

## Advies 753

### 1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies betreft een aanbestedingsprocedure voor het sluiten van een overeenkomst voor de levering van duurzame elektriciteit die door aanbesteder, een speciale-sectorbedrijf, in de markt is gezet. Het leveren van zogenoemde garanties van oorsprong (hierna: GvO's) is onderdeel van de overeenkomst. Ondernemer, onder meer leverancier van GvO's, is in de eerste plaats van mening dat aanbesteder ten onrechte gebruik heeft gemaakt van een uitzondering op de aanbestedingsplicht en, als gevolg daarvan, zich niet heeft gehouden aan de minimale termijnen. Ondernemer is in de tweede plaats van mening dat aanbesteder ten onrechte meerdere opdrachten heeft samengevoegd en deze samengevoegde opdracht niet in percelen heeft opgedeeld. Aanbesteder heeft zich hierbij volgens ondernemer niet gehouden aan zijn motiveringsverplichting.

### 2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie heeft in het eerste klachtonderdeel beoordeeld of aanbesteder terecht gebruik heeft gemaakt van de uitzondering van artikel 3.30 Aw 2012. Zij heeft daarvoor onderzocht of de gehele opdracht als één niet-deelbare gemengde opdracht moet worden beschouwd waarvan het hoofdvoorwerp onder deze uitzondering valt. De Commissie oordeelt van niet. Zij is van oordeel dat sprake is van een deelbare opdracht, waarbij aanbesteder de verschillende onderdelen in één algemene opdracht in de markt heeft gezet. Nu aanbesteder hiervoor heeft gekozen, had hij de algemene opdracht niet mogen plaatsen onder de uitzondering van artikel 3.30 Aw 2012 en had hij op deze opdracht de regels van deel 3 Aw 2012 moeten toepassen. De Commissie acht het klachtonderdeel **gegrond**.
- 2.2. De Commissie heeft vervolgens beoordeeld of aanbesteder voldoende heeft gemotiveerd waarom hij de (algemene) opdracht niet in percelen heeft opgedeeld. De Commissie is van oordeel dat dit niet het geval is. De Commissie overweegt dat aanbesteder de aspecten genoemd in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 wel heeft benoemd, maar de kern van het clusterverbod en splitsingsgebod niet in ogenschouw lijkt te hebben genomen. Aanbesteder heeft geen inzage gegeven in de afweging van zijn eigen belangen tegen de verplichting te bezien in hoeverre de kansen van MKB-partijen om mee te dingen naar de opdracht kunnen worden vergroot. De Commissie acht daarom het klachtonderdeel eveneens **gegrond**.

### 3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Aanbesteder heeft in oktober 2024 een Europese openbare procedure aangekondigd betreffende een overeenkomst voor de levering van duurzame elektriciteit. De levering (het aankopen en/of afboeken) van GvO's, certificaten waarmee de afkomst van een energieproduct kan worden aangetoond, is onderdeel van de te sluiten overeenkomst. De overeenkomst heeft een looptijd van 1 jaar. De procedure verloopt via aanbestedingsplatform Mancell.

- 3.2. Ondernemer heeft twee bezwaren tegen de wijze waarop aanbesteder de aanbestedingsprocedure heeft georganiseerd. Hij heeft deze via de berichtenmodule van Mercell aan aanbesteder kenbaar gemaakt op respectievelijk 14 en 18 november 2024. In het eerste bericht heeft ondernemer geklaagd dat aanbesteder ten onrechte meerdere opdrachten heeft samengevoegd en deze samengevoegde opdracht niet in percelen heeft opgedeeld. Aanbesteder heeft zich hierbij niet gehouden aan zijn motiveringsverplichting. In het tweede bericht heeft ondernemer geklaagd dat aanbesteder zich niet heeft gehouden aan de minimale termijnen die gelden voor een Europese openbare procedure.
- 3.3. Aanbesteder heeft via Mercell op 18 november 2024 eerst op het tweede bezwaar gereageerd. In het bericht schrijft aanbesteder dat hij zich niet gebonden acht aan de minimale termijnen aangezien de procedure plaatsvindt onder de uitzondering van artikel 3.30 Aw op grond waarvan de regels van deel 3 Aw 2012 niet van toepassing zijn. Aanbesteder heeft vervolgens op 19 november 2024 op het eerste bezwaar gereageerd. In het bericht geeft aanbesteder aan dat sprake is van één opdracht; hij heeft dan ook niet ten onrechte meerdere opdrachten samengevoegd en hoefde de opdracht evenmin in percelen op te delen.
- 3.4. Ondernemer heeft op 19 november 2024 een klacht bij de Commissie ingediend. In deze klacht heeft ondernemer zijn beide bezwaren aan de Commissie voorgelegd.
- 3.5. De Commissie heeft op 21 november 2024 per e-mail aanbesteder ingelicht dat een klacht bij haar is ingediend en verzocht om een reactie. Tevens heeft de Commissie aanbesteder verzocht de procedure op te schorten tot 5 dagen na het uitbrengen van het advies door de Commissie.
- 3.6. Aanbesteder heeft op 26 november 2024 per e-mail op het bericht van de Commissie van 21 november 2024 gereageerd. In de e-mail schrijft aanbesteder niet bereid te zijn de procedure op te schorten, aangezien zijn huidige overeenkomst afloopt en het voor aanbesteder noodzakelijk is vóór 1 december 2024 een nieuwe overeenkomst af te sluiten.
- 3.7. Aanbesteder heeft op 24 januari 2025 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd.

#### **4. Wat zijn de standpunten van partijen?**

##### *Ondernemer*

- 4.1. De klacht van ondernemer bestaat uit twee klachtonderdelen, die ondernemer in onderstaande volgorde heeft ingediend.
- 4.2. In de eerste plaats stelt ondernemer dat aanbesteder ten onrechte gebruik heeft gemaakt van de uitzondering op de aanbestedingsplicht van artikel 3.30 Aw 2012 en, als gevolg daarvan, zich niet heeft gehouden aan de minimumtermijn van artikel 3.59 lid 1 Aw 2012.
- 4.3. In de tweede plaats stelt ondernemer dat aanbesteder in strijd met artikel 1.5 Aw 2012 meerdere opdrachten heeft samengevoegd en deze samengevoegde opdracht niet in percelen heeft opgedeeld. Aanbesteder heeft zich hierbij volgens ondernemer niet gehouden aan zijn motiveringsverplichting.

##### *Aanbesteder*

- 4.4. Aanbesteder stelt dat beide klachtonderdelen ongegrond zijn.
- 4.5. De verschillende door ondernemer en aanbesteder ingenomen standpunten en argumenten in deze klacht heeft de Commissie samengevat en zullen hieronder worden besproken.

## **5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?**

### *Inleiding*

- 5.1. De Commissie stelt bij de behandeling van de klachtonderdelen het volgende voorop.
- 5.2. Aanbesteder is een speciale-sectorbedrijf. Het staat tussen partijen niet ter discussie dat de levering van duurzame elektriciteit en de levering van GvO's beide op zichzelf beschouwd speciale-sectoropdrachten zijn. Op het plaatsen van speciale-sectoropdrachten is deel 3 Aw 2012 van toepassing voor zover de geraamde waarde van de opdracht gelijk is aan of hoger is dan de toepasselijke aanbestedingsdrempel. In dit geval is het drempelbedrag voor speciale-sectoropdrachten voor leveringen en diensten van toepassing. Ten tijde van de start van de aanbestedingsprocedure was het drempelbedrag € 443.000,-. Indien deel 3 Aw 2012 niet van toepassing is, geldt nog steeds deel 1 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.3. De Commissie behandelt de klachtonderdelen in de volgorde waarin ondernemer ze bij de Commissie heeft ingediend. In beide klachtonderdelen komt de kwalificatie van de opdracht aan de orde, elk met een eigen doel en een eigen beoordelingskader. In het eerste klachtonderdeel moet de Commissie onderzoeken of onderhavige opdracht kwalificeert als één niet-deelbare gemengde opdracht om te oordelen of de regels van deel 3 Aw 2012 al dan niet ten onrechte door aanbesteder buiten toepassing zijn gelaten. Het toepasselijke toetsingskader is dat van de gemengde opdracht. In het tweede klachtonderdeel moet de Commissie onderzoeken of de door aanbesteder aangedragen motivering voor de beslissing de opdracht (één opdracht dan wel een samengevoegde opdracht) niet op te delen in percelen, die beslissing kan dragen. Het toepasselijke toetsingskader is dat van het clusterverbod en het splitsingsgebod.
- 5.4. De Commissie gaat nu over tot de inhoudelijke behandeling van de klachtonderdelen en gaat hierbij in op de voor die onderdelen relevante bepalingen uit deel 1 en deel 3 Aw 2012.

