

## **Advies 665 | Samenvatting**

De klacht ziet op een Europese openbare aanbesteding voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor diensten van Energiebesparingstrajecten.

Ondernemer klaagt dat aanbesteder in strijd handelt met artikel 1.5 Aw 2012 door het ten onrechte gecombineerd aanbesteden van werkzaamheden op het gebied van energiebesparingstrajecten en het verbinden van vraag en aanbod. Aanbesteder zou de beslissing om de opdrachten samen te voegen, dan wel de beslissing om de opdrachten niet te verdelen in percelen niet/ontoereikend hebben gemotiveerd (klachtonderdeel 1).

Ondernemer maakt voorts bezwaar tegen de wijze van het verbinden van vraag en aanbod. Ondernemer klaagt dat de selectie van installateurs daarbij niet willekeurig mag geschieden (klachtonderdeel 2).

### **Beoordeling**

Een scenario waarbij sprake is van schending van het clusterverbod ligt volgens de Commissie, op basis van de verstrekte stukken, niet voor de hand. De Commissie verklaart het eerste klachtonderdeel daarom **ongegron**d.

De Commissie sluit niet uit dat aanbesteder een overheidsopdracht heeft gegund door toestemming te geven voor het gebruik van zijn naam en door te betalen voor het organiseren van campagnes en activerende acties waarbij vraag en aanbod met elkaar worden verbonden. In hoeverre bij de gunning van die eventuele overheidsopdracht andere aanbestedingsregels zijn geschonden dan het clusterverbod, valt buiten het bereik van de door ondernemer geformuleerde klacht.

Hoewel mogelijk sprake is van een schending van de Mededingingswet of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ter zake het toezicht dat aanbesteder houdt op [Y] bij de selectie van installateurs, is het niet aan de Commissie dat te onderzoeken. De Commissie kan niet oordelen over een klachtonderdeel dat buiten de werkingssfeer van de Aw 2012 valt. De Commissie **staakt de behandeling** van dit klachtonderdeel.

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 665

### 1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder, de gemeente X, is op 8 maart 2021 door de advocaat van ondernemer per brief gewezen op een inkoopactie van hybride warmtepompen voor bewoners van de gemeente X. De inkoopactie is door ondernemer Y B.V. in opdracht van aanbesteder gehouden.
- 1.2. In de brief verzoekt ondernemer inlichtingen over de wijze waarop Y is geselecteerd, over de criteria voor de selectie en over de inhoud van de opdrachtverlening.
- 1.3. Als bijlage is bij die brief gevoegd een uitnodiging aan de eigenaar van een woning in de gemeente X voor een informatieavond op 3 maart 2021 over hybride warmtepompen, waarop de logo's van de gemeente X en ondernemer Y (zonder de afkorting "B.V.") naast elkaar zijn afgedrukt. In die brief wordt onder meer het volgende meegedeeld:

'Tijdens de online informatieavond vertellen we alles wat u moet weten over de hybride warmtepomp. Wat zijn de voor- en nadelen? Maakt een warmtepomp geluid? Welke subsidies zijn er beschikbaar? Ook vertellen we u meer over de inkoopactie. Er is voldoende ruimte om vragen te stellen. De gemeente, Y en de installateur zijn aanwezig om deze te beantwoorden.

(...)

De gemeente wil duurzaam wonen makkelijk maken. Daarom heeft de gemeente Y gevraagd om bewoners van gemeente X van gratis advies te voorzien en een inkoopactie te organiseren. Y heeft technische adviseurs in huis en kiest voor elke inkoopactie een betrouwbare installateur uit de regio. Door in te kopen met uw buurt ontvangt u een scherp aanbod.

(...)'

#### *Opdracht Energieloket*

- 1.4. Aanbesteder heeft per brief van 15 april 2021 geantwoord dat de opdracht aan Y is verleend via een enkelvoudig onderhandse procedure, waarbij geen selectiecriteria zijn gehanteerd. Over de criteria voor installateurs vermeldt de brief het volgende:

'De uitvraag wordt verzorgd door [Y]. Regionale bedrijven zijn door [Y] uitgenodigd een aanbod in te dienen voor de actie. Bedrijven dienen hiervoor informatie aan te leveren. Contractvorming met de uitvoerende partijen wordt door [Y] verzorgd. Bij de beoordeling van de uitvraag wordt gelet op:

i. Kwaliteit (70%):

1. Kwaliteit van de organisatie, ervaring en certificering;
2. Kwaliteit van de materialen die aangeboden worden;
3. Uitvoerende capaciteit;
4. Klachten- en geschillenregeling;

ii. Prijs (30%);

iii. De aanbiedingen worden door [Y] beoordeeld en vergeleken aan de hand van 40+ criteria. Hier zijn intern drie personen bij betrokken: de projectmanager en twee onafhankelijke technisch adviseurs. Het proces, de beoordelingscriteria en de uitkomst van de selectie worden gedeeld met de gemeente.'

- 1.5. Als bijlage bij deze brief is gevoegd een brief van aanbesteder aan (vermoedelijk) een rechtsvoorganger van Y B.V., waarin onder meer het volgende wordt meegegeeld:

'Op 25 november 2018 heeft u offerte uitgebracht voor verlenging van het Regionaal Energieloket voor de periode 1 januari 2019 t/m 31 december 2020 voor de gemeente [X]. Op basis van uw offerte verlenen wij u hierbij opdracht voor het uitvoeren van de werkzaamheden zoals in de bedoelde offerte omschreven, onder de volgende voorwaarden.

*De opdracht behelst de basisdienstverlening voor het energieloket en de werving, training en ondersteuning van de energieambassadeurs.*

(...)'

- 1.6. De advocate van ondernemer schrijft in een mail van 4 mei 2021 dat zij op 28 april 2021 telefonisch contact heeft gehad met een medewerker van de gemeente. Daarin zou de gemeente het volgende hebben meegegeeld over verlenging van de overeenkomst betreffende het energieloket en de wijze waarop [Y] installateurs selecteert:

'De opdracht is niet gepubliceerd geweest en er is dan ook één-op-één gegund aan [Y]. De opdracht aan [Y] is verlengd met twee jaar, dus loopt nog tot en met 2022.

(...)

Hij wist verder niets te vertellen over eisen die door [Y] aan installateurs gesteld worden. Hij erkende dat die niet transparant gemaakt zijn (hij zou dit terugkoppelen aan [Y]). De gemeente is niet betrokken bij de selectie van de installateurs, maar wordt wel op de hoogte gehouden. (...) Naar aanleiding van mijn opmerking dat er enkel proportionele eisen gesteld mogen worden aan installateurs, gaf hij aan dat hij dit ook zou terugkoppelen aan [Y]. Volgens [naam medewerker] krijgt [Y] geen Commissie over de installatieopdrachten/aankoop duurzame installaties. Ook zouden installateurs die bij [Y] zijn geregistreerd niet hoeven te betalen voor hun registratie.'

*Raamovereenkomst Energiebesparingstrajecten*

- 1.7. Aanbesteder heeft op 4 juni 2021 een Aankondiging van een Europese openbare aanbesteding voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor diensten voor Energiebesparingstrajecten gepubliceerd op TenderNed. In deze aankondiging wordt onder meer het volgende meegegeeld:

#### **'II.1.4) Korte beschrijving**

Voor 2021 heeft de gemeente [X] een rijksbijdrage gekregen in het kader van de Regeling Reductie Energiegebruik Woningen (RREW). Het doel van deze bijdrage is woningeigenaren en huurders te stimuleren om energiebesparende maatregelen (groot en klein) te nemen in hun woning. In de aanvraag is al een uitvoeringsplan opgesteld op basis waarvan de regeling is toegekend.

Voor de uitvoering van de activiteiten waarvoor de gemeente deze gelden heeft ontvangen, en mogelijk toekomstige regelingen van gelijksoortige aard, is de gemeente als opdrachtgever op zoek naar een uitvoerder.

Deze uitvoerder zal die centrale rol nemen in het organiseren, uitvoeren en promoten van (een deel van de) de activiteiten zoals ingediend bij de aanvraag van de RREW in 2021 en eventueel daaropvolgende nieuwe regelingen.

(...)

#### **II.2.4) Beschrijving van de aanbesteding:**

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

Deze Europese aanbesteding wordt uitgevoerd volgens de openbare procedure. De opdracht wordt gegund op basis van de beste kwaliteit. Voor de uitvoering van deze rijksbijdrage en eventuele vervolg bijdragen zijn door het Rijk voorwaarden vastgesteld. De gemeente hanteert voor de uitvoering van deze opdracht een vast percentage. Er zijn diverse bepalingen opgenomen met betrekking tot de kwaliteit, de eisen en de prijs in het beschrijvend document en de bijlagen.

