

Advies 673 | Samenvatting

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

Klacht

Ondernemer klaagt dat aanbesteder ten onrechte meerdere ongelijksoortige opdrachten heeft samengevoegd en deze keuze te laat en onvoldoende heeft gemotiveerd. Daarnaast heeft aanbesteder de samengevoegde opdracht niet in percelen opgedeeld en ook deze motivering is naar de mening van ondernemer onvoldoende.

Oordeel Commissie

De Commissie oordeelt dat aanbesteder niet op alle aspecten genoemd in artikel 1.5 lid 1 Aw2012, acht heeft geslagen. De door aanbesteder verstrekte motivering kan de beslissing tot het samenvoegen daarom onvoldoende dragen. Hoewel aanbesteder in beginsel autonoom iedere door hem relevant geachte reden moet kunnen laten gelden bij het samenvoegen van opdrachten, is het wel van belang dat de gegeven motivering een onderbouwing geeft bij de onderdelen van de instructie in artikel 1.5 lid 1 sub a tot en met c Aw 2012. Aanbesteder heeft in zijn motivering geen acht geslagen op de organisatorische gevolgen en risico's voor de ondernemer. De Commissie acht de klacht daarom gegrond.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 673

1. Feiten

1.1. Aanbesteder heeft op 21 april 2022 een Europees openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor leveringen voor de levering van duurzame elektriciteit inclusief Nederlandse Wind/Zon GvO's voor de periode 2023 t/m 2025 met optie jaren 2026 t/m 2028. Aanbesteder wil met één leverancier een overeenkomst sluiten voor de genoemde periode.

1.2. In de Aanbestedingsleidraad van 19 april 2022 is, onder meer, het volgende bepaald:

1.3 (...)

Scope

Tot de scope van de Opdracht behoren specifiek de volgende onderdelen:

- Alle diensten benodigd voor de inkoop en levering van elektriciteit aan de (toekomstige) Klein- en Grootverbruik aansluitingen van Opdrachtgever(s);
- (...)
- Leveren van Nederlandse Wind/Zon GvO's en aanleveren van management-informatie hieromtrent.'

Perceelindeling

Het opdelen van de Opdracht in percelen is voor het leveren van elektriciteit niet passend, gezien onder andere de homogene aard van het geleverde, de eis om strategisch in te kopen en derhalve de inkooprisico's te beperken.'

1.4 Doel

De doelstellingen van deze aanbesteding zijn de volgende:

- Verzekeren van de levering van elektriciteit vanaf 2023;
- Het 100% duurzaam inkopen van de te leveren elektriciteit;
- (...)

1.3. In de nota van inlichtingen zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.3.1. NvI 1, Vraag 1: 'Waarom is de opdracht niet (minstens) gesplitst in een perceel "Elektriciteit" en een perceel "GvOs"? De 2 producten worden immers wel uitgesplitst in het gunningscriterium prijs. Ook de (operationele) behandeling van beide producten is nochtans apart geregeld in de leveringsovereenkomst (Bijlage 3). Dergelijke opdeling in percelen zou ook toelaten dat er meer aanbidders zijn die onder de huidige voorwaarden uitgesloten worden, bijvb. lokale producenten van NL zon/wind, handelaren van GvOs alsook elektriciteitsleveranciers die niet beschikken over NL GvOs. Een opsplitsing in percelen zou betekenen dat er meer toegang tot de opdracht is voor (MKB) kandidaten wat op zich zal leiden tot meer concurrentie en tevens meer kans op een voordeligere prijsvorming voor de aanbesteder. Dit alles dient ook gelezen te worden in overeenstemming met Artikel 1.5 van de AW 2012 (Splittingsgebod).'

Antwoord: 'De opdracht betreft de levering van duurzame elektriciteit. Hiervoor is zoals bekend de levering van zowel commodity als garanties van oorsprong nodig. Daarbij is in de aanbesteding de eis gesteld dat leverancier 100% van het

contractvolume duurzaam levert waarbij het GvO contractvolume wordt bepaald door het Leveranciers GvO volume te verminderen van de Eigen GvO's. Hierbij is het verband van de levering van commodity en GvO's relevant.'

- 1.3.2. NvI 2, Vraag 4: 'Uw reactie op vraag (1) waarom er niet minstens een opsplitsing in percelen is (enerzijds elektriciteit, anderzijds GvOs), antwoordt inhoudelijk niet op de gestelde vraag en de gegeven opmerkingen. Het is niet omdat het om de levering van duurzame elektriciteit (= kleurloze elektriciteit gecombineerd met GvOs) gaat, dat er geen opdeling in percelen kan voorzien worden. Het enige verband dat er is tussen de elektriciteitslevering en het volume GvOs dat moet aangeleverd worden, is i.v.m. het aantal (ook rekening houdend met de Eigen-GvOs)'

Antwoord: 'AD ziet hierin geen vraag en kan deze dus niet beantwoorden'

- 1.3.3. NvI 3, Vraag 1: 'Ter aanvulling op de reactie op vraag 1 van NvI 1 en vraag 4 van NvI 2 over het opsplitsen van percelen wil AD het volgende ter aanvulling op de eerdere beantwoording aandragen.'

Antwoord: 'In bijlage "Motivatie clusteren" is de keuze van AD voor het samenvoegen van de levering elektriciteit en GvO's nader toegelicht.'

'Bijlage 3 Motivatie clusteren

1. Samenvoegen onderdelen Opdracht

De Aanbestedende Dienst heeft de navolgende twee (deels) verschillende overheidsopdrachten samengevoegd:

1. De levering van elektriciteit aan de [aanbesteder];
2. De levering van GvO's aan [aanbesteder].

Aanbestedende dienst is (echter) van mening dat er geen sprake is van onnodige samenvoeging in de zin van artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet 2012. De Aanbestedende Dienst heeft, alvorens hij de verschillende overheidsopdrachten heeft samengevoegd, daarbij acht geslagen op de volgende aspecten:

- *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 relevante markt voor de levering van elektriciteit is de EU-markt. Op die markt zijn MKB-bedrijven actief. De levering van elektriciteit aan overheidsorganisaties wordt op die markt opgepakt door een klein aantal leveranciers. Een gedeelte van de Europese aanbestedingen voor de levering van elektriciteit wordt uitgevoerd door een klein aantal MKB-bedrijven die dus (ook) inschrijven op Europese aanbestedingen. De leveranciers van elektriciteit kunnen doorgaans ook de levering van GvO's verzorgen.