### ***Klachtonderdeel 1: Rechtmatigheid gebruik artikel 3.30 Aw 2012***

- 5.5. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat aanbesteder ten onrechte gebruik heeft gemaakt van artikel 3.30 Aw 2012 en, als gevolg daarvan, zich niet heeft gehouden aan de minimumtermijn van artikel 3.59 lid 1 Aw 2012.
- 5.6. Ter onderbouwing van dit klachtonderdeel stelt ondernemer het volgende.
  - 5.6.1. Ondernemer meent dat artikel 3.30 Aw 2012, dat een uitzondering op de aanbestedingsplicht inhoudt, niet geldt voor de levering van GvO's. Artikel 3.30 Aw 2012 geldt immers voor de levering van energie of brandstof voor energieopwekking. De levering van GvO's, die dienen als bewijs van duurzaamheid van een energieproduct, kan onmogelijk onder de beschrijving van de uitzonderingsgrond vallen. Ondernemer verwijst hierbij naar Advies 661, ov. 4.8.2 t/m 4.8.8 waarin de Commissie heeft geoordeeld dat de aanschaf van GvO's niet onder de in artikel 3.30 Aw 2012 opgenomen uitzondering valt.

- 5.6.2. Omdat aanbestedder ten onrechte artikel 3.30 Aw 2012 op de opdracht van toepassing heeft verklaard, heeft hij zich ten onrechte niet gehouden aan de aanbestedingsregels van deel 3 Aw 2012, waaronder artikel 3.59 lid 1, dat minimale termijnen voorschrijft. Op grond van deze bepaling moet het speciale sectorbedrijf vanaf de aankondiging van de opdracht tot het indienen van de inschrijvingen een termijn van tenminste 45 dagen in acht nemen. In de planning van de aanbesteding is hiervoor slechts een termijn van 23 dagen opgenomen, aldus ondernemer.
- 5.6.3. Ondernemer stelt dat aanbestedder zich hierbij niet heeft gehouden aan de motiveeringsverplichting van artikel 1.4 lid 1 Aw 2012; aanbestedder had in de aanbestedingsstukken moeten motiveren waarom hij meende de opdracht met toepassing van artikel 3.30 Aw 2012 in de markt te mogen zetten.
- 5.7. Aanbestedder stelt zich op het standpunt dat door hem artikel 3.30 Aw 2012 terecht is toegepast en onderbouwt dit als volgt.
- 5.7.1. Aanbestedder stelt dat onderhavige opdracht een gemengde opdracht is die als één economisch en technisch geheel op grond van artikel 3.30 Aw 2012 niet binnen de werkingssfeer van deel 3 Aw 2012 valt.
- 5.7.2. Omdat aanbestedder artikel 3.30 Aw 2012 terecht heeft toegepast, is deel 3 Aw 2012 niet van toepassing op de opdracht. Om die reden kan ook geen sprake zijn van schending van artikel 3.59 lid 1 Aw 2012, aldus aanbestedder.
- 5.7.3. Met betrekking tot zijn motiveringsverplichting erkent aanbestedder dat hij heeft nagelaten in Mercell een expliciete verwijzing naar artikel 3.30 Aw 2012 op te nemen. Reden hiervan is dat aanbestedder sinds jaar en dag met een beroep op die bepaling op deze wijze elektriciteit inkoop. Bij toekomstige aanbestedingen zal aanbestedder duidelijker aangeven welke procedure wordt doorlopen en dat daarbij een beroep op artikel 3.30 Aw 2012 wordt gedaan om hierover eventuele latere onduidelijkheid te voorkomen, aldus aanbestedder.

#### *Beoordeling Commissie*

- 5.8. De Commissie overweegt dat zij in het eerste klachtonderdeel moet beoordelen of aanbestedder terecht gebruik heeft gemaakt van de uitzondering van artikel 3.30 Aw 2012. Hiervoor onderzoekt de Commissie of de gehele opdracht als één niet-deelbare gemengde opdracht moet worden beschouwd waarvan het hoofdvoorwerp onder deze uitzondering valt. Als dat het geval is, heeft aanbestedder gebruik mogen maken van de uitzondering op de aanbestedingsplicht (en was hij dus ook niet gehouden aan de gestelde minimumtermijnen) en is het klachtonderdeel ongegrond. Als dat niet het geval is, verklaart de Commissie het klachtonderdeel gegrond. Om dit klachtonderdeel te beoordelen moet de Commissie dus allereerst onderzoeken of onderhavige opdracht moet worden gezien als een niet-deelbare of deelbare opdracht.
- 5.9. De Commissie is van oordeel dat sprake is van een deelbare opdracht, waarbij aanbestedder de verschillende onderdelen in één algemene opdracht in de markt heeft gezet. Nu aanbestedder hiervoor heeft gekozen, had hij de algemene opdracht niet mogen plaatsen onder de uitzondering van artikel 3.30 Aw 2012 en had hij op deze opdracht de regels van deel 3 Aw 2012 moeten toepassen. De Commissie acht het klachtonderdeel **gegrond**.
- 5.10. De Commissie betreft bij de onderbouwing van haar oordeel het volgende.

#### *Gemengde opdrachten: niet-deelbare en deelbare opdrachten*

- 5.11. Een gemengde opdracht is een opdracht waarvan de onderdelen onder verschillende aanbestedingsregimes kunnen vallen. Artikel 3.10d Aw 2012 bepaalt welke regels gelden bij een gemengde opdracht waarbij niet alle onderdelen onder deel 3 Aw 2012 vallen. Artikel 3.10d luidt, voor zover relevant, als volgt.

‘[...]’

1. Dit artikel is van toepassing op opdrachten die zowel onderdelen omvatten waarop deel 3 van deze wet van toepassing is als onderdelen waarop dat deel niet van toepassing is.
2. Indien een opdracht als bedoeld in het eerste lid objectief gezien niet deelbaar is in verschillende onderdelen, gelden de bepalingen die van toepassing zijn op het hoofdvoorwerp van de desbetreffende opdracht.
3. Indien een opdracht als bedoeld in het eerste lid objectief gezien deelbaar is in verschillende onderdelen, kan het speciale-sectorbedrijf voor de afzonderlijke onderdelen van die opdracht afzonderlijke opdrachten plaatsen, of één algemene opdracht plaatsen.
4. Het speciale-sectorbedrijf dat voor de afzonderlijke onderdelen afzonderlijke opdrachten plaatst, past voor elk van die afzonderlijke opdrachten de bepalingen toe, welke op grond van de kenmerken van het betrokken afzonderlijke onderdeel daarop dienen te worden toegepast.
5. Indien het speciale-sectorbedrijf één algemene opdracht plaatst, is deel 3 van deze wet van toepassing op die opdracht, tenzij in artikel 3.10f anders is bepaald, ongeacht de waarde van de onderdelen waarop bij afzonderlijke plaatsing andere bepalingen van toepassing zouden zijn, en ongeacht de bepalingen die bij afzonderlijke plaatsing voor die onderdelen hadden gegolden.

6 [...]’