Het doel van de aanbesteding is het aangaan van een raamovereenkomst met 1 opdrachtnemer voor Energiebesparingstrajecten. Voor het verzorgen van aanvragen en voor de uitvoering van regelingen van het Rijk gaat de gemeente een langdurige samenwerking aan ten behoeve van de verduurzaming van woningen, zoals de regeling reductie energiegebruik woningen (RREW) en de daaropvolgende regelingen.'

- 1.8. Op 1 november 2021 heeft de advocaat van ondernemer aan aanbesteder een klachtbrief gestuurd. In die brief wordt onder meer gesteld dat een medewerker van aanbesteder in een telefoongesprek dat op 28 april 2021 plaatsvond, heeft aangegeven niet op de hoogte te zijn van de eisen die Y stelt aan de (geregistreerde) installateurs en dat deze informatie niet gepubliceerd is. Verder wordt in die brief onder meer het volgende gesteld:

'4. Hierop heeft mijn cliënte contact gezocht met [Y] om zich te laten informeren over de vereisten voor installateurs, waarna mijn cliënte vervolgens op 20 mei 2021 informatie heeft ontvangen, die als Bijlage III bij deze brief is gevoegd. Hieruit blijkt dat er 'twee soorten installateurs' zijn, te weten (i) installateurs die zich - gratis - met een profiel kunnen registreren op de vakspecialistenpagina van [Y] en waar [Y] desgewenst geïnteresseerde inwoners naar door kan verwijzen en (ii) installateurs die meedingen om hun diensten te (mogen) verlenen ten behoeve van (de uitvoering van) de collectieve inkoopactie (s), waarbij [Y] let op kwaliteit van de organisatie, product en prijs.

5. Het zijn juist deze collectieve inkoopacties van [Y] (...) waarvoor niet alle installateurs in aanmerking kunnen komen. Overigens is het ook mogelijk dat de markt van installateurs verdeeld wordt door het anderszins doorverwijzen van inwoners naar installateurs door [Y]. Voor het genereren van een grote vraag naar zonnepanelen, warmtepompen en andere installaties (en isolatiematerialen) maakt [Y] gebruik van mailingen per post aan alle inwoners van- in het onderhavige geval - de gemeente [X], waarbij het logo van de Gemeente en [Y] naast elkaar op de brieven zijn geplaatst.

*Klacht*

6. De bezwaren die cliënte heeft ten aanzien van de handelwijze van de Gemeente zijn (vooralnog) tweeledig: (i) de Gemeente heeft ten onrechte geen Europese openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven en (ii) er is sprake van belangenverstremgeling.

(...)

9. Uit de door uw Gemeente beschikbaar gestelde informatie blijkt dat [Y] op 25 november 2018 een offerte heeft uitgebracht voor de verlenging van de overheidsopdracht met twee jaren (2019 en 2020), nadat de opdracht al was gegund aan [Y] voor - in ieder geval - het kalenderjaar 2018. De overheidsopdracht is nogmaals verlengd, zo blijkt uit de door 'Uitnodiging informatieavond inkoopactie hybride warmtepomp' d.d. 2 februari 2021 (zie de bijlage bij Bijlage I). Bij de berekening van geraamde waarde dient rekening te worden gehouden met eventuele verlengingen (en uitbreidingsopties) van de opdracht. Omdat er hier kennelijk sprake is van 'verlenging' ga ik uit dat de overheidsopdracht in ieder geval vier jaren voortduurt en dat dit had moeten worden meegenomen in de geschatte waarde van de opdracht. Ten overvloede merk ik op dat wanneer de Gemeente zich op het standpunt zou stellen dat er sprake zou zijn geweest van een nieuwe opdracht, dit in strijd zou zijn met het splitsingsverbod van artikel 2.14, lid 1, Aanbestedingswet 2012 (hierna: 'Aanbestedingswet').

10. Daarnaast beperken de werkzaamheden van [Y], zoals vermeld in de opdrachtbrief ("*De opdracht behelst de basisdienstverlening voor het energieloket en de werving, training en ondersteuning van de energieambassadeurs*") zich niet hier toe.

11. Blijkens de mailing hybride warmtepompen, de lopende collectieve actie '*Grootschalige inkoopacties zonnepanelen en isolatie*' de door [Y] aan mijn cliënte toegestuurde informatiebrochure van [Y] bestaan de werkzaamheden van [Y] tevens uit:

Concreet organiseert [Y] het volgende:

- a. Bewonersbrief aan alle koopwoningen uit naam van de gemeente;
- b. Informatieavond in samenwerking met de gemeente;
- c. Actiewebsite, informatiebrochure en geautomatiseerd inschrijfproces;
- d. Backoffice en klantenservice voor het beantwoorden van inkomende vragen;
- e. Online agenda tool waarmee het inplannen van de woningopnames worden geautomatiseerd.

12. In de berekening van de waarde van de opdracht dient de aanbestedende dienst niet alleen rekening te houden met betalingen door de aanbestedende dienst zelf, maar ook met de inkomsten die de opdrachtnemer van derde ontvangt. Ook betalingen van de opdrachtgever dan wel van derden die voor bovenstaande activiteiten aan [Y] toekomen dienen meegenomen te worden in de berekening van de raming van de waarde van de overheidsopdracht. Voor de werkzaamheden van [Y] vraagt [Y] een vergoeding van 4 tot 5% van de gerealiseerde omzet (excl. btw) van de installateur (zie Bijlage III). Een voorzichtige inschatting is dat over een periode van vier jaren de omzet voor zonnepanelen rond € 7 miljoen en voor warmtepompen rond € 5 miljoen ligt. De vergoeding voor [Y] over deze omzetbedragen, die bij de werkzaamheden voor het Energieloket dient te worden opgeteld ligt tussen de € 480.000 en € 600.000, derhalve ruim boven het Europese drempelbedrag.

(ii) **Belangenverstremgeling**

14. De Gemeente heeft geen scheiding aangebracht tussen de publieke (wettelijke)

verplichtingen ten aanzien van het Energieloket en de commerciële activiteiten en belangen van [Y], waardoor er zich belangenverstrengeling voordoet. Dit licht ik hieronder toe.

15. Een lokaal energieloket is sinds 2016 een wettelijke verplichting voor gemeenten en provincies. Echter, dit is een afgebakende taak. Hieronder valt niet het doorverwijzen naar uitvoerende aanbieders, noch het genereren van vraag in de markt.

16. [Y] vult het Energieloket van de Gemeente in en heeft daardoor een concurrentievoordeel wanneer zij uitvoeringsdiensten of maatwerkadviezen aanbiedt en/of diensten worden aangeboden door aan [Y] gelieerde ondernemingen en/of opdrachten voor diensten via [Y] aan derden worden doorgespeeld.

17. In februari 2021 heeft de Vereniging Nederlandse Gemeenten een handreiking opgesteld over de kwaliteit van lokale energieloketten. Daarop is in mei 2021 een aanvulling gekomen, genaamd '*Aandachtspunten bij het werken met een energieloket*'. Hierin wordt aandacht gevraagd voor aanbestedingsaspecten, mededinging en belangenverstrengeling.

18. De volgende activiteiten van [Y] behoren dan ook niet tot de publieke taak:

1. Inkoopacties, waaronder mailingen per post (en andere communicatiemiddelen) en het organiseren van informatieavonden voor bewoners ten einde vraag naar producten en diensten te genereren;
2. Verrichten van backoffice- en klantenservice-activiteiten voor de door [Y] geselecteerde installateurs die de collectieve inkoopacties uitvoeren;
3. Doorverwijzen van inwoners naar installateurs op de website van [Y] dan wel de geselecteerde installateurs die de collectieve inkoopactie uitvoeren;
4. Maatwerkadviezen van [Y] (of een door [Y] geselecteerde partij) aan inwoners.

19. [Y] heeft, doordat zij de publieke taak - het Energieloket te [X] - uitvoert en buiten en naast deze publieke taak commerciële activiteiten uitoefent (doet uitoefenen) een oneerlijk concurrentievoordeel wat ook geldt voor de door [Y] geselecteerde ondernemingen of de ondernemingen waarnaar is doorverwezen. Dit geldt te meer nu [Y] via een niet transparante procedure is geselecteerd en de Gemeente geen afspraken heeft opgelegd die belangenverstrengeling en marktverstoring tegengaan.'

