingen_1 op 15 juli 2021 zijn gewijzigde aanbestedingsstukken gepubliceerd, waaronder Gunningsleidraad_2 (...) en Programma van Eisen_2 (...). Op 22 juli 2021 zijn nog een gewijzigde Concept-overeenkomst_2 en een NvI Concept-Overeenkomst_1 gepubliceerd. Vanwege de wijzigingen en de toelichting in de Nota van Inlichtingen_1 heeft [AD] een nieuwe termijn gegeven voor het indienen van vragen ten behoeve van een tweede Nota van Inlichtingen tot 13 augustus (zie aangepaste planning op pagina 12 Gunningsleidraad_2). De termijn voor het indienen van de Inschrijvingen is verlengd van 13 juli 2021 naar 30 augustus 2021. Uiteindelijk is op 20 augustus 2021 nog een Nota van Inlichtingen_2 gepubliceerd. Hierin zijn geen vragen gesteld over samenvoeging/opdeling in percelen van de opdrachten voor levering van elektriciteit en levering van GVO's.

Op 10 augustus 2021 heeft [Ondernemer] een brief gestuurd met een reactie op het in de Nota van Inlichtingen_1 verstrekte antwoord op vraag 12. Deze brief heeft [AD] op 26 augustus 2021 beantwoord. Op 2 september 2021 (2 dagen na datum Inschrijving) ontving [AD] een reactie op [zijn] brief van 26 augustus 2021 (...). Vervolgens heeft [Ondernemer] op 2 september 2021 een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van [AD] conform artikel 14 Aanbestedingsreglement NS (hierna: "ARNS", Bijlage 5). Op 6 september 2021 zijn de voorlopige gunningsbrieven verstuurd. De gunningsbrief aan de winnende Inschrijving is bijgevoegd als Bijlage 6). Bij brief van 16 september 2021 heeft [AD] een reactie gestuurd op de klacht van [Ondernemer] (zie bijlage bij de klacht van [Ondernemer]). Bij e-mail van 17 september 2021 heeft [Ondernemer] een reactie gestuurd naar [AD] (zie bijlage bij de klacht van [Ondernemer]). Op 20 september 2021 heeft [AD] per e-mail van uw Commissie vernomen dat [Ondernemer] een klacht heeft ingediend bij uw Commissie. [AD] is in de gelegenheid gesteld om uiterlijk maandag 27 september 2021 17.00 uur een reactie in te dienen op de klacht. Tevens heeft [AD] het verzoek gekregen om de standstill-termijn op te schorten. [AD] heeft besloten om de standstill-termijn niet op te schorten en het advies van de Commissie niet af te wachten alvorens tot definitieve gunning over te gaan. Reden om niet tot opschorten over te gaan is gelegen in het feit dat [Ondernemer] bepaald niet proactief heeft gehandeld. [Hij] had al in een vroege fase [zijn] bezwaren kunnen aanvoeren en – als [hij] zou menen dat van gunning zou moeten worden afgezien – een kort geding kunnen entameren. Op deze mogelijkheid heeft de klachtencommissie van [AD] [Ondernemer] ook gewezen in [zijn] reactie op de klacht. Op de uitslag daarvan had [AD] dan uiteraard gewacht. Nu [Ondernemer] deze keuzes niet heeft gemaakt, voelt [AD] zich vrij tot gunning over te gaan.

Reactie op klacht [Ondernemer]

Alvorens inhoudelijk op de klacht in te gaan, wijst [AD] er op dat [Ondernemer] [zijn] klacht te laat heeft ingediend en [zijn] rechten om te klagen heeft verwerkt. In artikel 13.6 ARNS is het volgende bepaald:

[ingevoegd is een citaat van artikel 13.6 ARNS, zoals bovenstaand weergegeven onder 1.6, Commissie]

Ingevolge dit artikel had [Ondernemer] vóór datum inschrijving een klacht moeten indienen (bij het klachtenloket of bij de Commissie) of een kort geding aanhangig moeten maken. [AD] wijst er op dat deze rechtswerkingsbepaling zeer laagdrempelig is. [Ondernemer] had door het enkel indienen van een klacht bij de klachtencommissie [zijn] rechten veilig kunnen stellen. Door pas op 2 september – dus ná datum inschrijving – een klacht in te dienen heeft [Ondernemer] [zijn] rechten verwerkt om bezwaar te maken tegen de samenvoeging van de opdrachten.

