

56. Clusterverbod en splitsingsgebod nader belicht

MR. E.L. VOS EN MR. K. ACHTIOUI

Om de kansen van het mkb bij het verkrijgen van een opdracht te vergroten, mogen aanbestedende diensten opdrachten niet onnodig samenvoegen (het clusterverbod) en moeten eenmaal samengevoegde opdrachten in beginsel worden opgedeeld in meerdere percelen (het splitsingsgebod). In de praktijk leidt de uitleg van het clusterverbod en het splitsingsgebod vaak tot discussie tussen de aanbestedende dienst en (potentiële inschrijvers). In dit artikel wordt de achtergrond van deze discussie en de consequentie voor de praktijk nader belicht.

Inleiding

Een belangrijke doelstelling van het aanbestedingsrecht is het vergroten van de kansen van het midden- en klein bedrijf (mkb) bij het verkrijgen van overheidsopdrachten. Gelet op deze doelstelling is in art. 46 Richtlijn (EU) nr. 2014/24 aan de lidstaten de bevoegdheid verleend om opdrachten te splitsen in percelen. In Nederland heeft deze bepaling in praktische zin meer betekenis gekregen. Conform art. 1.5 Aanbestedingswet 2012 (Aanbw 2012) mogen aanbestedende diensten namelijk opdrachten niet onnodig samenvoegen (het clusterverbod), en zijn aanbestedende diensten verplicht om eenmaal samengevoegde opdrachten op te delen in meerdere percelen, tenzij dat in een concreet geval niet passend is (het splitsingsgebod). In de praktijk leidt de uitleg van het clusterverbod en het splitsingsgebod vaak tot discussie tussen de aanbestedende dienst en (potentiële) inschrijvers. Met als gevolg dat verschillende overheidsrechters en de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) zich in de afgelopen jaren hebben gebogen over vragen zoals: *‘Is er sprake van één overheidsopdracht? Hoe ver reikt de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst? Moet elke opdracht worden onderverdeeld in percelen? Welk toetsingskader moet worden gehanteerd bij het splitsingsgebod?’* De adviezen van de CvAE lijken een trendbreuk: waar in eerdere jurisprudentie en adviezen over het clusterverbod en het splitsingsgebod eerst de vraag centraal stond of er überhaupt sprake is van samenvoeging van opdrachten of van één opdracht, toetst de CvAE nu direct of een opdracht in meerdere percelen dient te worden opgedeeld. Daarnaast lijken overheidsrechters en de CvAE verschillend te denken over het toetsingskader van het splitsingsgebod. De CvAE houdt veelal vast aan het toetsingskader van het clusterverbod, terwijl overheidsrechters ook ruimte zien om rekening te houden met andere belangen van de aanbestedende

dienst. Deze adviezen en uitspraken vormden voor ons de aanleiding om het clusterverbod en het splitsingsgebod nader te onderzoeken.

In dit artikel richten wij ons eerst op de algemene uitleg van het clusterverbod en het splitsingsgebod volgens de wetgever en de Gids Proportionaliteit. Vervolgens lichten wij de wijze toe waarop de samenvoeging van opdrachten dient te worden gemotiveerd en wanneer er volgens de jurisprudentie sprake is van een onnodig samengevoegde opdracht. Daarna gaan wij in op de adviezen van de CvAE en de uitspraken van overheidsrechters waarin het toetsingskader van het splitsingsgebod centraal staat. Tot slot formuleren wij een aantal vuistregels voor in de praktijk, zodat aanbestedende diensten en (potentiële) inschrijvers meer handvatten hebben wanneer een opdracht moet worden samengevoegd en onderverdeeld in percelen.

Het clusterverbod

Art. 1.5 lid 1 Aanbw 2012 ziet op het clusterverbod en houdt in dat het samenvoegen van opdrachten niet onnodig mag plaatsvinden.¹ Het clusterverbod vloeit voort uit het zogenoemde proportionaliteitsbeginsel. Art. 1.10, 1.13 en 1.16 Aanbw 2012 vereisen dat de voorwaarden en criteria in een aanbesteding proportioneel zijn² en op grond van deze bepalingen moet ook het al dan niet samenvoegen van opdrachten in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.³

¹ Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 54.

² T&C Aanbestedingsrecht 2023, commentaar op art. 1.5 Aanbestedingswet 2012, aant. 2.

³ M.J.J.M. Essers & C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Deventer: Vakmedianet 2017, p. 201.

Om te beoordelen of een aanbestedende dienst een opdracht onnodig samenvoegt en dus in strijd met het clusterverbod handelt, moet allereerst worden vastgesteld of sprake is van meerdere opdrachten. Of sprake is van één opdracht of meerdere opdrachten is niet altijd eenvoudig vast te stellen. De Aanbestedingswet 2012 geeft geen antwoord op de vraag op welke wijze beoordeeld dient te worden of sprake is van één opdracht of meerdere opdrachten. Daarnaast is de rechtspraak op dit punt niet eenduidig. Zo heeft het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in 2015 geoordeeld dat het leveren, installeren en onderhouden van multifunctionals en leveren van een aantal daarin geïntegreerde functionaliteiten zoals een betaalfaciliteit voor printen, kwalificeert als één opdracht⁴, terwijl de CvAE tot de conclusie kwam dat in voornoemd geval sprake is van twee ongelijksoortige opdrachten.⁵ Wel volgt uit de Aanbestedingswet 2012 en de jurisprudentie dat bij de vraag of een overheidsopdracht uit één of meer werken bestaat de economische en technische functie(s) van dat werk of die werken bepalend zijn.⁶ Aan dit criterium (als zodanig een economische of technische functie vervullen) komt ook betekenis toe bij de beantwoording van de vraag of sprake is van één of meer overheidsopdrachten voor leveringen of diensten.⁷

