

Het clusterverbod een wassen neus?

Met de invoering van de Aw 2012 deed het zogenaamde clusterverbod (art. 1.5 lid 1 Aw 2012) zijn intrede in het aanbestedingsrecht. Met de invoering van dit verbod hoopte de wetgever¹ onnodig clusteren (samenvoegen) van overheidsopdrachten te voorkomen en de kansen van MKB-partijen op overheidsopdrachten te vergroten.²

In de actieagenda Beter Aanbesteden is een actie opgenomen die zich richt op de problematiek van het clusteren van opdrachten, nu dit ondanks het clusterverbod nog veelvuldig voorkomt. De werkgroep die is ingesteld om dit te onderzoeken constateert dat er veel onduidelijkheid is rond het clusterverbod en vooral de toepassing van alle hierbij van belang zijnde criteria en mogelijk zelfs (deels) onbekendheid hiermee. De werkgroep doet een aantal aanbevelingen die met name tot doel heeft om verduidelijking te geven.³

De nationale jurisprudentie en de adviezen van de CvAE overziend vraag ik mij evenwel ten zeerste af of verduidelijking van het clusterverbod leidt tot minder clusteren.

Allereerst blijkt uit de jurisprudentie dat enkel MKB-ondernemingen een beroep kunnen doen op het clusterverbod. Oftewel: bestaat de markt enkel uit niet-MKB-inschrijvers, dan kan er kennelijk naar hartenlust geclusterd worden.⁴

Daarnaast is het de vraag of MKB-ondernemingen het geld ervoor over hebben om een kort geding aan te spannen tegen een in hun ogen onnodige clustering. Een 'kans op de opdracht' is immers het maximaal haalbare. En de kans op die kans is daarnaast ook nog eens klein, getuige de recente uitspraak van de Rechtbank te Oost-Brabant.⁵ In die zaak ging het om een opdracht met betrekking tot 'Onderhoud en Beheer Openbare verlichting en Verkeersregelinstallaties Helmond 2018-2010'. Onderdeel van de aanbesteding is het verhalen van schade aan de openbare verlichting of verkeerregelinstallaties als gevolg van aanrijdingen, vandalisme of anderszins. NODR is gespecialiseerd in het verhalen van schade aan objecten in de buitenruimte. Zij kan niet zelfstandig inschrijven op de aanbesteding en vordert daarom de opdrachten opnieuw aan te besteden in een aparte aanbesteding of perceel. De Rechtbank te Oost-Brabant oordeelt dat geen sprake is van strijd met het clusterverbod en wijst de vorderingen af. Uit deze uitspraak blijkt opnieuw dat de rechter (en zo ook de CvAE) al snel tot het oordeel komt dat geen sprake is van strijd met het clusterverbod.

Een aanbesteder handelt pas in strijd met het clusterverbod als voldaan wordt aan twee cumulatieve voorwaarden:

1. Er is sprake van twee (of meer) afzonderlijke opdrachten die zijn samengevoegd; én
2. De uitvoering van de in het clusterverbod opgenomen instructie om acht te slaan op de drie in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 genoemde aspecten levert een resultaat op dat de beslissing tot samenvoeging niet kan dragen (in dat geval is sprake van onnodig samenvoegen).

1 De uiteindelijke tekst van artikel 1.5 is tot stand gekomen naar aanleiding van amendement 47, TK 2011/12, 32440, 47.

2 TK 2011/12, 32440, 47.

3 TK 2017/18, 34353, 8, p. 2.

4 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943; V zr. Rb. Den Haag, 26 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4955; V zr. Rb. Amsterdam, 10 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4094; V zr. Rb. Amsterdam, 4 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2737.

5 V zr. Rb. Oost-Brabant, 26 juli 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3593.

Voorwaarde 1: Eén opdracht of meerdere opdrachten?

Allereerst is van belang om te onderkennen dat er vier typen van clustering kunnen worden onderscheiden:⁶

1. Gelijksortige opdrachten binnen één aanbesteder;
2. Gelijksortige opdrachten door verschillende aanbesteders;
3. Ongelijksortige opdrachten volgtijdelijk;
4. Ongelijksortige opdrachten tegelijkertijd.