Inhoudelijk meent [AD] dat de klacht eveneens ongegrond verklaard dient te worden. [AD] heeft [zijn] argumenten – die enerzijds zijn gelegen in [zijn] ambitie om duurzaam in te kopen en anderzijds in een verhoging van de administratieve lasten – reeds diverse malen uiteen gezet in de Nota van Inlichtingen_1, latere correspondentie en in de klachtafhandeling bij de klachtencommissie, maar zal hieronder nog een nadere toelichting geven.

Duurzame inkoop van elektriciteit

[AD] wenst [zijn] elektriciteit duurzaam in te kopen. De achtergrond van deze keuze is gelegen in [zijn] duurzaamheidsambities die zijn opgenomen in de [AD] Supplier Code of Conduct, Bijlage C bij de Gunningsleidraad (Bijlage 7). Deze duurzaamheidsambities houden onder meer in een 80% reductie in het gebruik van aardgas in 2030 en fossielvrije energie voor facilitair en het rijden van treinen in 2040.

Er zijn verschillende methoden om energie duurzaam in te kopen en in de praktijk worden deze verschillende methoden (en mengvormen daarvan) ook daadwerkelijk toegepast. Zo kunnen er twee leveranciers worden gecontracteerd, één voor de levering van de elektriciteit en één voor de levering van de GvO's, waarmee de ingekochte elektriciteit wordt 'vergroend'. Dit is de meest klassieke manier van inkoop van duurzame energie, maar deze methode draagt weinig bij aan het verduurzamen van de energievoorzieningen. Een investering in GvO's heeft vaak namelijk niet tot gevolg dat er daadwerkelijk méér duurzame energie wordt geproduceerd. Bovendien komt de vergoeding die voor de GvO's wordt betaald deels bij handelaren terecht, die niet zelf investeren in de productie van meer duurzame elektriciteit.

Zie pagina 7 uit het rapport van het Public Procurement Research Center (PPRC) Duurzaam energie aanbesteden (Bijlage 8):

“Vaak wordt daarbij de inkoop van energie en de inkoop van Garanties van Oorsprong (GvO's) gescheiden. Een GvO is een certificaat dat een energieproducent krijgt voor een bepaalde hoeveelheid geproduceerde duurzame energie. Deze certificaten worden doorgaans internationaal verhandeld. Noorwegen produceert bijvoorbeeld al jaren grote hoeveelheden energie met waterkrachtcentrales. Die energie wordt grotendeels in Noorwegen zelf verbruikt, maar de bijbehorende GvO's worden ook aan Nederland verkocht, waardoor onze grijze energie een groen label krijgt.

In Nederland geeft dit een groen signaal af, maar het effect van deze aanpak op het verduurzamen van de landelijke energievoorziening is nihil zeer beperkt. Enerzijds omdat een investering in GvO's meestal niet tot gevolg heeft dat er

daadwerkelijk meer duurzame energie geproduceerd wordt. De Noorse GvO's komen bijvoorbeeld al jaren van dezelfde waterkrachtcentrales. Zo neemt de productie uit duurzame energiebronnen niet toe en de CO₂-uitstoot van niet-duurzame energiebronnen niet af. Anderzijds komt de vergoeding die voor GvO's betaald wordt slechts gedeeltelijk bij energieproducenten terecht, omdat GvO's vaak gekocht worden van professionele GvO-handelaren. Een deel van het energiebudget gaat zo verloren aan partijen die niet investeren in duurzame energieopwekking."

Om dit te voorkomen is een andere gangbare wijze van inkoop van duurzame elektriciteit om de elektriciteit en de GvO's bij één leverancier af te nemen. Op die manier komt de vergoeding voor de GvO's bij de elektriciteitsleveranciers terecht, die de opbrengsten kunnen gebruiken voor investeringen in de productie van meer duurzame elektriciteit. Bij een dergelijke opzet kunnen ook eisen gesteld worden aan de afkomst en/of herleidbaarheid van de GvO's. Andere verdergaande inkoopmethoden kunnen eisen stellen die gericht zijn op een toename in de productie van duurzame energie in Nederland, bijvoorbeeld door het ontwikkelen van een nieuwe opweklocatie dedicated voor opdrachtgever.

