

Werkgroep 'Clusteren'
Traject Beter Aanbesteden

Staatssecretaris M.C.G. Keijzer
Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC Den Haag

26 juni 2018

Betreft: clusteren

Hooggeachte mevrouw Keijzer,

Uit de bevindingen van het traject Beter Aanbesteden van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat ('ministerie van EZK') blijkt dat er in de praktijk onduidelijkheid is over de toepassing van de wettelijke regels omtrent het clusteren van opdrachten in een aanbesteding.¹ Op initiatief van VNO-NCW, MKB Nederland en het ministerie van EZK is daarom de werkgroep 'clusteren' ('werkgroep') ingesteld.²

Door middel van deze brief brengt de werkgroep verslag uit van haar bevindingen. Er wordt achtereenvolgens ingegaan op (1) de samenstelling en opdracht van de werkgroep, (2) de aanleiding van deze brief, (3) het belang van inkoopprofessionaliteit en marktkennis, (4) de wettelijke verankering van het clusterverbod en het splitsingsgebod, en (5) de aanbevelingen om tot verbetering van de aanbestedingspraktijk te komen.

1. Samenstelling en opdracht werkgroep

Het traject Beter Aanbesteden stelt zich tot doel om de kwaliteit van aanbestedingen in de praktijk te verbeteren door aanbestedende diensten en ondernemers de dialoog met elkaar aan te laten gaan.³ Op basis van deze werkwijze is de werkgroep samengesteld met vertegenwoordigers van zowel inschrijvende partijen als aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Daarnaast kent de werkgroep een onafhankelijke voorzitter.

De werkgroep is gevraagd om mede aan de hand van de Aanbestedingswet 2012 ('Awet 2012') voorstellen te doen tot verbetering van de praktijk ten aanzien van clusteren. Hierbij verdient het opmerking dat het in eerste aanleg niet de opdracht van de werkgroep is om de omvang van de problematiek in kaart te brengen. De aanpak van de werkgroep is tweeledig geweest. Allereerst is het huidige wettelijke kader bestudeerd met de vraag of dit kader in de praktijk afdoende is om correcte toepassing van het verbod op het onnodig samenvoegen van opdrachten ('het clusterverbod')⁴ en het gebod opdrachten te splitsen in meerdere percelen mogelijk te maken ('het splitsingsgebod').⁵ Ten tweede heeft de werkgroep besproken of er

¹ Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, Actieagenda Beter Aanbesteden, januari 2018.

² Actiepunt nr. 6, Actie Agenda Beter Aanbesteden, p. 23 en 42.

³ In deze brief wordt verwezen naar aanbestedende diensten, maar het onderwerp van deze brief is ook relevant voor speciale sector-bedrijven.

⁴ Artikel 1.5 lid 1 Awet 2012.

⁵ Artikel 1.5 lid 3 Awet 2012.

aanvullende aanbevelingen gedaan kunnen worden om de toepassing verder te verbeteren.

Daartoe is de werkgroep een aantal keren samengekomen en is er via de voorzitter teruggekoppeld naar VNO-NCW, MKB Nederland en het ministerie van EZK.

2. Aanleiding van deze brief

Ter introductie is het allereerst van belang het wettelijke kader omtrent clusteren kort uiteen te zetten om vervolgens de toepassingsproblematiek te bespreken.

Wettelijk kader

Het samenvoegen (ook wel 'clusteren' of 'clustering' genoemd) van opdrachten is geregeld in zowel Awet 2012 als de Gids Proportionaliteit ('Gids').⁶

In artikel 1.5 Awet 2012 lid 1 wordt in dit kader meer concreet bepaald dat een aanbestedende dienst opdrachten niet onnodig samen mag voegen. Wordt er toch samengevoegd, dan moet volgens lid 3 van artikel 1.5 deze beslissing gemotiveerd worden in de aanbestedingsstukken. Als er wordt geclusterd dan regelt hetzelfde lid dat de opdracht moet worden opgedeeld in meerdere percelen.⁷ Ook hier geldt dat, wanneer splitsing niet passend wordt geacht, de beslissing gemotiveerd moet worden in de aanbestedingsstukken. Ten aanzien van zowel het clusterverbod als het splitsingsgebod heeft de Nederlandse wetgever bij de introductie van de Awet 2012 expliciet gekozen voor het uitgangspunt '*comply or explain*'.⁸ Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het doel van artikel 1.5 Awet 2012 is om ervoor te zorgen dat het midden- en kleinbedrijf ('MKB') toegang krijgt tot aanbestedingen.⁹ Clusteren en splitsen van opdrachten zijn aldus onlosmakelijk met elkaar verbonden en worden daarom door de werkgroep gezamenlijk besproken.

