

Advies 766

1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies gaat over een opdracht voor levering van elektriciteit en gas. De scope van de opdracht omvat, onder meer, met Garanties van Oorsprong (hierna: GvO's) onderbouwde duurzame elektriciteit. De klacht van ondernemer ziet op dát onderdeel; hij meent dat aanbesteder de levering van elektriciteit en levering van GvO's onnodig heeft samengevoegd. Ondernemer klaagt dat aanbesteder de opdracht in meerdere percelen had moeten opdelen en niet deugdelijk heeft gemotiveerd waarom hij dat niet heeft gedaan.

2. Hoe luidt dit advies?

De Commissie heeft in deze klacht beoordeeld of aanbesteder voldoende heeft gemotiveerd waarom hij de 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 onvoldoende 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 de klacht daarom **gegrond**.

3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Aanbesteder, een speciale-sectorbedrijf, heeft in december 2024 via TenderNed een Europees openbare procedure gepubliceerd voor een opdracht voor levering van elektriciteit en gas voor eigen gebruik. Het gunningscriterium is de laagste prijs. Aanbesteder heeft de opdracht niet opgedeeld in percelen. Onderdeel van de opdracht is de levering van met GvO's onderbouwde duurzame elektriciteit.
- 3.2. Ondernemer, leverancier van GvO's en géén producent of leverancier van elektriciteit, meent dat aanbesteder met betrekking tot de levering van duurzame elektriciteit meerdere opdrachten (namelijk de levering van elektriciteit en de levering van GvO's) onnodig heeft samengevoegd en deze samengevoegde opdracht niet in percelen heeft opgedeeld. Ten behoeve van de nota van inlichtingen van 12 februari 2025 heeft ondernemer een opdeling in drie percelen voorgesteld. Aanbesteder heeft dit voorstel afgewezen.
- 3.3. Op 20 februari 2025 heeft ondernemer een klacht ingediend bij het klachtenloket van aanbesteder.
- 3.4. Op 12 maart 2025 heeft aanbesteder naar aanleiding van de klacht van ondernemer de 'Aanvullende Nota 1' gepubliceerd. In de Aanvullende Nota 1 heeft aanbesteder uitgebreid gemotiveerd waarom hij de opdracht heeft samengevoegd en niet heeft opgedeeld in percelen.

- 3.5. Het klachtenloket heeft op 13 maart 2025 de klacht van ondernemer ongegrond verklaard.
- 3.6. Naar aanleiding van de in de Aanvullende Nota 1 gegeven uitgebreidere motivering heeft ondernemer op 13 maart 2025 opnieuw een klacht ingediend bij het klachtenloket.
- 3.7. Het klachtenloket heeft op 17 maart 2025 de vervolklacht van ondernemer eveneens ongegrond verklaard.
- 3.8. De sluitingsdatum voor het indienen van inschrijvingen stond gepland op 17 maart 2025. Ondernemer heeft geen inschrijving gedaan.
- 3.9. Ondernemer heeft op 18 maart 2025 een klacht bij de Commissie ingediend.
- 3.10. De Commissie heeft op 20 maart 2025 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.
- 3.11. Op 21 maart 2025 heeft aanbesteder de Commissie per e-mail laten weten niet over te gaan tot opschorting van de procedure.
- 3.12. Aanbesteder heeft op 27 maart 2025 inhoudelijk op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd. De Commissie heeft de klacht als 'na-kaartklacht' in behandeling genomen.

4. Wat zijn de standpunten van partijen?

Ondernemer

- 4.1. De klacht van ondernemer komt er in de kern op neer dat aanbesteder artikel 1.5 Aw 2012 heeft geschonden.

Aanbesteder

- 4.2. Aanbesteder stelt dat de klacht ongegrond is.

5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?

- 5.1. De verschillende door ondernemer en aanbesteder ingenomen standpunten en argumenten in deze klacht heeft de Commissie samengevat en zullen hieronder worden besproken.
- 5.2. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat aanbesteder artikel 1.5 Aw 2012 heeft geschonden door met betrekking tot de levering van duurzame elektriciteit meerdere opdrachten (namelijk de levering van elektriciteit en de levering van GvO's) onnodig samen te voegen en deze samengevoegde opdracht niet in percelen op te delen. Aanbesteder heeft volgens ondernemer niet deugdelijk gemotiveerd waarom hij dat niet heeft gedaan.
- 5.3. Ondernemer onderbouwt zijn klacht als volgt.