[AD] heeft er – gelet op [zijn] duurzaamheidsambities – bewust voor gekozen om elektriciteit en GvO's in één opdracht uit te vragen en dus één leverancier te contracteren voor zowel de levering van elektriciteit als de levering van GvO's. [AD] vraagt GvO's met als oorsprong Nederland (NL) of een aantal aangewezen landen uit de Europese Unie (EU), zie Eis 1.1 Programma van Eisen_2. Door de opdracht op deze wijze in te richten wordt de kans vergroot dat een elektriciteitsleverancier die op de opdracht inschrijft (groten)deels met eigen GvO's inschrijft. (Groten)deels, omdat een leverancier wellicht niet zowel GvO's uit NL als de EU zal kunnen leveren. [AD] wilde met deze opzet van de aanbestedingsprocedure de kans vergroten dat een leverancier (deels) met GvO's uit eigen opwekcapaciteit inschrijft. In de eerste plaats omdat op deze wijze de markt wordt gestimuleerd om de transitie naar duurzame elektriciteit ook daadwerkelijk te maken. Wanneer elektriciteit en GvO's gezamenlijk worden ingekocht, komt – zoals in het voorgaande toegelicht – de vergoeding die voor de GvO's wordt betaald ook in zijn geheel (en niet gedeeltelijk ook bij handelaren) terecht bij de elektriciteitsleveranciers, die de opbrengsten kunnen gebruiken voor investeringen in de productie van meer duurzame elektriciteit. Dergelijke investeringen zullen niet door handelaren in GvO's worden gedaan.

In de tweede plaats zal, wanneer de opdracht in twee percelen wordt uitgevraagd, inherent een leverancier van grijze stroom enerzijds en een broker van GvO's anderzijds inschrijven. Op die wijze is er weliswaar sprake van vergroening, maar wordt er eerst grijze (en dus fossiele) elektriciteit opgewekt die vervolgens wordt 'teruggekleurd' naar groene elektriciteit. Wanneer de levering van elektriciteit en GvO's echter in één opdracht wordt aanbesteed, wordt er voor het gedeelte waarmee de elektriciteitsleverancier met eigen GvO's inschrijft in ieder geval geen grijze (fossiele) stroom voor [AD] opgewekt om in [zijn] behoefte te voorzien. Dit laatste past in de hiervoor beschreven duurzaamheidsambities van [AD].

Daarbij komt dat uit het Programma van Eisen_2 ook volgt dat de elektriciteitsleverancier over eigen duurzame opwekcapaciteit moet beschikken. In Eisen 2.2 en 2.3 uit het Programma van Eisen_2 is immers opgenomen dat [AD] met de leverancier wil onderzoeken en leren wat nodig is om het uur-matchingpercentage voor het hele contract inzichtelijk te maken en specifiek op locatie Eindhoven inzicht te geven in deze uur-matching. Achtergrond hiervan is dat de opwekking van duurzame wind- en zonne-energie niet altijd overeenkomt met de behoefte die er op dat moment is. Op piekuren zal om die reden als back-up fossiele elektriciteit worden ingezet om aan de vraag te kunnen voldoen. Zoals toegelicht wenst [AD] in 2040 geheel fossielvrij te zijn en wil [hij] dus ook geen gebruik meer hoeven te

maken van fossiele elektriciteit als back-up. Hiertoe is op uurbasis inzicht nodig in de duurzame opwekcapaciteit aan de ene kant versus de gebruiksbehoefte aan de andere kant. Dit inzicht kan niet verkregen worden bij een leverancier die met grijze stroom inschrijft en waarbij de vergroening middels GVO's plaatsvindt. GVO's geven immers enkel inzicht in opwekking op maandbasis. Uit deze eis volgt derhalve dat [AD] een leverancier wenst te contracteren die (in ieder geval deels) beschikt over eigen opwekcapaciteit. Een inschrijver die niet over eigen opwekcapaciteit beschikt zal immers geen inzicht hebben in opwekdata en dus ook geen inzicht kunnen geven in het aandeel uur-matching en daarmee niet aan Eisen 2.2 en 2.3 kunnen voldoen.

