

Publicatie

Auteurs: M.S. Houweling & B.T. Tonino
Verschenen in: Vastgoedrecht, VGR 2023/2
Datum: April 2023
Titel: Het clusterverbod en het mkb

1. Inleiding

In november 2022 heeft het Economisch Instituut voor de Bouw (hierna: het EIB) een rapport gepubliceerd over de positie van het midden- en kleinbedrijf (hierna: het mkb) op de infrastructuurmarkt.¹ In dit rapport stelt het EIB vast dat de toename van de projectomvang en de clustering van overheidsopdrachten, de positie van het mkb op de infrastructuurmarkt niet ten goede komen. Het is opvallend dat clustering van overheidsopdrachten een oorzaak voor deze problematiek betreft, nu juist het clusterverbod via art. 1.5 Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) in het leven is geroepen om de belangen van het mkb te beschermen. Dat het EIB nu concludeert dat de positie van het mkb (op de inframarkt) niet verbetert, is verder opvallend, omdat aanbestedende diensten reeds in 2018 (als onderdeel van het programma ‘Beter Aanbesteden’) werden aangespoord om het clusterverbod en het splitsingsgebod beter na te leven.² Deze conclusies van het rapport van het EIB zijn aanleiding om het clusterverbod

nader te bezien en de contouren ervan opnieuw scherp te stellen.

Eerst gaan wij in op de inhoud van het clusterverbod en de verschillende handvatten die bij de overweging voor een clustering moeten worden betrokken. Daarna gaan wij in op de motivering van een clustering en de toetsing van het clusterverbod door de rechter en de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: de CvAE). Tot slot volgt een korte bespreking van het splitsingsgebod en enkele afsluitende overwegingen.

2. Clusterverbod

Van een Europese richtlijn mag een lidstaat afwijken door nadere (strengere) regels te stellen. Het in art. 1.5 Aw 2012 opgenomen clusterverbod is hiervan een voorbeeld. Ondanks dat Richtlijn 2014/24/EU uitsluitend de bevoegdheid bevat om opdrachten te splitsen in percelen, heeft de nationale wetgever een verdergaand wettelijk voorschrift vastgesteld, het zgn. clusterverbod. Dit verbod brengt met

¹ P. Groot, J. King & N. Visser, *Positie midden- en kleinbedrijf op de infrastructuurmarkt*, Amsterdam: Economisch Instituut voor de Bouw 2022. Zie ook: R.

Vestergaard, ‘Mkb krijgt vaker mis bij infraprojecten’, *FD* 14 februari 2023.

² *Kamerstukken II* 2017/18, 34252, nr. 8 en 13.

zich dat een aanbestedende dienst niet onnodig opdrachten mag samenvoegen.³

De oorsprong van het verbod betreft het proportionaliteitsbeginsel, waaruit volgt dat de eisen van de aanbesteding in een redelijke verhouding tot het voorwerp van de opdracht dienen te staan.

Daarnaast betreft de achtergrond van het clusterverbod dat het mkb niet de toegang tot de markt mag worden ontzegd doordat overheidsopdrachten qua aard of omvang té groot zijn.

Om te bepalen of een opdracht te omvangrijk is, zijn door de wetgever handvatten vastgesteld, te weten (zie art. 1.5 lid 1 sub a-c Aw 2012):

- i. 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;
- ii. de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor zowel de aanbestedende dienst als de ondernemer(s); én
- iii. de mate van samenhang van de opdrachten.

Naast deze handvatten omvat het speelveld van het clusterverbod - uiteraard - ook de vraagbehoefte van de aanbestedende dienst. Clusteren van opdrachten kan immers een manier zijn