- 5.3.1. Ondernemer meent dat aanbesteder met betrekking tot de levering van duurzame elektriciteit in strijd met het clusterverbod van artikel 1.5 Aw 2012 meerdere opdrachten (namelijk de levering van elektriciteit en de levering van GvO's) onnodig heeft samengevoegd. Elektriciteit en GvO's zijn aparte producten die op geheel gescheiden markten van elkaar worden verhandeld. De relevante markten in deze opdracht zijn die van respectievelijk gasleveranciers, elektriciteitsleveranciers (zowel groen als grijs) en leveranciers van GvO's. Op de eerstgenoemde markten zijn de grotere bedrijven actief; op de laatstgenoemde markt juist de kleinere spelers.
- 5.3.2. Ondernemer meent dat aanbesteder vervolgens in strijd met het splitsingsgebod van artikel 1.5.lid 3 Aw heeft gehandeld. Aanbesteder had de samengevoegde opdracht namelijk in meerdere percelen moeten opdelen, maar heeft dit niet gedaan. Ondernemer heeft ten behoeve van de nota van inlichtingen een opdeling in drie percelen voorgesteld, te weten perceel 1: enkel (kleurloze) elektriciteit en gas; perceel 2: enkel GvO's; perceel 3: enkel groene elektriciteit (combinatie elektriciteit + GvO's) en gas. In het voorstel van ondernemer zouden de goedkoopste inschrijvingen voor perceel 1 en 2 tezamen vergeleken moeten worden met de goedkoopste inschrijving voor perceel 3 om de economisch meest voordelige inschrijving te bepalen. Aanbesteder heeft dit voorstel echter afgewezen.
- 5.3.3. Ondernemer stelt dat aanbesteder in strijd met de motiveringsverplichting van artikel 1.5 lid 2 Aw 2012 niet deugdelijk heeft gemotiveerd wáárom aanbesteder voor de levering van GvO's geen aparte opdracht of apart perceel heeft voorzien. Volgens ondernemer heeft aanbesteder in de motivering geen aandacht geschonken aan de invloed van de samenvoeging van opdrachten op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het mkb. Zelfs integendeel, meent ondernemer: volgens hem gaat de aandacht van aanbesteder vooral uit naar (het belang van) toegang tot de opdracht voor de grotere ondernemingen. Aanbesteder heeft op geen enkel moment rekening gehouden met de negatieve gevolgen van het samenvoegen c.q. niet opdelen in percelen voor het mkb. Aanbesteder geeft het mkb slechts de optie als onderaannemer of combinant in te schrijven, maar dit kan niet worden beschouwd als de door de wetgever vereiste rechtstreekse toegang, aldus ondernemer.
- 5.3.4. Bovendien gebruikt aanbesteder 'bijna uitsluitend onlogische argumenten en holle beweringen'. Ondernemer doelt hierbij, zo begrijpt de Commissie, bijvoorbeeld op de argumentatie die aanbesteder heeft aangedragen ter afwijzing van het voorstel van ondernemer de opdracht in drie percelen op te delen. Aanbesteder benoemt hierin dat een opdeling in percelen mogelijk het risico met zich meebrengt dat minder partijen aan deze opdracht zullen meedingen omdat deze partijen eerder hiertoe geneigd zijn indien zij voor de gehele opdracht in aanmerking komen. Het door ondernemer voorgestelde derde perceel is echter geheel gelijk aan de opdracht zoals deze door aanbesteder in de markt is gezet.
- 5.3.5. Verder gebruikt aanbesteder volgens ondernemer in zijn motivering 'feiten' die niet zijn aangetoond. Zo schrijft aanbesteder in de Aanvullende Nota 1 dat '[d]e kans op een groter aantal inschrijvers groter [is] indien de opdrachten worden samengevoegd, gelet op het geringe aantal leveranciers dat enkel een deel van de opdracht wenst te vervullen' (onderstreping ondernemer). Volgens ondernemer is in de eerste plaats niet aangetoond dat slechts een gering aantal leveranciers enkel een deel van de opdracht wenst te vervullen en is in de tweede plaats evenmin aangetoond dat de kans op meer inschrijvers groter is indien de opdrachten worden samengevoegd. Aanbesteder doet dan ook 'louter hypothetische en subjectieve aannames enkel ter wille van de zaak'. Verder schrijft aanbesteder in de Aanvullende Nota 1 dat '[h]et samenvoegen van de verschillende opdrachten gebruikelijk [is] in de markt' (onderstreping ondernemer), terwijl er volgens ondernemer talrijke voorbeelden zijn van soortgelijke opdrachten die in percelen zijn opgedeeld