Daarnaast is het van belang dat de artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 Awet 2012 vereisen dat de voorwaarden en criteria in een aanbesteding proportioneel moeten zijn.¹⁰ Volgens deze bepalingen moet ook het al dan niet clusteren van opdrachten in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.¹¹ De Gids bevat ten aanzien van het clusterverbod en het splitsingsgebod de relevante paragrafen 'proportionaliteit in clusteren' en 'percelen'.¹² Daarin worden de wettelijke verplichtingen van bovenstaande artikelen nader uitgewerkt met betrekking tot het proportionaliteitsbeginsel.

Zowel artikel 1.5 Awet 2012 als de Gids bevatten criteria, waarop de keuze om te clusteren of te splitsen gebaseerd kan worden. In paragraaf 4 van deze brief wordt daar nader op ingegaan.

⁶ De Gids Proportionaliteit is algemeen verbindend verklaard in artikel 10 Aanbestedingsbesluit (Stb. 2013, 58). Gezien de veelal gehanteerde term 'clusteren' zal in het vervolg van deze brief daar naar worden verwezen.

⁷ Opdelen in percelen mag daarnaast niet gebeuren met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van de Awet 2012. Artikel 2.14 Awet 2012.

⁸ De aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU bevatten deze verplichting niet. Het betreft derhalve eigen beleid van de Nederlandse wetgever.

⁹ Het clusterverbod en het splitsingsgebod zijn per amendement in de Aw 2012 terecht gekomen. Kamerstukken II 2009/10, 32440, 3, p.54. Kamerstukken 2011/12, 32 440, nr. 47.

¹⁰ Deze artikelen betreffen respectievelijk Europese aanbestedingen, nationale aanbestedingen en meervoudig onderhandse aanbestedingen.

¹¹ Deze bepaling verwijst overigens naar 'samenvoegen'.

¹² Gids Proportionaliteit, par. 3.3.1. en 3.3.2.

Toepassing artikel 1.5 Awet 2012

Ondanks de introductie van artikel 1.5 Awet 2012 blijft het thema clusteren en splitsen leiden tot klachten uit de praktijk.¹³ Uit het traject Beter Aanbesteden is gebleken dat dit onder andere voortkomt uit onduidelijkheden rond het clusterverbod en vooral de toepassing van alle hierbij van belang zijnde criteria en mogelijk zelfs (deels) onbekendheid hiermee. Zoals aangegeven is het niet aan de werkgroep om te beoordelen welke omvang deze problematiek heeft. Uit de praktijk blijkt in ieder geval dat clusteren zich niet beperkt tot slechts enkele sectoren. Om de problematiek toch nader in te kaderen biedt de evaluatie van de Awet 2012 uit 2015 meer achtergrondinformatie.¹⁴ Voor zover relevant voor deze brief is de evaluatie als volgt schematisch in twee tabellen weergegeven.

2009-2014	2009 (vóór Awet 2012)	2014 (na Awet 2012)
Samengevoegde opdrachten	12%	11%
Aanbestedingen opgedeeld in percelen	16%	20%

Tabel 1. Bron: Evaluatie Aanbestedingswet 2012

2014	Totaal
Samengevoegde opdrachten:	
Percentage samengevoegde opdrachten	11%
Motivatie bij samenvoeging opdrachten	Gemiddeld circa 80%
Opdeling in percelen bij samengevoegde opdrachten	12-20%
Opdeling in percelen	
Percentage opdelingen in percelen	20%
Motivatie bij niet opdelen in percelen	42%

Tabel 2. Bron: Evaluatie Aanbestedingswet 2012¹⁵

In de evaluatie wordt op basis van bovenstaande percentages geconcludeerd dat de invloed van artikel 1.5 Awet 2012 op de aanbestedingspraktijk in deze periode dus beperkt lijkt te zijn geweest.¹⁶ Het verdient opmerking dat de effecten van de nieuwe

¹³ Zie bijvoorbeeld: I. Koenen, 'En weer zijn het de grote jongens tegen het MKB', *Cobouw*, 16 november 2017 of de Kamervragen over de clustering van fotografie diensten van 22 februari 2017 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, Vragen: 2017Z03034).