- 1.9. Als bijlage bij de brief van 1 november 2021 heeft ondernemer een informatiebrief van [Y] aan geïnteresseerde bedrijven gevoegd. Die informatiebrief bevat de volgende passage:

**'Toelichting Collectieve Actie Regionaal Energieloket**

Het voordeel van de actie zit in het creëren van een win-winsituatie voor de deelnemende woningeigenaren en de uitvoerende installateur. Bij de uitvoering van het project hanteert [Y] een strak proces zodat een groot deel van de backoffice uithanden wordt genomen bij de installateur. Dit levert een operationeel voordeel op waardoor de installateur scherper kan offeren. De woningeigenaar profiteert zo van de beste prijs/kwaliteitverhouding.

Daarnaast wordt de volledige marketing en promotie door ons in samenwerking met de gemeenten opgepakt. De gemeente en [Y] maken veel promotie voor de

actie, onder andere in de vorm van een fysieke brief aan de particuliere woningeigenaren in de gemeente. Alle inspanningen bij elkaar resulteren in een hoge conversie voor de installateur. Eerdere acties tonen een gemiddelde conversie van 41% van offerte naar getekende opdracht. Het record staat op 69%.

Concreet organiseert [Y] het volgende:

- a. Bewonersbrief aan alle koopwoningen uit naam van de gemeente;
- b. Informatieavond in samenwerking met de gemeente;
- c. Actiewebsite, informatiebrochure en geautomatiseerd inschrijfproces;
- d. Backoffice en klantenservice voor het beantwoorden van inkomende vragen;
- e. Online agenda tool waarmee het inplannen van de woningopnames worden geautomatiseerd.

In ruil voor onze werkzaamheden vragen wij een vergoeding van 4 tot 5% op de gerealiseerde omzet exclusief btw.'

1.10. Op 6 november 2021 heeft aanbesteder in TenderNed een aankondiging van een gegunde opdracht gepubliceerd bij de aanbesteding die op 4 juni 2021 is aangekondigd. Uit deze aankondiging blijkt dat er drie inschrijvingen zijn ontvangen en dat de opdracht gegund is aan [Y].

1.11. Per brief van 11 februari 2022 heeft de advocaat van ondernemer aanbesteder nogmaals gewezen op de diverse ingediende klachten en aangekondigd een klacht in te dienen bij de Commissie. Deze brief eindigt met de onderstaande mededeling:

'Namens cliënte verzoek ik u een einde te maken aan uw onrechtmatige handelwijze en in overleg te treden over een passende oplossing voor de toekomst, waaronder een vergoeding voor de schade die cliënte heeft geleden. Ik verzoek u om zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk 24 februari 2022 mij te berichten. Indien ik geen (bevredigende) inhoudelijke reactie van u verneem, zal cliënte een procedure starten bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.'

1.12. Op 14 februari 2022 heeft aanbesteder geantwoord op de brief van de advocaat van 1 november 2021 (zie 1.8 hiervoor) en onder meer het volgende meegedeeld:

*'Rol van het Energieloket*

[Y] verzorgt en onderhoudt in opdracht van de gemeente het digitale energieloket, waarop bewoners terecht kunnen voor het inwinnen van informatie over de verduurzaming van hun woning. Daarnaast verricht [Y] in het kader van de Regeling Reductie Energiegebruik Woningen (RREW) enkele aanvullende werkzaamheden, zoals het organiseren van bewonersavonden waarbij informatie wordt verstrekt over verduurzamingsmogelijkheden, alsook het faciliteren van collectieve inkoopacties voor de aanschaf van bijvoorbeeld isolerend glas of zonnepanelen.

Zowel het opereren van een lokaal energieloket, dat zijn oorsprong vindt in het Klimaatakkoord, als de uitvoering van de RREW zijn erop gericht bewoners te informeren over de mogelijkheden om de woning te verduurzamen, alsook te stimuleren om daadwerkelijk over te gaan tot het treffen van maatregelen. Anders dan u lijkt te suggereren maakt het verbinden van vraag en aanbod, middels het doorverwijzen van bewoners naar (gekwalficeerde) bedrijven, wel degelijk onderdeel uit van het takenpakket van het energieloket. Zo wordt overigens ook onderkend in de in uw brief aangehaalde Handreiking kwaliteit Energieloketten van het ministerie van BZK en de VNG:

*'Het energieloket biedt een doorverwijzing naar (gekwalficeerde) bedrijven met reviews van woningeigenaren (module 4)'*

[. ..]

*'Het energieloket benadert eventueel bewoners proactief (bv voor informatieavonden).'*

Ook het beantwoorden van vragen van bewoners, in het geval van [Y] middels een klantendesk, valt naar het inzicht van de gemeente wel degelijk binnen de taken die aan een energieloket kunnen worden opgedragen. Ook dit wordt overigens bevestigd in de door u aangehaalde handreiking:

*'Het energieloket biedt ondersteuning/persoonlijk advies aan bewoners via mail, telefoon en optioneel via andere sociale media en/of op een fysieke locatie'*

[...]

*'Medewerkers kunnen bewoners met algemene en specifieke vragen ondersteunen op alle inhoudelijke onderwerpen, passend bij de afgesproken rol en professionele karakter.'*

Dat aldus sprake zou zijn van een oneigenlijke taakuitoefening door [Y] die haaks staat op gemaakte afspraken, weerspreekt de gemeente uitdrukkelijk. Indien uw cliënte, los van het voorgaande, meent bij een specifieke inkoopactie ten onrechte niet als aanbieder te zijn betrokken, dan verzoek ik u zich zo nodig te richten tot [Y], dat (kwaliteits)criteria hanteert waaraan de bedrijven waarnaar wordt verwezen, moeten voldoen.

#### *Aanbestedingsplicht*

U stelt zich in uw brief verder op het standpunt dat de gemeente de opdrachtrelatie met [Y] Europees had moeten aanbesteden, omdat naar uw inzicht alle werkzaamheden die [Y] verricht onderdeel uitmaken van één en dezelfde overheidsopdracht. De gemeente betwist dat.

Weliswaar vinden de verschillende werkzaamheden die [Y] verricht allen plaats in het kader van de energietransitie in de gebouwde omgeving, dat maakt echter nog niet dat al deze werkzaamheden aanbestedingsrechtelijk gezien automatisch onderdeel uitmaken van één en dezelfde opdracht en voor de berekening van de opdrachtwaarde bij elkaar hadden moeten worden opgeteld. De gemeente heeft op verschillende momenten opdrachten aan [Y] verstrekt, waaronder naast de loketfunctie - werkzaamheden in het kader van de (coördinatie) van de uitvoering van de RREW regeling. Deze opdrachten voorzagen, op het moment van de inkoopbeslissing, in verschillende behoeften, en zijn verstrekt zonder het oogmerk daarmee op een of andere wijze een Europese aanbestedingsplicht te omzeilen.

Daar waar (abusievelijk ook door de gemeente in haar brief d.d. 15 april 2021) gesproken wordt van een verlenging van een reeds in 2018 lopende opdracht, is dat eveneens onjuist. In de periode vóór 1 januari 2019 heeft [Y] in opdracht van de Gemeenschappelijke Regio [Z] werkzaamheden verricht. Omdat besloten is het thema 'Energie' vanaf 1 januari 2020 terug bij de individuele gemeenten onder te brengen, is het nadien de gemeente [X] geweest die de verantwoordelijk voor het in stand (laten) houden van een energieloket op zich heeft genomen, e.e.a. conform de afspraken uit het Klimaatakkoord.

De gemeente heeft verder in 2021 werkzaamheden die in de toekomst in het kader van de RREW-regeling en/of diens opvolgers plaatsvinden gecombineerd aanbesteed. Naar het standpunt van de gemeente komt dit niet in strijd met het clusterverbod ex artikel 1.5 Aw 2012. Ook voor de loketfunctie geldt vanzelfsprekend dat mocht de gemeente op enig moment besluiten deze gecombineerd met andere werkzaamheden te willen aanbesteden, dan zal bij de keuze voor de te volgen



aanbestedingsprocedure uiteraard worden uitgegaan van de totale geraamde opdrachtwaarde. Dit voor zover het samenvoegen van de verschillende opdrachten wettelijk is toegestaan.