(...)

De geclusterde omvang van de onderhavige leveringsopdrachten voor elektriciteit en GvO's lijkt, op basis van vergelijkbare Europese aanbestedingen, geen beletsel te zijn voor MKB-bedrijven om in te schrijven. Bovendien staat hen niets in de weg om ter zake (een) combinatie(s) te vormen. Er is dus in beginsel voldoende 'toegang' als genoemd in artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet 2012.

- *De organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de Aanbestedende dienst en de ondernemer*

Bij zijn besluit om de overheidsopdrachten samen te voegen heeft de Aanbestedende Dienst zich onder andere laten leiden door zijn inkoopbehoefte (...) om vanuit efficiencyoverwegingen te worden ontzorgd (...). Door het samenvoegen van de overheidsopdrachten heeft de Aanbestedende Dienst getracht te bewerkstelligen dat de organisatorische verantwoordelijkheid van

de verschillende overheidsopdrachten in één hand komt te liggen. Ook is de samenvoeging van de overheidsopdrachten doelmatig gedurende de uitvoering ervan. De samenvoeging van de overheidsopdrachten leidt er voor diverse handeldskantoren in GvO's toe dat zij niet kunnen inschrijven. Aanbestedingsrecht is echter niet louter MKB-recht volgens Rechtbank Oost-Brabant 26 juli 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3593, hetgeen onder meer tot onderhavige belangenafweging heeft geleid. (...)

- *De mate van samenhang van de opdrachten*

Tussen de opdrachten voor elektriciteit en GvO's bestaat een belangrijke mate van samenhang. De verschillende leveranciers die inschrijven op de levering van elektriciteit doen dat vrijwel alleen indien zij de garantie hebben 100% duurzame elektriciteit te mogen leveren. Objectief gezien is de samenvoeging van de opdrachten voor elektriciteit en GvO's dus noodzakelijk om (meerdere) kwalitatief aantrekkelijke inschrijvingen te ontvangen. Indien de opdrachten niet worden samengevoegd is er een groot risico op een mislukkende aanbesteding voor de levering van elektriciteit. Uit eigen niet concreet op schrift gesteld marktonderzoek en eigen ervaring(-en) van de Aanbestedende dienst en zijn adviseurs is immers gebleken dat het splitsen van de opdrachten weliswaar toegang tot MKB handeldskantoren mogelijk maakt, het leidt er echter tevens toe dat er een groter risico is op het mislukken van de aanbesteding voor levering van elektriciteit.

Aanbestedende dienst heeft overwogen om de levering van elektriciteit en GvO's te scheiden én de separaat in te kopen GvO's in te brengen in het stroometiket van de leverancier. Daarmee wordt de levering van GvO's toegankelijk voor handeldskantoren. De administratieve last voor zowel de Aanbestedende Dienst als de elektriciteitsleverancier is echter aldan zeer groot en niet doelmatig. Mogelijk levert dat (vervolgens) ook een drempel op voor (MKB) elektriciteitsleveranciers om op de opdracht in te schrijven. De grote administratieve last van het splitsen van levering elektriciteit en GvO's leidt voorts tot meerkosten en administratieve lasten die niet, of zeer beperkt, terug worden verdiend door een eventueel lagere GvO-prijs van handeldskantoren.

2. Percelen

De Aanbestedende Dienst heeft de opdrachten voor elektriciteit en GvO's niet onderverdeeld in percelen, aangezien de Aanbestedende Dienst dat niet passend vindt. In aanvulling op de redenen zoals benoemd onder 1. hierboven om de opdrachten samen te voegen, is de motivatie om geen percelen toe te passen als volgt. Het opdelen in percelen geeft weliswaar toegang tot MKB-handeldskantoren om alleen in te schrijven op de levering van elektriciteit of op de levering van GvO's, het levert echter ook grote onzekerheid op voor de elektriciteitsleveranciers die weliswaar op beide percelen kunnen inschrijven maar mogelijk (slechts) één van beide percelen winnen. Indien zij namelijk niet beide opdrachten winnen gaan zij ófwel een verplichting aan tot de levering van enkel Gvo's ófwel een verplichting tot de levering van enkel elektriciteit, hetgeen niet in hun belang/voordeel is. Het opdelen in percelen levert voor Aanbestedende Dienst dus een te groot risico op voor mislukken van de levering van elektriciteit.

Het opdelen in percelen past aldus niet in de inkoopbehoefte van de Aanbestedende Dienst, en maakt de opdracht en de uiteindelijke uitvoering daarvan aldus ook onnodig complex en onnodig organisatorisch en administratief belastend.'

1.4. Op 3 juni 2022 dient Ondernemer een klacht in bij Aanbesteder.

1.5. Op 14 juni 2022 verlengt Aanbesteder de inschrijftermijn in verband met de behandeling van de ingediende klacht.

- 1.6. Op 24 juni 2022 ontvangt Ondernemer via het aanbestedingsplatform een 3e nota van inlichtingen, en de Bijlage NvI 3 – Motivatie clusteren.
- 1.7. Op 28 juni 2022 ontvangt Ondernemer de vraag vanuit het klachtenmeldpunt van Aanbesteder of de klacht van Ondernemer verholpen is in de 3e nota van inlichtingen. Ondernemer reageert op dezelfde dag dat dit niet het geval is.
- 1.8. Op 5 juli is de inschrijftermijn gesloten. Ondernemer ontvangt geen inhoudelijke reactie meer op de klacht, en dient vervolgens op 6 juli 2022 een klacht in bij de Commissie (zie paragraaf 2 hierna).
- 1.9. Aanbesteder heeft op 14 juli 2022 een reactie ingediend (zie paragraaf 3 hierna).