zoals ondernemer dat heeft voorgesteld. Bovendien heeft aanbesteder in het verleden zelf een opdracht voor alleen de levering van GvO's in de markt gezet. Ook schrijft aanbesteder in de Aanvullende Nota 1 dat 'het niet-samenvoegen van de opdracht daarnaast [leidt] tot een aanzienlijke belasting van het administratieve apparaat van [aanbesteder]. In plaats van de administratie van één partij, dient mogelijk voor meerdere partijen afzonderlijk een administratie bijgehouden te worden' (onderstreping ondernemer). Volgens ondernemer kan extra administratie die komt kijken 'bij de toepassing van de wet' bezwaarlijk als geldig argument worden gebruikt om een opdracht niet in percelen op te delen. Op die manier wordt artikel 1.5 Aw 2012 uitgehold, aldus ondernemer. 'Het is geheel onlogisch en ongeloofwaardig dat het toevoegen van één extra relatie een aanzienlijke belasting van het administratieve apparaat zou inhouden, terwijl Aanbesteder anderzijds zes miljoen klantaansluitingen beheert', aldus ondernemer.

- 5.4. De reactie van aanbesteder op deze klacht, voor zover relevant, is als volgt.
 - 5.4.1. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat hij niet in strijd met artikel 1.5 Aw 2012 heeft gehandeld en onderbouwt dit als volgt.
 - 5.4.2. Aanbesteder stelt dat de door hem gegeven motivering de beslissing de levering van elektriciteit en de levering van GvO's samen te voegen en niet op te delen in percelen kan dragen. Aanbesteder is van mening dat hij acht heeft geslagen op alle aspecten van artikel 1.5 lid 1 Aw 2012.
 - 5.4.3. Wat betreft het aspect 'samenstelling van de markt en toegang voor het mkb' geeft aanbesteder aan dat uit recente aanbestedingen blijkt dat het samenvoegen van de levering van elektriciteit en GvO's gebruikelijk is in de markt. Tevens geeft aanbesteder aan dat voor hem het risico op een gering aantal inschrijvers en - als gevolg van die verslechterde mededinging - minder goede inschrijvingen te groot is. Voornamelijk grotere ondernemingen zijn actief als energieleverancier en slechts een marginaal deel bestaat uit mkb. Die belangrijke grote energieleveranciers zijn volgens aanbesteder slechts geïnteresseerd in het uitvoeren van de gehele opdracht, dus de levering van elektriciteit (en gas) én GvO's. Ze zijn, ook vanwege hun eigen duurzaamheidsbeleid, niet of aanzienlijk minder geïnteresseerd in een opdracht voor levering van grijze stroom. De samenvoeging en het niet opdelen van de opdracht in percelen leidt tot een welwillender houding van de grote energieleveranciers. Daarnaast wordt de toegang van de markt tot de opdracht niet in grote mate beperkt, aangezien de markt voornamelijk bestaat uit grotere ondernemingen. Dat ook het mkb actief is op de markt – voornamelijk in de handel van GvO's – dient niet direct te leiden tot het verbod opdrachten samen te voegen dan wel tot de verplichting de samengevoegde opdracht in percelen op te delen, aldus aanbesteder.
 - 5.4.4. Dat aanbesteder op geen enkel moment rekening heeft gehouden met de negatieve gevolgen voor het mkb van het samenvoegen c.q. niet opdelen van de opdracht in percelen, is volgens aanbesteder onjuist. Uit het feit dat combinatievorming of onderaannemerschap niet is uitgesloten, volgt dat aanbesteder wel degelijk acht heeft geslagen op de invloed van de samenvoeging op de toegang voor voldoende bedrijven uit het mkb. Aanbesteder begrijpt dat bedrijven die louter GvO's leveren hierdoor niet direct kunnen inschrijven. Zij krijgen daarentegen wel de kans om een deel van de opdracht indirect uit te voeren. Aanbesteder heeft daartegen geen noemenswaardige barrières opgenomen, aldus aanbesteder.
 - 5.4.5. Wat betreft het aspect 'organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging' geeft aanbesteder aan dat het niet-samenvoegen c.q. het opdelen van de opdracht in percelen voor hem te veel organisatorische gevolgen en risico's met zich meebrengt. De inkoop van duurzame elektriciteit vindt plaats via een uitgebreid