De markt heeft dit kennelijk ook zo begrepen, omdat er geen combinaties hebben ingeschreven van elektriciteitsleveranciers van 'grijze stroom' en handelaren in GVO's. [AD] wenst ten overvloede op te merken dat [hij] nooit een opdracht voor inkoop van elektriciteit en inkoop van GVO's zal uitvragen in twee percelen, omdat dit niet past in [zijn] duurzaamheidsambities. Mocht de connectie tussen inkoop van elektriciteit en inkoop van GVO's in onderhavige aanbestedingsstukken onvoldoende tot uitdrukking zijn gekomen, dan zal [AD] dit ter harte nemen en in een volgende aanbesteding op een andere wijze beschrijven bijvoorbeeld door het stellen van herleidbaarheidseisen (die overigens ook weer tot vragen over het beperken van de markt kunnen leiden).

Hogere administratieve belasting

Een tweede inhoudelijke argument waarom [AD] meent dat het opdelen van de opdracht in percelen niet wenselijk is, is er in gelegen dat het administratief tot een hogere belasting zal leiden. Momenteel heeft [AD] ook één leverancier voor zowel elektriciteit als voor GvO's. Een verandering naar twee leveranciers levert inherent meer werk op voor de contractmanager. Zoals eerder toegelicht betreft het een contract met ongeveer 2300 aansluitingen, waar achter zo'n 1200 aansluitingen verschillende afnemers zitten die elk hun wensen hebben ten aanzien van de levering van elektriciteit en GVO's. [AD] houdt het overzicht bij van de aansluitingen, de achterliggende – regelmatig wisselende – afnemers en hun specifieke wensen. Dit overzicht wordt gedeeld met de leverancier, zodat de leverancier op basis hiervan kan de afgenomen elektriciteit kan factureren. Wanneer [AD] één leverancier heeft gecontracteerd organiseert de leverancier die de elektriciteit levert vervolgens zelf op basis van de meetgegevens van de verschillende aansluitingen en het overzicht met de GvO-wensen dat de juiste hoeveelheid GvO's worden afgeboekt. [AD] ontvangt hier rapportages van.

Wanneer de levering van de elektriciteit en de levering van GvO's bij verschillende leveranciers komen te liggen, zal [AD] de meetgegevens van de elektriciteitsleverancier alsmede het overzicht met GvO-wensen van de verschillende afnemers aan de leverancier van GvO's moeten verstrekken waarna hij tot afboeking kan overgaan. Het verstrekken van deze gegevens betreft op zich een eenvoudige administratieve handeling, maar dit brengt wel extra controlestappen met zich mee. Bovendien gebeurt het in de praktijk regelmatig dat er achteraf correcties in de meetdata plaatsvinden. Dergelijke correcties zullen via [AD] aan de leverancier van de GvO's doorgegeven moeten worden. Wanneer de levering van elektriciteit en de levering van GvO's bij één leverancier liggen, wordt dit intern doorgegeven en wordt [AD] hier niet administratief mee belast.

Gelet op het voorgaande meent [AD] dat de inkoop van elektriciteit en GVO's zodanig verband met elkaar houden dat er sprake is van één opdracht en niet van een samengestelde opdracht. [AD] was dan ook in de aanbestedingsstukken niet verplicht te motiveren waarom [hij] de opdrachten heeft samengevoegd. Daar staat tegenover dat [AD] wel in de aanbestedingsstukken moet motiveren waarom

de opdracht niet in percelen is opgedeeld. Deze motivering is (tijdig) in antwoord op vraag 12 in de Eerste Nota van Inlichtingen verstrekt.

Conclusie

[AD] concludeert dat de klacht van [Ondernemer] ongegrond is en verzoekt uw Commissie de klacht af te wijzen.'

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een Europese openbare aanbesteding heeft georganiseerd voor de levering van elektriciteit en GvO's. Op de procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en Deel 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (tweede herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).

Beknopt oordeel

- 4.2. De Commissie is van oordeel dat de motivering de beslissing de opdracht niet op te delen in percelen onvoldoende kan dragen. Aanbesteder is in zijn motivering niet, althans onvoldoende, ingegaan op de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de beslissing niet op te delen in percelen op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB. Evenmin is de motivering helder over de organisatorische gevolgen en risico's van de beslissing de opdracht niet op te delen voor de ondernemer. De motivering ziet enkel op de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht *voor de aanbesteder* en de logische samenhang van de opdrachten. Dat is een te beperkte motivering. De Commissie verklaart de klacht op dit punt **gegrond**.

Toelichting

Rechtsverwerking?