#### *Belangenverstremgeling*

U waarschuwt de gemeente tot slot in uw brief voor mogelijke belangenverstremgeling die zou kunnen optreden nu [Y] zou worden toegestaan naast de loketfunctie, ook andere werkzaamheden te verrichten. Ook in de handreiking van de VNG wordt daaraan aandacht besteed:

*'Het kan niet mogelijk zijn dat een energieloket zelf (of via een daaraan gelieerde onderneming) uitvoeringsdiensten of maatwerkadviezen aanbiedt (in welke hoedanigheid dan ook) omdat ze daarmee in directe concurrentie treedt met andere aanbieders in de markt en door hun rol als gemeentelijk energieloket een concurrentievoordeel hebben'.*

De gemeente weerspreekt de aantijging dat zij [Y] zou hebben toegestaan om misbruik te maken van haar rol als energieloket door zichzelf, dan wel aan haar verwante (zuster- of dochter)ondernemingen, werkzaamheden te gunnen die zien op de uitvoering van verduurzamingsmaatregelen, zoals de installatie van zonnepanelen of het verbeteren van de woningisolatie. [Y] is, anders dan uw cliënte, in het geheel niet actief als aanbieder van (installatiediensten voor) zonnepanelen en heeft, naar de gemeente begrijpt, daar ook geen voornemens toe. [Y] treedt daarmee ook niet in concurrentie met andere aanbieders, zoals [Ondernemer].

Desalniettemin neemt de gemeente notie van uw opmerkingen, en zal zij er op blijven toezien dat risico's op concurrentievervalsing ook in de toekomst worden vermeden.'

- 1.13. Per brief van 28 februari 2022 heeft de advocaat van ondernemer gereageerd op de brief van aanbesteder van 14 februari 2022 en onder meer gesteld dat het gecombineerd aanbesteden van de werkzaamheden in het kader van de RREW krachtens artikel 1.5 Aw 2012 gemotiveerd moet worden. Zij schrijft onder meer het volgende:

'3.1 Cliënte heeft van de gemeente [X] geen beschrijving van de relevante markt gezien, en (ii) de effecten van de samenvoeging voor de toegang tot de relevante markt/overheidsopdracht(en) voor het midden- en kleinbedrijf ontbreken.

3.2. Cliënte heeft als kleinbedrijf er belang bij de analyses in te zien. Cliënte lijdt schade door de wijze waarop u (overheids)opdrachten in de markt heeft gezet. Voor een nadere toelichting verwijs ik naar mijn eerdere brieven van 8 maart 2021 en 1 november 2021.

3.3. Namens cliënte verzoek ik de Gemeente om de beschrijving van de samenstelling van de relevante markt en de effecten van de samenvoeging voor de toegang tot de relevante markt voor het midden- en kleinbedrijf voorafgaand aan de aanbesteding die op 4 juni 2021 is gepubliceerd op TenderNed, toe te sturen.

3.4. Namens cliënte verzoek ik u om afschriften van de documenten vermeld in randnummer 3.3 zo spoedig mogelijk, doch **uiterlijk 18 maart 2022** aan mij te verstrekken. Bij uitblijven van een (tijdige en/of bevredigende) reactie, zal cliënte haar klacht indienen bij de Commissie van aanbestedingsexperts.'

- 1.14. Op 24 maart 2022 heeft aanbesteder onder meer het volgende geantwoord:

'De gemeente begrijpt hieruit dat uw cliënte zich op het standpunt stelt dat de Europese openbare aanbestedingsprocedure die de gemeente in dat kader heeft georganiseerd in strijd is met het clusterverbod. Tegelijkertijd draagt u daarvoor geen nadere argumentatie aan. Uw cliënte, [Ondernemer], heeft- voor zover de gemeente heeft kunnen nagaan - bovendien niet ingeschreven op voornoemde aanbesteding laat staan interesse getoond al dan niet via het stellen van vragen (of het uiten van bezwaren) via de Nvl of anderszins.

Als uw cliënte vragen of bezwaren had over de aard of omvang van de opdracht die destijds door de gemeente is aanbesteed, had zij deze op dat moment kunnen uiten. De aanbestedingsstukken waren voor eenieder toegankelijk op TenderNed. De gemeente heeft voorafgaand aan noch tijdens de aanbestedingsprocedure klachten ontvangen over de toegang tot de opdracht van het midden- en kleinbedrijf. Aanleiding of noodzaak voor het naderhand verstrekken van beschrijvingen aan uw cliënte over afbakeningen van de markt of de toegang tot de opdracht van midden- en kleinbedrijven ziet de gemeente dan ook niet.'

- 1.15. Vervolgens heeft ondernemer op 25 maart 2022 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 2 hierna).
- 1.16. Aanbesteder heeft op 12 april 2022 een reactie ingediend (zie paragraaf 3 hierna).

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

- 2.1.1. De gemeente handelt in strijd met artikel 1.5 van de Aanbestedingswet 2012 ('Aw') door het ten onrechte gecombineerd aanbesteden van de werkzaamheden in het kader van de RREW en daaropvolgende gelijksoortige regelingen aan [Y]. De gemeente heeft de beslissing om de opdrachten samen te voegen, dan wel de beslissing om de opdrachten niet te verdelen in percelen niet/ontoereikend gemotiveerd.
- 2.1.2. Het gevolg van de aanbesteding voor ondernemer is dat de toegang tot de opdracht en tot de markt is belemmerd. Aanbesteder heeft niet gemotiveerd wat de gevolgen van de aanbesteding zijn voor bedrijven uit midden- en kleinbedrijf. Ondernemer, die actief is op de markt van installatie en verkoop van zonnepanelen, groene verwarming en andere hieraan gerelateerde producten, ondervindt hierdoor schade nu hij zijn opdrachtaantallen ziet teruglopen.
- 2.1.3. Met name criterium artikel 1.5, lid 1, sub a Aw is van belang voor ondernemer.
- 2.1.4. Op grond van artikel 1.5, lid 2 Aw dient de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken te motiveren waarom samenvoeging van opdrachten plaatsvindt. De motivering hoort redelijk en ondubbelzinnig te zijn.
- 2.1.5. Verder blijkt uit de beschrijving van de opdracht in de publicatie op TenderNed dat de gemeente met de opdrachtnemer een langdurige samenwerking voor ogen heeft. Dit vraagt dan ook extra aandacht in de motivering. De gemeente zou duidelijk moeten maken hoe deze langdurige samenwerkingen ten behoeve van verschillende activiteiten die allen in één aanbesteding zijn geplaatst, invloed heeft op de toegang tot de opdracht en de markt voor het midden- en kleinbedrijf.
- 2.1.6. Door het gecombineerd aanbesteden wordt de toegang tot de opdracht voor bedrijven uit midden- en kleinbedrijf belemmerd. De aanbesteding is gegund aan [Y]

die al voor de aanbesteding een bevoorrechte positie had gekregen van de gemeente door de belangenverstrengeling. Dit bedrijf dient ook als het energieloket voor de gemeente. De website van [Y] wordt hiervoor gebruikt. Aanbesteder heeft geen scheiding aangebracht tussen de publieke taken van [Y] als lokaal energieloket en de commerciële belangen van [Y].

2.1.7. Voorts zou de samenwerking tussen [Y] en de gemeente door de naamgeving van het bedrijf en de plaatsing van de logo's in brieven met betrekking tot de inkoopacties het idee kunnen opwekken bij inwoners dat [Y] een publiekrechtelijke rechtspersoon is. Door deze belangenverstrengeling heeft [Y] een concurrentievoordeel ten opzichte van andere bedrijven. De gunning van de aanbesteding aan [Y] versterkt deze positie verder, terwijl de gemeente op geen enkele wijze aandacht heeft besteed aan de gevolgen van deze opdrachtverlening voor bedrijven uit midden- en kleinbedrijf.

## 2.2. Klachtonderdeel 2

2.2.1. Samenhangend met klachtonderdeel 1 heeft ondernemer bezwaar tegen het gedeelte van de aan [Y] gegunde opdracht om de diverse collectieve inkoopacties te faciliteren en vervolgens het verbinden van vraag en aanbod naar (gekwaliificeerde) bedrijven.

2.2.2. Wanneer de in het vorige randnummer genoemde werkzaamheden binnen de overheidsopdracht vallen, dienen (ook) voor de te selecteren installatiebedrijven vooraf objectieve en non-discriminatoire criteria te gelden. Er zijn vooraf geen transparante, objectieve en non-discriminatoire criteria opgesteld aan de hand waarvan [Y] de installatiebedrijven dient te selecteren.

2.2.3. Daarnaast is ook niet vooraf met [Y] overeengekomen welke vergoeding [Y] mocht ontvangen van de te selecteren installatiebedrijven. De gemeente wordt slechts achteraf op de hoogte gesteld over de geselecteerde partij(en).

2.2.4. De gemeente stelt zich in haar brief van 14 februari 2022 op het standpunt dat [Y] werkzaamheden uitvoert in het kader van de RREW. Het gaat dan om het organiseren van bewonersavonden waarbij informatie wordt verstrekt over verduurzamingsmogelijkheden en het faciliteren van collectieve inkoopacties en het verbinden van vraag en aanbod naar installatiebedrijven.