administratief proces. Het behelst de inkoop van daadwerkelijke elektriciteit gemeten in megawattuur (MWh) aangevuld met de inkoop van de bewijsstukken die maken dat de ingekochte MWh's bepaalde eigenschappen hebben wat betreft het productieproces, oftewel de GvO's. Bij het verbruik van een bepaalde hoeveelheid elektriciteit dient een gelijktijdige afmelding plaats te vinden van GvO's die eenzelfde hoeveelheid MWh omvat als het verbruik. Indien dit niet gelijktijdig plaatsvindt loopt aanbesteder het risico (meer) grijze stroom te verbruiken, of dat hij méér GvO's inkoop dan nodig is. Het contracteren van één partij voor de gehele opdracht is in lijn met die gelijktijdige levering en afboeken, aldus aanbesteder.

- 5.4.6. Met de stelling van ondernemer – met verwijzing naar de zes miljoen klantaansluitingen van aanbesteder – dat het geheel onlogisch en ongeloofwaardig is dat het toevoegen van één extra relatie een aanzienlijke belasting van het administratieve apparaat zou inhouden, miskent ondernemer het verschil in de inkoop en uitvoering van de kerntaak van aanbesteder – zijnde haar werkzaamheden als netbeheerder – en de inkoop van energie voor eigen gebruik. Dit betreft twee compleet verschillende situaties waarin de inkoop en uitvoering plaatsvindt bij andere afdelingen.
- 5.4.7. Wat betreft het aspect 'samenhang van de opdrachten' geeft aanbesteder kort gezegd aan dat de samenhang tussen de verschillende opdrachten vaststaat en dat dit niet wordt betwist door ondernemer.

Beoordeling Commissie

- 5.5. De Commissie zal in deze klacht de vraag moeten beantwoorden of aanbesteder voldoende heeft gemotiveerd waarom hij de opdracht niet in percelen heeft opgedeeld.
- 5.6. De Commissie is van oordeel dat de door aanbesteder aangedragen motivering voor zijn beslissing de opdracht niet in percelen op te delen, 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 onvoldoende 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 de klacht **gegrond**.
- 5.7. De Commissie onderbouwt haar oordeel als volgt. Zij betreft hierbij het toetsingskader van artikel 1.5 Aw 2012.

Artikel 1.5

- 5.8. 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:
- de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf;
 - de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer;
 - 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.'

5.9. 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 Advies 753 heeft de Commissie nogmaals haar zienswijze op een aantal onderdelen van artikel 1.5 Aw 2012 beknopt toegelicht als volgt.

Artikel 1.5 lid 1 geldt alleen voor samengevoegde opdrachten

5.10. De Commissie overweegt – gelet op de formulering van artikel 1.5 lid 1 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

5.11. De Commissie overweegt dat het splitsingsgebod geldt voor alle opdrachten, of die nu zijn samengevoegd of niet. De Commissie onderbouwt dit als volgt.

5.11.1. 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).

5.11.2. 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).

5.11.3. De Commissie kiest er daarom voor – in gevallen 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

- 5.12. 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).
- 5.13. 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).
- 5.14. 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).
- 5.15. Daarmee komt de Commissie toe aan beantwoording van de vraag of aanbesteder voldoende heeft gemotiveerd waarom hij de opdracht niet in percelen heeft opgedeeld. De Commissie heeft hierbij de volgende aanbestedingsstukken betrokken.

Aanbestedingsleidraad

- 5.16. Aanbesteder heeft de beslissing de opdracht niet in percelen op te delen in de aanbestedingsleidraad als volgt gemotiveerd.

'[...]

Hoewel de Opdracht van elektra en gas is samengevoegd, wordt de Opdracht niet verdeeld in Percelen. De Opdracht bestaat uit de onderdelen zoals in de scope is beschreven.

[Aanbesteder] heeft besloten om deze Opdrachten als 1 Opdracht aan te besteden. [Aanbesteder] wenst namelijk een zo groot mogelijke mededinging, een eerlijke prijsvorming en uniformiteit ten aanzien van de levering van gas en elektriciteit. De kans op een groter aantal inschrijvers is groter indien de Opdrachten worden samengevoegd gelet op het geringe aantal leveranciers dan enkel een deel van de Opdracht wenst in te vullen. Bovendien is voldoende samenhang tussen de verschillende Opdrachten.