Als sprake is van meerdere opdrachten, dan dient de aanbestedende dienst de samenvoeging van deze opdrachten op basis van art. 1.5 lid 2 Aanbw 2012 in de aanbestedingsstukken te motiveren⁸ en dient daarbij in ieder geval de volgende – door de wetgever in art. 1.5 lid 1 onder a tot en met c Aanbw 2012 neergelegde – (niet-limitatieve) criteria te betrekken:

1. de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het mkb;
2. de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor zowel de aanbestedende dienst als de ondernemer; en
3. de mate van samenhang van de opdrachten.

Hierna zullen de door de wetgever bepaalde criteria nader worden uiteengezet.

1) Toegang mkb

Het eerste criterium betreft de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het mkb. Door onnodig opdrachten samen te voegen, komen kleinere bedrijven vanwege de complexiteit of omvang van de opdracht niet snel in aanmerking voor overheidsopdrachten. Een aanbestedende dienst dient derhalve bij

de afweging om opdrachten wel of niet samen te voegen, rekening te houden met de verhouding tussen het mkb en de grotere spelers in de betreffende markt.⁹ Bestaat de markt na samenvoeging van de opdrachten grotendeels uit grote bedrijven, dan leidt dat sneller tot de conclusie dat de samenvoeging in strijd is met het clusterverbod. Het samenvoegen van opdrachten zorgt er in dat geval voor dat het mkb onvoldoende kans maakt op het verwerven van de opdracht.

Indien de relevante markt na samenvoeging van de opdrachten daarentegen uit zowel mkb als grote bedrijven bestaat, dan zal het samenvoegen van opdrachten in het licht van het clusterverbod eerder toelaatbaar worden geacht. Een belangrijk instrument om inzicht te verschaffen in de samenstelling van de relevante markt is de marktconsultatie.¹⁰ Zo kan in een vroeg stadium van het inkoopproces worden onderzocht wat de verwachte verhouding zal zijn tussen het mkb en de grote bedrijven op de relevante markt en of de samenvoeging de concurrentie niet merkbaar beperkt.¹¹

**Als sprake is van één opdracht,
kan er bijgevolg geen sprake
zijn van het (onnodig) samen-
voegen van opdrachten**

Ondanks dat 'toegang van het mkb' een belangrijk criterium is, is het goed om te vermelden dat voor de toets aan het clusterverbod niet louter relevant is of het samenvoegen een beperkende werking heeft voor de toegang van het mkb. Niet alleen de belangen van het mkb, maar ook de vrijheid van de aanbestedende dienst om zelf invulling te geven aan diens inkoopbehoeften spelen een rol bij de inrichting van een aanbestedingsprocedure.¹² Zoals recentelijk verwoord in een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg, is het aanbestedingsrecht niet louter mkb-recht.¹³ Het is ook een uitgangspunt van het aanbestedingsrecht dat de aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om haar opdracht zo in te richten, dat hiermee maximaal aan haar behoeften wordt tegemoetgekomen, mits zij de in art. 1.5 lid 1 Aanbw 2012 genoemde criteria overweegt. Het clusterverbod reikt niet zó ver dat elke werking van het algemene beginsel van contractsvrijheid kan worden geëlimineerd.¹⁴ Het voorgaande laat onverlet dat het onnodig samenvoegen van opdrachten in strijd is met art. 1.5 lid 1 Aanbw 2012 en dat toegang tot overheidsaanbestedingen voor het mkb bij deze toets een rol speelt.

4 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122.

5 CvAE 23 januari 2014, advies 43, r.o. 6.1.

6 Art. 1.1 Aanbw 2012, definitie 'werk'; HvJ EG 5 oktober 2000, C-16/98 (*Vendée*) ECLI:EU:C:2000:541).

7 HvJ EU 15 maart 2012, C-574/10, ECLI:EU:C:2012:145, r.o. 41; hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, r.o. 3.12.

8 Gids Proportionaliteit, p. 21.

9 *Kamerstukken II* 2011/12, 32440, nr. 29, p. 2.

10 Gids Proportionaliteit, p. 15.

11 Gids Proportionaliteit, p. 21.

12 Hof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943, r.o. 6.20.

13 Rb. Limburg 4 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7529, r.o. 4.5.

14 Rb. Oost-Brabant 26 juli 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3593, r.o. 4.8.

2) De organisatorische gevolgen en risico's

Het tweede criterium ziet op de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van opdrachten voor de aanbestedende dienst en de ondernemer. In dit verband dienen de voordelen van samenvoeging voor de aanbestedende dienst, zoals een afname van administratieve lasten, kwaliteitswaarborging en kostenreductie, te worden afgewogen tegen de nadelen en risico's voor de ondernemer. Een mogelijk nadeel als gevolg van de samenvoeging kan gelegen zijn in de hoge organisatorische lasten die een dergelijke samenvoeging voor een ondernemer met zich brengt.