- 4.3. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat het recht van ondernemer nog bezwaar te maken is komen te vervallen op grond van het bepaalde in artikel 13.6 ARNS (zie 1.6 bovenstaand). De Commissie is van oordeel dat deze rechtsverwerkingsclausule in dit geval niet van toepassing is en het recht van ondernemer om bezwaar te maken daarom niet is komen te vervallen.
- 4.4. In artikel 2.3 ARNS is bepaald dat gegadigden en inschrijvers *door het indienen van een aanmelding of inschrijving* akkoord gaan met de inhoud en de toepasselijkheid van het ARNS. Ondernemer heeft geen aanmelding of inschrijving ingediend, waarmee het ARNS in de verhouding tussen aanbesteder en ondernemer niet van toepassing is.
- 4.4.1. Het beroep van aanbesteder op artikel 13.6 ARNS moet daarom worden gepasseerd en het recht van ondernemer nog bezwaar te maken is niet komen te vervallen. Daarmee kan de Commissie in het midden laten in hoeverre het in dit specifieke geval toelaatbaar is een dergelijke verstrekkende rechtsbeschermingsclausule te hanteren die de gang naar zowel de rechter als de Commissie zou blokkeren (zie Advies 628, overwegingen 4.2.6 t/m 4.2.10) – te meer nu ondernemer daarover niet heeft geklaagd.
- 4.4.2. Hier geldt bovendien dat ondernemer tijdig duidelijk heeft gemaakt aan aanbesteder dat hij bezwaren koestert tegen de opzet van onderhavige aanbesteding. Ondernemer heeft op geen enkele wijze de indruk gewekt afstand te hebben gedaan van die bezwaren. Integendeel, uit de tussen partijen gewisselde correspondentie

moet voor aanbesteder duidelijk zijn geweest dat ondernemer zijn bezwaren handhaafde.

- 4.5. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht.

Driedledige klacht

- 4.5.1. Het standpunt van ondernemer is op te vatten als een klacht over schending van drie verschillende onderdelen van artikel 1.5 Aw 2012. Ondernemer klaagt (i) dat twee ongelijksoortige opdrachten – de levering van elektriciteit en de levering van GvO's – onnodig zijn samengevoegd (eerste lid), (ii) dat aanbesteder heeft verzuimd de opdracht op te delen in percelen (derde lid) en (iii) dat aanbesteder zijn beslissing de opdracht niet op te delen in percelen onvoldoende heeft gemotiveerd (derde lid).
- 4.5.2. 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).
- 4.5.3. De Commissie kiest er daarom voor om in een geval als het onderhavige – waarin tussen partijen ter discussie staat of sprake is van één opdracht dan wel van een samenvoeging van opdrachten – eerst te onderzoeken of aanbesteder 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).
- 4.5.4. Voor het tweede onderdeel van de klacht hoeft de Commissie slechts de vraag te beantwoorden (ii) of aanbesteder de opdracht heeft opgedeeld in percelen. De Commissie stelt vast dat de onderhavige opdracht niet is opgedeeld in percelen. In die zin heeft aanbesteder geen gevolg gegeven aan het splitsingsgebod. Daarmee komt de Commissie toe aan onderdeel (iii) van de klacht: kan de door aanbesteder gegeven motivering om geen gevolg te geven aan het splitsingsgebod die beslissing dragen?

Motivering niet opdelen in percelen

- 4.5.5. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf moet motiveren waarom hij de verdeling in percelen niet passend acht. Een deugdelijke motivering van de beslissing om in een geval als het onderhavige het opdelen van een opdracht "niet passend" te achten, zal gebaseerd moeten zijn op een *afweging van de met die opdeling gemoeide belangen* van de aanbestedende dienst enerzijds en het belang van voldoende toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf anderzijds (zie Advies 609, overweging 5.2.31 met verwijzing naar Advies 571, overweging 5.7.25, Advies 530, overweging 5.7.6 en Advies 345, overweging 5.5.4). Zoals de Commissie in Advies 609, overweging 5.2.31 (met verwijzing naar Advies 345, overweging 5.6) heeft geoordeeld, kan een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf aan zijn in artikel 1.5, lid 3, Aw 2012 genoemde motiveringsplicht voldoen door bij zijn beslissing om een opdracht niet in percelen op te delen – vanwege de "niet passendheid" daarvan – acht te slaan op de in artikel 1.5, lid

1, Aw 2012 genoemde aspecten. De Commissie ziet namelijk niet in, gelet op de doelstellingen die de wetgever met art. 1.5 Aw 2012 als geheel voor ogen heeft gehad, waarom de in het kader van artikel 1.5, lid 3, Aw 2012 af te wegen belangen anders zijn dan die welke een aanbestedende dienst zal moeten afwegen in het kader van de beoordeling waartoe artikel 1.5, lid 1, Aw 2012 dwingt.