2.2.5. In het kader van de RREW-regeling kunnen eenvoudige energiebesparende maatregelen worden aangeboden aan huurders of eigenaar-bewoners. Daarnaast valt advisering over energiebesparing aan huurders of eigenaar-bewoners onder de reikwijdte van artikel 2 RREW. Het laten uitvoeren van verdergaande energiebesparende maatregelen (zoals dak-, raam-en gevelisolatie) valt niet onder kleine/eenvoudige energiebesparende maatregelen en valt niet onder de RREW. (<https://zoek.officiëlebekendmakingen.nl/stcrt-2020-54616.html>). Het faciliteren van collectieve inkoopacties valt blijkens de Toelichting bij de RREW-regeling niet onder de RREW.

2.2.6. Ondernemer stelt dat de gemeente (i) zich met in achtneming van artikel 1.5 Aw eerst had moeten afvragen of de voormelde werkzaamheden, gelet op (toegang tot) de markt en de marktwerking onderdeel hadden moeten zijn van de overheidsopdracht, (ii) zo ja, hoe deze zonder belemmeringen voor deze markt vorm had moeten krijgen en (iii) vervolgens objectieve, non-discriminatoire en transparante criteria moeten vaststellen voor de te selecteren installatiebedrijven.

2.2.7. De gemeente dient de aan [Y] gegunde opdracht te beëindigen. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat de structuur en omvang van de door de gemeente in de

markt gezette overheidsopdracht schadelijk is voor de markttoegang en –werking en daarmee onrechtmatig is. Vervolgens dient de gemeente conform de hierboven vermelde stappen op zorgvuldige wijze een nieuwe aanbesteding uit te schrijven.

- 2.2.8. Tevens dient de gemeente de door cliënte geleden schade te erkennen en in overleg te treden over een passende vergoeding.

### **3. Reactie aanbesteder**

#### **3.1. Klachtonderdeel 1**

- 3.1.1.1. Aanbesteder ziet niet in waarom de georganiseerde aanbesteding inzake 'Energiebesparingstrajecten' in strijd zou zijn met het clusterverbod. Ondernemer stelt dat dit het geval is, maar draagt daar, volgens aanbesteder, geen argumenten voor aan.
- 3.1.1.2. Ondernemer heeft om hem moverende redenen afgezien van deelname aan de betreffende aanbestedingsprocedure. Daarbij merkt aanbesteder op dat de betreffende aanbestedingsprocedure geen opdracht bevatte voor het installeren van zonnepanelen of groene verwarming, maar enkel een partij werd gezocht die de gemeente kon assisteren bij de uitvoering van regelingen van het Rijk ten behoeve van de verduurzaming van woningen, zoals de Regeling Reductie Energiegebruik Woningen (RREW) en eventuele daaropvolgende regelingen (voor zover die binnen de looptijd van de aanbestede overeenkomst vallen).
- 3.1.1.3. De in de aanbesteding uitgevraagde werkzaamheden van de beoogde opdrachtnemer zijn door de gemeente als volgt omschreven: 'het organiseren van acties voor huurders en woningeigenaren om kleine bespaarmaatregelen te nemen voor de verduurzaming van hun woning. Het organiseren van campagnes gericht op diverse woningtypes, buurtniveau en globaal advies per wijk of gemeente breed over inkoop van isolatie, zonnepanelen, HR++glas of een hybride warmtepomp en hier toe ook activerende acties te organiseren.'
- 3.1.1.4. Anders dan ondernemer in het begeleidend schrijven bij zijn klacht lijkt te veronderstellen, maakt het onderhouden en verzorgen van het digitaal energieloket en/of het beantwoorden van vragen van bewoners middels een klantendesk hiervan geen onderdeel uit.
- 3.1.1.5. De ingangsdatum van de aanbestede opdracht is 1 september 2021 en de overeenkomst kent een looptijd van 2 jaar, en kan tweemaal met een periode van één jaar door de gemeente worden verlengd. [Y] heeft als winnende inschrijver de opdracht gegund gekregen en de gemeente heeft met haar een overeenkomst gesloten. Tegen de gunningsbeslissing zijn geen bezwaren ingediend.
- 3.1.1.6. Ondernemer verlangt circa een jaar na dato van de gemeente een analyse van de relevante markt en de toegang van het MKB tot deze lang geleden gegunde opdracht. Waarom de gemeente hiertoe gehouden zou zijn, wordt door ondernemer in het geheel niet onderbouwd. Hij volstaat met de enkele opmerking dat sprake zou zijn van strijdigheid met artikel 1.5 Aw (clusterverbod), zonder dat nader toe te lichten. Ondernemer lijkt zich bovendien op onjuiste gegevens te baseren: noch de installatie van zonnepanelen en/of groene verwarming, noch het verzorgen en onderhouden van het digitale energieloket of het opereren van een klantendesk maakten onderdeel uit van de aanbestede opdracht.
- 3.1.1.7. Nog los hiervan geldt dat ondernemer volgens aanbesteder met dergelijke klachten te laat is. Ondernemer heeft niet deelgenomen aan voornoemde aanbestedingsprocedure, noch vragen gesteld in het kader van de NvI.

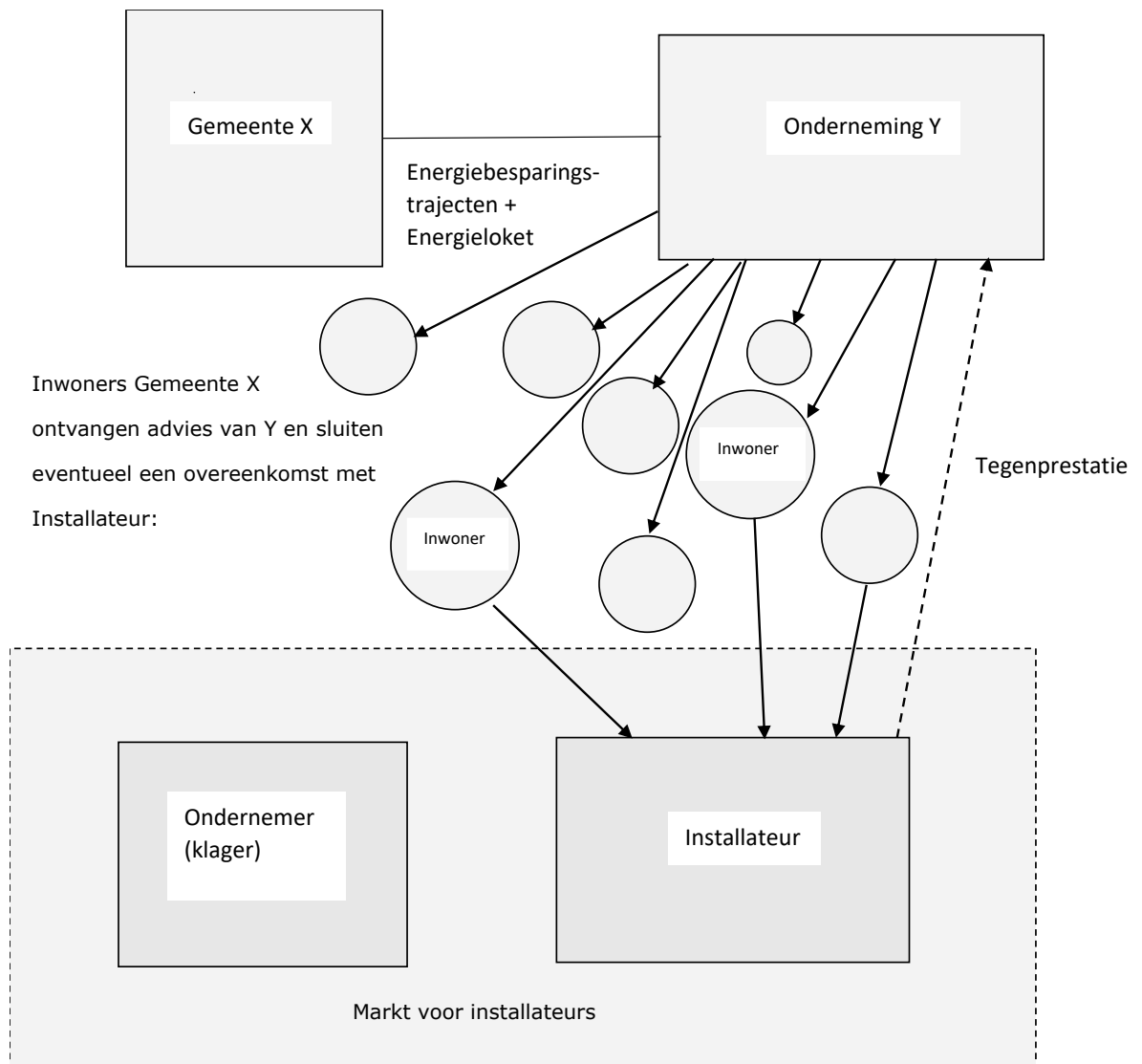
- 3.1.8. Dat de gemeente gehouden zou zijn om ondernemer, buiten openbaar toegankelijke publicaties op TenderNed om, afzonderlijk en persoonlijk te informeren over aanbestedingsvoornemens volgt de gemeente niet. De aanbestedingsstukken waren voor eenieder toegankelijk op TenderNed. Hoe dit ook zij, niet valt in te zien welk doel of belang ondernemer inmiddels thans nog nastreeft met de indiening van de onderhavige klacht.
- 3.1.9. Daar komt bij dat de bedoelde aanbesteding niet zag op de daadwerkelijke uitvoering van de verdergaande energiebesparende maatregelen (zoals dak-, raam- en gevelisolatie). Bewoners waren te allen tijde vrij om zelf daarvoor een installateur te kiezen. De werkzaamheden waarop ondernemer actief is, zijnde de installatie van zonnepanelen en/of groene verwarming, maakten van deze aanbesteding überhaupt geen onderdeel uit.
- 3.2. Klachtonderdeel 2
- 3.2.1. Ondernemer stelt dat wanneer [Y] inkoopacties faciliteert of vraag en aanbod met elkaar verbindt (bijvoorbeeld door bewoners in contact te brengen met installateurs), zij objectieve en non-discriminatoire criteria dient te hanteren voor het betrekken van installatiebedrijven. Naar aanbesteder begrijpt, is ondernemer van mening dat hij door [Y] bij een specifieke actie ten onrechte niet is betrokken c.q. verbonden met bewoners.
- 3.2.2. Zoals door aanbesteder in zijn brief d.d. 14 februari 2022 ook is opgemerkt, kan aanbesteder niet treden in klachten van ondernemer die zich specifiek richten op één of enkele inkoopacties. Indien ondernemer meent ten onrechte niet betrokken te zijn geweest bij een specifieke inkoopactie, dan verzoekt aanbesteder hem zich te richten tot [Y], die (kwaliteits)criteria hanteert voor de bedrijven waarnaar wordt verwezen (en waaruit bewoners een keuze kunnen maken). Mocht dit op prijs worden gesteld dan is aanbesteder als vanzelf bereid om een dergelijk evaluatiegesprek tussen ondernemer en [Y] te faciliteren. Aanbesteder blijft ook toezien op de transparantie en objectiviteit van de door [Y] gehanteerde criteria.