3) Samenhang van opdrachten

Het derde en tevens laatste criterium betreft de mate van samenhang tussen de verschillende opdrachten. De vraag die daarbij kan worden gesteld is of de samengevoegde opdrachten wel logischerwijs bij elkaar horen. De memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 verschaft een mooi voorbeeld van een niet logische samenvoeging van opdrachten, namelijk een opdracht tot het verrichten van schoonmaakwerkzaamheden, schilderwerk en groenvoorziening. Het samenvoegen van voornoemde opdrachten kan als een niet logische samenvoeging worden aangemerkt, nu dit deels verschillende markten betreft. Bij een logische en onverbreekelijke samenhang tussen de verschillende opdrachten, wordt de samenvoeging daarentegen wel gerechtvaardigd geacht. Hierbij dient evenwel rekening te worden gehouden met de omvang van de opdracht, namelijk dat deze niet dusdanig groot wordt dat slechts een beperkt deel van de markt, te weten alleen de grote bedrijven, toegang tot de opdracht heeft.¹⁵

Het splitsingsgebod

Naast het clusterverbod, bevat art. 1.5 lid 3 Aanbw 2012 het splitsingsgebod. Volgens dit gebod is het uitgangspunt van de wet dat een (geclusterde) opdracht wordt opgedeeld in meerdere percelen, tenzij de aanbestedende dienst dat in een concreet geval niet passend acht. In dat geval, dient de aanbestedende dienst deze keuze te motiveren in de aanbestedingsstukken.¹⁶ Het begrip 'percelen' houdt in dat een alomvattende opdracht – binnen de regels van het aanbestedingsrecht – wordt onderverdeeld in kleinere (deel)opdrachten, waarbij door inschrijvers per afzonderlijk perceel een inschrijving kan worden gedaan.¹⁷ Relevant zijspoor is dat het onderverdelen in percelen – ten onrechte – nog wel eens door elkaar wordt gehaald met het splitsingsverbod van art. 2.14 Aanbw 2012, het ongeoorloofd splitsen van een opdracht met als doel om

de geraamde waarde ervan onder de toepasselijke drempelwaarde te laten uitkomen.¹⁸ Relevant verschil tussen deze begrippen is dat de omvang van de opdracht bij een opdracht onderverdeeld in percelen (anders dan bij afzonderlijke opdrachten) moet worden bepaald door de waarde van de verschillende percelen bij elkaar op te tellen.¹⁹ Een opdracht opdelen in meerdere percelen kan derhalve niet worden 'misbruikt' om onder een aanbestedingsplicht uit te komen. Zodoende kan er geen strijd zijn tussen het splitsingsgebod en het splitsingsverbod.

Het splitsingsgebod heeft tot doel dat (ook) kleinere ondernemingen rechtstreeks mee kunnen dingen naar een deel van de opdracht

Terug naar het splitsingsgebod. Het splitsingsgebod vloeit – net zoals het clusterverbod – voort uit het proportionaliteitsbeginsel. Het risico van disproportionaliteit schuilt met name in het op de markt zetten van een zeer omvangrijke opdracht die hetzij niet opgedeeld is in percelen, dan wel in zéér grote percelen, waardoor een belangrijk deel van de markt niet kan meedingen. Dit is noch in het belang van het bedrijfsleven, in het bijzonder het mkb, noch in het belang van de aanbestedende dienst (marktinperking). Er dient derhalve sprake te zijn van een goed evenwicht.²⁰

Anders dan bij het clusterverbod, dat uitsluitend een Nederlandse regeling betreft, heeft de Europese wetgever er wel voor gekozen het splitsingsgebod op te nemen in art. 46 Richtlijn (EU) nr. 2014/24. Volgens dit artikel hebben aanbestedende diensten de keuze om opdrachten op te delen in percelen. In Nederland heeft deze regeling in praktische zin meer betekenis gekregen, door de vrijblijvende keuze voor percelen weg te nemen en aanbestedende diensten in beginsel verplicht te stellen een samengevoegde opdracht op te splitsen: het splitsingsgebod. De reden voor de Nederlandse wetgever om het splitsingsgebod op te nemen in de Aanbestedingswet 2012 is – net zoals bij het clusterverbod – gerelateerd aan de toegang tot de opdracht voor het mkb. De aanbestedende dienst zal (ook) kleinere ondernemingen in de gelegenheid moeten stellen om rechtstreeks mee te dingen naar een deel van de opdracht. Het opdelen van een grote opdracht in percelen, draagt daar (in beginsel) aan bij. Wederom moet worden opgemerkt dat de aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om een opdracht zo in te richten dat hiermee maximaal aan haar

¹⁵ Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 29, p. 2.

¹⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32440, nr. 17.

¹⁷ Gids Proportionaliteit 2022, par. 3.3.2, p. 23; T&C Aanbestedingsrecht 2023, commentaar op art. 2.18 Aanbw 2012, aant. 1.

¹⁸ Gids Proportionaliteit 2022, par. 3.3.2, p. 23. Zie in dat verband ook de enigszins verwarrende toevoeging in T&C Aanbestedingsrecht 2023 bij art. 1.5 lid 3 Aw 2012: 'het is overigens niet toegestaan een opdracht op te splitsen in delen met het oogmerk onder de verplichting tot Europees aanbesteden uit te komen (art. 2.14 Aw 2012).'

¹⁹ Art. 2.18 Aanbw 2012; T&C Aanbestedingsrecht 2023, commentaar op art. 2.18 Aanbestedingswet 2012, aant. 2.