om invulling te geven aan de inkoopbehoefte die een aanbestedende dienst heeft en ondanks dat een overheidsopdracht een clustering zou kunnen betreffen, zou een specifieke vraagbehoefte de desbetreffende clustering rechtvaardigen. Bestaat bijvoorbeeld de wens bij een gemeente om een nieuw stadhuis te laten realiseren, dan kan het opportuun zijn om ontwerp en realisatie in één opdracht aan de markt uit te vragen. Dit brengt met zich dat er zowel ontwerpverantwoordelijkheid als verantwoordelijkheid voor de uitvoering bij één partij wordt neergelegd, waardoor de risico's aan de zijde van de gemeente worden beperkt. Kortom, een clustering die vanwege het mitigeren van risico's gerechtvaardigd kan zijn. Een andere rechtvaardiging voor een clustering zou kunnen zijn dat schaalvoordelen worden gerealiseerd en/of dat de kosten van de uitvoering worden beperkt. Desondanks is - tegen de achtergrond van voornoemde handvatten en art. 1.5 Aw 2012 - onnodig clusteren verboden. Met het navolgende zullen wij de handvatten nader bezien.

i. Toegang mkb

Het eerste handvat (art. 1.5 lid 1 sub a Aw 2012) is de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit

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

het mkb. Een aanbestedende dienst moet aldus rekening houden met de verhouding tussen het mkb en de grote bedrijven in de relevante markt.⁴ Indien na samenvoeging van verschillende opdrachten een relevante markt zou resteren met een beperkt aantal mkb'ers (ten opzichte van grote bedrijven), dan zou kunnen worden gesteld dat de desbetreffende clustering niet snel toelaatbaar is. Immers, in die situatie bestaat er weinig tot geen toegang voor mkb'ers om ook een kans op de opdracht te maken. Indien de relevante markt evengoed mkb'ers als grote bedrijven omvat, is de clustering eerder toelaatbaar. Om erachter te komen welke actoren zich bevinden op de relevant markt, kan een markconsultatie worden gedaan. Hiermee kan duidelijk worden of de vraag aansluit bij de desbetreffende markt.⁵ Van belang is dat uiteindelijk bij het bepalen van de *scope* van de overheidsopdracht de samenstelling van de relevante markt uit een zodanig aantal potentiële inschrijvers dient te bestaan dat de mededinging blijft gewaarborgd.⁶

ii. Organisatorische gevolgen en risico's
Het tweede handvat betreft de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat een

aanbestedende dienst de voordelen van samenvoeging (bijv. kostenreductie) moet afwegen tegen de nadelen of risico's voor ondernemers.⁷ Mocht de samenvoeging van opdrachten een dermate hoge organisatorische last met zich brengen dat het om die reden mkb'ers lastig wordt gemaakt om aan een aanbesteding deel te nemen of een overheidsopdracht uit te voeren, dan is dat een aanwijzing om de overheidsopdrachten niet samen te voegen.

iii. Samenhang van opdrachten
Het derde handvat betreft de mate van samenhang tussen de opdrachten. Hierbij is relevant of de opdrachten die geclusterd worden wel logischerwijs bij elkaar horen. Een gemeente zal bijvoorbeeld vanwege de evident verschillende markten niet de opdracht tot levering van printers kunnen combineren met een concessieopdracht voor exploitatie van een parkeergarage. Ingeval er sprake is van logische en onverbreekelijke samenhang van de opdrachten kan het samenvoegen van opdrachten wel gerechtvaardigd zijn, mits de opdracht dan uiteraard weer niet zodanig groot wordt dat slechts een beperkt deel van de markt toegang tot de opdracht heeft.⁸

⁴ Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 29.

⁵ Gids Proportionaliteit 1 januari 2022, p. 15.

⁶ Gids Proportionaliteit 1 januari 2022, p. 52.

⁷ Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 29.

⁸ Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 29.

3. Motivering

Op een aanbestedende dienst rust voorts de plicht om een samenvoeging van overheidsopdrachten in de aanbestedingsstukken te motiveren (zie art. 1.5 lid 2 Aw 2012). Zoals dit wettelijk voorschrift vereist zal er voor een aanbestedende dienst eerst sprake moeten zijn van twee verschillende overheidsopdrachten voordat van een samenvoeging in de zin van art. 1.5 Aw 2012 kan worden gesproken. Een materiële afbakening van wat één overheidsopdracht betreft, volgt niet uit de Richtlijn 2014/24/EU of de Aw 2012, zij het dat voor een overheidsopdracht voor werken een werk wordt gedefinieerd als ‘het product van het geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.’ Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft in het *Xafax*-arrest bepaald dat dit criterium ook waarde toekomt bij de definitie ‘overheidsopdracht voor leveringen’.⁹ Uiteindelijk komt in dit arrest het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden niet toe aan de beoordeling van de motivering van een samengevoegde opdracht, omdat is