[...]

Nota van inlichtingen

5.17. In de nota van inlichtingen is onder meer het volgende opgenomen:

Vraag 7: 'Wat het onderdeel duurzame elektriciteit betreft, voegt AD 2 opdrachten (producten) onnodig samen. Ook is er geen opsplitsing in aparte percelen voorzien. Dit wringt met artikel 1.5 van de AW.

Waarom splits AD de opdracht niet in 3 verschillende percelen, bestaande uit:

Perceel 1 : enkel (kleurloze) elektriciteit & gas

Perceel 2 : enkel GvOs

Perceel 3 : enkel groene elektriciteit (combinatie elektriciteit + GvOs) & gas ?

(Zie o.a. Tendered referenties 442555, 479198, 479365, etc. die dit hebben toegepast).

Op die manier kunnen zowel exclusief groene energieleveranciers alsook andere energieleveranciers en GvO leveranciers deelnemen. De goedkoopste combinatie van perceel 1 & 2 samen wordt dan vergeleken met deze van perceel 3 om de toewijzing te beslissen. Op deze manier worden de opdrachten niet onnodig samen gevoegd en is er een opdeling in percelen (tegemoetkomen aan artikel 1.5 AW).

Bovendien worden aanbidders voor perceel 1 & 2 op deze wijze niet meer uitgesloten om deel te nemen. Meer kandidaten vergroot ook de kans op een meer gunstige prijszetting.

Hierbij zijn ook de adviezen 649 & 673 van de commissie van aanbestedingsexperts relevant.'

Antwoord: 'Wij blijven bij de huidige perceelindeling; mede gelet op de motivatie zoals genoemd in de leidraad. Het is voor partijen mogelijk om als 'onderaannemer' in te schrijven met een Inschrijver. De samenvoeging van deze opdrachten berust op een weloverwogen afweging van Opdrachtgever. Deze overweging berust op hetgeen gesteld is in artikel 1.5 van de Aw2012 waarbij samenvoeging is toegestaan met in achtneming van:

- de samenstelling van de markt en de toegang van voldoende midden- en kleinbedrijven,
- de organisatorische gevolgen van samenvoeging aan opdrachtgeverszijde,
- de organisatorische gevolgen van samenvoeging aan opdrachtnemerszijde,
- de mate van samenhang tussen de opdrachten.'

Aanvullende Nota 1

5.18. In de Aanvullende Nota 1 staat:

'Beste (kandidaat) Inschrijvers,

Graag maak ik u attent op het volgende:

[Aanbesteder] heeft in par. 1.4 van de Aanbestedingsleidraad gemotiveerd waarom de opdrachten van inkoop van elektra, gas en Garanties van Oorsprong zijn samengevoegd. In deze Nota van Inlichtingen wordt uitgebreid gemotiveerd waarom [aanbesteder] de opdracht samenvoegt en niet opdeelt in percelen.

Samenstelling van de markt en toegang MKB

Het samenvoegen van de opdrachten is voor [aanbesteder] van groot belang. De markt voor deze opdracht bestaat grotendeels uit grotere ondernemingen. Die ondernemingen zijn eerder geneigd om mee te dingen met de opdracht indien zij voor de gehele opdracht in aanmerking komen. Het opsplitsen van de opdracht in percelen neemt die mogelijkheid niet weg, maar geeft wel een groot risico op het feit dat slechts één perceel aan hen gegund zal worden.

Voor [aanbesteder] is het niet-samenvoegen van de opdracht risicovol omdat dit mogelijk met zich meebrengt dat minder partijen voor deze opdracht zullen meedingen. [Aanbesteder] wenst een zo groot mogelijke mededinging, een eerlijke prijsvorming en uniformiteit ten aanzien van de levering van gas en elektriciteit, zoals ook al verwoord in par. 1.4 Aanbestedingsleidraad. De kans op een groter aantal inschrijvers is groter indien de opdrachten worden samengevoegd, gelet op het geringe aantal leveranciers dat enkel een deel van de opdracht wenst te vervullen.

Het samenvoegen van de verschillende opdrachten is gebruikelijk in de markt. Veel bedrijven laten elektriciteit en gas leveren door eenzelfde partij en – in het geval dat bedrijven daarvan gebruik maken – de inkoop van GvO's liggen in het logische verlengde daarvan.

