

de uitspraak van deze rechtbank van 25 mei 2021 (ECLI:NL:RBLIM:2021:4312) niet op, omdat daarin sprake was van een kennelijke vergissing bij het indienen van bewijsstukken en daarvan is in het onderhavige geval geen sprake. Onder verwijzing naar de uitspraak van het gerechtshof Den Haag van 29 juni 2021 (ECLI:NL:GHDHA:2021:1108) is de voorzieningenrechter verder van oordeel dat eiseressen, nu zij terecht zijn uitgesloten en de gemeente niet gehouden is tot het bieden van herstel, geen belang meer hebben bij een oordeel over de overige bezwaren die zij tegen de aanbestedingsprocedure naar voren hebben gebracht. De voorzieningenrechter zal daar dus verder niet op ingaan. Het zowel primair als subsidiair gevorderde dient geliet op het voorgaande te worden afgewezen.

4.24. Eiseressen zullen in de proceskosten worden veroordeeld, omdat zij in het ongelijk zijn gesteld. De kosten aan de zijde van de gemeente worden begroot op € 1.692,- (€ 1.016,- aan salaris advocaat en € 676,- aan griffierecht).

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. wijst af het gevorderde;

5.2. veroordeelt eiseressen in de proceskosten, aan de zijde van de gemeente tot op heden begroot op € 1.692,-, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.3. veroordeelt eiseressen in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 163,- aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat eiseressen niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis hebben voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 85,- aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met de vijftiende dag na de betekening van dit vonnis tot aan de volledige betaling;

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Afbakening van opdrachten: de inkoopbehoefte van de aanbesteder staat centraal.

Eiseressen verwijten de gemeente Maastricht in deze zaak onnodig meerdere opdrachten te hebben geclusterd tot één opdracht en deze samengevoegde opdracht vervolgens ten onrechte niet te hebben opgedeeld in percelen. Kortom: een discussie over de toepassing van het clusterverbod en splitsingsgebod van artikel 1.5 Aw 2012. Rechtsoverweging 4.5 van de uitspraak biedt echter een goed aanknopingspunt voor een bredere beschouwing over de vraag welke vrijheid een aanbestedende dienst in zijn algemeenheid heeft om opdrachten af te bakenen. De voorzieningenrechter overweegt aan het slot van rechts-overweging 4.5:

“Het is dus ook een uitgangspunt van 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 overweegt of het zinvol is opdrachten in percelen te verdelen. Aanbestedingsrecht is dus niet louter MKB-recht. Kijkend naar de onderhavige zaak heeft de gemeente dus de vrijheid, een discretionaire bevoegdheid, in het inkoopproces van de jeugdhulp keuzes te maken waarvan zij meent dat deze de kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg verbetert.”

Met andere woorden: het is het primaat van de aanbesteder om te bepalen welke opdracht hij in de markt zet.¹ Hij mag dat afstemmen op zijn eigen inkoopbehoefte. De enige grenzen die gelden, zijn dat (1) de reden voor een bepaalde afbakening niet mag zijn gelegen in een ontduiking van de aanbestedingsplicht² en (2) de gemaakte keuzes de mededinging niet kunstmatig beperken.³ Zolang deze grenzen niet worden overschreden, is in feite elke door de aanbesteder gewenste afbakening toegestaan.

1 Zie, o.a. Vzr. Rb. Den Haag 13-02-2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:2188, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13-01-2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, «JAAN»2015/35 m.nt. T.H. Chen en Vzr. Rb. Midden-Nederland 04-12-2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5901, «JAAN» 2020/35 m.nt. G.E. van den Beuken.

2 Zie artikel 2.14 Aw 2012.

3 Zie artikel 1.10a Aw 2012 en, o.a., Vzr. Rb. Midden-Nederland 04-12-2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5901, «JAAN» 2020/35 m.nt. G.E. van den Beuken en Vzr. Rb. Den Haag 12-01-2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:133, «JAAN» 2022/42.