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1. Klachtonderdeel 1

Clusterverbod

- 2.1.1. Ondernemer is van mening dat aanbesteder heeft gehandeld in strijd met artikel 1.5 Aw2012, door opdrachten onnodig samen te voegen en niet op te delen in percelen. Het gaat om de opdrachten voor levering van elektriciteit en de levering van GvO's.
- 2.1.2. Naar de mening van ondernemer gaat het om twee verschillende opdrachten. Er worden bij het gunningscriterium prijs aparte prijzen gevraagd en ook bij de uitvoering van het contract worden aparte operationele en administratieve handelingen ondergaan. Volgens ondernemer worden elektriciteit en GvO's op verschillende markten verhandeld. De markt voor GvO's bestaat uit relatief veel MKB-bedrijven terwijl de elektriciteitsmarkt voornamelijk wordt gedomineerd door relatief grote en kapitaalcrachtige ondernemingen.
- 2.1.3. Doordat GvO's van Nederlandse oorsprong worden gevraagd, wordt bovendien toegang tot de opdracht belemmerd voor buitenlandse elektriciteitsleveranciers. De doelstelling die aanbesteder wil behalen door GvO's te vragen van Nederlandse oorsprong kan ook behaald worden ingeval de elektriciteit wordt ingekocht bij een buitenlandse leverancier, terwijl de GvO's worden ingekocht bij een leverancier is die actief is op de Nederlandse markt van lokale GvO's.

2.2. Klachtonderdeel 2

Percelengebod

- 2.2.1. Ondernemer klaagt zich vervolgens dat – bij samenvoeging van opdrachten – aanbesteder het splitsingsgebod had moeten naleven. De motivering die aanbesteder hanteert in de aanbestedingsdocumenten is bovendien vaag en algemeen, zonder enige toelichting.
- 2.2.2. Ondernemer merkt nog specifiek op dat het argument van aanbesteder dat een leverancier die beide percelen wenst binnen te halen, bij een splitsing in percelen een grote onzekerheid heeft of hij beide percelen ook kan binnenhalen, geen geldig argument is. Volgens ondernemer gaat dit argument in tegen de geest van de Aanbestedingswet, omdat het splitsingsgebod er juist op toe ziet dat een opdracht toegankelijker wordt voor MKB-bedrijven. Door een opdracht uit te splitsen in percelen die ook meer behapbaar zijn voor MKB-bedrijven, vergroot de kans voor kleinere partijen om (een deel van) de opdracht binnen te halen.

2.3. Klachtonderdeel 3

Te laat gemotiveerd

Ondernemer merkt op dat aanbesteder onzorgvuldig heeft gehandeld door zijn keuzes te laat te motiveren. Pas op 24 juni 2022, in een 3^e nota van inlichtingen, heeft aanbesteder de toelichting inzake het clusteren van opdrachten en niet-opdelen in percelen gepubliceerd. Hieruit leidt ondernemer af dat aanbesteder de keuze om niet te clusteren dan wel op te delen in percelen niet heeft overwogen bij het opstellen van de aanbestedingsstukken.

Ondernemer verwijst specifiek naar de tekst in artikel 1.5 Aw2012: 'Alvorens samenvoeging plaatsvindt, wordt in ieder geval acht geslagen op: <...>'.

2.4. Klachtonderdelen 4 en 5

Ondeugdelijk gemotiveerd

Ondernemer is bovendien van mening dat aanbesteder zijn keuze om tot clustering van opdrachten over te gaan, ondeugdelijk heeft gemotiveerd.

- Aanbesteder vindt dat de toegang voor het MKB voldoende is gewaarborgd. Volgens ondernemer geeft aanbesteder een te enge invulling aan dit criterium uit artikel 1.5 Aw2012 omdat aanbesteder zou stellen dat het voldoende is als kan worden aangetoond dat een klein aantal MKB-bedrijven kan meedoen, en dat hiermee aan de voorwaarde van 'voldoende' wordt voldaan zoals genoemd in artikel 1.5 Aw2012.
- De clustering die wordt toegepast houdt een bevoordeling in van elektriciteitsleveranciers, omdat partijen die geen elektriciteitsleverancier zijn maar wel GvO's kunnen aanbieden, worden uitgesloten. De lijst van mogelijke elektriciteitsleveranciers is beperkt omdat een dergelijke leverancier moet beschikken over een door Nederland erkende leveringsvergunning voor de levering van elektriciteit op het Nederlandse stroomnetwerk.
- Dat een leverancier van GvO's in combinatie met een elektriciteitsleverancier wel zou kunnen inschrijven, vindt ondernemer ten aanzien van het clusteren disproportioneel en onrechtmatig. Volgens ondernemer is het bovendien geen reële optie omdat elektriciteitsleveranciers zelf voor dit deel van de opdracht kunnen instaan.
- Het efficiencyvoordeel dat aanbesteder als argument voor het samenvoegen gebruikt, kan volgens ondernemer niet als geldig worden beschouwd. De wetgever wenst de toegang tot opdrachten te vergemakkelijken voor meerdere (kleinere) bedrijven. Dat heeft als onvermijdbaar effect dat een aanbesteder mogelijk met meer dan één leverancier zal moeten samenwerken, aldus ondernemer.
- Aanbesteder verwijst in zijn motivering naar een niet concreet op schrift gesteld eigen marktonderzoek waaruit zou blijken dat er een groter risico is op het mislukken van de aanbesteding bij het splitsen van de opdrachten. Volgens ondernemer is het verwijzen naar een niet-verifieerbaar stuk in strijd met het transparantiebeginsel.
- Dat het opdelen in percelen zou leiden tot meerkosten en administratieve lasten aan de zijde van aanbesteder, klopt naar de mening van ondernemer niet. Een GvO-leverancier zal zelf alle nodige handelingen dienen te verrichten waardoor het stroomverbruik van aanbesteder duurzaam wordt. Het enige dat van aanbesteder wordt verwacht in de uitvoering is het doorgeven van het jaarlijks verbruiksvolume

en het openen van een kosteloze digitale eindgebruikersrekening bij CertiQ, aldus ondernemer.