- 4.5.6. In Advies 609, overweging 5.2.6 verwijst de Commissie naar overwegingen 6.2 t/m 6.4 van haar Advies 43, waarin de Commissie overweegt dat zij artikel 1.5, lid 1, Aw 2012 aldus leest dat de tweede zin de instructie bevat voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om, alvorens opdrachten samen te voegen – of, zoals hier: opdrachten niet op te delen in percelen –, *in ieder geval* acht te slaan op de volgende aspecten:
- (a) de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB;
 - (b) de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst (...) en de ondernemer; en
 - (c) de mate van samenhang van de opdrachten.
- 4.5.7. De Commissie onderzoekt onderstaand per aspect in hoeverre aanbesteder, blijkens de gegeven motivering, acht heeft geslagen op de verschillende aspecten. Onder verwijzing naar overwegingen 5.2.11 t/m 5.2.15 van Advies 609 stelt de Commissie voorop dat een aanbestedende dienst de beslissing om een opdracht niet op te splitsen op basis van artikel 1.5, lid 2, Aw 2012 in de aanbestedingsstukken moet motiveren. Daarbij interpreteert de Commissie de woorden *in ieder geval* uit het eerste lid van artikel 1.5 Aw 2012 zo, dat uit de motivering van een aanbestedende dienst moet blijken dat hij minimaal op alle drie genoemde aspecten acht heeft geslagen. Ontbreekt één aspect, dan staat daarmee reeds vast dat de motivering niet toereikend is.
- 4.5.8. Indien, zoals in de onderhavige openbare aanbestedingsprocedure, de inschrijvingstermijn reeds is verstreken, kan het geraden zijn dat de aanbestedende dienst alsnog voldoende bekendheid geeft aan een (dragende) motivering voor zijn beslissing om de opdracht niet op te splitsen. 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 motiveringsplicht (vgl. Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 22 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1666, rov. 5.8).
- 4.5.9. Daarmee komt de vraag aan de orde of de door aanbesteder in de aanbestedingsstukken (zie 1.4, 1.5 en 1.7 hiervoor), en in de reactie op de bij de Commissie ingediende klacht (zie 3 hiervoor) verstrekte motivering zijn beslissing tot het niet opdelen van de opdracht kan dragen.

Eerste aspect: samenstelling van de relevante markt en toegang MKB

- 4.6. De Commissie overweegt dat aanbesteder slechts indirect ingaat op de samenstelling van de markt. Aanbesteder maakt een onderscheid tussen elektriciteitsleveranciers en handelaren (in GvO's). Aanbesteder stelt een bewuste keuze te hebben gemaakt voor het contracteren van een elektriciteitsleverancier. Op die wijze komt de vergoeding voor de GVO's in zijn geheel terecht bij de elektriciteitsleverancier, die de opbrengsten kan gebruiken voor investeringen in de productie van meer duurzame elektriciteit. Dergelijke investeringen zullen, volgens aanbesteder, niet door handelaren in GVO's worden gedaan.
- 4.6.1. De Commissie begrijpt dat aanbesteder niet betwist dat deze keuze een benadeling inhoudt van het MKB. Aanbesteder meent kennelijk dat deze benadeling is

gerechtvaardigd vanuit het oogpunt van het realiseren van zijn doelstellingen op het gebied van duurzaamheid, zoals weergegeven onder 3 en 4 van paragraaf 3.2 van de gunningsleidraad (zie 1.4 hierboven).