- 5.12. Bij opdrachten met een gemengd karakter moet dus onderscheid gemaakt worden tussen gemengde opdrachten met onderdelen die objectief gezien deelbaar zijn, en opdrachten die dat niet zijn. Voorafgaand aan de plaatsing van een opdracht dient de aanbestedende dienst op objectieve gronden te bepalen of de onderdelen van de gemengde opdracht objectief gezien al dan niet deelbaar zijn. Het enkele feit dat een opdracht door de aanbestedende dienst als ondeelbaar wordt beschouwd is onvoldoende. Duidelijk moet blijken uit de overwegingen van de aanbestedende dienst dat hij de noodzaak van het plaatsen van één algemene opdracht per geval heeft beoordeeld op basis van objectieve gronden. Die objectieve gronden kunnen zowel van technische als van economische aard zijn (Kamerstukken II 2015-2016, 34329, nr. 3, pag. 32. Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21 augustus 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3448, ov. 6.12, waarin het hof verwijst naar overweging 13 van Richtlijn 2014/25/EU. Eveneens relevant en van recenter datum is Gerechtshof ECLI:NL:GHDHA:2022:1463, Den Haag 19 juli 2022, r.o. 6.5 t/m 6.7, dat weliswaar ziet op een zaak waarin de vraag centraal stond of bij de aanbesteding voor de ontwikkeling en realisering van een nieuwbouwproject sprake was van een plicht om de gronduitgifte Europees aan te besteden, maar naar analogie in onderhavig advies kan worden toegepast. Belangrijk is tevens de rechtspraak van het Europese Hof: HvJ EG 19 april 1994, C-331/92, Gestion Hoteleria, HvJ EU 6 mei 2010, C-145/08 en C-149/08, Hotel Club Loutraki en HvJ EU 22 december 2010, C-215/09, Mehiläinen Oy).

*Uitzondering op de aanbestedingsplicht*

- 5.13. Artikel 3.30 Aw 2012 houdt een uitzondering op de aanbestedingsplicht in en luidt als volgt.

‘Het bij of krachtens deel 3 van deze wet bepaalde is niet van toepassing op het plaatsen van speciale-sectoropdrachten voor de levering van energie of brandstof voor energieopwekking door een speciale-sectorbedrijf dat een activiteit als bedoeld in artikel 3.1 of artikel 3.2 uitoefent.’

- 5.14. De Commissie overweegt dat alle uitzonderingen op de aanbestedingsplicht, dus ook de uitzondering van artikel 3.30 Aw 2012, restrictief moeten worden uitgelegd (zie ook S. Arrowsmith, *The law of public procurement: regulation in the EU and UK. Volume 2*, 2018, p. 337 en S. Arrowsmith, *The law of public procurement: regulation in the EU and UK. Volume 1*, 2014, p. 476-477). Uit de jurisprudentie blijkt dat de aanbestedende dienst die een beroep doet op één van de uitzonderingssituaties het bestaan van die uitzonderingssituatie moet aantonen.
- 5.15. Alvorens de Commissie aan de hand van dit toetsingskader haar oordeel verder uitwerkt, merkt zij het volgende op. Ondernemer heeft ter onderbouwing van zijn standpunt verwezen naar Advies 661, ov. 4.8.2 t/m 4.8.8. In dit advies heeft de Commissie geoordeeld dat de aanschaf van GvO's niet onder de uitzondering van artikel 3.30 Aw 2012 valt, maar dat deel 3 Aw 2012 in beginsel van toepassing is op speciale-sectoropdrachten voor de levering van GvO's met een waarde boven het Europese drempelbedrag. Advies 661 helpt ondernemer in beginsel niet, omdat onderhavige opdracht niet alleen de levering van GvO's betreft, maar ook de levering van elektriciteit. Deze opdracht moet de Commissie op eigen merites beoordelen. De eerste vraag die de Commissie moet beantwoorden is of objectief gezien sprake is van één niet-deelbare gemengde opdracht.

*Eén niet-deelbare gemengde opdracht?*

- 5.16. Omdat aanbesteder voor de opdracht (elektriciteit én GVO's) een beroep heeft gedaan op de uitzondering van artikel 3.30 Aw, heeft de Commissie onderzocht of aanbesteder heeft aangetoond dat sprake is van één algemene opdracht waarop de uitzonderingsbepaling van toepassing is. De Commissie heeft daarom eerst onderzocht of aanbesteder heeft aangetoond dat sprake is van één niet-deelbare (gemengde) opdracht. Aanbesteder meent dat dit het geval is en onderbouwt dit als volgt.

- 5.16.1. In de nota van inlichtingen als antwoord op vraag 3:

Vraag 3: 'In vervolg op uw antwoord van vraag 1, vragen we u toe te lichten hoe [Aanbesteder] hierdoor beantwoordt aan het splitsingsgebod van artikel 1.5 van de aanbestedingswet?  
[...]'

Antwoord: 'Het splitsen van de inkoop van elektriciteit en de inkoop en het annuleren van Garanties van Oorsprong is nog altijd een uitzondering in de Nederlandse elektriciteitsmarkt. Het grootste deel van de afnemers van hernieuwbaar opgewekte elektriciteit sluit hiervoor een contract met een (1) leverancier, waarbij het annuleren van de Garanties van Oorsprong voor rekening van de leverancier komt. Dat is in lijn met de wetgeving, die formeel een full-disclosure verplichting aan de leverancier oplegt, waarbij de leverancier moet aantonen dat deze certificaten geannuleerd zijn. Hier is in die zin geen sprake van het samenvoegen van opdrachten, het is gemeengoed dat een (1) opdracht wordt verstrekt voor de levering van duurzaam opgewekte elektriciteit.  
[...]'

5.16.2. In zijn reactie van 19 november 2024 op de door ondernemer bij hem ingediende klacht:

[...]

Ten aanzien van het samenvoegen van GvO's en elektriciteit

[...]

Voor wat de onderhavige opdracht inzake het leveren van duurzame elektriciteit inclusief het afboeken van Garanties van Oorsprong, is naar het oordeel van [Aanbesteder] **sprake van één opdracht**. Dit onderbouwt [Aanbesteder] als volgt.

[Aanbesteder] wijst erop dat als uitgangspunt heeft te gelden dat een aanbestedende dienst de vrijheid heeft om opdrachten vorm te geven zoals zij dienstig acht. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van één enkele opdracht, geldt als uitgangspunt dat een aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om haar opdracht zo in te richten, dat hiermee maximaal aan haar behoeften wordt tegemoetgekomen (ECLI:NL:RBMNE:2013:5763, r.o. 4.5). Dit uitgangspunt is herhaaldelijk in de rechtspraak bevestigd. [...]

[...]

5.16.3. In zijn reactie van 24 januari 2025 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht:

[...]

**A. Feiten en omstandigheden**

[...]

2. [...] De inkoopbehoefte van [Aanbesteder] in onderhavige aanbesteding omvat dus enkel de inkoop van duurzame elektriciteit ter compensatie van netverliezen.
3. Duurzame elektriciteit kan op twee manieren worden aangeboden. De eerste is dat een partij 'echt' groene energie levert door middel van eigen Garantie(s) van Oorsprong (hierna: GvO's), de tweede mogelijkheid is dat de partij 'grijze' energie levert maar daarbij GvO's inkoop en afboekt.
4. De GvO's dienen alleen als bewijs van het feit dat sprake is van duurzame elektriciteit, maar zijn geen zelfstandig fysiek product of inkoopbehoefte van [Aanbesteder].
5. [Aanbesteder] is in deze aanbesteding niet op zoek is naar een leverancier van GvO's, maar naar een partij die [Aanbesteder] helpt haar netverliezen te compenseren door middel van levering van duurzame elektriciteit. Dat die levering in de praktijk (ook) mogelijk is door een leverancier van grijze elektriciteit met GvO's maakt dit niet anders.

[...]

8. Inschrijvers zijn vrij om te bepalen hoe zij deze duurzame elektriciteit leveren, maar moeten wel aantonen (door de voornoemde GvO's) dat daadwerkelijk

sprake is van 'duurzame' elektriciteit (de zogenaamde full disclosure verplichting uit artikel 77a van de Elektriciteitswet)

[...]

### **C. Toepassing op de klachten**

25. [...] Er is in casu sprake van één gemengde overheidsopdracht die twee elementen bevat, namelijk:

- het element 'levering van elektriciteit'; en
- het element 'aantonen dat de geleverde elektriciteit duurzaam is opgewekt met behulp van GvO's.