#### **4. Beoordeling**

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 4 juni 2021 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (2<sup>e</sup> herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).

##### *Grafische weergave relaties partijen*

- 4.2. De Commissie geeft de onderlinge relaties tussen de verschillende partijen als volgt grafisch weer.



#### In behandeling nemen klacht

##### *Handelen of nalaten binnen werkingssfeer Aw 2012?*

- 4.3. De Commissie behandelt eerst de vraag of zij de klacht in behandeling kan nemen. De Commissie behandelt enkel klachten over het handelen of het nalaten van een partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 valt (zie artikel 1 sub c van haar Reglement). De Commissie heeft onderzocht of in dit geval sprake is van handelen of nalaten van aanbesteder binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 en is tot de conclusie gekomen dat niet kan worden uitgesloten dat daarvan sprake is. De Commissie licht dat onderstaand toe.
  - 4.3.1. De Commissie constateert dat partijen twee relevante relaties tussen de gemeente en [Y] onderscheiden. Ten eerste heeft de gemeente de opdracht voor de basisdienstverlening voor het energieloket enkelvoudig onderhands aan [Y] gegund. De Commissie begrijpt dat die overeenkomst thans nog loopt. Ten tweede heeft de gemeente een 'raamovereenkomst energiebesparingstrajecten' aan [Y] gegund naar aanleiding van een openbare procedure.
  - 4.3.2. Ondernemer ziet zich geplaagd voor de keuze tussen (i) [Y] links laten liggen en zich neerleggen bij een afname van het aantal voor hem beschikbare opdrachten

binnen het gebied van aanbesteder, of (ii) een overeenkomst sluiten met [Y] waarbij hij 4 tot 5% van zijn gerealiseerde omzet inlevert voor een positie als installateur die door [Y] aan woningeigenaren wordt aangeraden. Dat ondernemer zich voor die keuze ziet geplaatst, is in zijn ogen het gevolg van de handelwijze van de gemeente, die [Y] in een positie heeft gebracht waarin zij een vergoeding kan vragen van installateurs voor de verbinding met woningeigenaren. De klacht van ondernemer ziet op die handelwijze van aanbesteder.

*Handelen binnen werkingssfeer Aw 2012?*

- 4.3.3. De Commissie heeft allereerst onderzocht of de handelwijze van aanbesteder waarover ondernemer klaagt moet worden beschouwd als handelen binnen de werkingssfeer van de Aw 2012.
- 4.3.4. Uit de informatiebrief van [Y] (zie 1.9 bovenstaand) blijkt dat hij zichzelf expliciet een rol toedicht bij het met elkaar verbinden van vraag (woningeigenaren) en aanbod (installateurs van hybride warmtepompen) binnen de gemeente [X], met gebruikmaking van de naam van de gemeente, en daarvoor een tegenprestatie van de installateurs verlangt en ontvangt. De Commissie heeft zich afgevraagd of aanbesteder voor deze werkwijze toestemming heeft verleend aan [Y].
- 4.3.5. De Commissie acht in dat kader relevant dat aanbesteder in het kader van de behandeling van de klacht geen kanttekeningen heeft geplaatst bij de uit de informatiebrief blijkende werkwijze van [Y]. Aanbesteder heeft juist erkend dat [Y] gebruik maakt van zijn naam en logo en heeft gesteld erop te zullen toezien dat risico's op concurrentievervalsing daarbij worden vermeden (zie 1.12 en 3.2.2 bovenstaand). Eveneens relevant is de omstandigheid dat de informatiebrief kennelijk al op 20 mei 2021 is verstrekt aan ondernemer en de aanbesteding van de raamovereenkomst energiebesparingstrajecten pas daarna (op 4 juni 2021) is aangekondigd (zie 1.7 en 1.8 bovenstaand).
- 4.3.6. De Commissie ziet vier mogelijkheden rond het verlenen door aanbesteder van toestemming voor de werkwijze van [Y] zoals beschreven in de informatiebrief:
  - a. de toestemming is niet verleend en aanbesteder meent dat het [Y] niet vrijstaat een vergoeding te vragen van installateurs en de naam van aanbesteder te gebruiken voor de doeleinden zoals beschreven in de informatiebrief;
  - b. aanbesteder heeft de toestemming verleend in het kader van de overeenkomst betreffende het energieloket;
  - c. aanbesteder heeft de toestemming na aanbesteding alsnog toegevoegd aan de raamovereenkomst energiebesparingstrajecten; of
  - d. aanbesteder heeft de toestemming verleend op een andere wijze dan via de overeenkomst betreffende het energieloket of de raamovereenkomst.
- 4.3.7. Vervolgens is van belang of het door aanbesteder verlenen van toestemming voor de werkwijze van [Y] moet worden gezien als handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aw 2012. De Commissie overweegt dat de wijze waarop de toestemming is verleend, van invloed kan zijn op het antwoord op die vraag. Aanbestedende diensten kunnen optreden tegen gebruikmaking van hun naam zonder toestemming, maar niet op grond van de Aw 2012. Is de klacht in feite gericht tegen het verzuim van aanbesteder op te treden tegen het zonder toestemming gebruik maken van zijn naam, zoals beschreven onder 4.3.6.a, dan meent de Commissie dat geen sprake is van handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aw 2012. In de situaties beschreven onder 4.3.6.b, 4.3.6.c en 4.3.6.d (de situaties waarin aanbesteder wel toestemming heeft verleend) is het echter wel mogelijk dat sprake is van handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aw 2012.

- 4.3.8. Uit de verstrekte stukken is niet af te leiden of aanbestedder al dan niet toestemming heeft verleend voor de werkwijze die blijkt uit de informatiebrief. Uit de verstrekte stukken en de opstelling van aanbestedder in samenhang beschouwd, komt niet het beeld naar voren dat aanbestedder bezwaar heeft tegen de werkwijze van [Y] (zie 4.3.5 bovenstaand). Daarmee staat nog niet vast dat aanbestedder daarvoor expliciet toestemming heeft verleend. Wel meent de Commissie dat niet valt uit te sluiten dat aanbestedder toestemming heeft verleend, waarmee de klacht binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 zou vallen. Het onderwerp van de klacht staat daarom niet aan behandeling daarvan in de weg.

