

# ICT-aanbestedingen en het verbod tot clusteren

Citeerwijze: A. Stellingwerff Beintema, 'ICT-aanbestedingen en het verbod tot clusteren', ITenRecht.nl IT 1612.

Met invoering van het clusterverbod in de Aanbestedingswet 2012 (artikel 1.5 lid 1) hoopte de wetgever onnodig clusteren (samenvoegen) van overheidsopdrachten te voorkomen en de kansen van MKB-partijen op overheidsopdrachten te vergroten. Bij ICT-aanbestedingen wordt regelmatig geclusterd. Wanneer is dit in strijd met het clusterverbod?

Er kunnen vier typen van samenvoeging worden onderscheiden:

1. Gelijksortige opdrachten binnen één aanbestedder, bijv. ICT-werkplekken voor alle vestigingen
2. Gelijksortige opdrachten door verschillende aanbesteders, bijv. ICT-werkplekken voor twee gemeenten
3. Ongelijksortige opdrachten volgtijdelijk, bijv. eerst levering en daarna onderhoud
4. Ongelijksortige opdrachten tegelijkertijd, bijv. levering storage en levering accessoires

Een aanbestedder handelt 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 Aw2012 genoemde aspecten levert een resultaat op dat de beslissing tot samenvoeging niet kan dragen (in dat geval is sprake van onnodig samenvoegen).

## Voorwaarde 1: Eén opdracht of meerdere opdrachten?

Of sprake is van één opdracht of van meer afzonderlijke opdrachten kwam aan de orde in een kort geding over een door de Universiteit Utrecht gehouden aanbesteding van multifunctionals met een betaalfunctionaliteit ([Rechtbank Midden-Nederland](#)). De voorzieningenrechter oordeelde dat in casu sprake was van één enkele opdracht, en dat het clusterverbod dus niet van toepassing was. Immers, het betrof een geïntegreerde totaaloplossing voor multifunctionals met (onder meer) een betaalfunctionaliteit die uitdrukkelijk

voorziet in een behoefte van de Universiteit, en in welke behoefte de markt ook voorziet.

Het enkele feit dat het mogelijk is om afzonderlijke functionaliteiten van de multifunctionals (waaronder de betaalfunctionaliteit) als afzonderlijke opdrachten in de markt te zetten zodat het MKB rechtstreeks op deze opdrachten kan inschrijven leidt er volgens de voorzieningenrechter niet toe dat een aanbestedder hiertoe ook verplicht is als zij uitdrukkelijk geen meerdere contractspartijen wenst.

## Voorwaarde 2: Sprake van onnodige samenvoeging?

Is sprake van meerdere opdrachten, en wenst de aanbestedder 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 aanbestedder en de ondernemer; en
3. De mate van samenhang van de opdrachten.

De motivering om samen te voegen moet in de aanbestedingsstukken (aankondiging, selectieleidraad, aanbestedingsleidraad – bij voorkeur niet pas in de Nota van Inlichtingen) zijn opgenomen.

## *Eerste aspect – toegang tot de opdracht:*

In advies 53 van de Commissie van Aanbestedingsexperts kwam het eerste aspect aan de orde, echter dan in het kader van het splitsingsgebod (zie hierna). Het ging in dat advies om het samenvoegen van opdrachten voor schoonmaak, glasbewassing en vloeronderhoud ([Commissie van Aanbestedingsexperts](#)). De Commissie achtte het van doorslaggevend belang dat uit het aantal en de aard van de inschrijvingen bleek dat de samengevoegde opdracht toegankelijk is voor het MKB.

Het eerste aspect kwam eveneens aan de orde in advies 117 van de Commissie. Hierin behandelde zij klachten in het kader van een aanbesteding van het 'ondersteunen,

digitaliseren en automatiseren van zowel de uitgifte en het beheer van parkeervergunningen en – ontheffingen als een aantal daarmee verband houdende handhavingstaken' ([Commissie van Aanbestedingsexperts](#)) . De Commissie oordeelde dat het enkele feit dat de meeste ondernemingen slechts door combinatievorming aan de aanbesteding kunnen deelnemen nog niet betekent dat de toegang tot de opdracht voor (voldoende) ondernemingen (uit het MKB) dús problematisch is.

Dit zou wel anders kunnen zijn als de aanbesteder zodanige (hoge) eisen aan combinatievorming stelt, dat ondernemingen hierdoor geen dan wel onvoldoende toegang tot de samengevoegde opdracht hebben, terwijl zij dit wel zouden hebben gehad als de opdrachten afzonderlijk zouden zijn aanbesteed. Hiervan was in dat geval geen sprake.