geoordeeld dat de uitvraag van ‘multifunctionele printers met een ingebouwd betaalsysteem voor printen, scannen en kopiëren’ niet twee verschillende overheidsopdrachten betreft. Dit oordeel is overigens niet zonder kritiek geweest¹⁰ en in een gelijke casus heeft de CvAE juist geoordeeld dat de opdracht tot het leveren, installeren en onderhouden van multifunctionele printers wezenlijk verschilt van de opdracht tot het leveren van een betaalsysteem.¹¹

Blijkens dit advies (en andere adviezen) van de CvAE brengt art. 1.5 lid 2 Aw 2012 volgens de CvAE een uitgebreide motiveringsplicht met zich. De CvAE overweegt dat een aanbestedende dienst voor de motivering in het kader van het eerste handvat, expliciet blijk dient te geven van de samenstelling van de relevante markt en de in dat verband door de aanbesteder gemaakte afwegingen.¹² Deze afwegingen dienen te gaan over het realiseren van zijn doelstellingen, tegenover de belangen van de markt in het algemeen én het mkb in het bijzonder.¹³ Zo biedt slechts een beschrijving van de relevante markt met generieke termen in een aanbestedingsdocument volgens de CvAE

⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, r.o. 3.12, JAAN 2015/35, m.nt. T.H. Chen.

¹⁰ Zie commentaar van Chen in het kader van de rechtsontwikkeling in Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, JAAN 2015/35, m.nt. T.H. Chen.

¹¹ CvAE 23 januari 2014, advies 43, ov. 6.1.

¹² CvAE 18 januari 2021, advies 609, ov. 5.2.19. Vgl. CvAE 23 december 2022, advies 673, ov. 4.13; CvAE 13 april 2016, advies 343, ov. 5.2.16; CvAE 16 december 2015, advies 317, ov. 5.7.1 en CvAE 19 januari 2016, advies 303, ov. 5.2.7.

¹³ CvAE 20 oktober 2021, advies 649, ov. 4.6.2.

onvoldoende inzicht in de afwegingen die de aanbesteder bij de inrichting van de opdracht heeft gemaakt.¹⁴ Wat volgens het CvAE dan weer niet noodzakelijk is, is dat een aanbestedende dienst bij een samenvoeging een uitputtende analyse van de relevante markt geeft. Het gaat er - gelet op de adviezen van de CvAE - om dat een aanbestedende dienst alvorens hij overgaat tot samenvoeging, acht heeft geslagen op de relevante markt die resteert voor de samengevoegde opdracht en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het mkb.¹⁵

De CvAE acht het vereist dat een aanbestedende dienst ten minste de drie handvatten van art. 1.5 lid 1 sub a-c Aw 2012 in de motivering moet hebben betrokken. Het ontbreken van een overweging ter zake van één van de drie handvatten brengt - volgens de CvAE - direct een schending van de motiveringsplicht met zich. Deze lijn van de CvAE is strenger dan dat wij terugzien in de rechtspraak.¹⁶ In lang niet alle gerechtelijke uitspraken wordt datgene verlangd wat de CvAE in de hiervoor aangehaalde adviezen vereist.

Bovendien constateren wij dat door diverse voorzieningenrechtters is geoordeeld dat - naast de inhoud van de aanbestedingsstukken - een nadere motivering in de gerechtelijke procedure zelf naar voren mag worden gebracht ter onderbouwing van de clustering.¹⁷

Opvallend is verder dat de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland recentelijk heeft geoordeeld dat nader onderzoek naar de samenstelling van de relevante markt (en mogelijk een opdracht tot bewijslevering) noodzakelijk is om te beoordelen of de aanbestedende dienst al dan niet onrechtmatig heeft geclusterd.¹⁸ Een kort geding zou hiervoor niet geschikt zijn, zodat de vorderingen van de eiser niet kunnen worden toegewezen. Een oordeel waar - ons inziens - de rechtsbescherming allerminst mee is gediend en dat ook niet overeenstemt met de plicht die op de aanbestedende dienst rust om alle handvatten van art. 1.5 lid 1 sub a-c Aw 2012 bij de motivering in de aanbestedingsstukken te betrekken. Gelet op het voorgaande, constateren wij in algemene zin een discrepantie tussen de CvAE en de rechtspraak ter

¹⁴ CvAE 4 juni 2021, advies 634, ov. 5.2.8.