Pas indien de aanbesteder meerdere opdrachten afbakt/definieert en deze opdrachten vervolgens wenst samen te voegen, komt het clusterverbod en splitsingsgebod van artikel 1.5 Aw 2012 in beeld om te bepalen of (a) die samenvoeging niet onnodig is en (2) of het al dan niet passend is om de (onnodig) samengevoegde opdracht op te delen in percelen.⁴ Alleen als een aanbestedende dienst een samenvoeging van opdrachten overweegt, dienen de belangen van het MKB meegenomen te worden in zijn afwijking (tot al dan niet samenvoegen) en wel op de in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 voorgeschreven wijze. Is er 'slechts' sprake van een enkelvoudige opdracht, dan is er geen plicht om de belangen van het MKB mee te wegen bij het afbakenen van de opdracht. Bij enkelvoudige opdrachten bestaat er, anders dan vaak wordt gedacht⁵, ook geen plicht om de opdracht op te delen in percelen. Het zogenaamde splitsingsgebod van artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 geldt alleen in geval van (onnodig) samengevoegde opdrachten.⁶

Terug naar de basis. De afbakening van de (scope van de) opdracht op basis van de inkoopbehoefte van de aanbesteder is altijd de eerste stap en met die – door de aanbestedende dienst afgebakende en bepaalde opdracht – gaat de aanbesteder vervolgens de markt op via een aanbestedingsprocedure die past bij de aard en omvang van die, door hem bepaalde, opdracht.⁷ Het

feit dat er ook een andere opdrachtafbakening denkbaar is of dat de markt de betreffende producten, werken of diensten ook op andersoortige wijze kan aanbieden, maakt niet dat de aanbesteder zijn inkoopbehoefte dan maar moet aanpassen aan de markt of dat de door de aanbesteder gemaakte keuze onrechtmatig is.

In de praktijk kom ik regelmatig tegen dat dit primaat van de aanbesteder uit het oog raakt. Dan heb ik het niet eens zozeer over klachten vanuit marktpartijen, maar over kritiek uit een heel andere hoek: die van de accountant in het kader van de controle van de jaarrekening van aanbestedende diensten. Externe accountants verstrekken een controleverklaring met een oordeel over zowel de getrouwheid als de rechtmatigheid van de jaarrekening. Daaronder vallen ook aanbestedingen. Vermoedelijk omdat deze controle na afloop van een boekjaar in retrospectief wordt uitgevoerd, waarbij de opgetelde spend in het boekjaar aan een crediteur door de accountant als eerste aanknopingspunt wordt gebruikt, ontstaat veelvuldig een discussie over de vraag of alle uitgaven aan één en dezelfde crediteur niet ook als één opdracht moe(s)t worden gezien. Als er sprake is van meerdere onderdrempelige opdrachten in een boekjaar aan één en dezelfde crediteur/onderneming, welke opdrachten qua waarde opgeteld wel boven de drempelwaarde uitkomen, is mijn ervaring dat accountants snel geneigd zijn te oordelen dat er alleen om die reden – de achteraf opgetelde waarde – Europees aanbesteed had moeten worden in één totaalopdracht.

Het aanbestedingsrechtelijk perspectief is echter precies tegenovergesteld. Het aanbestedingsrecht kijkt en raamt vooruit. Dan staat nog niet alles vast en moet er dus een zo goed mogelijk onderbouwde schatting worden gemaakt van de te verwachten waarde van de opdracht: de *geraamde* waarde van de opdracht. Artikel 2.15 Aw 2012 bepaalt dat er dient te worden geraamd naar de (verwachte) waarde op het tijdstip van verzending van de aankondiging van de overheidsopdracht. Omdat het gaat om een "calculated guess" aan de start van de procedure, kan het voorkomen dat een aanbestedende dienst in haar raming uitkomt op een geraamde opdrachtwaarde die onder de toepasselijke Europese drempelwaarde ligt, maar dat zich vervolgens de situatie voordoet dat de hoogte van de ontvangen inschrijvingen boven de Europese drempel-

4 Zie voor een praktische beslisboom T.T.A. Oudenhoven en E.E. Zeelenberg, Het clusterverbod en splitsingsgebod nader beschouwd, Tender Nieuwsbrief, 2016-3.

5 De Commissie van Aanbestedingsexperts overwoog in haar adviezen 634 en 649, in afwijking van eerdere adviezen, plots dat het splitsingsgebod zou gelden voor alle opdrachten samengevoegd of niet. J.H.J. Bax en S.C. Brackmann hebben daar, naar mijn mening terecht, kritiek op geleverd in hun annotatie bij deze adviezen en concluderen dat deze adviezen juridisch onjuist zijn (zie CvAE 04-06-2021, advies 634 «JAAN» 2022/16 en CvAE 20-10-2021, advies 649, «JAAN» 2022/19, m. nt. J.H.J. Bax en S.C. Brackmann).

6 Zie voetnoten 4 en 5.

7 Met in achtneming van artikel 1.4 lid 1 Aw 2012, dat bepaalt dat de aanbestedende dienst de keuze voor zowel (a) de te volgen aanbestedingsprocedure als (b) welke ondernemer(s) worden toegelaten tot die procedure, moet baseren op objectieve criteria.