²⁰ Gids Proportionaliteit 2022, par. 3.3.2, p. 24 en 25; T&C Aanbestedingsrecht 2023, commentaar op art. 1.5 Aanbw 2012, aant. 7.

behoefden wordt tegemoetgekomen, mits zij overweegt of het zinvol is opdrachten in percelen te verdelen.²¹

De voordelen van het opdelen van een opdracht in percelen voor de aanbestedende dienst moeten niet onbenoemd blijven. Volgens de Gids Proportionaliteit verhoogt het opdelen in percelen de marktwerking nu meer ondernemingen gelegenheid tot deelname krijgen. De aanbestedende dienst beperkt nog steeds zijn transactiekosten (in de voorbereiding) omdat sprake is van één aanbesteding, maar kan door betere marktwerking tegen concurrerende prijzen inkopen. Dit levert een voordeel op voor het mkb, omdat de mogelijkheden voor het mkb als gevolg hiervan worden vergroot.²² Ook is het raadzaam een opdracht op te delen in percelen, wanneer de opdracht verschillende expertises vereist die veelal niet in één onderneming verenigd zijn of kan het een bewuste strategie zijn van een aanbestedende dienst om in een bepaald marktsegment niet van één onderneming afhankelijk te worden.²³ Ook dit levert een voordeel op voor het mkb, namelijk dat het mkb eerder in aanmerking komt voor de opdracht.

Motiveringsplicht clusterverbod

Zoals gezegd is de eerste stap voor het clusterverbod beoordelen of sprake is van één opdracht. Als tot de conclusie wordt gekomen dat er sprake is van één opdracht, wordt namelijk niet meer getoetst aan het clusterverbod.²⁴

Indien sprake is van samenvoeging van opdrachten, dan is de tweede stap acht slaan op de genoemde criteria van art. 1.5 lid 1 Aanbw 2012. Blijft de aanbestedende dienst van mening dat samenvoeging noodzakelijk is, dan moet de aanbestedende dienst dit op grond van art. 1.5 lid 2 Aanbw 2012 in de aanbestedingsstukken motiveren. De onderbouwing van de beslissing om opdrachten samen te voegen, dient de aanbestedende dienst in een zo vroeg mogelijk stadium van de aanbestedingsprocedure te verstrekken. In een niet-openbare aanbestedingsprocedure betekent dit dat de motivering om opdrachten samen te voegen in de selectieleidraad moet worden onderbouwd. Laat de aanbestedende dienst dit na, dan kan hij dit nog in de nota van inlichtingen corrigeren, meer in het bijzonder vóór de datum waarop marktpartijen zich als gegadigden aanmelden. De wetgever heeft met de wijziging van de Aanbestedingswet immers verduidelijkt dat nota's van inlichtingen ook deel uitmaken van de aanbestedingsstukken.²⁵ In een openbare aanbestedingsprocedure zal de aanbestedende dienst de motivering in de inschrijvingsleidraad moeten opnemen. Ook hier geldt dat indien de aanbestedende dienst dit nalaat, hij de gelegenheid krijgt om dit in de nota van inlichtingen te corri-

geren, maar wel vóór de datum waarop de inschrijvingen moeten worden ingediend.²⁶

Wij leiden uit de jurisprudentie af dat aanbestedende diensten zich niet altijd houden aan de termijnen waarbinnen zij de samenvoeging van opdrachten dienen te motiveren. Tevens volgt uit uitspraken van onder meer de rechtbank Limburg en de rechtbank Gelderland dat aanbestedende diensten de gelegenheid wordt geboden om de samenvoeging van opdrachten ook nog in de gerechtelijke procedure te motiveren, bijvoorbeeld tijdens de mondelinge behandeling.²⁷ Daarnaast heeft de rechtbank Den Haag onlangs geoordeeld dat het niet alleen aankomt op de motivering in de aanbestedingsstukken, maar ook op hetgeen een aanbestedende dienst in de kortgedingprocedure in aanvulling daarop naar voren brengt.²⁸ Wij zijn van mening dat een motivering die voor het eerst tijdens een mondelinge behandeling wordt gegeven niet overeenstemt met de verplichting van art. 1.5 lid 2 Aanbw 2012, namelijk dat de keuze om opdrachten samen te voegen in de aanbestedingsstukken moet worden gemotiveerd. Indien de aanmeldings- of inschrijvingstermijn reeds is verstreken, kan de aanbestedende dienst een motiveringsgebrek niet meer door middel van een Nota van Inlichtingen repareten. De CvAE adviseert in ieder geval dat de aanbestedende dienst op andere wijze alsnog voldoende bekendheid geeft aan een (dragende) motivering voor de beslissing om de verschillende opdrachten samen te voegen of zijn beslissing om een (samengevoegde) opdracht niet in percelen op te delen.²⁹ Of het achteraf kenbaar maken van de motivering voldoende is om heraanbesteding te voorkomen, is nog niet in de jurisprudentie bepaald. De uitkomst zal naar verwachting afhangen van de inhoudelijke beoordeling van de motivering.

Onnodig samenvoegen volgens jurisprudentie en adviezen CvAE

Of een opdracht (onnodig) is samengevoegd is geen juridische, maar een feitelijke vraag, zo volgt uit de jurisprudentie en diverse adviezen van de CvAE.³⁰

De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag heeft zich in een uitspraak van 9 maart 2023 uitgelaten over de vraag of een aanbestedende dienst tolkopdrachten ten behoeve van de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI) en Reclassering Nederland (RN) in strijd met art. 1.5 lid 1 Aanbw 2012 onnodig heeft samengevoegd. Het kort geding werd in deze zaak aangespannen door een ondernemer die tot het mkb behoort en die van mening was dat

21 Rb. Limburg 4 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7529, r.o. 4.5.

22 Gids Proportionaliteit 2022, par. 3.3.2, p. 24 en 25.

23 Gids Proportionaliteit 2022, par. 3.3.2, p. 23.

24 Hof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943; hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122.