- 4.6.2. De door aanbesteder gegeven motivering voor dit aspect (kortweg: samenstelling van de relevante markt) is daarmee niet toereikend. Aanbesteder geeft geen blijk zijn belangen bij het realiseren van zijn doelstelling af te hebben gewogen tegen de belangen van de markt in het algemeen en het MKB in het bijzonder.
- 4.6.3. Voor zover aanbesteder zich op het standpunt stelt dat doelstellingen 3 en 4 van paragraaf 3.2 van de gunningsleidraad niet kunnen worden gerealiseerd aan de hand van een opdracht die is opgedeeld in percelen, oordeelt de Commissie dat dat standpunt onvoldoende concreet is onderbouwd. Het is juist dat een elektriciteitsleverancier de vergoeding voor GvO's *kan* gebruiken voor investeringen in de productie van meer duurzame elektriciteit, maar aanbesteder heeft op dat punt geen eisen gesteld aan de beoogde opdrachtnemer. Met ondernemer is de Commissie van oordeel dat de investering in de productie van duurzame elektriciteit dan slechts een verwachting betreft van aanbesteder. Die verwachting, zonder vertaling naar voorwaarden of eisen, kan niet dienen als rechtvaardiging voor het ondergeschikt maken van de belangen van de markt of het MKB ten opzichte van de belangen van aanbesteder. Op dit punt acht de Commissie de gegeven motivering niet toereikend. Daarmee is de motiveringsklacht reeds **gegrond**.

Tweede aspect: organisatorische gevolgen en risico's

- 4.7. Aanbesteder stelt dat een opdeling in percelen leidt tot hogere administratie- en handelingskosten. Blijkens het bij nota van inlichtingen gegeven antwoord en de nadere uitwerking daarvan in de reactie op de klacht, brengt het separaat contracteren van een elektriciteitsleverancier en een leverancier van GvO's extra controlestappen met zich mee. Bovendien wordt aanbesteder administratief belast met het doorgeven van correcties op de meetdata tussen de gecontracteerde partijen. Aanbesteder stelt dat die correcties in de praktijk regelmatig voorkomen.
- 4.7.1. De Commissie begrijpt dat de motivering van aanbesteder voor dit aspect vooral neerkomt op een wens tot 'ontzorging'. Hoewel de wens tot ontzorging een relevante omstandigheid is voor het onderhavige aspect, meent de Commissie dat de gewenste ontzorging aan de zijde van aanbesteder moet worden afgezet tegen de organisatorische gevolgen en de risico's aan de zijde van de ondernemer(s). De motivering geeft geen blijk van het tegen elkaar afwegen van de belangen van aanbesteder en ondernemer(s) voor dit aspect. Daarmee acht de Commissie de gegeven motivering ook op dit punt niet toereikend, wat opnieuw een zelfstandige grond is voor **gegrondverklaring** van de motiveringsklacht.

Derde aspect: mate van samenhang van de opdrachten

- 4.8. Partijen lijken met elkaar eens te zijn dat de levering van elektriciteit en de levering van GvO's een logische samenhang vertonen. De Commissie begrijpt dat ondernemer op zichzelf niet betwist dat aanbesteder doelstellingen 3 en 4 van paragraaf 3.2 van de gunningsleidraad waar zou kunnen maken aan de hand van een opdracht waarbij de levering van elektriciteit en GvO's wordt gecombineerd. Ondernemer stelt zich alleen op het standpunt dat aanbesteder geen eisen of voorwaarden heeft gesteld die erop zijn gericht die doelstellingen te realiseren. De eisen die zien op 'uur-matching' zijn weliswaar gericht op het realiseren van genoemde doelstellingen, maar die eisen laten onverlet dat de opdracht kan worden opgedeeld in percelen. De Commissie kan zich vinden in die redenering van ondernemer, maar leest daarin wel een erkenning van ondernemer dat in beginsel een logische

samenhang bestaat tussen de levering van elektriciteit en GvO's. De Commissie acht de motivering van aanbesteder voor dit aspect toereikend.

Conclusie: motivering kan niet-opdelen in percelen niet dragen

- 4.9. De Commissie is, alles afwegende, van oordeel dat de door aanbesteder verstrekte motivering zijn beslissing tot het niet in percelen opdelen van de opdracht onvoldoende kan dragen. Aanbesteder is in zijn motivering niet, althans onvoldoende, ingegaan op de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de beslissing niet op te delen in percelen op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB. Evenmin is de motivering helder over de organisatorische gevolgen en risico's van de beslissing de opdracht niet op te delen voor de ondernemer. De motivering ziet enkel op de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbesteder en de logische samenhang van de opdrachten. Dat is een te beperkte motivering.

Commissie komt niet meer toe aan klachtonderdeel over schending clusterverbod

- 4.10. Nu de Commissie heeft vastgesteld dat 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 beweerdde 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.).

5. Advies

De Commissie verklaart de klacht **gegrond** waarmee onderdeel (i) van de klacht geen behandeling meer behoeft.

Den Haag, 20 oktober 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Vicevoorzitter