3. Reactie aanbesteder

3.1. Niet in behandeling nemen

Aanbesteder merkt ten eerste op dat ondernemer niet-ontvankelijk is in zijn klacht. Ondernemer heeft aanbesteder niet eerst in de gelegenheid gesteld binnen een redelijke termijn op de klacht te reageren. Daarnaast heeft aanbesteder geen kennis kunnen nemen van onderdeel 3 tot en met 5 van de klacht. De klacht die eerder was ingediend bij aanbesteder omvatte alleen onderdeel 1 en 2. Onderdeel 3 tot en met 5 omvatten een inhoudelijke reactie van ondernemer op de door aanbesteder in de nota van inlichtingen aangereikte (aanvullende) motivering van de samenvoeging van opdrachten en het niet-opdelen in percelen. Naar de mening van aanbesteder zou ook het indienen van een (volledig) nieuwe klacht tot niet-ontvankelijkheid moeten leiden.

3.2. Klachtonderdelen 1 en 2

Aanbesteder geeft aan dat er wordt geklaagd over een motiveringsgebrek en reageert in zijn reactie op de klacht op klachtonderdeel 3 tot en met 5. Aanbesteder gaat niet inhoudelijk in op klachtonderdeel 1 en 2.

3.3. Klachtonderdeel 3

Voor zover er niet tijdig gemotiveerd zou zijn, is aanbesteder het daar niet mee eens. Bij nota van inlichtingen 3 is het motiveringsgebrek, dat eruit bestond dat onvoldoende tekst en uitleg was gegeven aan de over- en afwegingen voor het clusteren van de opdrachten en het niet-opdelen in percelen, geheeld. Deze Nota van inlichtingen maakt immers onderdeel uit van de aanbestedingsstukken. Daarbij geeft aanbesteder aan dat zij in de voorbereiding van de aanbesteding een bewuste keuze heeft gemaakt om de opdrachten samen te voegen.

3.4. Klachtonderdelen 4 en 5

3.4.1. Aanbesteder ontkent voorts dat opdelen in percelen een maximale concurrentiestelling in deze aanbesteding zou waarborgen. De ervaringen van aanbesteder en diens adviseur zijn dat elektriciteitsleveranciers de kosten lager weten te houden, omdat aan handelaars in GvO's prijsrisico's en handlingskosten zouden zijn verbonden.

3.4.2. Aanbesteder merkt voor wat betreft de toegang tot de opdracht voor het MKB op dat in zijn ogen een klein aantal MBK-bedrijven voldoende kan zijn om te waarborgen dat er wordt voldaan aan het wettelijke vereiste van artikel 1.5 Aw 2012. De markt voor elektriciteitsaanbestedingen is sowieso zéér klein, aldus aanbesteder. Met het oog op het samenvoegen van de opdrachten heeft aanbesteder naar zijn mening acht geslagen op de samenstelling van beide markten. In reactie op de klacht geeft aanbesteder aan dat zij de volgende overwegingen ook heeft meegewogen:

- Er is een klein aantal leveranciers dat als MKB is gekwalificeerd en dat kan inschrijven op de samengevoegde opdracht;
- De organisatorische gevolgen voor de elektriciteitsleveranciers en aanbestedende dienst zijn groot indien de opdrachten niet worden samengevoegd;

- De samenhang van de opdrachten is erg groot nu er op dit moment maar 1 leverancier is die grijze elektriciteit aanbiedt in overheidsaanbestedingen.

- 3.4.3. Aanbesteder deelt de mening van ondernemer dat vele leveranciers van GvO's interesse zouden hebben in deze opdracht, niet. Zijn ervaring is dat leveranciers van GvO's zelden in staat zijn om zorgvuldig, adequaat in te schrijven op Europese aanbestedingsprocedures, wat een concreet risico is voor de aanbestedende dienst. Daarnaast vinden de meeste elektriciteitsleveranciers de marges op overheidscontracten onvoldoende en schrijven zij daarom niet in.
- 3.4.4. Aanbesteder geeft aan dat de extra transactiekosten voor aanbesteder beduidend hoger zijn dan door ondernemer geschetst. Naar de mening van aanbesteder zijn deze extra kosten disproportioneel.

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 (3^e herziene versie, 1 januari 2022).

In behandeling nemen

- 4.2. Aanbesteder stelt dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen omdat aanbesteder niet eerst in de gelegenheid is gesteld om binnen redelijke termijn op de klacht te reageren.
- 4.2.1. De kern van de klacht die ondernemer bij aanbesteder heeft ingediend betref de stelling dat aanbesteder het clusterverbod zou hebben geschonden door, volgens ondernemer, de levering van elektriciteit onnodig samen te voegen met de levering van GvO's. Aanbesteder heeft kunnen reageren op die klacht (en heeft bij nota van inlichtingen ook op de klacht gereageerd). De inhoud en strekking van de klacht die ondernemer bij de Commissie heeft ingediend is niet gewijzigd. Dat de klacht die bij de Commissie is ingediend op punten afwijkt van de oorspronkelijke klacht, maakt naar het oordeel van de Commissie niet dat sprake is van een nieuwe klacht waarop aanbesteder niet heeft kunnen reageren. Aanbesteder heeft gereageerd, echter niet naar tevredenheid van ondernemer, waarna hij zich tot de Commissie heeft gewend. De Commissie gaat daarom over tot behandeling van de klacht.

Behandeling van de verschillende klachtonderdelen

- 4.3. Het standpunt van ondernemer is op te vatten als een klacht over schending van de 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) en (ii) dat aanbesteder heeft verzuimd de opdracht op te delen in percelen (derde lid). Daarbij klaagt ondernemer dat aanbesteder zijn beslissingen om de opdrachten te clusteren, en vervolgens niet op te delen in percelen, onvoldoende, ondeugdelijk en tevens niet tijdig heeft gemotiveerd.
- 4.3.1. De Commissie overweegt dat de klachtonderdelen 1 en 4 zich lenen voor gezamenlijke behandeling, omdat de vraag of het clusterverbod al dan niet is geschonden wordt getoetst aan de hand van de gegeven motivering. Hetzelfde geldt voor de klachtonderdelen 2 en 5, die zich richten op het percelengebod.