25 Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr. 3, p. 22.

26 CvAE 28 februari 2018, advies 450, overwegingen 6.5.3 t/m 6.5.5.

27 Rb. Limburg 4 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7529, r.o. 4.6; rb. Gelderland 26 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5357, r.o. 4.3-4.4.

28 Rb. Den Haag 9 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:3796, r.o. 4.3.

29 CvAE 28 februari 2018, advies 450, overweging 6.5.5.

30 Rb. Limburg 4 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7529; CvAE 20 oktober 2021, advies 649, overweging 4.5.2; CvAE 28 april 2016, advies 345, overweging 5.3.

de motivering van de aanbestedende dienst geen objectieve, proportionele en voldoende duidelijke gronden gaf voor samenvoeging van de opdrachten. Volgens de ondernemer wegen de voordelen van de samenvoeging niet op tegen de nadelige effecten: er zou bij het samenvoegen onvoldoende acht zijn 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 mkb. De samenvoeging van de opdrachten heeft volgens de ondernemer onmiskenbaar nadelige invloed gehad op de toegang tot de opdracht voor mkb-ondernemers doordat het aantal partijen dat voor gunning in aanmerking komt hierdoor is afgenomen.

De voorzieningenrechter gaat hier niet in mee. De aanbestedende dienst heeft ten aanzien van het eerste criterium (toegang mkb) voldoende gemotiveerd dat het aantal ondernemers dat op tolkopdrachten inschrijft de afgelopen jaren is toegenomen en dat een ruim aantal ondernemers op de onderhavige opdracht kan inschrijven. Dit betekent dat het enkele feit dat de ondernemer niet zelfstandig voor gunning in aanmerking kan komen, niet de conclusie kan rechtvaardigen dat sprake is van nadelige invloed op de toegang tot de opdracht voor mkb-ondernemers.

Ook de motivering ten aanzien van het tweede criterium (organisatorische gevolgen en risico's samenvoeging) kan volgens de voorzieningenrechter voldoende worden gedragen. De aanbestedende dienst heeft voldoende gemotiveerd dat sprake is van een intensieve ketensamenwerking tussen DJI en RN in het kader van tolkdienstverlening ten behoeve van één doelgroep, te weten (ex-)gedetineerden, waardoor samenvoeging noodzakelijk is. In de gegeven motivering is tevens oog voor de efficiency-voordelen die samenvoeging oplevert voor zowel de aanbestedende dienst als de ondernemer. De samenvoeging brengt met zich dat van de ondernemer minder inspanningen worden gevergd op het gebied van contractmanagement en in dat verband behoeven dus minder kosten door hem te worden gemaakt. Dit komt volgens DJI en RN de efficiëntie van de bedrijfsvoering en de dienstverlening van de ondernemer ten goede.

Wat betreft het laatste criterium (samenhang van opdrachten) oordeelt de voorzieningenrechter dat DJI en RN in hun motivering ook acht hebben geslagen op de mate van samenhang van de opdrachten en dat de ondernemer daartegen geen afzonderlijke bezwaren heeft aangevoerd. De voorzieningenrechter komt derhalve tot het oordeel dat geen sprake is van een schending van art. 1.5 Aanbw 2012.

Ook de CvAE heeft zich in verschillende adviezen uitgesproken over het samenvoegen van opdrachten. Uit deze adviezen volgt dat aanbestedende diensten de samenvoeging van opdrachten uitgebreid dienen te motiveren. Deze uitgebreide motiveringsplicht bestaat er volgens de CvAE uit dat alle drie niet-limitatieve criteria in art. 1.5 lid 1 Aanbw 2012 in acht moeten worden genomen. Laat de aanbestedende dienst in zijn motivering één van de drie

voornoemde criteria buiten beschouwing, dan leidt dit tot de conclusie dat de aanbestedende dienst de op hem rustende motiveringsplicht schendt. De CvAE toetst dus in feite strenger dan de overheidsrechters.³¹

Zo blijkt uit advies 673 van de CvAE dat niet aan de motiveringsplicht werd voldaan, omdat de aanbestedende dienst geen acht had geslagen op de organisatorische gevolgen en risico's voor de ondernemer.³² In voornoemde zaak ging het om een aanbestedende dienst die een Europees openbare procedure had aangekondigd voor een overheidsopdracht voor het leveren van duurzame elektriciteit én het verstrekken van zogenaamde Nederlandse Wind/Zon garanties van oorsprong (GvO's).³³ De aanbestedende dienst meende dat er geen sprake was van een onnodige samenvoeging in de zin van art. 1.5 lid 1 Aanbw 2012.