Of sprake is van één opdracht of van meerdere afzonderlijke opdrachten kwam aan de orde in het door het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden gewezen Xafax-arrest.⁷ De aanbesteder wenste multifunctionals met een aantal daarin geïntegreerde functionaliteiten waaronder een betaalfunctionaliteit geleverd te krijgen. Het hof oordeelt dat het aan de aanbesteder is om de eigenschappen van het door haar gewenste apparaat te kiezen. Enkel als de eisen ertoe leiden dat het gevraagde product niet meer één 'technische of economische functie' vervult is sprake van meerdere afzonderlijke opdrachten.⁸

Of sprake is van één aanbesteder of van verschillende aanbesteders kwam aan de orde in een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam.⁹ Deze oordeelde dat in het geval van drie stichtingen, die op verschillende locaties zijn gevestigd, maar allemaal onder één overkoepelende stichting vallen, met één Raad van Bestuur, één Raad van Toezicht en één facilitaire dienst, sprake is van één aanbestedende dienst en dus niet van clustering. Dit oordeel lijkt niet te sporen met de Gids Proportionaliteit waarin staat dat ook in het geval dat één aanbestedende dienst met meer zelfstandige vestigingen gelijksortige opdrachten wil samenvoegen in één aanbesteding sprake is van clustering.

Voorwaarde 2: Sprake van onnodig samenvoegen?

Is sprake van meerdere (on)gelijksortige opdrachten, en wenst de aanbesteder deze samen te voegen, dan moet zij acht slaan op de volgende drie aspecten:

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 opdracht voor de aanbesteder en de ondernemer; en
3. De mate van samenhang van de opdrachten.

Van onnodig samenvoegen (en dus strijd met het zogenaamde clusterverbod) is sprake wanneer de hiervoor bedoelde instructie door de aanbesteder een resultaat oplevert dat de beslissing tot samenvoeging niet kan dragen.¹⁰ Dit moet blijken uit de motivering. Een motivering die geen verband houdt met deze aspecten kan niet gelden als een voldoende dragende motivering.¹¹

6 Zie paragraaf 3.3.1 Gids Proportionaliteit.

7 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122.

8 Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943, dat oordeelde dat sprake was van 'het beschikbaar stellen van bemane vervoermiddelen ten behoeve van doelgroepenvervoer' en niet van 'clustering van vervoersstromen'; zie ook V.zr. Rb. Amsterdam, 10 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4094 die oordeelde dat in casu sprake was van een 'geïntegreerd schoonmaak' concept, en dus van één opdracht.

9 V.zr. Rb. Amsterdam, 10 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4094.

10 Advies 43 CvAE; advies 117 CvAE; advies 125 CvAE; advies 450 CvAE.

11 Advies 450 CvAE.

«JAAN»

De motivering om samen te voegen moet in de aanbestedingsstukken (aankondiging, selectieleidraad, aanbestedingsleidraad – bij voorkeur in een zo vroeg mogelijk stadium en niet pas in de Nota van Inlichtingen) zijn opgenomen. Een niet in de aanbestedingsstukken opgenomen motiveringsgebrek maakt evenwel niet dat dús sprake is van onnodig samenvoegen. Daarom is een dergelijk gebrek naar mijn mening een voor herstel vatbaar gebrek.¹²

In het geval dat sprake is van het samenvoegen van twee of meer verschillende opdrachten – ongeacht of die 'gelijksortig' dan wel 'ongelijksortig' zijn, en ongeacht of die 'tegelijktijdig' of 'volgtijdelijk' moeten worden uitgevoerd – voldoet een aanbesteder aan zijn motiveringsplicht als hij een deugdelijke motivering heeft verstrekt met betrekking tot de beslissing tot het in weerwil van het splitsingsgebod (zie hierna) niet opdelen van percelen.¹³

Hierna loop ik de drie aspecten af.

Aspect 1: toegang tot de opdracht

Dat de keuze van een aanbesteder ertoe leidt dat een marktpartij niet rechtstreeks/zelfstandig kan of wil inschrijven op de opdracht wordt in de jurisprudentie¹⁴ en de adviezen van de CvAE¹⁵ weinig relevant geacht. Dit blijkt opnieuw uit de recente uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant.¹⁶ Stelt de aanbesteder de mogelijkheid van combinatievorming of onderaanneming open, waardoor een marktpartij het door hem begeerde deel van de opdracht in een samenwerkingsverband met (een) ander(en) kan verwerven, heeft de aanbesteder volgens de rechtbank voldoende acht geslagen op de toegang tot de opdracht. Dat een marktpartij dit onaantrekkelijk vindt, en van deze mogelijkheid dus geen gebruik maakt, maakt dit volgens de rechtbank niet anders.¹⁷ Enkel in het geval dat de omvang van de aanbestede geclusterde opdracht de relevante markt te boven gaat (bijvoorbeeld omdat combinatievorming feitelijk onmogelijk is gelet op het grote aantal spelers dat daarvoor nodig is of op mededingingsrechtelijke bewaren stuit) lijkt clustering niet gerechtvaardigd.¹⁸