26. [Aanbesteder] is van mening dat het hoofdvoorwerp van de opdracht het leveren van elektriciteit is. De gehele opdracht heeft een geraamde waarde van € 144.000.000,-, terwijl de geprognoseerde waarde van het element dat ziet op GvO's slechts € 600.000,- bedraagt. Het deel GvO's is in onderhavige opdracht zeer ondergeschikt en heeft een bescheiden financiële omvang van 0,4% van de opdrachtwaarde. [...]

[...]

34. Om vast te stellen of sprake is van één overheidsopdracht moet volgens het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (commissie: aanbesteder verwijst hier naar het arrest van het Hof van 13 januari 2015, ECLI:NLGHARL:2015:122) gekeken worden of het gevraagde als zodanig een economisch of technische functie vervult. Specifiek gaat het hier dan om de vraag of het leveren van duurzame elektriciteit en het inkopen van GvO's zodanig met elkaar verweven zijn dat er sprake is van één opdracht.

35. [Aanbesteder] meent dat daar in dit geval sprake van is.

36. [Aanbesteder] heeft één opdracht in de markt gezet om een leverancier te vinden voor 'duurzame elektriciteit' ter compensatie van de netverliezen op de netten van [Aanbesteder] in Nederland voor 2025. Zoals uit de informatie in Mercell blijkt, is de inkoopbehoefte van [Aanbesteder] de levering van duurzame elektriciteit ter compensatie van netverliezen. Het aantonen of elektriciteit duurzaam is, gebeurt middels GvO's. De levering van duurzame elektriciteit kan derhalve niet zonder GvO's. Daarmee is sprake van één technische eenheid; het compenseren van netverliezen door de levering van duurzame elektriciteit. Dat GvO's ook los op de markt verkrijgbaar zijn betekent nog niet dat dit ook plots een afzonderlijke door [Aanbesteder] te vergeven opdracht zou zijn [...].

37. [Aanbesteder] heeft bij deze opdracht bovendien geen zelfstandige behoefte aan GvO's. Dit is in dit geval alleen een middel van een energieleverancier om te bewijzen dat haar elektriciteit (die van de inschrijver) duurzaam is. [Aanbesteder] is in deze aanbesteding nadrukkelijk dus ook niet op zoek geweest naar een leverancier van GvO's.

38. [Aanbesteder] hecht er in dat licht aan tevens aan uw Commissie te melden dat daar waar zij wel een eigen behoefte heeft aan GvO's, zij deze (meermaals in het jaar) aanbesteedt. [...]

[...]

## D. Verzoeken en conclusie

[...]

48. [Aanbesteder] heeft hierboven uitgebreid toegelicht hoe de opzet van de aanbesteding is vormgegeven, en concludeert dat sprake is van één inkoopbehoefte en één opdracht voor de levering van duurzame elektriciteit die één technisch en economisch geheel is. [...]

[...]

- 5.17. Evenals aanbesteder neemt de Commissie als uitgangspunt dat een aanbestedende dienst de vrijheid heeft om een opdracht af te stemmen op de eigen inkoopbehoefte. De inkoopbehoefte bestaat voor aanbesteder – kort gezegd – uit de levering van duurzame elektriciteit. Volgens aanbesteder kan dit niet zonder GvO's, omdat hiermee de duurzaamheid van elektriciteit kan worden aangetoond. De levering van GvO's is volgens aanbesteder daarom zo verweven met de levering van duurzame elektriciteit dat gesproken kan worden één economische en technische eenheid. Aanbesteder concludeert hierboven kernachting: 'één inkoopbehoefte, één opdracht'.
- 5.18. De Commissie overweegt dat het bestaan van één inkoopbehoefte niet zonder meer tot gevolg heeft dat sprake is van één ondeelbare opdracht. De inkoopbehoefte van een aanbestedende dienst en de objectieve deelbaarheid van de opdracht staan los van elkaar. De Commissie onderschrijft dat het aanbesteder vrij staat elektriciteit en GvO's gezamenlijk, als één algemene opdracht, in te kopen. Ondernemer klaagt ook niet dat aanbesteder niet vrij zou zijn in het bepalen van zijn behoefte. Waarover ondernemer klaagt, is het aanbestedingsregime dat van toepassing is op de door aanbesteder aldus vormgegeven opdracht.
- 5.19. Aanbesteder heeft, naar het oordeel van de Commissie, genoegzaam aangetoond dat een relatie bestaat tussen GvO's en de levering van elektriciteit. Dat een relatie bestaat, betekent echter niet dat sprake is van één ondeelbare opdracht. Zoals de Commissie overwoog in Advies 661 (ov. 4.8.8) kunnen GvO's onafhankelijk van elektriciteit worden overgedragen en ingekocht. Een fysieke scheiding tussen 'groene' (duurzaam opgewekte) elektriciteit en 'grijze' (overige) elektriciteit bestaat niet. De Commissie begrijpt dat groene elektriciteit vanaf opwekking onmiddellijk in hetzelfde elektriciteitsnetwerk terechtkomt als grijze elektriciteit. Een afnemer neemt in die zin geen groene of grijze elektriciteit af, maar enkel elektriciteit, al dan niet vergezeld van certificaten waarmee wordt aangetoond dat eenzelfde hoeveelheid elektriciteit duurzaam is opgewekt.
- 5.20. Aanbesteder maakt een onderscheid tussen partijen die 'echt' groene energie kunnen leveren door middel van eigen GvO's en partijen die 'grijze' energie leveren maar daarbij GvO's inkopen en afboeken. De Commissie overweegt dat met het maken van dat onderscheid niet is aangetoond dat sprake is van één ondeelbare opdracht, maar dat aanbesteder uiting geeft aan zijn voorkeur voor het verlenen van de opdracht aan een partij die elektriciteit én GvO's kan leveren. Zo beschouwd is het een formulering van een inkoopbehoefte en niet een onderbouwing van de ondeelbaarheid van de opdracht. Datzelfde geldt voor de stelling van aanbesteder dat hij geen behoefte heeft aan zelfstandige GvO's. Voorts heeft aanbesteder de stelling dat elektriciteit en GvO's samen één technische en/of economische functie vervullen niet nader onderbouwd. Zoals gezegd, is aanbesteder in de bepaling van zijn inkoopbehoefte vrij, maar moet aanbesteder onderbouwen waarom noodzakelijkerwijs sprake is van één ondeelbare opdracht die hij onder artikel 3.30 Aw 2012 kan plaatsen. Het bestaan van een (noodzakelijkerwijs) ondeelbare opdracht is iets anders dan een deelbare opdracht, die op grond van de behoefte van de

aanbesteder gezamenlijk wordt ingekocht. De noodzaak de opdracht te beschouwen als één ondeelbare opdracht, moet worden onderbouwd aan de hand van objectieve gronden. De door aanbestede aangedragen gronden zien echter op de *behoefte* van aanbestede en niet op de *noodzaak* de opdracht vorm te geven als één geheel. De Commissie oordeelt daarmee dat aanbestede niet heeft aangetoond dat sprake is van één ondeelbare opdracht en neemt daarom aan dat sprake is van een deelbare opdracht.

- 5.21. Artikel 3.10d lid 3 Aw 2012 regelt de situatie indien een opdracht objectief gezien deelbaar is en geeft aanbestede de keuze tussen het plaatsen van de verschillende onderdelen in afzonderlijke opdrachten of het plaatsen van één algemene opdracht.
- 5.22. Indien aanbestede ervoor had gekozen de verschillende onderdelen in afzonderlijke opdrachten te plaatsen had voor elk van die opdrachten het eigen aanbestedingsregime gegolden. Dit houdt in dat op de levering van GvO's deel 3 Aw 2012 van toepassing zou zijn geweest (zie Advies 661), en dat de levering van elektriciteit – dit staat niet ter discussie – onder de uitzondering van artikel 3.30 Aw 2012 had kunnen worden geplaatst (artikel 3.10d lid 4 Aw 2012).
- 5.23. Nu aanbestede echter heeft gekozen voor één algemene opdracht, had hij de regels van deel 3 Aw 2012 moeten toepassen, ongeacht de waarde van de onderdelen waarop bij afzonderlijke plaatsing andere bepalingen van toepassing zouden zijn en ongeacht de bepalingen die bij afzonderlijke plaatsing voor die onderdelen hadden gegolden (artikel 3.10d lid 5 Aw 2012).
- 5.24. De Commissie komt tot de slotsom dat aanbestede ten onrechte gebruik heeft gemaakt van de uitzondering van artikel 3.30 Aw 2012 voor de algemene opdracht, omdat sprake is van een deelbare opdracht, waarbij aanbestede de verschillende onderdelen in één algemene opdracht in de markt heeft gezet. Nu aanbestede hiervoor heeft gekozen, had hij de opdracht niet mogen plaatsen onder de uitzondering van artikel 3.30 Aw en had hij op deze opdracht de regels van deel 3 moeten toepassen. De Commissie acht het eerste klachtonderdeel **gegrond**.