*Heeft ondernemer voldoende belang bij zijn klacht?*

- 4.4. Wat betreft klachtonderdeel 1 stelt aanbestedder dat ondernemer de klacht te laat heeft ingediend, niet heeft deelgenomen aan de aanbesteding en andersoortige werkzaamheden verricht dan het voorwerp waren van de opdracht die is aanbesteed. Met andere woorden stelt aanbestedder dat ondernemer geen belang heeft bij zijn klacht.
- 4.4.1. Zoals bovenstaand toegelicht onder 4.3 begrijpt de Commissie dat ondernemer niet zozeer klaagt over de gunning van de raamovereenkomst energiebesparingstrajecten aan [Y], maar over de gang van zaken rond het verlenen van toestemming voor de werkwijze van [Y]. Ondernemer stelt dat het aantal voor hem beschikbare opdrachten terugloopt vanwege die werkwijze. Daardoor ziet ondernemer zich geplaagd voor de keuze of hij [Y] links laat liggen of een overeenkomst sluit met [Y] waarbij hij 4 tot 5% van zijn omzet inlevert voor een positie als installateur die door [Y] aan woningeigenaren wordt aangeraden. Dat ondernemer zich voor die keuze ziet geplaagd, is het gevolg van de toestemming van aanbestedder, die [Y] in een positie heeft gebracht waarin zij een vergoeding kan vragen voor het verbinden van installateurs met woningeigenaren.
- 4.4.2. Hoewel het dus juist is dat ondernemer niet heeft deelgenomen aan de aanbesteding van de raamovereenkomst energiebesparingstrajecten en hij inderdaad andersoortige werkzaamheden verricht, betreft de klacht ook niet *die* opdracht, maar de, volgens ondernemer, door de gemeente aan [Y] verleende toestemming. Althans, ondernemer klaagt dat die toestemming onnodig is samengevoegd met de raamovereenkomst energiebesparingstrajecten. De Commissie meent dat ondernemer belang heeft bij die klacht en neemt de klacht in behandeling.
- 4.4.3. Ten overvloede wijst de Commissie op de 'correctie-Langemeijer' op de relativiteitsnorm, zoals deze door de Hoge Raad geformuleerd is in het arrest HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, r.o. 3.3.5, op grond waarvan een benadeelde belang kan hebben bij de vaststelling dat een norm is geschonden, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.

*Klacht gericht tegen juiste partij?*

- 4.5. Wat betreft klachtonderdeel 2 stelt aanbestedder dat ondernemer zijn klacht had moeten richten tegen [Y]. Ook in dit verweer leest de Commissie de stelling dat dit klachtonderdeel niet in behandeling moet worden genomen.
- 4.5.1. De Commissie overweegt dat het verweer van aanbestedder de eventueel door hem verleende toestemming voor de werkwijze van [Y] buiten beschouwing laat. In wezen klaagt ondernemer in klachtonderdeel 1 dat het verlenen van de toestemming in strijd is met de Aw 2012 en in klachtonderdeel 2 voegt ondernemer daaraan toe dat aanbestedder erop moet toezien – als sprake is van door aanbestedder



gegeven toestemming – dat [Y] niet willekeurig handelt (althans in strijd met de objectiviteit, non-discriminatie en transparantie) bij de selectie van installateurs.

- 4.5.2. De Commissie ziet klachtonderdeel 2 dan ook als een klacht tegen het handelen of nalaten van aanbesteder binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 en gaat over tot behandeling van de klacht.

4.6. Klachtonderdeel 1

- 4.7. Ondernemer stelt dat aanbesteder geen deugdelijke motivering heeft gegeven voor samenvoeging van opdrachten bij de aanbesteding die in juni 2021 is aangekondigd.

**Beknopt oordeel**

Een scenario waarbij sprake is van schending van het clusterverbod ligt volgens de Commissie, op basis van de verstrekte stukken, niet voor de hand. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom **ongegron**d.

De Commissie sluit niet uit dat aanbesteder een overheidsopdracht heeft gegund door toestemming te geven voor het gebruik van zijn naam en door te betalen voor het organiseren van campagnes en activerende acties waarbij vraag en aanbod met elkaar worden verbonden. In hoeverre bij de gunning van die eventuele overheidsopdracht andere aanbestedingsregels zijn geschonden dan het clusterverbod, valt buiten het bereik van de door ondernemer geformuleerde klacht.

**Toelichting**

- 4.8. De eerste zin van artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 luidt als volgt:

‘Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf voegt opdrachten niet onnodig samen.’

Naar het oordeel van de Commissie beperkt de samenvoeging die in dit artikel bedoeld wordt zich niet tot het in het kader van één concrete aanbestedingsprocedure samenvoegen van opdrachten.

*Concessieopdracht?*

- 4.9. In het onderhavige geval is allereerst van belang te bepalen of de door aanbesteder verleende toestemming, voor zover daarvan sprake is, moet worden gezien als een ‘overheidsopdracht’. De Commissie heeft onderzocht of de toestemming heeft te gelden als concessieopdracht voor diensten.

- 4.9.1. De concessieopdracht zou in dit geval kunnen inhouden dat [Y] inkoopacties en campagnes organiseert waarbij hij vraag en aanbod met elkaar verbindt en daarvoor geen betaling ontvangt van aanbesteder, maar het exploitatierecht (het recht daarvoor betaling te vragen van de installateurs). De Commissie gaat vooralsnog niet uit van het bestaan van een concessieopdracht, omdat zij op basis van de verstrekte stukken betwijfelt of de volgende twee onderdelen van de definitie zijn vervuld.

- 4.9.2. Ten eerste kan de Commissie uit de verstrekte stukken niet vaststellen of een schriftelijke concessieopdracht, bijvoorbeeld bestaande uit verschillende e-mails, is verstrekt. Volgens de definitie van concessieopdracht in artikel 1.1 Aw 2012 is wel vereist dat de opdracht schriftelijk is verstrekt.

- 4.9.3. In hoeverre een schriftelijke concessieopdracht is verstrekt, acht de Commissie beperkt relevant, vanwege het tweede onderdeel van de definitie dat niet vervuld lijkt. Wil sprake zijn van een concessieopdracht, dan moet opdrachtnemer (in dit geval [Y]) het aan de exploitatie verbonden risico dragen (zie HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-274/09 (Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler), r.o. 26 en r.o. 37 – 38).
- 4.9.4. Aanbesteder heeft in zijn reactie gesteld dat het organiseren van campagnes over inkoop van een hybride warmtepomp en het organiseren van activerende acties onderdeel uitmaken van de opdracht onder de raamovereenkomst energiebesparingstrajecten (zie 3.1.3 bovenstaand). De Commissie begrijpt dat [Y] door die campagnes en activerende acties te organiseren, vraag (woningeigenaren) en aanbod (installateurs) met elkaar verbindt. Als [Y] een dekkende vergoeding onder de raamovereenkomst ontvangt van aanbesteder voor het organiseren van campagnes en activerende acties, is op dat punt geen sprake van een exploitatierisico dat door aanbesteder is overgedragen op [Y]. Oftewel, ontvangt [Y] hiervoor inderdaad een dekkende vergoeding onder de raamovereenkomst, dan geeft [Y] geen uitvoering aan een separate concessieopdracht voor het verbinden van vraag en aanbod, maar is de opdracht tot het verbinden van vraag en aanbod toegevoegd aan de raamovereenkomst. Als [Y] geen dekkende vergoeding ontvangt of meer activiteiten onderneemt dan de campagnes en activerende acties om vraag en aanbod met elkaar te verbinden en daardoor een zeker exploitatierisico draagt, kan alsnog sprake zijn van een concessieopdracht, maar de verstrekte stukken geven geen aanleiding voor die veronderstelling. Vooralsnog concludeert de Commissie daarom dat de toestemming niet kan worden opgevat als een concessieopdracht.
- 4.10. De conclusie dat geen sprake lijkt van een concessieopdracht laat onverlet dat de toestemming van aanbesteder voor de werkwijze van [Y] mogelijk moet worden gezien als (onderdeel van een) overheidsopdracht.