De CvAE brengt in Advies 450 overigens enige nuancering aan dat het niet rechtstreeks/zelfstandig inschrijven weinig relevant is. Uit dit advies kan worden afgeleid dat dit standpunt haars inziens enkel opgaat in het geval sprake is van de samenvoeging van ongelijksortige opdrachten, waarbij een onderneming – in tegenstelling tot bij samenvoeging van gelijksoortige opdrachten – in de regel de samenwerking met een of meer andere ondernemingen moet zoeken wanneer zij niet dan wel onvoldoende beschikt over alle voor de opdracht benodigde competenties.

Het door de rechtbank Oost-Brabant ingenomen standpunt dat rechtstreeks/zelfstandig inschrijven op de opdracht weinig relevant is lijkt niet te sporen met de bedoeling van de wetgever. In de Memorie van Toelichting staat immers *'Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zal namelijk in een markt met veel MKB een andere strategie moeten bewandelen om uiteindelijk de beste aanbiedingen te krijgen. In dat geval is het verstandig om een dergelijke opdracht bijvoorbeeld in meerdere percelen te delen, zodat het MKB rechtstreeks in kan schrijven. Als de aanbestedende dienst of het speciale sectorbedrijf [sic] dit niet doet, loopt hij de kans dat er te*

12 V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant, 22 maart 2016, ECLI:RBZWB:2016:1666; Advies 345 CvAE.

13 Advies 450 CvAE en advies 345 CvAE.

14 V.zr. Rb. Amsterdam, 4 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2737.

15 Advies 117 CvAE.

16 Rechtsoverweging 4.17.

17 Rechtsoverweging 4.18.

18 V.zr. Rb. Midden-Nederland, 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685.

weinig
biedin
het an
evene
name
de St
Aanb
them
maak
te do

Ook
verb
juist
Aw
dat l
(aan
van
king
mer
zou
arti
den
het

Asj
De
ka
ecc

Ee
be
zo
va

Ec
w
sf
te
z
tr
v

1
2
2
2
:
:
:
:
:

«JAAN»

weinig concurrentie bij de desbetreffende aanbesteding ontstaat en hij hierdoor geen optimale aanbesteding krijgt. Gelet op deze toelichting ligt het in de rede te veronderstellen dat de indiener van het amendement 'met het vergroten van de kansen van MKB-partijen op aanbestedingsopdrachten' eveneens het rechtstreeks inschrijven heeft bedoeld. Dat hij iets anders zou hebben bedoeld blijkt namelijk nergens uit. Dat dit inderdaad de bedoeling van de wetgever is blijkt ook uit de brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 5 juli 2018: *'De actieagenda Beter Aanbesteden benoemt clustering, oftewel het samenvoegen van overheidsopdrachten, als één van de thema's waarop verbetering van de aanbestedingspraktijk mogelijk is. Het clusteren van opdrachten maakt het met name voor mkb-bedrijven en starters moeilijk of zelfs onmogelijk om zelfstandig mee te doen aan aanbestedingen.'*

Ook gelet op het feit dat artikel 2.52 Aw 2012 aanbesteders reeds verplicht om een samenwerkingsverband van ondernemers toe te laten tot de aanbesteding, komt dit standpunt mij niet als een juiste uitleg van artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 voor. Immers, een correcte toepassing van artikel 2.52 Aw 2012 leidt per definitie tot een correcte motivering op het eerste aspect. En eveneens het feit dat het proportionaliteitsbeginsel ex artikel 1.10 Aw 2012 reeds vereist dat proportionele eisen (aan een samenwerkingsverband) worden gesteld staft mij in deze mening. Correcte toepassing van dit artikel zorgt ervoor dat een aanbesteder niet dusdanig (hoge) eisen stelt aan een samenwerkingsverband, dat ondernemingen hierdoor geen dan wel onvoldoende toegang hebben tot de samengevoegde opdracht, terwijl zij dit wel zouden hebben gehad als de opdrachten afzonderlijk zouden zijn aanbesteed.¹⁹ Met andere woorden: correcte toepassing van artikel 2.52 Aw 2012 en artikel 1.10 Aw 2012 maakt toepassing van het eerste aspect conform de zienswijze in de jurisprudentie overbodig. Hieruit volgt dat het eerste aspect enkel kan zien op rechtstreekse toegang voor het MKB. Enkel dan heeft dit eerste aspect namelijk toegevoegde waarde in de Aw 2012.