#### ***Klachtonderdeel 2: Toepassing artikel 1.5 Aw 2012***

- 5.25. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat aanbestede in strijd met artikel 1.5 Aw 2012 heeft gehandeld door onnodig twee aparte opdrachten samen te voegen, namelijk de opdracht voor de levering van elektriciteit en de opdracht voor de levering van GvO's. Ondernemer stelt dat aanbestede deze samengevoegde opdracht vervolgens niet heeft opgedeeld in percelen. Aanbestede heeft zich hierbij niet gehouden aan zijn motiveringsverplichting op grond waarvan aanbestede in de aanbestedingsstukken moest motiveren waarom de samenvoeging van opdrachten heeft plaatsgevonden en waarom hij het niet passend achtte de opdracht op te delen in percelen.
- 5.26. Ter onderbouwing van dit klachtonderdeel stelt ondernemer het volgende.
  - 5.26.1. Ondernemer meent dat aanbestede in strijd met het clusterverbod van artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 twee opdrachten onnodig heeft samengevoegd. Elektriciteit en GvO's zijn namelijk aparte producten die op geheel gescheiden markten van elkaar worden verhandeld. Elektriciteit wordt verhandeld op de markt van de elektriciteitsleveranciers, die voornamelijk wordt beheerst door grote bedrijven. De relevante markt voor GvO's is die van aanbieders van GvO's, waarop voornamelijk MKB-bedrijven zoals GvO-handelaren en GvO-producenten zich bewegen. Dat elektriciteit en GvO's aparte producten zijn, blijkt volgens ondernemer ook uit de

Elektriciteitswet 1998, die het begrip GvO definieert, uit de website van PIANOO en uit de website van VertiCer.

Bovendien maakt aanbestedder in de aanbestedingsstukken zelf onderscheid tussen deze producten. Ondernemer verwijst hierbij naar het document waarin aanbestedder zijn minimumeisen heeft opgenomen. Daar staat:

`[...]

#### **Full Disclosure**

Het aankopen en/of afboeken van Garanties van Oorsprong (GvO) ten behoeve van de full disclosure verplichting is onderdeel van de te sluiten overeenkomst. Leverancier boekt via haar eigen handelsaccount certificaten af in een hoeveelheid ter grootte van de netverliezen, ten behoeve van het eindgebruikersaccount van [aanbestedder].

[...]

Tot slot verwijst ondernemer naar verschillende aanbestedingen van aanbestedder zelf en andere aanbestedende diensten, waarin de levering van GvO's als aparte opdracht of apart perceel in de markt is gezet.

- 5.26.2. Ondernemer meent vervolgens dat aanbestedder niet alleen onnodig twee aparte opdrachten heeft samengevoegd, maar ook in strijd met het splitsingsgebod van artikel 1.5.lid 3 Aw heeft gehandeld. Aanbestedder had de samengevoegde opdracht volgens ondernemer in twee percelen moeten opdelen, één voor de levering van elektriciteit en één voor de levering van GvO's, maar heeft dit niet gedaan.
- 5.26.3. Ondernemer stelt dat aanbestedder zich hierbij niet heeft gehouden aan de motiveeringsverplichting van artikel 1.5 lid 2 Aw 2012; hij had in de aanbestedingsstukken moeten motiveren waarom hij twee aparte opdrachten heeft samengevoegd en waarom hij de samengevoegde opdracht niet in twee percelen heeft opgedeeld. De gegeven motivering van aanbestedder in de nota van inlichtingen is volgens ondernemer zeer summier en voldoet niet. De verduidelijking die aanbestedder op 19 november 2024 aan ondernemer heeft gegeven in de reactie op de bij aanbestedder ingediende klacht mag volgens ondernemer door de Commissie niet in de beoordeling worden betrokken, omdat deze niet behoort tot de aanbestedingsstukken. Maar zelfs al zou deze verduidelijking door de Commissie worden betrokken in haar beoordeling, dan nog is ondernemer van mening dat aanbestedder daarmee niet heeft voldaan aan zijn motiveeringsverplichting, omdat de motivering zeer algemeen en niet concreet is. Uit de motivering blijkt bovendien dat aanbestedder alleen acht heeft geslagen op zijn eigen belangen en niet op de belangen van de markt.
- 5.27. Aanbestedder stelt zich op het standpunt dat hij niet in strijd met artikel 1.5 Aw 2012 heeft gehandeld en onderbouwt dit als volgt.
  - 5.27.1. Met verwijzing naar Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NLGHARL:2015:122, Xafax-Universiteit Utrecht, ov. 3.12 stelt aanbestedder dat hij niet hoeft te voldoen aan artikel 1.5 lid 1 Aw 2012, omdat de onderhavige opdracht geen samengevoegde opdracht is, maar één opdracht betreft die één economisch en technisch geheel is. Indien sprake is van één opdracht wordt niet toegekomen aan artikel 1.5 lid 1 Aw 2012.
  - 5.27.2. Aanbestedder meent dat uit het bovenstaande volgt dat hij evenmin in strijd met het splitsingsgebod van artikel 1.5.lid 3 Aw heeft gehandeld. Immers als sprake is van één opdracht, is ook het splitsingsgebod niet van toepassing. Aanbestedder is het dan ook oneens met de Commissie voor zover zij in haar adviezen (aanbestedder

noemt Advies 345, ov. 5.3, Advies 634, ov. 5.2.2 en Advies 649, ov. 4.5.3) tot uitgangspunt neemt dat voor een beoordeling van een eventuele schending van het splitsingsgebod niet is vereist dat sprake is van een opdracht die kwalificeert als een samenvoeging van twee of meer opdrachten. Volgens aanbesteder lijkt de zienswijze van de Commissie geen rekening te houden met bovenstaand arrest van het Hof en de bedoeling van de wetgever bij de invoering van artikel 1.5 Aw 2012. Bovendien leidt deze benadering volgens aanbesteder tot een onwerkbaar situatie en zou aanbesteder, als de Commissie de klacht gegrond zou verklaren, graag handvatten krijgen hoe hij het splitsingsgebod zou moeten toepassen. Aanbesteder formuleert dit als volgt.

'[...] Met andere woorden, geldt het splitsingsgebod altijd en moet er dus ook bijvoorbeeld in geval van kantoorartikelen worden gesplitst in percelen voor alle losse onderdelen (zoals pennen (en die weer gesplitst in veer, vulling, etc.), nietjes, post-its, markers, paperclips, e.d.), voor zover daar potentieel zelfstandige aanbieders voor zijn, tenzij voor samenvoeging een deugdelijke motivering bestaat?'

- 5.27.3. Aanbesteder is van mening dat hij zijn motiveringsverplichting niet heeft geschonden. Volgens aanbesteder was hij niet verplicht – omdat de opdracht geen samengevoegde opdracht betreft – in de aanbestedingsstukken te motiveren waarom hij de opdracht als één opdracht beschouwt. Op het moment dat ondernemer hierover vragen heeft gesteld, heeft aanbesteder die motivering alsnog verstrekt om te voldoen aan artikel 1.4 lid 1 sub a jo. lid 3 Aw 2012, waarin staat dat een aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria de keuze bepaalt van de wijze waarop hij voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen. Conform artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 heeft aanbesteder via de nota van inlichtingen en daarna met zijn reactie op de bij hem ingediende klacht aan ondernemer uitgelegd waarom volgens hem sprake is van één opdracht en niet van het samenvoegen van meerdere opdrachten.