De CvAE toetst dus in feite strenger dan de overheidsrechters

De CvAE komt in voornoemd advies tot de conclusie dat de aanbestedende dienst niet op alle aspecten zoals genoemd in art. 1.5 lid 1 Aanbw 2012 acht heeft geslagen, meer in het bijzonder de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging voor de ondernemer. Uit de gegeven motivering blijkt dat slechts rekening is gehouden met de doelen en gevolgen van de samenvoeging aan de zijde van de aanbestedende dienst. Nu de aanbestedende dienst de organisatorische gevolgen en risico's aan de zijde van de ondernemer niet heeft meegewogen, wordt daarmee voorbijgegaan aan de gerechtvaardigde belangen van de ondernemer.³⁴ De CvAE acht de klacht van de ondernemer daarom gegrond.³⁵

De CvAE komt in een ander advies tot een vergelijkbaar oordeel.³⁶ In deze zaak heeft de aanbestedende dienst ten behoeve van twee organisaties een Europees openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor twee raamovereenkomsten die zien op de levering van tolkdienstverlening. Ook in deze zaak komt de CvAE tot de conclusie dat de verstrekte motivering voor de samenvoeging van de opdrachten ontoereikend is, omdat de aanbestedende dienst de organisatorische gevolgen en risico's voor de ondernemer onvoldoende in zijn motivering heeft betrokken. De aanbestedende dienst heeft in diens motivering nog wel opgenomen dat de samenvoeging van opdrachten een efficiëntievoordeel oplevert voor de ondernemer, maar dit levert volgens de CvAE een voordeel op dat in de regel altijd zal kunnen worden gerealiseerd, en (het in de moti-

31 Zie o.a. rb. Oost-Brabant 26 juli 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3593 en rb. Midden-Nederland 4 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5901.

32 CvAE 23 december 2022, advies 673.

33 Een Garantie van Oorsprong is een digitaal certificaat waarmee wordt bewezen dat stroom op een duurzame wijze is opgewekt.

34 CvAE 23 december 2022, advies 673, overwegingen 4.14 t/m 4.14.2.

35 CvAE 23 december 2022, advies 673, overweging 4.16.

36 CvAE 8 november 2022, advies 680.

vering van de samenvoeging verwijzen naar) dat voordeel maakt op zichzelf nog niet dat voldoende acht is geslagen op ‘de organisatorische gevolgen en risico’s van de samenvoeging van de opdracht voor de ondernemer’. De CvAE komt op grond daarvan tot de conclusie dat de aanbestedende dienst onvoldoende acht heeft geslagen op de organisatorische gevolgen en risico’s voor de ondernemer.³⁷

Tenzij hij dit niet passend acht

Enkel acht slaan op het clusterverbod is onvoldoende, indien een aanbestedende dienst een samengevoegde opdracht niet onderverdeelt in percelen. Zoals gezegd zal een aanbestedende dienst conform het splitsingsgebod van art. 1.5 lid 3 Aanbw 2012 een samengevoegde opdracht moeten splitsen in percelen, tenzij hij dit niet passend acht. Hoewel deze regeling op het eerste gezicht duidelijk lijkt, wordt in de jurisprudentie het splitsingsgebod – net zoals het clusterverbod – verschillend uitgelegd.

Het meest opvallend is de weg die de CvAE is ingeslagen. Recentelijk werd in twee adviezen door de CvAE getoetst aan het splitsingsgebod, onafhankelijk of sprake was van (onnodig) samengevoegde opdrachten.³⁸ In beide adviezen zag de klacht op schending van het clusterverbod en splitsingsgebod. In plaats van eerst te onderzoeken of sprake was van een (onnodig) samengevoegde opdracht, begon de CvAE bij het splitsingsgebod, meer in het bijzonder of de motivering van de aanbestedende dienst de beslissing om geen gevolg te geven aan het splitsingsgebod voldoende kan dragen. De CvAE overwoog dat ‘[v]oor een beoordeling van een eventuele schending van dat gebod immers niet [is] vereist dat sprake is van een opdracht die kwalificeert als een samenvoeging van twee of meer opdrachten (vgl. Advies 345, overweging 5.3).’³⁹ De CvAE lijkt derhalve (thans) van mening dat het splitsingsgebod voor alle opdrachten geldt, omdat het in de regel feitelijk altijd mogelijk zal zijn een opdracht in percelen te verdelen.⁴⁰ Niet alleen is deze overweging een kentering ten opzichte van andere jurisprudentie⁴¹, de uitleg lijkt ook niet in lijn met de wetsgeschiedenis en de Gids Proportionaliteit. Uit beide volgt namelijk dat een *geclusterde* opdracht moet worden verdeeld in percelen. Ook lijkt de uitleg van de CvAE niet in lijn met de wetssystematiek. Immers, het splitsingsgebod (art. 1.5 lid 3 Aanbw 2012) is opgenomen na het clusterverbod (art. 1.5 lid 1 Aanbw 2012) en daarmee lijkt te zijn bedoeld dat een

samengevoegde opdracht moet worden opgedeeld in percelen.⁴²

In de literatuur zijn de voornoemde adviezen van de CvAE meermaals bekritiseerd.⁴³ Naar onze mening terecht. Een juridische onderbouwing waarom ook moet worden getoetst aan het splitsingsgebod indien geen sprake is van een samengevoegde opdracht, ontbreekt namelijk. Waarom de CvAE er toch voor kiest eerst te oordelen of een opdracht (onafhankelijk van samenvoeging of niet) moet worden opgesplitst, blijft onduidelijk. Dit zou wellicht kunnen liggen aan de moeilijkheid om feitelijk vast te stellen of een opdracht (onnodig) is samengevoegd.⁴⁴ Wellicht terecht, gezien de uitspraken van de voorzieningenrechtters van de rechtbank Limburg⁴⁵ en Oost-Brabant,⁴⁶ waarin wordt erkend dat vanuit het perspectief van de rechter bezien toepassing van art. 1.5 Aanbw 2012 lastig is en rekbare begrippen zoals ‘niet onnodig samenvoegen’ en ‘acht slaan op’ geen stellig antwoord op de vraag geven welke uitkomst de feiten en omstandigheden van het geval moeten leiden.⁴⁷ Deze moeilijkheid zou echter geen afbreuk mogen doen aan de bedoeling van de (Europese en Nederlandse) wetgever met het splitsingsgebod en de uitleg van de Gids Proportionaliteit. De rechter behoort vanzelfsprekend de wet te volgen en acht te slaan op de strekking van art. 1.5 Aanbw 2012. Wat ons betreft volgt uit deze strekking voldoende duidelijk dat het splitsingsgebod enkel van toepassing is op samengevoegde opdrachten.