MKB-bedrijven kunnen ook als combinant of onderaannemer meedingen naar de opdracht.

Organisatorische gevolgen en risico's voor betrokkenen

Het niet-samenvoegen van de opdracht leidt daarnaast tot een aanzienlijke belasting van het administratieve apparaat van [aanbesteder]. In plaats van de administratie van één partij, dient mogelijk voor meerdere partijen afzonderlijk een administratie bijgehouden te worden. Het leveren en afboeken van gas, elektriciteit en GvO's wenst [aanbesteder] aan de voorkant afgedekt te zien door één partij hiervoor te contracteren. Het niet-samenvoegen, dan wel het opdelen van de opdracht in percelen, brengt voor [aanbesteder] te veel organisatorische gevolgen en risico's met zich mee.

Samenhang van opdrachten

De verschillende elementen elektriciteit, gas en GvO's hangen sterk met elkaar samen. Elektriciteit en gas zijn energie(bronnen) en GvO's worden uitgegeven bij opwekking van energie en verklaren over de oorsprong ervan. Ze worden bovendien veelal tezamen aangeboden (zie ook hiervoor). Daarmee is er een voldoende mate van samenhang tussen de verschillende opdrachten.

Gelet op deze aanvullende informatie zal de inschrijvingstermijn conform wettelijke bepalingen opnieuw bepaald worden en met inachtneming daarvan zal de nieuwe inschrijvingstermijn worden vastgesteld op **maandag 17 maart 2025 om 12.00 uur**.

[...]

- 5.19. De Commissie overweegt dat uit de motivering in de aanbestedingstukken en uit de reactie van aanbesteder op de bij de Commissie ingediende klacht blijkt dat aanbesteder de aspecten genoemd in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 heeft benoemd. De Commissie is echter van oordeel dat aanbesteder de kern van het clusterverbod en splitsingsgebod niet in ogenschouw lijkt te hebben genomen.

- 5.20. Zoals de Commissie eerder in Advies 753 heeft overwogen is van belang dat uit de motivering blijkt dat aanbesteder 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 aanbesteder niet aan die verplichting voldaan. 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 aanbesteder onvoldoende 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.
- 5.21. Aanbesteder benoemt de mogelijkheid dat mkb-partijen als combinant of onderaannemer kunnen meedingen naar (een deel van) de opdracht. De Commissie vraagt zich in de eerste plaats af hoe reëel die mogelijkheid is in het licht van de stelling van aanbesteder dat de grote energieleveranciers slechts geïnteresseerd zijn in het uitvoeren van de gehele opdracht, dus de levering van elektriciteit én GvO's. In de tweede plaats is de Commissie van oordeel dat de omstandigheid dat aanbesteder de mogelijkheid benoemt dat mkb-partijen als combinant of onderaannemer kunnen meedingen naar (een deel van) de opdracht op zichzelf nog geen blijk geeft van een afweging tussen de eigen belangen en die van het mkb. Het staat potentiële inschrijvers in beginsel altijd vrij een andere partij (dus ook een mkb-partij) te betrekken bij het doen van een inschrijving. In die zin ziet de Commissie het expliciet benoemen van de mogelijkheid voor mkb-partijen een samenwerking aan te gaan met een potentiële inschrijver niet als een omstandigheid die het resultaat moet zijn van een belangenafweging.
- 5.22. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder miskend dat het niet (verder) opdelen van de opdracht in percelen zou leiden tot een benadeling van mkb-partijen. De Commissie overweegt dat bij de belangenafweging in ieder geval een realistische inschatting had moeten worden gemaakt van de invloed van het niet opdelen in percelen op de kansen van het mkb. Omdat aanbesteder niet concreet heeft onderbouwd waarom die invloed nihil zou zijn, had aanbesteder de negatieve invloed moeten onderkennen en kunnen afzetten tegen zijn eigen belangen. Volgens kon het nog steeds gerechtvaardigd zijn de opdracht niet verder op te delen in percelen. Aanbesteder lijkt een dergelijke belangenafweging echter niet te hebben gemaakt.
- 5.23. De Commissie is kortom van oordeel dat de motivering de beslissing van aanbesteder om de opdracht niet op te delen in percelen, niet kan dragen. De Commissie verklaart de klacht **gegrond**.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 23 mei 2025

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