#### *Beoordeling Commissie*

- 5.28. De Commissie heeft in het eerste klachtonderdeel aangenomen dat sprake is van een deelbare opdracht, waarbij aanbesteder ervoor heeft gekozen de verschillende onderdelen in een algemene opdracht in de markt te zetten. In het tweede klachtonderdeel moet de Commissie de vraag beantwoorden of aanbesteder – bij het plaatsen van deze algemene opdracht – artikel 1.5 Aw 2012 heeft geschonden. De Commissie wil vooropstellen dat voor de beoordeling van dit tweede klachtonderdeel het oordeel van de Commissie in het eerste klachtonderdeel niet relevant is. Ongeacht de kwalificatie van de opdracht als deelbaar of ondeelbaar, zal de Commissie in dit klachtonderdeel moeten beoordelen of aanbesteder voldoende heeft gemotiveerd waarom hij de opdracht niet *in percelen* heeft opgedeeld.
- 5.29. De Commissie is van oordeel dat de door aanbesteder aangedragen motivering voor zijn beslissing geen gevolg te geven aan het splitsingsgebod van artikel 1.5 Aw 2012, die beslissing onvoldoende kan dragen. De Commissie overweegt dat aanbesteder de aspecten genoemd in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 wel heeft benoemd, maar de kern van het clusterverbod en splitsingsgebod niet in ogenschouw lijkt te hebben genomen. Aanbesteder heeft geen inzage gegeven in de afweging van zijn eigen belangen tegen de verplichting te bezien in hoeverre de kansen van MKB-partijen om mee te dingen naar de opdracht kunnen worden vergroot. De Commissie acht het tweede klachtonderdeel **gegrond**.
- 5.30. De Commissie onderbouwt haar oordeel als volgt.

#### *Artikel 1.5*

5.31. Artikel 1.5 Aw 2012 luidt als volgt.

'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 midden- en kleinbedrijf;
- b. de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer;
- 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.'

5.32. De Commissie heeft de afgelopen tien jaar in meerdere klachten geadviseerd over de toepassing van artikel 1.5 Aw 2012. Zij heeft in deze adviezen het toetsingskader van artikel 1.5 Aw 2012 reeds uiteengezet. Zie hiervoor in ieder geval Advies 43, ov. 6.1 t/m 6.4, Advies 53, ov. 6.1.1 t/m 6.1.5, 6.1.7 t/m 6.1.8, 6.1.17 t/m 6.1.20, Advies 345, ov. 5.3 t/m 5.6, Advies 649, ov. 4.5.5 e.v., Advies 680, ov. 4.3.1 t/m 4.3.15 en Advies 701, ov. 5.5 t/m 5.17. In onderhavig advies licht de Commissie nogmaals haar zienswijze op een aantal onderdelen van artikel 1.5 Aw 2012 beknopt toe.

*Artikel 1.5 lid 1 geldt alleen voor samengevoegde opdrachten*

5.33. De Commissie overweegt – gelet op de formulering van artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 – dat een eventuele schending van het in dat lid genoemde verbod alleen aan de orde kan zijn in het geval dat sprake is van een daadwerkelijke samenvoeging van opdrachten (Advies 345, ov. 5.3).

*Artikel 1.5 lid 3 geldt voor alle opdrachten*

5.34. De Commissie volgt aanbesteder niet in zijn stelling dat het splitsingsgebod alleen geldt voor samengevoegde opdrachten (zie 5.27.2). Zoals de Commissie heeft vooropgesteld in 5.28 geldt het splitsingsgebod immers voor alle opdrachten, ongeacht hun kwalificatie. De Commissie onderbouwt dit als volgt.

5.34.1. De doelstelling van de wetgever met betrekking tot artikel 1.5 Aw 2012 is 'onnodig clusteren te voorkomen en de kansen van mkb-partijen op aanbestedingsopdrachten te vergroten' (Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 47 in fine). De instructie in het derde lid van artikel 1.5 'een opdracht' in meerdere percelen op te delen, dient dan ook in dat licht te worden beschouwd. Bij iedere aanbesteding van een opdracht, of deze nu bestaat uit (al dan niet onnodig) samengevoegde opdrachten of niet, moeten aanbestedende diensten bezien in hoeverre de kansen van mkb-partijen om mee te dingen naar de opdracht kunnen worden vergroot (zie Advies 701, ov. 5.10.1).

5.34.2. Hoewel van later datum dan artikel 1.5 Aw 2012 (1 april 2013), vindt de Commissie steun voor haar opvatting in Richtlijn 2014/24/EU en in Richtlijn 2014/25/EU (beide 28 maart 2014). Laatstgenoemde richtlijn is op speciale-sectoropdrachten als onderhavige van toepassing. In overweging 87 van die richtlijn overweegt de Europese wetgever dat nadrukkelijk moet worden bepaald dat opdrachten in percelen kunnen worden opgedeeld, zodat het mkb makkelijker aan aanbestedingen

kan deelnemen. En, zo vervolgt overweging 87 dat '[...] lidstaten naar eigen goeddunken [moeten] kunnen blijven streven naar verdere vereenvoudiging van de deelname van kleine en middelgrote ondernemingen aan de markt voor overheidsopdrachten, door een verplichting in te voeren om te overwegen of opsplitsing van opdrachten zinvol is voor kleinere opdrachten, door van de aanbestedende instanties een motivering te verlangen voor een besluit opdrachten niet te splitsen, [...]' (vgl. Advies 701, ov. 5.10.2, waarin wordt verwezen naar overweging 78 van Richtlijn 2014/24/EU).

- 5.34.3. De Commissie kiest er daarom voor – in gevallen als onderhavige waarin tussen partijen ter discussie staat of sprake is van één opdracht dan wel een samenvoeging van opdrachten – te onderzoeken of een aanbestedende dienst in strijd heeft gehandeld met het splitsingsgebod van artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 (zie o.m. Advies 345, ov. 5.3). Het splitsingsgebod geldt altijd en een aanbestedende dienst zal moeten motiveren wanneer hij besluit een opdracht niet in percelen op te delen.

*Motiveringsplicht artikel 1.5 lid 3 toetsen aan de aspecten van artikel 1.5 lid 1*

- 5.35. Op grond van artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 moet een aanbestedende dienst een opdracht in meerdere percelen verdelen, tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst dit motiveert in de aanbestedingsstukken. Deze bepaling maakt echter niet duidelijk op welke aspecten een aanbestedende dienst in zijn motivering acht moet slaan bij de beantwoording van de vraag waarom hij opdeling van een opdracht in meerdere percelen niet passend acht. De wetgever heeft slechts toegelicht dat 'niet passend' gelijk staat aan 'niet mogelijk' en laat verder in het midden wat de hiervoor bedoelde aspecten zouden kunnen zijn (Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 47 in fine).
- 5.36. De Commissie overweegt dat een aanbestedende dienst aan zijn in artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 genoemde motiveringsverplichting zou kunnen voldoen door bij zijn beslissing om een opdracht niet in percelen op te delen – vanwege de 'niet passendheid' daarvan – acht te slaan op de in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 genoemde aspecten. De Commissie ziet namelijk niet in, gelet op de doelstelling die de wetgever met art. 1.5 Aw 2012 als geheel voor ogen heeft gehad, waarom de in het kader van artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 af te wegen belangen anders zijn dan die welke een aanbestedende dienst zal moeten afwegen in het kader van de beoordeling waartoe artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 dwingt. In beide gevallen moet een aanbestedende dienst zijn eigen belangen afwegen tegen de verplichting te bezien in hoeverre de kansen van mkb-partijen om mee te dingen naar de opdracht kunnen worden vergroot (zie Advies 701, ov. 5.16, Advies 345, ov. 5.6, Advies 649, ov. 4.5.5).
- 5.37. Wanneer een aanbestedende dienst besluit een opdracht niet op te delen in percelen omdat dit voor hem niet mogelijk is en de aanbestedende dienst laat zien dat hij in zijn overweging om tot dat besluit te komen acht heeft geslagen op alle in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 genoemde aspecten en vervolgens tot een besluit komt op objectieve, proportionele en voldoende duidelijke gronden (zie Advies 680, ov. 4.3.1 – 4.3.15), dan is een dergelijke motivering naar het oordeel van de Commissie voldoende dragend. Mocht een aanbestedende dienst andere omstandigheden dan onder artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 genoemd, hebben meegenomen in zijn afweging, dan zal een aanbestedende dienst inzicht moeten geven in die betreffende omstandigheden en moet zijn overweging blijk geven van de afweging tussen de verschillende belangen. Door een aspect uit artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 niet in ogenschouw te nemen, neemt een aanbestedende dienst het risico dat hij een aspect negeert dat relevant is voor de afweging al dan niet op te delen in percelen (zie Advies 701, ov. 5.17).