Aspect 2: organisatorische gevolgen en risico's

De aanbesteder moet de gevolgen van de samenvoeging in ogenschouw nemen. Volgens de wetgever kan dit variëren van kostenreductie²⁰ tot grotere risico's voor de aanbesteder, en van de bedrijfs-economische consequenties voor ondernemers.²¹

Een aanbesteder mag zich bij zijn besluit om opdrachten samen te voegen laten leiden door de behoefte om 'ontzorgd' te worden, bijvoorbeeld ten aanzien van de juridische verantwoordelijkheid, zo blijkt uit de jurisprudentie²² en de adviezen van de CvAE.²³ Dit wordt bevestigd in de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant.²⁴

Echter, er mag niet alleen worden gekeken naar de gevolgen voor de aanbesteder. Er moet ook worden gekeken naar de gevolgen voor de ondernemers.²⁵ Van strijd met het clusterverbod zou sprake kunnen zijn als de organisatorische gevolgen en risico's van samenvoeging (in het bijzonder ten aanzien van de juridische verantwoordelijkheid) voor elk van de combinanten substantieel zwaarder zou worden in vergelijking met de situatie dat afzonderlijk zou zijn aanbesteed en gecontracteerd (en waarbij elke onderneming enkel juridisch verantwoordelijk zou zijn voor zijn gedeelte van de opdracht).²⁶

19 Advies 117 CvAE.

20 Zie ook V.zr. Rb. Amsterdam, 4 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2737 (kostenbesparing en kwaliteitswaarborg).

21 TK 2011-2012, 32440, 47.

22 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122.

23 Advies 117 CvAE; advies 125 CvAE.

24 Overweging 4.15 en 4.16.

25 Anders is sprake van een motiveringsgebrek. V.zr. Rb. Midden-Nederland, 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685.

26 Advies 117 CvAE.

«JAAN»

Het enkele argument van een aanbestedder dat zij het van belang acht dat sprake is van efficiënte bedrijfsvoering, te weten het managen van één contract met één onderneming in plaats van het managen van meer contracten met meer ondernemingen kan evenmin de beslissing om samen te voegen dragen.²⁷

Aspect 3: mate van samenhang

Uit het voornoemde Xafax-arrest blijkt dat als de mate van samenhang dusdanig is dat hetgeen de aanbestedder uitvraagt één economische of technische functie vervult, er geen sprake is van het samenvoegen van afzonderlijke opdrachten. In dat geval wordt dus ook niet toegekomen aan de vraag of de aanbestedder in strijd met het clusterverbod handelt.

Uit de enkele omstandigheid dat sprake is van opdrachten die worden verricht voor één en dezelfde aanbestedder volgt niet per se dat het gaat om logisch samenhangende onlosmakelijk met elkaar verbonden onderdelen (en dus van een logische clustering).²⁸ En ook het feit dat er sprake is van technische samenhang betekent niet per se dat samenvoeging objectief gezien noodzakelijk is.²⁹

Volgens de wetgever is sprake van een niet logische clustering (en dus onvoldoende mate van samenhang) als sprake is van deels verschillende markten.³⁰ Dit is volgens de Rechtbank Midden-Nederland ook het geval als sprake is van een variatie in productsoorten.³¹ Volgens de Rechtbank Amsterdam is daarentegen sprake van een niet onlogische clustering als het gaat om een combinatie van facilitaire diensten waarbij, rekening houdend met een trend van integrale facilitaire dienstverlening, capaciteit multidisciplinair kan worden ingezet.³²

Splitsingsgebod

Uit het voorgaande blijkt dat samenvoeging van opdrachten niet snel 'niet onnodig' is. Uit het splitsingsgebod ex artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 volgt vervolgens dat de aanbestedder de gewenste samen te voegen opdrachten in beginsel in percelen in de markt moet zetten. Een aanbestedder die splitsing 'niet passend' vindt moet dit in de aanbestedingsstukken motiveren. 'Niet passend' staat volgens de wetgeschiedenis gelijk aan 'niet mogelijk'.³³