*Toestemming verleend?*

- 4.11. Aanbesteder stelt dat het organiseren van campagnes en activerende acties onderdeel uitmaakt van de raamovereenkomst energiebesparingstrajecten (zie 3.1.3 bovenstaand). Daaruit kan nog niet de conclusie worden getrokken dat de opdracht tot het verbinden van vraag en aanbod onderdeel uitmaakt van die raamovereenkomst. Mogelijk heeft aanbesteder wel de opdracht gegeven campagnes en activerende acties te organiseren, maar heeft hij geen toestemming gegeven zijn naam te gebruiken bij het verbinden van vraag en aanbod en het daarvoor verlangen van een vergoeding van de installateurs. Bovendien verbond [Y] kennelijk al vraag en aanbod met elkaar, met gebruikmaking van de naam van aanbesteder en met ontvangst van vergoedingen van de installateurs, voordat de Europese aanbesteding voor het sluiten van de raamovereenkomst was gepubliceerd (zie 1.9 bovenstaand). Zoals bovenstaand onder 4.3.7 uiteengezet, meent de Commissie dat bij het ontbreken van toestemming in het geheel geen sprake is van een overheidsopdracht. In dat geval is een schending van het clusterverbod niet aan de orde.

*Schending clusterverbod bij verleende toestemming?*

- 4.12. Als wel toestemming is gegeven door aanbesteder, moet die toestemming – afhankelijk van de wijze van het geven van die toestemming – mogelijk worden beschouwd als een overheidsopdracht. De vraag is vervolgens of die eventuele opdracht onnodig is samengevoegd met een andere opdracht. Van samenvoeging kan volgens de Commissie ook sprake zijn in het geval dat aan een ondernemer die na een Europese aanbesteding een opdracht heeft verworven nadien door mid-

del van een enkelvoudig onderhandse procedure een andere opdracht wordt verstrekt. Ook kan sprake zijn van samenvoeging van opdrachten wanneer aan één ondernemer na enkelvoudig onderhandse procedures verschillende opdrachten worden verstrekt. Uiteraard zijn de omstandigheden van het geval leidend voor de vraag of in een specifiek geval daadwerkelijk sprake is van samenvoeging.

- 4.12.1. Als de Commissie uitgaat van de veronderstelling dat de toestemming moet worden opgevat als een overheidsopdracht die door aanbesteder is gegund aan [Y] en die toestemming reeds is verleend ten tijde van het sluiten van de overeenkomst betreffende het energieloket, ligt een schending van het clusterverbod door aanbesteding van de raamovereenkomst energiebesparingstrajecten niet voor de hand, omdat de raamovereenkomst middels een Europese openbare procedure is gegeven. Op voorhand stond niet vast dat de raamovereenkomst zou worden gesloten met [Y]. De mogelijkheid bestond dus dat aanbesteder met verschillende partijen in zee zou gaan voor de opdracht tot het verbinden van vraag en aanbod (die in dat scenario onderdeel uitmaakt van de overeenkomst betreffende het energieloket) en de raamovereenkomst.
- 4.12.2. Van samenvoeging lijkt enkel sprake te kunnen zijn indien de toestemming eerst vanaf de aanbesteding onderdeel uitmaakte van de raamovereenkomst energiebesparingstrajecten of daaraan later is toegevoegd. Dat scenario ligt niet voor de hand, omdat de informatiebrief waarin [Y] haar werkwijze beschrijft, dateert van voor de aanbesteding van de raamovereenkomst(zie ook 4.3.5 bovenstaand).
- 4.12.3. De Commissie concludeert dat een scenario waarbij sprake is van schending van het clusterverbod, op grond van de verstrekte stukken, niet voor de hand ligt. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom **ongegron**d.
- 4.13. Dat laat onverlet dat een nadere vaststelling van de feiten rond het verlenen van de toestemming, bijvoorbeeld in het kader van een rechtszaak, uitsluitel kan bieden over de vraag of hier sprake is van een schending van, onder meer, artikel 1.4 leden 1 en 3 Aw 2012 door aanbesteder jegens ondernemer. Voor zover de dienstverlening van [Y] voor het verbinden van vraag en aanbod wel wordt geacht te zijn begrepen in de gegunde raamovereenkomst, kan bovendien sprake zijn van een onvoldoende bepaalde of wezenlijk gewijzigde opdracht.
- 4.14. Ten overvloede overweegt de Commissie dat het 'bemensen' van een gemeentelijk energieloket en het uitvoeren van inkoopacties waarbij inwoners adviezen krijgen over welke installateurs geschikt zijn, twee activiteiten zijn die niet aan dezelfde ondernemer opgedragen zouden moeten worden, vanwege mogelijke belangenverstrengeling. De Commissie wijst in dat verband op het document 'Aandachtspunten bij het werken met een energieloket' van de VNG, een aanvulling op de Handreiking kwaliteit Energieloketten van het ministerie van BZK en de VNG van februari 2021, waarin wordt gewaarschuwd dat iedere (schijn van) belangenverstrengeling bij het inrichten van de aanbesteding en het sluiten van de overeenkomst met het energieloket moet worden voorkomen. Als aandachtspunt is geformuleerd dat de informatievoorziening van het energieloket moet zijn losgekoppeld van de commerciële, uitvoerende activiteiten die hierop volgen.
- 4.15. Klachtonderdeel 2
- 4.16. Ondernemer klaagt dat de selectie van installateurs door [Y] niet willekeurig mag geschieden.
- 4.17. Hoewel mogelijk sprake is van een schending van de Mededingingswet of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ter zake het toezicht dat aanbesteder houdt op [Y] bij de selectie van installateurs, is het niet aan de Commissie dat te

onderzoeken. De Commissie kan niet oordelen over een klachtonderdeel dat buiten de werkingssfeer van de Aw 2012 valt. De Commissie **staakt de behandeling** van dit klachtonderdeel.

*Ten overvloede: onvoldoende toezicht aanbesteder op selectie installateurs?*

- 4.18. Ten overvloede overweegt de Commissie als volgt. Tussen partijen staat vast dat aanbesteder erop moet toezien dat risico's op concurrentievervalsing door de wijze waarop [Y] gebruik maakt van de naam en het logo van aanbesteder worden vermeden (zie 1.12 en 3.2.2 bovenstaand). Dit klachtonderdeel betreft in wezen de vraag of aanbesteder in dat kader voldoende toezicht houdt op [Y].
- 4.18.1. De Commissie onderschrijft het uitgangspunt van partijen dat aanbesteder in dit geval toezicht moet houden op de wijze waarop [Y] gebruik maakt van de naam en het logo van aanbesteder bij campagnes en inkoopacties. Voor zover de verplichting tot het houden van dat toezicht niet volgt uit een overeenkomst tussen [Y] en aanbesteder, overweegt de Commissie dat die verplichting in dit geval mogelijk voortvloeit uit de Mededingingswet, zoals weergegeven op pagina 2, eerste bolletje van het document 'Aandachtspunten bij het werken met een energieloket' van de VNG, een aanvulling op de Handreiking kwaliteit Energieloketten van het ministerie van BZK en de VNG van februari 2021. Ook vloeit de verplichting in dit geval mogelijk voort uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dienaangaande verwijst de Commissie naar het vonnis van de voorzieningenrechter Arnhem van 23 september 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN9729, r.o. 4.5:
- '(...) Het beginsel van de contractsvrijheid laat onverlet dat, gelet op het onder 4.2 vermelde uitgangspunt, Gemeente Nijkerk, ook indien zij ervoor kiest om het bedrukken van door haar uitgeven tickets voor betaald parkeren met (reclame)advertenties op te dragen aan Parkmedia, erop zal moeten toezien dat ondernemers die deze parkeertickets bedrukt willen zien met advertenties of met kortingsbonnen gelijke kansen worden geboden en dat daartoe een transparante, voor eenieder duidelijke, procedure wordt gevolgd. (...)'
- 4.18.2. Aanbesteder heeft geen eenduidig antwoord gegeven op de vraag of hij het vereiste toezicht houdt op [Y]. Aanbesteder stelde eerst dat sprake is van objectieve criteria op basis waarvan [Y] installateurs selecteert (zie bovenstaand onder 1.4). Vervolgens stelde aanbesteder geen weet te hebben van enige criteria (zie bovenstaand onder 1.6). In geen geval heeft aanbesteder onderschreven dat [Y] vergoedingen ontvangt van installateurs, terwijl daarvan wel sprake is blijkens de informatiebrief van [Y].
- 4.18.3. De Commissie heeft daarmee de indruk dat aanbesteder onvoldoende toezicht houdt op de wijze waarop [Y] installateurs selecteert en daarmee niet in de hand kan houden of de selectie van installateurs op transparante en objectieve wijze geschiedt. Zoals bovenstaand overwogen is het echter niet aan de Commissie dat punt nader te onderzoeken.

## 5. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **ongegrond** en **staakt de behandeling** van klachtonderdeel 2.

Den Haag, 21 juli 2022

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp  
Voorzitter

Mr. M.C. Pinto  
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid