

# Clusterbom

De Aanbestedingswet 2012 is inmiddels al weer een aantal jaren oud. Sinds de inwerking-treding zijn vele aanbestedingen onder het regiem van deze wet gehouden en zijn er talloze procedures gevoerd. Daarnaast heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvA) een groot aantal adviezen verstrekt over de meest uiteenlopende onderwerpen. Deze adviezen zijn weliswaar niet bindend, maar de praktijk leert dat er een grote mate van autoriteit vanuit gaat: dat was overigens ook de bedoeling bij de instelling van de Commissie.

Tekst: Bard van Veen

Eén van de in het oog springende onderwerpen die de jurisprudentie en de adviezen aan de orde komt is het zogenaamde clusteren. Clusteren komt er in het kort op neer dat een aanbestedende dienst meerdere, van elkaar verschillende opdrachten samenvoegt en in één aanbesteding aanbiedt. Een recent voorbeeld van clusteren is een door het UWV gehouden aanbesteding waarin acht totaal verschillende opdrachten als één geheel werden aangeboden. Het ging daarbij om schoonmaakwerkzaamheden, restauratieve voorzieningen, reststoffenmanagement, groenvoorziening, warme en koude drankvoorziening, beveiligingsdiensten, klein facilitair onderhoud en BHV-middelen. Een ander sprekend voorbeeld is een aanbesteding die werd gehouden door Eindhoven Airport begin dit jaar. Eindhoven Airport had een uitvraag gedaan voor het schoonhouden van de terminals, de bagagehallen, de kantoren en het buitenterrein, voor glasbewassing en gevelreiniging, het leveren van sanitaire middelen, de groenvoorziening, bouwkundige en installatietechnische reinigingswerkzaamheden, en ongediertestrijding. De vraag is of clusteren (wettelijk) is toegestaan.

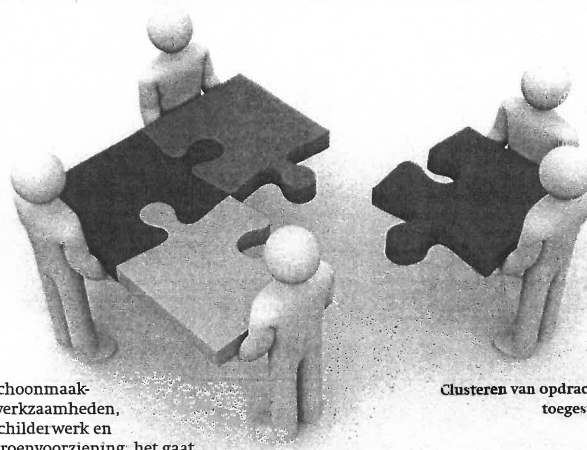
## Toegestaan?

Artikel 1.5 van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst opdrachten niet onnodig mag samenvoegen. Alvorens tot samenvoeging over te gaan moet de aanbestedende dienst onder meer acht slaan 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. Ook moet men toezien op de mate van samenhang van de opdrachten. Als tot samenvoeging wordt besloten, dan moet dit besluit deugdelijk worden gemotiveerd. Daarnaast is de aanbestedende dienst in beginsel gehouden om een opdracht in percelen op te delen. De Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 bevat een treffend voorbeeld van wat als een onlogische clustering werd beschouwd. Het betreft een opdracht tot het verrichten van

schoonmaakwerkzaamheden, schilderwerk en groenvoorziening; het gaat hierbij immers gedeeltelijk om verschillende markten. Ook de Gids Proportionaliteit, die voor alle aanbestedende diensten geldt, noemt bij artikel 1.5 een geval van verboden clustering: het door een aanbestedende dienst samenvoegen van opdrachten voor cateringdiensten, schoonmaakwerkzaamheden en technisch onderhoud voor haar gebouwen. Uit de Aanbestedingswet 2012 vloeit dus voort dat clustering in beginsel niet is toegestaan, juist om het MKB een betere toegang tot overheidsopdrachten te verschaffen. Hoe is dit te rijmen met de in het voorgaande genoemde voorbeelden?

## Kort geding

Bij de aanbesteding van het UWV kwam het daadwerkelijk tot een kort geding (Rechtbank Amsterdam, 4 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2737). Ter rechtvaardiging van zijn beslissing voerde het UWV aan dat er toch een bepaalde mate van samenhang tussen de verschillende opdrachten bestaat. Het zou immers een combinatie van facilitaire diensten betreffen waarbij, rekening houdend met een trend van integrale facilitaire dienstverlening, capaciteit multidisciplinair zou kunnen worden ingezet. Deze rechtvaardiging lijkt steeds meer voet aan de grond te krijgen. Aanbestedende diensten brengen daarbij termen als 'ontzorgen' en 'centrale aansturing' in stelling. Zo ook het UWV. Blijkens het vonnis heeft het UWV uitgelegd dat met het clusteren bepaalde door het UWV gestelde doelen zouden kunnen worden bereikt, zoals kostenbesparingen en kwaliteitswaarborging. Per saldo vond de Voorzieningenrechter de uitleg van het UWV over met name de integrale facilitaire dienstverlening niet onlogisch en oordeelde dat de clustering was toegestaan. In een ander recente uitspraak van de Rechtbank Limburg (27 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4546) oordeelde de Voorzieningenrechter over een door een aantal Limburgse gemeentes, verzameld in een gemeenschappelijke regeling, gehouden aanbesteding voor de aanleg (ontwerpen, leveren, installeren en opleveren van zonnepanelen,) en de service (beheer, opbouwen database, onderhoud en facturering). Deze clustering werd eveneens toegestaan, hetgeen meer voor de hand ligt als gekeken wordt naar de opdrachten. Maar ook hier werd door de aanbestedende dienst gebruik gemaakt van argumenten als 'ontzorgen', 'een effectieve en kostenbesparende samenwerking' en 'één aanspreekpunt'. Bovendien had de aanbestedende dienst aangevoerd dat elf, en met combinaties meegeteld, zeventien partijen in staat zouden zijn om de opdracht uit te voeren.



Clusteren van opdrachten: toegestaan?

## Adviezen CvA

Ook de CvA heeft in 'clusterzaken' adviezen uitgebracht. De CvA is van oordeel dat het ontbreken van een motivering - waarmee een gebrekkige motivering gelijk is te stellen - de beslissing tot clusteren onnodig maakt, vgl. Advies 43. Echter, als een aanbestedende dienst een motivering heeft gegeven met de hiervoor al aangehaalde argumenten van 'ontzorgen', vindt zij ook bij de Commissie gehoor; vgl. Advies 125. Uit de advisering van de CvA blijkt verder dat de belangen van het MKB ook gewaarborgd worden als MKB-ers door een 'grote speler' als onderaannemers worden ingeschakeld.

Voor het MKB is vooral de clustering zoals die door het UWV en Eindhoven Airport zijn toegepast een hard gelag. Zeker nu zowel de rechter als de CvA dergelijke clustering, mits 'deugdelijk' gemotiveerd, niet sanctioneert, zullen aanbestedende diensten niet stoppen. Het MKB moet maar genoegen nemen met een rol als onderaannemer, of noodgedwongen een combinatie vormen, ook met een partij uit een heel andere sector; een 'plicht' voor een aanbestedende dienst om een MKB-er de mogelijkheid te geven zelfstandig in te schrijven lijkt niet te worden aangenomen.

En het is de vraag of dat nu de bedoeling was. De huidige praktijk lijkt een bom onder artikel 1.5 te leggen. De hoop is nu (onder meer) gevestigd op de nieuwe MKB-vriendelijke Europese aanbestedingsrichtlijnen, waarin (eveneens) het aansporen van aanbestedende diensten om opdrachten in percelen te splitsen is opgenomen.



B.R. (Bard) van Veen is advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten te Den Haag. Tel.: (070) 304 55 90. E-mail: b.veen@shadv.nl, www.severijnhulshof.nl.

Voor vragen over dit artikel of een cursus UAV, UAV-gc, RAW en/of aanbestedingsrecht, kunt u mij bereiken via het genoemde mailadres.