¹⁵ CvAE 23 december 2022, advies 673, ov. 4.13.

¹⁶ Zie bijv.: Rb. Oost-Brabant (vzr.) 26 juli 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3593, JAAN 2018/204; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 4 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5901, JAAN 2020/35, m.nt. G.E. van den Beuken.

¹⁷ Rb. Gelderland (vzr.) 26 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5357, JAAN 2017/254; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 4 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5901, JAAN 2020/35.

¹⁸ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 12 januari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:66, r.o. 4.10.1-4.10.3.

zake van de beoordeling van het clusterverbod.

4. Splitsingsgebod

Naast het clusterverbod bestaat de plicht voor een aanbestedende dienst om - waar mogelijk en passend - samengevoegde¹⁹ overheidsopdrachten in (sub)percelen te verdelen. Hierbij komt een aanbestedende dienst een ruime vrijheid toe. Uit de Gids Proportionaliteit (paragraaf 3.3.2) volgt dat een aanbestedende dienst bij het opdelen in percelen rekening moet houden met de markt, de geografische spreiding en de uitgevraagde discipline(s). Als gevolg hiervan bestaat bijvoorbeeld de mogelijkheid om in de infrasector het onderhoud van wegen op te delen in geografische percelen. Ook geldt voor het splitsingsgebod een motiveringsplicht, maar dan voor het geval opdeling volgens een aanbestedende dienst niet passend is.²⁰

5. Slot

Het EIB heeft aandacht gevraagd voor de positie van het mkb bij aanbestedingen op de inframarkt. Gelet op het voorgaande constateren wij

verschillen tussen de rechtspraak en het CvAE ter zake van de beoordeling van het clusterverbod. Het is al een hele opgave voor het mkb om een clustering in rechte ter discussie te stellen, laat staan dat er mogelijk door rechters strikter wordt getoetst dan door de CvAE. Een vooruitgang in de positie van het mkb is mogelijk om die reden ook niet snel te verwachten.

Wellicht dat het een optie is om opnieuw de suggestie uit het programma 'Beter Aanbesteden' van een onafhankelijk toezichthouder te (her)overwegen.²¹ Immers, een toezichthouder die zich uitsluitend bezighoudt met de controle van aanbestedende diensten zou voor de inkopende overheden disciplinerend kunnen werken. Voorts is het een mogelijkheid dat aanbestedende diensten meer in lijn met art. 1.5 Aw 2012 zouden kunnen gaan handelen, indien het maatregelenpakket rechtsbescherming in werking zal treden. Immers, als onderdeel van dit pakket zal de Aw 2012 worden gewijzigd en zal de afhandeling van een klacht door de CvAE de inschrijftermijn doen opschorten.²² Te verwachten is in die situatie dat in ieder geval de motivering

¹⁹ Zie overwegingen van Zeelenberg over dat met 'opdracht' in art. 1.5 lid 3 Aw 2012 is bedoeld 'samengevoegde opdrachten': Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028, JAAN 2015/196, m.nt. E.E. Zeelenberg.

²⁰ Art. 1.5 lid 3 Aw 2012. Zie ook: *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 17.

²¹ *Kamerstukken II* 2017/18, 34252, nr. 8 en 13.

²² Zie hierover onze eerdere beschouwing: M. Houweling & B. Tonino, 'Nieuw maatregelenpakket rechtsbescherming aanbestedingsrecht: een doekje voor het bloeden of het juiste midden?', *VGR* 2021, afl. 2, p. 57-60.

van een clustering grondiger zal zijn.
Kortom, verschillende maatregelen die zouden kunnen bijdragen aan een verbetering van de positie van het mkb.
De tijd zal het leren of het EIB over enkele jaren de positie van het mkb positiever beoordeeld.