Beknopt oordeel

De Commissie komt tot de conclusie dat aanbesteder niet op alle aspecten genoemd in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012, acht heeft geslagen. De Commissie acht de klachtonderdelen 1 en 4 daarom **gegrond**. Hiermee komt de Commissie niet meer toe aan behandeling van klachtonderdeel 2 en 5.

Ten aanzien van klachtonderdeel 3 overweegt de Commissie dat de motivering voor het samenvoegen van opdrachten tijdig is verstrekt door aanbesteder. Klachtonderdeel 3 is dan ook **ongegron**d

Toelichting

Toetsingskader

- 4.4. De Europese richtlijn voor overheidsopdrachten 2014/24/EU is van toepassing. In ov. 78 van deze richtlijn, dat gaat over het splitsen in percelen, is bepaald dat aanbestedingen *'moeten worden aangepast aan de behoeften van het MKB'*:
'(...) De aanbestedende dienst zou de plicht moeten hebben te overwegen of het zinvol is opdrachten in percelen te verdelen, maar moet autonoom iedere door hem relevant geachte reden kunnen laten gelden, zonder administratief of gerechtelijk toezicht. Indien de aanbestedende dienst beslist dat het geen zin heeft de opdracht in percelen te verdelen, moet het proces-verbaal of de aanbestedingsstukken een opgave bevatten van de belangrijkste redenen voor de keuze van de aanbestedende dienst. Die redenen kunnen bijvoorbeeld zijn dat volgens de aanbestedende dienst de verdeling de mededinging dreigt te beperken, of de uitvoering van het contract technisch uitzonderlijk moeilijk en te duur dreigt te maken, of dat de noodzaak tot coördinatie tussen de verschillende aannemers voor de percelen de goede uitvoering van de opdracht ernstig dreigt te ondermijnen. De lidstaten moeten naar eigen goeddunken kunnen blijven streven naar verdere vereenvoudiging van de deelname van het MKB aan de markt voor overheidsopdrachten, door de verplichting om te overwegen in hoeverre splitsing van opdrachten zinvol is, ook te laten gelden voor kleinere opdrachten, door van de aanbestedende diensten een motivering te verlangen voor een besluit opdrachten niet te splitsen, of door splitsing onder bepaalde voorwaarden verplicht te stellen. (...)'
- 4.4.1. Uit deze overweging blijkt het uitgangspunt dat aanbestedende diensten in beginsel autonoom iedere door hem relevant geachte reden kunnen laten gelden bij het verdelen van opdrachten in percelen. De lidstaten moeten naar eigen goeddunken kunnen blijven streven naar verdere vereenvoudiging van de deelname van het MKB aan de markt voor overheidsopdrachten. De Nederlandse wetgever heeft dit onder meer vorm gegeven door in artikel 1.5 Aw 2012 een instructie te geven aan aanbestedende diensten, wanneer zij besluiten een opdracht in percelen te verdelen.
- 4.4.2. In artikel 1.5 Aw 2012 is een clusterverbod en een percelengebod opgenomen.. Voor een beeld over de totstandkoming van deze bepalingen is in de Algemene beschouwingen Commissie t.a.v. toepasselijk toetsingskader (4.6. e.v.) ook voor zover relevant de wetsgeschiedenis bij artikel 1.5 Aw 2012 opgenomen.
- 4.5. Voor de toetsing van het clusterverbod en het percelengebod zijn de volgende artikelen uit de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit relevant:
- 4.5.1. In artikel 1.5 Aw 2012 is bepaald:
'1. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf voegt opdrachten niet onnodig samen. Alvorens samenvoeging plaatsvindt, wordt in ieder geval acht geslagen op:
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 de risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer; en
 - c. de mate van samenhang van de opdrachten.
2. Indien samenvoeging van opdrachten plaatsvindt, wordt dit door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gemotiveerd in de aanbestedingsstukken.
3. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf deelt een opdracht op in meerdere percelen, tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dit motiveert in de aanbestedingsstukken.'

- 4.5.2. In artikel 1.10 Aw 2012 is, voor zover nu relevant, bepaald:
- '1. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht, een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
 - 2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:
 - a. het al dan niet samenvoegen van opdrachten;
 (...)'

- 4.5.3. In paragraaf 3.3.1. 'Proportionaliteit in clusteren' van de Gids Proportionaliteit is in dit kader opgemerkt:

'Clusteren van opdrachten kan een middel zijn om gestelde doelen te bereiken. De samenvoeging van opdrachten moet dan wel gerechtvaardigd zijn en gemotiveerd worden met het oog op de in de wet genoemde criteria. Elke vorm van clusteren heeft voor- en nadelen. Deze zijn afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de opdracht en moeten inzichtelijk gemaakt worden.

Wanneer gemotiveerd met correcte afweging van de diverse belangen voor clusteren van opdrachten in één aanbesteding wordt gekozen, geldt op basis van de wet als uitgangspunt dat de opdracht in meer percelen wordt onderverdeeld.

De grootte van een opdracht is geen statisch gegeven. Er dient een evenwicht gezocht te worden tussen de voor- en nadelen van een grote opdracht (de 'economy of scale' versus de 'economy of scope'). Enerzijds kan schaalvergroting leiden tot beperking van de transactiekosten (aanbestedingskosten en apparaatkosten) en een lagere prijs. Anderzijds kan schaalvergroting leiden tot toename van de complexiteit van de opdracht hetgeen van invloed kan zijn op de beheersbaarheid en doorlooptijd (met bijbehorende kosten) en een toename van risico's en faalkosten.

Bij de beoordeling of clusteren in het onderhavige geval doelmatig is dienen dan ook de totale kosten (kosten van voorbereiding, aanbesteding, realisatie, exploitatie en onderhoud) en mogelijk andere relevante aspecten van de opdracht te worden meegenomen.

Een van die andere relevante aspecten is de samenstelling van de relevante markt. Het aantal potentiële inschrijvers dient nog dusdanig te zijn, dat de mededinging gewaarborgd blijft en de concurrentie niet merkbaar wordt beperkt.'