Naast dat een trendbreuk in voornoemde adviezen van de CvAE opvalt, blijkt dat overheidsrechtters en de CvAE verschillend denken over het toetsingskader van het splitsingsgebod en in het bijzonder waar de motivering om een opdracht niet onder te verdelen in percelen aan moet voldoen. Zoals gezegd kan een aanbestedende dienst afzien van het splitsingsgebod, indien hij dit niet passend acht. Art. 1.5 lid 3 Aanbw 2012 maakt niet duidelijk op welke aspecten een aanbestedende dienst in diens motivering acht moet slaan bij de beantwoording van de vraag waarom hij opdeling van een opdracht in meerdere percelen niet passend acht. Uit de toelichting op het amendement dat ten grondslag ligt aan de genoemde bepaling blijkt weliswaar dat de ratio van het splitsingsgebod is gelegen in de wens van de wetgever ‘om de toegang van voldoende bedrijven te waarborgen’, maar die toelichting beperkt zich tot de opmerking dat ‘niet passend’ gelijkstaat aan ‘niet mogelijk’ en laat verder in het midden wat de hiervoor bedoelde

37 CvAE 8 november 2022, advies 680, overwegingen 4.4.11 t/m 4.4.13.

38 CvAE 20 oktober 2021, advies 649, m.nt. Bax & Brackmann; CvAE 4 juni 2021, advies 634, m.nt. Bax & Brackmann.

39 CvAE 20 oktober 2021, advies 649, m.nt. Bax & Brackmann, overweging 4.5.3.

40 CvAE 28 april 2016, advies 345, overweging 5.3.

41 Zie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, m.nt. Chen; zie ook CvAE 2 juni 2020, advies 571, waarin eerst is getoetst aan ‘onnodige samenvoeging’ en vervolgens aan het splitsingsgebod.

42 Zie bijv. ook *T&C Aanbestedingsrecht* 2023, commentaar op art. 1.5 Aanbw 2012, aant. 7.

43 Zie bijv. rb. Limburg 4 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7529, m.nt. Zeelenberg; CvAE 20 oktober 2021, advies 649, m.n. Bax & Brackmann; CvAE 4 juni 2021, advies 634, m.nt. Bax & Brackmann.

44 Zie bijv. CvAE 4 juni 2021, advies 634, m.nt. Bax & Brackmann; CvAE 20 oktober 2021, advies 649, m.nt. Bax & Brackmann.

45 Rb. Limburg 4 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7529, m.nt. Zeelenberg.

46 Rb. Oost-Brabant 26 juli 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3593.

47 Zie in dat verband ook de kritische noot bij CvAE 4 juni 2021, advies 634, m.nt. Bax & Brackmann.

aspecten zouden kunnen zijn. Een leemte wat ons betreft, waardoor de vraag hoe deze open norm moet worden ingevuld, verschillend wordt uitgelegd in de jurisprudentie. De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland heeft recentelijk nog concreet getoetst of de aanbestedende dienst voldoende heeft gemotiveerd waarom hij een samengevoegde opdracht niet heeft opgedeeld in percelen.⁴⁸ De voorzieningenrechter maakte op uit de offerteaanvraag en algemene meldingen dat de aanbestedende dienst op grond van organisatorische redenen en doelmatigheid de opdrachten heeft willen samenvoegen en niet heeft willen opdelen in percelen. De aanbestedende dienst zou tijdens een marktconsultatie hebben getoetst of de markt de door haar gewenste integrale opdracht al dan niet in combinatie en/of met samenwerking van onderaannemers kan invullen, en uit die marktconsultatie is gekomen dat dit mogelijk was. Voor de voorzieningenrechter was dat voldoende om te concluderen dat de motivering om de opdracht niet op te delen in percelen redelijk is.

De CvAE lijkt (wederom) een ander toetsingskader te hanteren. Een deugdelijke motivering van de beslissing om in een geval als het onderhavige het opdelen van een (samengevoegde) opdracht ‘niet passend’ te achten, zal gebaseerd moeten zijn op een afweging van de met die opdeling gemoeide belangen van de aanbestedende dienst enerzijds en het belang van voldoende toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het mkb anderzijds, aldus de CvAE.⁴⁹ Concreet toetst de CvAE de motivering van de perceelindeling aan de drie criteria van het clusterverbod.⁵⁰ Opvallend, aangezien in de literatuur veelal wordt aangenomen dat de vraag of het passend is de opdracht niet in percelen te verdelen een andere vraag is dan de vraag of een samenvoeging onnodig is.⁵¹

De toetsingskaders van het clusterverbod en het splitsingsgebood hoeven niet gelijk te lopen

Bijgevolg hoeven de toetsingskaders van het clusterverbod en het splitsingsgebood niet gelijk te lopen. Meer in het bijzonder niet nu in de wet geen criteria zijn opgenomen voor de motivering van afwijking van het splitsingsgebood (art. 1.5 lid 3 Aanbw 2012), maar wel voor het clusterverbod (art. 1.5 lid 1 Aanbw 2012). Ook volgt noch uit de wet(sgeschiedenis) noch uit de Gids Proportionaliteit dat sprake is van onnodige samenvoeging, indien een opdracht niet in percelen is opgedeeld.