- 5.38. Daarmee komt de Commissie toe aan de vraag of aanbesteder zijn beslissing de opdracht niet in percelen op te delen heeft gemotiveerd en of de door hem gegeven motivering deze beslissing kan dragen.

*Motivering niet opdelen in percelen*

- 5.39. De Commissie stelt vast dat aanbesteder de beslissing de opdracht niet in percelen op te delen niet heeft gemotiveerd in de aankondiging van de opdracht of in een van de andere documenten die bij de aankondiging zijn gepubliceerd. Aanbesteder heeft wel een motivering gegeven in de nota van inlichtingen naar aanleiding van vragen. Nu de nota van inlichtingen behoort tot de aanbestedingsstukken zoals gedefinieerd in artikel 1.1 Aw 2012, heeft aanbesteder formeel aan de motiveringsverplichting van artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 voldaan. Aanbesteder heeft op 19 november 2024 in de reactie op de bij hem ingediende klacht zijn beslissing verduidelijkt. Formeel behoort de reactie van aanbesteder niet tot de aanbestedingsstukken zoals bedoeld in artikel 1.1 Aw 2012 (vgl. Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3, pag. 22). De Commissie overweegt dat deze reactie van aanbesteder toch door haar in de beoordeling kan worden betrokken, aangezien deze een verduidelijking betreft van de eerder gegeven motivering.

*Nota van inlichtingen*

- 5.40. In de nota van inlichtingen zijn onder meer de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

Vraag 1: 'Waarom voorziet [Aanbesteder] niet minstens twee percelen teneinde te voldoen aan artikel 1.5 van de aanbestedingswet:

- 1 - elektriciteit
- 2 - GvOs'

Antwoord: 'Het zelfstandig vergroenen van het Nederlandse deel van de [Aanbesteder] netverliezen, waarbij, overeenkomstig de verplichtingen voor leveranciers die duurzaam opgewekte elektriciteit leveren, maandelijks GvO's gecancelled dienen te worden, is op dit moment organisatorisch niet haalbaar.

Er wordt bekeken of en op welke manier [Aanbesteder] deze rol wel weer zelf kan invullen, maar voor 2025 is, net als voor 2024 gekozen dit centraal bij de leverancier te beleggen.'

Vraag 7: 'In navolging van uw antwoord op vraag 3:

Elektriciteit en GvOs zijn 2 aparte producten die op geheel gescheiden markten worden verhandeld door overigens grotendeels andere partijen, waarbij de GvO-markt gekenmerkt wordt door voornamelijk MKB-bedrijven in tegenstelling tot de markt van energieleveranciers die voornamelijk door grote bedrijven wordt bevolkt. De inkoop van beide producten kan perfect gescheiden (of in aparte percelen) gebeuren. Er is geen wettelijke noch een technische verplichting die stelt dat beide producten samengevoegd dienen ingekocht te worden. Het uitgangspunt is bijgevolg dat het hier gaat over twee afgescheiden producten. Door in deze opdracht de inkoop van beide producten toch samen te voegen, dient u als aanbestedende entiteit deugdelijk te motiveren waarom u (i) de opdracht samenvoegt, en vervolgens (ii) waarom u ze niet in verschillende percelen opsplijt. Deze verplichting volgt uit artikel 1.5 van de AW, die eveneens de regels aangeeft hoe kan afgeweken worden van het verbod tot samenvoeging (en de niet-opdeling in percelen). Deze motivering dient aan een aantal criteria te voldoen. In dit verband is het aangewezen dat [Aanbesteder] ondermeer de adviezen 649, 673, 680, 450 van de Commissie van Aanbestedingsexperten eens onder ogen neemt.

De huidige uitleg die door [Aanbesteder] wordt gegeven waarom de opdracht is samengevoegd (en niet opgedeeld in percelen) voldoet niet aan deze wettelijke toets. Vandaar de vraag om de opdracht ofwel op te splitsen ofwel op te delen in verschillende percelen, of om een voldoende deugdelijke motivering te voorzien die de toegepaste clustering juridisch kan dragen.

Ter zijde wordt opgemerkt dat de "handleiding afboeken v.1.1." (<https://verticer.eu/nl/downloads/>) waarnaar u verwijst onder hoofdstuk "1.2 Afboeken als energieleverancier of handelaar voor een andere energieleverancier" toelaat dat een derde GvOs indient voor de energieleverancier die voor de levering van de fysieke elektriciteit instaat. Er is bijgevolg geen enkele verplichting of noodzaak om dit door de eigenlijke energieleverancier zelf te laten gebeuren.'

Antwoord: '[Aanbesteder] wijst erop dat een aanbestedende dienst de vrijheid heeft om zelf de inhoud en omvang van een opdracht te bepalen. Daarbij wijst [Aanbesteder] erop dat zij zich in het algemeen een drijvende kracht achter de energietransitie acht en zich als netbeheerder inzet voor het aansluiten van duurzame energie tegen lage kosten met minimale impact op het milieu. Zo ook voor deze opdracht voor de levering van duurzaam opgewekte elektriciteit.

De aanbestedingswet verzet zich niet tegen het samenvoegen van opdrachten. Naar oordeel van [Aanbesteder] kan het samenvoegen van deze opdracht ook niet als onnodig worden gekwalificeerd, noch acht [Aanbesteder] het opdelen in percelen passend. [Aanbesteder] licht dit als volgt toe.

[A] de samenstelling van de relevante markt en de toegang tot de opdracht voor het MKB:

Naar oordeel van [Aanbesteder] zijn de elektriciteits- en GvO-markten niet disjunctief. Ook leveranciers van elektriciteit moeten certificaten veelal inkopen. Tevens wijst [Aanbesteder] erop dat voor het leveren van elektriciteit aan grootverbruikers geen leveringsvergunning is vereist, waarmee het vraagsteller aldus is toegestaan om de levering van GvO's te combineren met de levering van elektriciteit. Tenslotte wijst [Aanbesteder] er nog op dat voor 2024 eenzelfde opzet voor de marktbenadering is gehanteerd.

[B] de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbesteder en de ondernemer:

[Aanbesteder] heeft de marktbenadering door middel van levering van duurzaam opgewekte elektriciteit ter compensatie van netverliezen sinds 2024 in de huidige vorm opgesteld, om de administratieve belasting, en daarmee samenhangende risico op fouten, te beperken.

[C] de mate van samenhang van de opdrachten:

[Aanbesteder] wijst erop dat artikel 77a van de Elektriciteitswet enkel voorziet in de situatie dat een leverancier de benodigde garanties van oorsprong afboekt.'

*Reactie aanbesteder op bij hem ingediende klacht*

- 5.41. In de reactie van aanbesteder van 19 november 2024 op de bij hem ingediende klacht staat onder meer:

'[...]

Ten aanzien van het samenvoegen van GvO's en elektriciteit

[...]

Voor wat de onderhavige opdracht inzake het leveren van duurzame elektriciteit inclusief het afboeken van Garanties van Oorsprong, is naar het oordeel van [Aanbesteder] **sprake van één opdracht**. [...]  
[...]