In het geval dat sprake is van het samenvoegen van twee of meer verschillende opdrachten die 'ongelijksoortig' (en dus niet 'gelijksoortig') zijn en 'tegelijktijdig' (en dus niet 'volgtijdelijk') moeten worden uitgevoerd voldoet een aanbestedder aan zijn motiveringsplicht als hij een deugdelijke motivering heeft verstrekt met betrekking tot de beslissing tot het (niet onnodig) samenvoegen van de opdrachten. Dit blijkt ook uit de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant.³⁴ In het geval van samenvoeging van 'gelijksoortige' opdrachten kunnen er wellicht goede redenen bestaan om over te gaan tot het samenvoegen van de opdrachten tot één opdracht in één aanbestedingsprocedure, maar is daarmee nog niet gezegd dat er vervolgens geen (andere)

27 Advies 53 CvAE.

28 V.zr. Rb. Midden-Nederland, 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685.

29 Advies 117 CvAE.

30 TK 2011/12, 32440, 47.

31 V.zr. Rb. Midden-Nederland, 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685. In dat geval waren onder andere pleisters en pacemakers samen uitgevraagd.

32 V.zr. Rb. Amsterdam, 4 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2737.

33 TK 2011/12, 32440, nr. 47 in fine.

34 Overweging 4.19. Advies 450 CvAE; advies 345 CvAE; advies 125 CvAE; advies 117 CvAE; advies 53 CvAE.

goede
voegde
motive

Bij geb
dat eer
'niet p
belang
bedrijf
artikel

Concl
Een aa
2012 g

In recl
en adv
terver'
1. MK
op de
aanne
2. De
3. Er s
zonde

Naar :
geens:
menit
reken
recht
recht.
begin
wordt

Mr. A

35 A
36 A

opmaa

«JAAN»

goede redenen zouden kunnen bestaan om binnen die ene aanbestedingsprocedure de samengevoegde opdracht in meerdere percelen op te delen.³⁵ In dat geval moet er dus nog een aanvullende motivering volgen.

Bij gebrek aan een nadere toelichting in de wet(sgeschiedenis) stelt de CvAE zich op het standpunt, dat een deugdelijke motivering van de beslissing om het opdelen van een (samengevoegde) opdracht 'niet passend' te achten, gebaseerd moet zijn op een afweging van de met die opdeling gemoeide belangen van de aanbesteder enerzijds en het belang van voldoende toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het MKB anderzijds. Hierbij kan volgens de CvAE acht worden geslagen op de in artikel 1.5 lid 2 Aw 2012 genoemde aspecten, die ik hiervoor heb besproken.³⁶

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Een aanbesteder moet in de aanbestedingsstukken aan de hand van de drie in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 genoemde aspecten motiveren waarom geen sprake is van onnodig samenvoegen.

In rechte blijkt een door de aanbesteder gegeven motivering al snel afdoende. Uit de jurisprudentie en adviezen van de CvAE kan namelijk worden afgeleid, dat van strijd met het zogenaamde clusterverbod geen sprake is als:

1. MKB-bedrijven – al dan niet door combinatievorming of onderaanneming – kunnen inschrijven op de samengevoegde opdracht (ongeacht of ze interesse hebben in combinatievorming of onderaanneming); en
2. De aanbesteder in juridisch en bedrijfsmatig opzicht 'ontzorgd' wenst te worden; en
3. Er sprake is van technische samenhang en er technische risico's ontstaan als de opdrachten afzonderlijk worden aanbesteed.

Naar mijn mening heeft het clusterverbod de kansen van MKB-partijen op overheidsopdrachten geenszins vergroot. Een verduidelijking van het clusterverbod vergroot deze kansen naar mijn mening evenmin. Alleen de wil van een aanbesteder om in haar aanbestedingen daadwerkelijk rekening te houden met het MKB doet de kansen van MKB-partijen vergroten. Maar, zoals de rechtbank Oost-Brabant naar mijn mening terecht oordeelt, aanbestedingsrecht is niet louter MKB-recht. MKB-vriendelijkheid moet geen doel op zich zijn. Dit zou zelfs in strijd met het gelijkheidsbeginsel en artikel 1.10a Aw 2012 (het verbod om de mededinging kunstmatig te beperken) kunnen worden geacht jegens niet tot het MKB behorende ondernemingen.

Mr. A. Stellingwerff Beintema, Partner bij Maasdam Broers Fischer advocaten

³⁵ Advies 450 CvAE.

³⁶ Advies 450 CvAE; advies 345 CvAE; advies 53 CvAE.