Algemene beschouwingen Commissie t.a.v. toepassing toetsingskader

- 4.6. De Commissie meent er goed aan te doen om een aantal zaken nader te duiden wanneer een samengevoegde opdracht getoetst wordt aan artikel 1.5 Aw 2012. Op deze wijze hoopt de Commissie te kunnen bijdragen aan de verdere verbetering en professionalisering van de aanbestedingspraktijk. De Commissie beperkt zich wel tot die aspecten die in deze klacht een rol spelen en is dus niet volledig in haar beschouwingen. Zie ook adviezen 680 (ten tijde van publicatie van dit advies nog

niet gepubliceerd) 649, 609, 571, 343, 317, 303, 183, 43 over het clusterverbod en splitsingsgebod. In toekomstige adviezen m.b.t. dit onderwerp, zal zoveel als mogelijk naar het uitgebreide toetsingskader in dit advies worden verwezen.

i. Samenhang artikel 1.5 en artikel 1.10 lid 2 sub a

4.7. De Commissie zal eerst ingaan op de verhouding tussen artikel 1.5 Aw 2012 enerzijds en artikel 1.10 lid 1 en lid 2 sub a Aw 2012 anderzijds. De wetgever heeft hierover opgemerkt dat artikel 1.10 Aw 2012 bij de toepassing van artikel 1.5 Aw 2012 dient te worden meegenomen in de afweging of de opdracht wel of niet wordt samengevoegd (Memorie van Antwoord, Kamerstukken I, 2011-2012, 32440, nr. C, p. 20): 'Bij de toepassing van artikel 1.5 dienen de artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 dan ook meegenomen te worden in de afweging of de opdracht wel of niet wordt samengevoegd.'

4.7.1. Het is dus niet de bedoeling dat er twee afzonderlijke beoordelingen plaatsvinden. De toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel dient in het kader van de beoordeling van artikel 1.5 Aw 2012 te worden meegenomen.

ii. Verbodsbepaling m.b.t. onnodig samenvoegen van opdrachten

4.8. Zoals ook blijkt uit de overwegingen 6.2 t/m 6.4 van haar Advies 43, leest de Commissie artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 aldus dat de eerste zin daarvan een verbodsbepaling bevat met betrekking tot het onnodig samenvoegen van opdrachten. De tweede zin bevat de instructie voor aanbestedende diensten om, alvorens opdrachten samen te voegen, acht te slaan op de volgende aspecten:

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

4.8.1. Van een onnodige samenvoeging zal sprake zijn wanneer de uitvoering van de hiervoor bedoelde instructie door de aanbestedende dienst een resultaat oplevert dat de beslissing tot samenvoegen niet zal kunnen dragen. Het resultaat van de uitvoering van de instructie zal moeten blijken uit de motivering waarmee een aanbestedende dienst de beslissing tot samenvoegen – gelet op diens motiveringsplicht van artikel 1.5 lid 2 Aw 2012 – moet onderbouwen.

iii. Motiveringsplicht en toetsing van deze motivering

4.9. Een aanbestedende dienst moet de beslissing om opdrachten samen te voegen op basis van artikel 1.5 lid 2 Aw 2012 in de aanbestedingsstukken motiveren. Met de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 heeft de wetgever duidelijk gemaakt dat nota's van inlichtingen ook tot de aanbestedingsstukken behoren (zie Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 22). De aanbestedende dienst kan de motivering van de samenvoeging dus ook geven in een nota van inlichtingen. De Commissie is van oordeel dat dit laatste zelfs nog mogelijk is tijdens of na afloop van een klachtprocedure met betrekking tot de vermeende schending van artikel 1.5 Aw 2012, mits de (aanvullende) motivering in een dergelijk geval wordt verstrekt in een nota van inlichtingen die tijdig en met inachtneming van de daarvoor geldende regels wordt gepubliceerd. In het geval van een niet-openbare procedure is dat in ieder geval vóór de datum waarop ondernemingen zich als gegadigde moeten hebben aangemeld, in het geval van een openbare procedure vóór de datum waarop de inschrijvingen moeten zijn ingediend.

- 4.9.1. In Advies 609 (ov. 5.2.7) heeft de Commissie reeds overwogen 'dat van een onnodige samenvoeging sprake zal zijn wanneer de uitvoering van de hiervoor bedoelde instructie [verwezen wordt naar artikel 1.5 Aw 2012] door de aanbestedende dienst een resultaat oplevert dat de beslissing tot samenvoegen niet zal kunnen dragen. Het resultaat van de uitvoering van de instructie zal moeten blijken uit de motivering waarmee een aanbestedende dienst de beslissing tot samenvoegen – gelet op diens motiveringsplicht van artikel 1.5, lid 2, Aw 2012 – moet onderbouwen'. Voor het resultaat gaat het om de integrale motivering, die de beslissing tot samenvoeging voldoende moet kunnen dragen.
- 4.9.2. In aanvulling daarop overweegt de Commissie dat of en in hoeverre de motivering een beslissing kan dragen, ook moet worden getoetst aan de beginselen die op grond van afdeling 1.2.2 Aw 2012 op de onderhavige aanbesteding van toepassing zijn. Dat betekent in ieder geval dat de gegeven motivering objectieve, proportionele en voldoende duidelijke gronden voor de samenvoeging moet bevatten.

iv. 'Acht slaan op'

- 4.10. Artikel 1.5 bepaalt dat een aanbestedende dienst acht slaat op een aantal aspecten (sub a t/m c), alvorens hij opdrachten samenvoegt. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het de bedoeling van wetgever is geweest om handvatten mee te geven waar een aanbestedende dienst rekening mee dient te houden als hij van mening is dat samenvoegen van opdrachten nodig is (zie o.a. Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 47, p.2).

'Wanneer een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf opdrachten wil samenvoegen zal hij zich bij de voorbereiding van de opdracht ervan moeten vergewissen of de samenvoeging in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. Hierbij zal in ieder geval goed moeten worden gekeken naar de markt waarin de opdracht wordt uitgezet. Zo zal een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf in een markt met veel midden- en kleinbedrijf een andere strategie moeten bewandelen om uiteindelijk de beste aanbiedingen te krijgen. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zal moeten bezien of het samenvoegen van opdrachten wenselijk is. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn vanwege de beheersbaarheid van een project of de transactiekosten. Indien het wenselijk is om opdrachten samen te voegen zal een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf altijd de afweging moeten maken of het gezien de aard en omvang van de desbetreffende opdracht en de markt waarin de opdracht wordt uitgezet goed is om de samengevoegde opdracht in meerdere percelen te verdelen, zodat bij voorbeeld ook het midden- en kleinbedrijf rechtstreeks in kan schrijven. Een weloverwogen afweging over de keuze om opdrachten al dan niet samen te voegen leidt tot de beste aanbiedingen uit de markt' volgens de toelichting op de Nota van Wijziging bij artikel 1.3a Aw 2012 (Kamerstukken II 2010/2011, 32 440. nr 11, p. 17).