Voorts wijst [Aanbesteder] erop dat wat betreft **de samenstelling van de relevante markt** naar haar inzicht blijkt dat er sprake is van een volwassen markt waarin deelnemers zelfstandig kunnen voldoen aan de vraag. Als de markt verschillende leveringen of diensten als één enkele opdracht aanbiedt, is het clusterverbod van artikel 1.5 Aanbestedingswet niet van toepassing. Het is de behoefte van [Aanbesteder] om met één partij te contracteren die aan haar behoefte voldoet om door deze volumebundeling tot een lagere opslag te komen en om administratieve lasten te verminderen (zie paragraaf 2.1 "minimumeisen" van de Offerteaanvraag in Mercell). Tevens dient de leverancier zorg te dragen voor de programmaverantwoordelijkheid van de elektriciteitslevering. De leverancier heeft de keuze deze verantwoordelijkheid zelf te dragen, dan wel deze uit te besteden aan een programmaverantwoordelijke met volledige erkenning (zie paragraaf 2.2 "aard van de levering" van de Offerteaanvraag in Mercell). Op dit moment is [Aanbesteder] operationeel niet in staat om zelfstandig uitvoering te geven aan de activiteiten die vereist zijn voor het afboeken van certificaten, en om die reden zoekt zij in deze aanbesteding één partij die deze activiteiten ter hand kan nemen.

Artikel 77a Elektriciteitswet 1998 bepaalt: "Een leverancier boekt als bewijs van levering van elektriciteit aan een in Nederland gevestigde eindafnemer, binnen één maand na de levering de hoeveelheid garanties van oorsprong of certificaten van oorsprong die correspondeert met de hoeveelheid elektriciteit die is geleverd aan een in Nederland gevestigde eindafnemer van zijn Nederlandse rekening af." Deze bepaling stelt dus dat het afboeken van Garanties van Oorsprong voor het aantonen van de levering van duurzame elektriciteit, of het afboeken van certificaten van oorsprong voor het aantonen van de herkomst van overige elektriciteit, verplicht is voor de leverancier van elektriciteit. Artikel 77a Elektriciteitswet bevestigt daarmee de **samenhang tussen elektriciteit en certificaten**. Hoewel het wettelijke stelsel (van art. 77a Elektriciteitswet) er vanuit gaat dat de leverancier certificaten afboekt, is de praktijk onder enkele grootverbruikers dat deze dat zelf organiseren. Daarbij geldt dat certificaten in de maand moeten worden afgeboekt waarin ze gebruikt worden, waardoor dit proces arbeidsintensief en foutgevoelig is. Deze organisatorische gevolgen en risico's voor [Aanbesteder] zijn reden om één professionele contractpartner te zoeken die deze activiteiten bedrijfsmatig efficiënter en betrouwbaarder kan uitvoeren.

#### Ten aanzien van de motivatie van clustering en verdeling in percelen

[...]

Zoals hiervoor gesteld is geen sprake van samenvoegen, maar van één opdracht waardoor het samenvoegingsverbod van artikel 1.5 Aw relevantie mist en in ieder geval niet wordt geschonden. [Aanbesteder] heeft duidelijk beschreven wat haar behoefte is. En er is ook een markt die aan die behoefte kan voldoen. Dat klager geen deel uitmaakt van die markt, doet daar niks aan af. Vaststaat dat de opdracht aansluit bij de hedendaagse praktijk (CvAE advies 125, randnr. 6.7).

Terzijde merkt [Aanbesteder] nog op dat het alsnog verdelen van de opdracht in percelen op dit moment in de aanbesteding niet meer mogelijk is zonder de opzet wezenlijk te wijzigen, en tevens dat dit tijdens de uitvoering zou leiden tot een verzwaring van haar administratieve taken terwijl het juist haar duidelijke intentie is om daarvan verlicht te worden.

[...]

- 5.42. Daarmee komt de Commissie toe aan beantwoording van de vraag of aanbestede zijn beslissing geen gevolg te geven aan het splitsingsgebod in de aanbestedingsstukken heeft gemotiveerd en of die motivering die beslissing voldoende kan dragen. De Commissie overweegt dat aanbestede de aspecten genoemd in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 wel heeft benoemd, maar de kern van het clusterverbod en splitsingsgebod niet in ogenschouw lijkt te hebben genomen.
- 5.43. Aanbestede heeft de Commissie gevraagd of het splitsingsgebod altijd geldt en haar om handvatten gevraagd hoe hij dit moet toepassen (zie 5.27.2). De Commissie heeft in 5.34.1 overwogen dat een aanbestedende dienst bij iedere aanbesteding van een opdracht moet bezien in hoeverre de kansen van het mkb kunnen worden vergroot en in hoeverre splitsing van opdrachten zinvol is. Het besluit de opdracht niet in percelen op te delen moet de aanbestedende dienst vervolgens in de aanbestedingsstukken motiveren. De Commissie adviseert een aanbestedende dienst dat op een zo vroeg mogelijk moment in de aanbestedingsprocedure, bij voorkeur bij aankondiging van de opdracht of uiterlijk in de nota van inlichtingen, te doen en daarbij in ieder geval acht te slaan op de aspecten van artikel 1.5 lid 1 sub a t/m c Aw 2012. Hierbij geldt dat aan de motivering hogere eisen moeten worden gesteld naarmate het minder gebruikelijk is voor aanbestedende diensten de opdracht als één geheel in de markt te zetten en voor marktpartijen alle werken, diensten en/of leveringen die onderdeel zijn van de opdracht als één geheel aan te bieden. In die zin is sprake van communicerende vaten tussen de aangedragen motivering voor de beslissing al dan niet samen te voegen of op te delen in percelen en de mate waarin de samenvoeging of opdeling in percelen gebruikelijk is.
- 5.44. De Commissie neemt tot uitgangspunt dat het gezamenlijke aanbesteden van elektriciteit en GvO's gebruikelijk is, in lijn met de stellingen van aanbestede. Ondernemer heeft de gebruikelijkheid van dergelijke gezamenlijke aanbestedingen niet voldoende gemotiveerd weersproken. Dat betekent dat de Commissie geen hogere eisen stelt aan de motivering voor het niet opdelen in percelen. Van belang is wel dat uit de motivering blijkt dat aanbestede minimaal de essentie van artikel 1.5 Aw 2012 in zijn afwegingen heeft betrokken: het afwegen van de eigen belangen tegen de verplichting te bezien in hoeverre de kansen van MKB-partijen om mee te dingen naar de opdracht kunnen worden vergroot. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbestede niet aan die verplichting voldaan. Aanbestede heeft in zijn motivering wel acht geslagen op de samenstelling van de relevante markt, de organisatorische gevolgen en risico's van het niet opdelen in percelen en de logische samenhang tussen elektriciteit en GvO's, maar bij zijn onderzoek naar de relevante markt heeft aanbestede niet onderkend dat de vormgeving van de opdracht negatieve invloed heeft op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB, zoals ondernemer heeft gesteld en aanbestede onvoldoende onderbouwd heeft weersproken. In het bijzonder lijkt aanbestede te miskennen dat er MKB-bedrijven zijn die alleen GVO's aanbieden, die door de beslissing van aanbestede de levering van elektriciteit en GVO's niet op te delen in percelen geen toegang hebben tot de opdracht. De enkele omstandigheid dat een opdracht niet of moeilijk toegankelijk is voor voldoende bedrijven uit het MKB, maakt nog niet dat sprake is van een schending van het splitsingsgebod. In dit geval oordeelt de Commissie echter dat het splitsingsgebod is geschonden, omdat aanbestede geen inzage heeft gegeven in de afweging van zijn eigen belangen tegen de verplichting te bezien in hoeverre de kansen van MKB-partijen om mee te dingen naar de opdracht kunnen worden vergroot. Omdat de invloed op de toegang tot de opdracht voor het MKB in het geheel niet is benoemd, blijkt uit de motivering in ieder geval niet of en in hoeverre een belangenafweging heeft plaatsgevonden. De Commissie oordeelt daarom dat de motivering de beslissing niet op te delen in percelen niet

kan dragen. De Commissie verklaart het tweede klachtonderdeel daarom eveneens **gegrond**.

**6. Advies**

De Commissie acht beide klachtonderdelen **gegrond**.

Den Haag, 25 maart 2025

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp   Mr. M.C. Pinto   Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Voorzitter

Vicevoorzitter   Commissielid