#### *Tweede aspect – organisatorische gevolgen en risico's:*

In advies 117 ging de Commissie tevens in op het aspect 'organisatorische gevolgen en risico's'. De Commissie oordeelde dat een aanbesteder zich bij zijn besluit om opdrachten samen te voegen mag laten leiden door de behoefte om ten aanzien van de juridische verantwoordelijkheid 'ontzorgd' te worden. Dit geldt zeker als er nog weinig tot geen ervaring bestaat met de geïntegreerde aanbesteding en levering van beide typen systemen. De Commissie volgt hiermee in feite het oordeel van de eerder genoemde voorzieningenrechter.

Ook hiervoor geldt, dat dit anders zou 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 zouden worden in vergelijking met de situatie dat afzonderlijk zou zijn aanbesteed en gecontracteerd (en waarbij elke onderneming juridisch verantwoordelijk zou zijn voor de juiste afstemming van het door haar te leveren systeem op het door de andere onderneming te leveren systeem). Hiervan was in dat geval geen sprake.

Uit advies 53 (in het kader van het splitsingsgebod, zie hierna) blijkt, dat belangen van de aanbesteder voorts gelegen kunnen zijn in een efficiënte bedrijfsvoering, te weten het managen van één contract met één onderneming in plaats van het managen van meer contracten met meer ondernemingen. Dit aspect alleen overtuigt de Commissie evenwel niet.

#### *Derde aspect – mate van samenhang:*

Ook het aspect 'mate van samenhang' kwam in advies 117 aan de orde. Hierover oordeelde de Commissie dat in het geval van twee afzonderlijke systemen die goed met elkaar moeten communiceren een belangrijke technische samenhang tussen beide systemen bestaat.

Vanuit objectief oogpunt maakte die technische samenhang de samenvoeging van de afzonderlijke opdrachten echter *in casu* niet noodzakelijk. In tal van gemeenten functioneren immers goed met elkaar communicerende losse systemen, zonder dat deze systemen geïntegreerd zijn ontwikkeld en geleverd.

Dit is anders in de zaak waar de voornoemde voorzieningenrechter over oordeelde. Daar was aannemelijk geworden dat er in de markt een vraag is naar een geïntegreerde totaaloplossing voor multifunctionals met een betaalfunctionaliteit waarbij de levering, het beheer en het onderhoud door één contractspartij plaatsvindt en waarbij dergelijke geïntegreerde totaaloplossingen ook door leveranciers worden aangeboden.

#### Splitsingsgebod

Ook wanneer sprake is van een samenvoeging van opdrachten die "niet onnodig" is, geldt dat een aanbesteder de aldus samengevoegde opdrachten in beginsel moet splitsen (het splitsingsgebod, ex artikel 1.5 lid 3 Aw2012). Een aanbesteder die splitsing "niet passend" vindt moet dit in de aanbestedingsstukken motiveren.

In het geval dat sprake is van het samenvoegen van twee verschillende ongelijksoortige opdrachten 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 (niet onnodig) samenvoegen van de opdrachten. In het geval van het samenvoegen van gelijksoortige opdrachten zal nog een afzonderlijke motivering moeten worden gegeven, zo blijkt uit advies 53.

In dit advies oordeelde de Commissie dat een deugdelijke motivering gebaseerd moet zijn op een afweging van het met die opdeling gemoeide belangen van de aanbesteder enerzijds en het belang van voldoende toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het MKB anderzijds.

## Conclusie

Een aanbesteder moet in de aanbestedingsstukken aan de hand van de drie voornoemde aspecten motiveren waarom geen sprake is van onnodig samenvoegen.

Uit de adviezen van de Commissie kan worden afgeleid, dat hiervan geen sprake is als

- (i) MKB-bedrijven - al dan niet door combinatievorming - kunnen inschrijven op de samengevoegde opdracht,
- (ii) de aanbesteder in juridisch en bedrijfsmatig opzicht 'ontzorgd' wenst te worden, en
- (iii) er sprake is van technische samenhang (bijvoorbeeld een geïntegreerde totaaloplossing) en er technische risico's ontstaan als de opdrachten afzonderlijk worden aanbesteed.

Het eerste element is van doorslaggevende betekenis.

*Anke Stellingwerff Beintema*

*Maasdam Broers Fischer advocaten*