- 4.10.1. In de Memorie van Toelichting bij de Aw 2012 (Kamerstukken II, 2009/2010, 32 440, nr. 3, p.54), wordt het volgende benadrukt: '(...) dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij het maken van een keuze omtrent het al dan niet samenvoegen van opdrachten acht (Commissie: moeten) slaan op de markt waarin de potentieel inschrijvende ondernemers opereren. Een aanbestedende dienst (...) zal namelijk in een markt met veel MKB een andere strategie moeten bewandelen om uiteindelijk de beste aanbiedingen te krijgen. In dat geval is het verstandig om een dergelijke opdracht bijvoorbeeld in meerdere percelen te delen, zodat het MKB rechtstreeks in kan schrijven. Als de aanbestedende dienst (...) dit niet doet, loopt hij de kans dat er te weinig concurrentie bij de desbetreffende aanbesteding ontstaat en hij hierdoor geen optimale aanbidding krijgt.'

- 4.10.2. Tot slot blijkt uit de wetsgeschiedenis (Handelingen Tweede Kamer 2011/2012, nr. 49-4-4, p. 11) dat de Minister, desgevraagd, heeft aangegeven dat het clusterverbod ook geldt voor het clusteren, bijvoorbeeld door het ministerie van Veiligheid en Justitie, van al het vertaalwerk in één grote opdracht en die samengevoegde opdracht aan één groot bureau geven. De Commissie leest daarin dat een aanbesteder ook in een dergelijke opdracht, die overeenkomsten vertoont met onderhavige opdracht, bij het samenvoegen van opdrachten acht dient te slaan op alle aspecten genoemd in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012.

Klachtonderdeel 3

Heeft aanbesteder de samenvoeging van de opdrachten tijdig gemotiveerd?

- 4.11. De Commissie buigt zich als eerste over de vraag of de motivering om de opdrachten samen te voegen tijdig is verstrekt. Aanbesteder heeft de motivering verstrekt in een derde nota van inlichtingen, voor de inschrijfdatum. Onder verwijzing naar ov. 4.9 van het onderhavige advies overweegt de Commissie dat de motivering tijdig is verstrekt door aanbesteder. Klachtonderdeel 3 is derhalve **ongegrond**.

Klachtonderdelen 1 en 4

Heeft aanbesteder de opdrachten onnodig samengevoegd en zijn motiveringsplicht van artikel 1.5 lid 2 Aw 2012 geschonden?

- 4.12. Aan de hand van het toetsingskader heeft de Commissie onderzocht of sprake is van het onnodig samenvoegen door aanbesteder van opdrachten voor levering van elektriciteit en levering van GvO's, en of de door aanbesteder verstrekte motivering zijn beslissing tot samenvoeging van de opdrachten voldoende kan dragen.
- 4.12.1. Tussen partijen staat niet te discussie dat in het onderhavige geval sprake is van een samenvoeging van opdrachten. De te beantwoorden vraag is of deze samenvoeging 'niet onnodig' is in de zin van artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 en of de door aanbesteder in de aanbestedingsstukken (paragraaf 1.3 pagina 5 Beschrijvend document en derde nota van inlichtingen) en in de reactie op de bij de Commissie ingediende klacht (zie Hoofdstuk 3 hiervoor) verstrekte motivering zijn beslissing tot het samenvoegen van de opdrachten kan dragen. De Commissie zal beoordelen of aanbesteder uitvoering heeft gegeven aan de in artikel 1.5 Aw 2012 bedoelde instructie en onderzoekt of de motivering daarvan de beslissing tot samenvoeging kan dragen.

Eerste aspect: samenstelling van de relevante markt en invloed van de samenvoeging op toegang voldoende bedrijven uit het MKB

- 4.13. De Commissie is van oordeel dat de inhoud van de verstrekte motivering om de opdrachten samen te voegen – hoe kort ook – blijk zal moeten geven van een onderzoek naar *de samenstelling van de relevante markt* ten aanzien van de onderhavige opdracht, zodat marktpartijen inzicht verkrijgen in de afweging die is gemaakt bij de samenvoeging (zie Advies 343, ov. 5.2.16; Advies 317, ov. 5.7.1 en Advies 303, ov. 5.2.7). Daarnaast moet uit de inhoud van de motivering blijken dat de aanbesteder bij de samenvoeging rekening heeft gehouden met *de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB*.
- 4.13.1. In de motivering voor de samenvoeging die aanbesteder bij NvI heeft aangedragen, geeft aanbesteder een beschrijving van de relevante markt voor elektriciteit, namelijk 'de EU-markt'. Daarnaast staat in de motivering dat de leveranciers van elektriciteit doorgaans ook de levering van GvO's kunnen verzorgen. De invloed

van de samenvoeging op toegang voor voldoende bedrijven uit het MKB heeft aanbesteder geïndiceerd aan de hand van 'vergelijkbare Europese aanbestedingen'. Aanbesteder stelt dat de samenvoeging geen beletsel lijkt te zijn voor MKB-bedrijven om in te schrijven.