Uit een recente uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag⁵² volgt eenzelfde toetsingskader, maar dit oordeel is gebaseerd op een *contra legem*-redenering. De voorzieningenrechter verwacht in deze uitspraak namelijk het ‘clusterverbod’ van art. 1.5 lid 1 Aanbw 2012 met het ‘percelengebod’ van art. 1.5 lid 3 Aanbw 2012 en vereenzelvigt vervolgens de toetsingskaders. Naar onze mening blijft een (strikte) scheiding van het clusterverbod en het splitsingsgebood – en de behorende toetsingskaders – juist.

Daarnaast valt op dat de CvAE tijdens de beoordeling zwaar tilt aan het eerste aspect (de samenstelling van de relevante markt) en welke invloed de perceelindeling heeft voor de mogelijkheden van het mkb.⁵³ In het licht van de eerder genoemde uitspraken van de voorzieningenrechters van de rechtbank Limburg⁵⁴ en Oost-Brabant⁵⁵ kan de vraag gesteld worden of deze beoordeling (helemaal) juist is. Het is immers ook een uitgangspunt van het aanbestedingsrecht dat de aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om zijn opdracht zo in te richten, dat hiermee maximaal aan zijn behoeften wordt tegemoetgekomen.⁵⁶ De aanbestedende dienst overweegt of het passend is de opdracht onder te verdelen in percelen en deze overweging hangt niet louter af van het mkb. Hij mag dat afstemmen op zijn eigen inkoopbehoefte.

De motivering van de afwijking van het splitsingsgebood kan derhalve worden gezien als de keerzijde van dezelfde medaille, maar voor de overheidsrechter lijkt het niet noodzakelijk dat de motivering aan dezelfde vereisten voldoet en zeker niet dat deze motivering alleen draait om het mkb.

Vuistregels voor de praktijk

- De eerste stap om te beoordelen of sprake is van een strijdigheid met het clusterverbod of splitsingsgebood ziet op de vraag of sprake is van één opdracht. Wordt deze vraag bevestigend beantwoord, dan wordt niet meer getoetst aan het clusterverbod of het splitsingsgebood. De CvAE ziet dit tegenwoordig anders en toetst ook aan het splitsingsgebood als er geen sprake is van een samengevoegde opdracht. Zou deze lijn worden gevolgd, dan moeten aanbestedende diensten altijd toelichten in de aanbestedingsstukken waarom een opdracht niet wordt onderverdeeld in percelen.
- Een aanbestedende dienst dient in zijn motivering om opdrachten samen te voegen de criteria in art. 1.5 lid 1

48 Rb. Midden Nederland 12 januari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:66, r.o. 4.13.2, 4.13.4 en 4.13.5.

49 CvAE 1 oktober 2020, advies 530.

50 CvAE 1 oktober 2020, advies 530; CvAE 2 juni 2020, advies 571; CvAE 28 februari 2018, advies 450; CvAE 28 april 2016, advies 345.

51 CvAE 20 oktober 2021, nr. 649, m.nt. Bax & Brackmann; A. Stellingwerff Beintema, ‘Het clusterverbod een wassen neus?’, «JAAN» 2018/907.

52 Rb. Den Haag 23 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12718, r.o. 4.26.

53 CvAE 4 juni 2021, advies 634, m.nt. Bax & Brackmann; CvAE 20 oktober 2021, advies 649, m.nt. Bax & Brackmann.

54 Rb. Limburg 4 oktober 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:7529, m.nt. Zeelenberg, r.o. 4.5.

55 Rb. Oost-Brabant 26 juli 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3593.

56 Zie o.a. rb. Den Haag 13 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:2188, hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, «JAAN» 2015/35, m.nt. Chen, en rb. Midden-Nederland 4 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5901, «JAAN» 2020/35, m.nt. Van den Beuken.

Aanbw 2012 te betrekken. Het is vooral de CvAE die er streng op toeziet dat de aanbestedende dienst genoemde criteria in acht neemt.

- Alhoewel art. 1.5 lid 2 Aanbw 2012 bepaalt dat de samenvoeging van opdrachten in de aanbestedingsstukken moet worden gemotiveerd, zien wij dat met name de overheidsrechters aanbestedende diensten de mogelijkheid bieden om in gerechtelijke procedures ter onderbouwing van de samenvoeging een nadere motivering naar voren te brengen. Gelet op de adviezen van de CvAE raden wij toch aan om de beslissing om opdrachten samen te voegen in een zo vroeg mogelijk stadium in de aanbestedingsprocedure te motiveren.
- Naar onze mening zal een aanbestedende dienst er in ieder geval goed aan doen apart – dus los van de motivering van samenvoegen – in de aanbestedingsstukken te benoemen waarom de opdracht niet is onderverdeeld

in percelen. Hoewel de CvAE meent dat de motivering van de afwijking van het splitsingsgebod moet voldoen aan de motiveringsvereisten van het clusterverbod, kunnen volgens overheidsrechters ook andere criteria een rol spelen.

Dit artikel is afgesloten op 30 augustus 2023.

Over de auteurs

Mr. E.L. (Elise) Vos

Als advocaat werkzaam binnen de praktijkgroep Real Estate & Construction van CMS.

Mr. K. (Karim) Achtioui

Als advocaat werkzaam binnen de praktijkgroep Real Estate & Construction van CMS.