- 4.13.2. De Commissie begrijpt de instructie uit artikel 1.5 lid 1 sub a Aw 2012 aldus dat aanbestedende diensten acht moet slaan op de samenstelling van de relevante markt die resteert na samenvoeging, vanuit het oogpunt van de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB. Dat leidt de Commissie af uit het gebruik van het enkelvoud van het woord 'markt'. De motivering voor de samenvoeging hoeft dus geen uitputtende omschrijving te bevatten van de relevante markten voor de niet-samengevoegde opdrachten alvorens samenvoeging plaatsvindt. Van belang is dat uit de motivering blijkt dat de aanbestedende dienst, alvorens hij overgaat tot samenvoeging, acht heeft geslagen op de relevante markt die resteert voor de samengevoegde opdracht en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB.
- 4.13.3. Aanbesteder en ondernemer lijken voor wat betreft de samenstelling van de relevante markt in hoofdlijn overeenkomstige standpunten in te nemen. De Commissie leidt uit de stellingen van partijen af dat zij het erover eens zijn dat een markt bestaat voor het leveren van elektriciteit en een markt voor het leveren van GvO's. Leveranciers van elektriciteit kunnen doorgaans ook GvO's leveren. De levering van GvO's kan ook worden uitgevoerd door handelskantoren in GvO's. Ondernemer stelt dat een deel van de markt wordt uitgesloten, namelijk handelaren in GvO's, wat volgens ondernemer hoofdzakelijk MKB-bedrijven zijn. De Commissie begrijpt dat ondernemer zich op het standpunt stelt dat aanbesteder onvoldoende acht heeft geslagen op één van de twee relevante markten, namelijk de markt voor GvO's en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB. Aanbesteder verweert zich met de stelling dat de toegang voor voldoende bedrijven uit het MKB is gewaarborgd, omdat ook toegang tot de opdracht van een klein aantal MKB-bedrijven voldoende kan zijn.
- 4.13.4. De Commissie overweegt dat aanbesteder, blijkens de motivering, acht heeft geslagen op de samenstelling van de markt die resteert na samenvoeging, althans heeft gezien of voldoende MKB-bedrijven toegang hebben tot die samengevoegde opdracht. Ondernemer betwist niet dat voldoende MKB-bedrijven toegang hebben tot de samengevoegde opdracht, maar stelt dat de samenvoeging een negatieve invloed heeft op toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het MKB. Naar het oordeel van de Commissie maakt die enkele omstandigheid echter niet zonder meer dat sprake is van een onnodige samenvoeging. De Commissie oordeelt dan ook dat aanbesteder acht heeft geslagen op de samenstelling van de relevante markt en op de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB.

Tweede aspect: organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor aanbesteder en ondernemer

- 4.14. Aanbesteder heeft in de derde nota van inlichtingen en in zijn reactie op de klacht als motivering voor het samenvoegen gesteld dat hij vanwege efficiencyoverwegingen wenst te worden ontzorgd. Tevens gaat aanbesteder er vanuit dat hij inkoopvoordelen kan realiseren. De transactiekosten voor aanbesteder ingeval opdrachten niet worden samengevoegd, zijn volgens aanbesteder disproportioneel hoog. Ten slotte voorziet aanbesteder het risico dat niet wordt ingeschreven op de elektriciteitsopdracht, wanneer deze leverancier niet tevens de levering van GvO's mag verzorgen.

- 4.14.1. De motivering geeft, naar het oordeel van de Commissie, blijk van een beschouwing van de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst. De wenst tot ontzorging, inkoopvoordelen, de hoogte van de transactiekosten en het risico dat niet wordt ingeschreven, betreffen telkens gevolgen, doelen en risico's van de samenvoeging die uitsluitend aan de zijde van aanbesteder liggen. Uit de motivering blijkt daarmee niet dat aanbesteder ook acht heeft geslagen op de organisatorische gevolgen en risico's aan de zijde van de ondernemer(s) (zie ook ov. 4.7.1 van Advies 649).
- 4.14.2. De Commissie overweegt dat de stelling van aanbesteder dat aanbestedingsrecht niet louter MKB-recht zou zijn, niet kan worden gezien als 'acht slaan op de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de ondernemer', omdat aanbesteder met die stelling voorbij gaat aan de gerechtvaardigde belangen aan de zijde van de ondernemer. De Commissie oordeelt dan ook dat aanbesteder in dit geval geen acht heeft geslagen op de organisatorische gevolgen en de risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de ondernemer.

Derde aspect: mate van samenhang

- 4.15. Aanbesteder stelt dat sprake is van *een belangrijke mate van samenhang*, omdat leveranciers die inschrijven op de levering van elektriciteit dit vrijwel alleen doen als ze de garantie hebben om 100% duurzame elektriciteit te mogen leveren.
- 4.15.1. De vraag die moet worden beantwoord is de vraag of aanbesteder bij zijn keuze om samen te voegen acht heeft geslagen op de mate van samenhang tussen de afzonderlijke opdrachten.
- 4.15.2. De Commissie overweegt dat hier in de zin van hoeveelheid duidelijk sprake is van een samenhang tussen de opdrachten (zoveel elektriciteit als wordt ingekocht, zoveel GvO's zijn er benodigd). Uit de motivering blijkt bovendien dat aanbesteder acht heeft geslagen op de mate van samenhang, omdat hij meent dat sprake is van een belangrijke mate van samenhang. Daarmee heeft aanbesteder, naar het oordeel van de Commissie, de instructie van artikel 1.5 lid 1 sub c Aw 2012 gevolgd. De Commissie is dan van oordeel dat aanbesteder acht heeft geslagen op de mate van samenhang tussen de twee samengevoegde opdrachten.

Conclusie: onvoldoende gemotiveerd dat samenvoeging niet onnodig is

- 4.16. Aanbesteder heeft niet acht geslagen op alle aspecten genoemd in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012. Hoewel aanbesteder in beginsel autonoom iedere door hem relevant geachte reden moet kunnen laten gelden bij het samenvoegen van opdrachten, is wel van belang dat de gegeven motivering een onderbouwing geeft bij de onderdelen van de instructie in artikel 1.5 lid 1 sub a tot en met c Aw 2012. Aanbesteder had op alle daargenoemde aspecten acht moeten slaan. Aanbesteder heeft in zijn motivering geen acht geslagen op de organisatorische gevolgen en risico's voor de ondernemer. De Commissie acht de klacht daarom **gegrond**.

Hiermee komt de Commissie niet meer toe aan behandeling van klachtonderdeel 2 en 5.

5. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 23 december 2022

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Vicevoorzitter

Mr. M.C. Pinto

Vice-voorzitter