¹⁴ M. Noordink, R.van Schelven, I. Lensink, *Effecten van de Aanbestedingswet 2012. Perceel 1: Deelname MKB aan overheidsopdrachten en het Feitenonderzoek*, KWINK Groep, 2015 (Evaluatie Awet 2012). Zie ook S. Van Hensbergen, *Monitor Nieuwe Aanbestedingswet 2015*, MKB Infra, oktober 2015. Voor een onderzoek voorafgaand aan de invoering van de Aanbestedingswet 2012, zie S. Hardeman, *De feiten rond aanbesteden: Clustering, proportionaliteit en gebruik EMVI bij aanneming van werk*, Economisch Instituut voor de Bouw, juli 2013.

¹⁵ Het gaat bij de aangegeven percentages in beide tabellen om gemiddelden. Tussen de onderzochte procedures bestaan kleine onderlinge procentuele verschillen, die voor onderhavige problematiek achterwege zijn gelaten. Voor een volledig gedetailleerd beeld verwijst de werkgroep graag naar de volledige evaluatie.

¹⁶ Evaluatie Awet 2012, p. 46.

wet mogelijk nog niet volledig tot stand waren gekomen tussen 2012 en 2014. De werkgroep stelt aanvullend vast dat op basis van deze percentages niet kan worden vastgesteld of er in de onderzochte aanbestedingen ook 'onnodig' werd geclusterd of dat splitsing 'passend' was geweest in de zin van artikel 1.5 Awet 2012. Wel kan er op basis van deze gegevens geconcludeerd worden dat er ruimte voor verbetering is ten aanzien van de toepassing van de twee motiveringsvereisten uit artikel 1.5 Awet 2012.

Na 2015 is er geen vergelijkbaar empirisch onderzoek gedaan naar de naleving van het clustergebod en het splitsingsgebod. Om het huidige debat van feiten te voorzien benadrukt de werkgroep het belang van nader empirisch onderzoek naar deze thematiek. Dit onderzoek zou zich moeten richten op onnodig clusteren en niet passend splitsen. De noodzaak voor dergelijk onderzoek wordt benadrukt door signaleringen uit de bouw- en infra sector.¹⁷ In 2016 werden daarnaast naar aanleiding van het TK debat over de implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen in de Awet 2012 op 22 maart 2016 twee moties over dit onderwerp aangenomen. Daarin werd vastgesteld dat er 'toch onnodig wordt geclusterd' en dat 'nog te veel opdrachten samengevoegd worden'.¹⁸

3. Het belang van inkoopprofessionaliteit en marktkennis

Voor de beantwoording van de vraag of het wettelijk kader van artikel 1.5 Awet 2012 tezamen met aanwijzingen in de Gids afdoende is, is het van belang te benoemen dat het al dan niet clusteren en splitsen inkoop-technische keuzes zijn. Het uitgangspunt voor het maken van deze keuzes moet daarom allereerst (1) de professionaliteit van inkopers bij aanbestedende diensten en (2) kennis van de markt zijn. Het feit dat er regels zijn opgenomen ten aanzien van clusteren en splitsen doet niets af aan deze vaststelling.

De inkoop-technische afweging bij clusteren en splitsen verschilt per aanbesteding. De professionaliteit van de inkoper vereist dat steeds een nieuwe afweging volgens de 'comply or explain' gedachte moet worden gemaakt. Van belang is om de relevante criteria per aanbesteding te onderscheiden en daaraan te toetsen om te komen tot een antwoord op de vraag of clusteren en/of splitsen gewenst is. Bij de ene aanbesteding kan de overweging tot clusteren bijvoorbeeld mede ingegeven zijn door efficiëntie overwegingen, terwijl het bij de andere aanbesteding ertoe kan leiden dat een aanbestedende dienst teveel afhankelijk wordt van één aanbieder tijdens de contractperiode. Ook kan clusteren gevolgen hebben voor de mededinging op de markt en de mogelijkheden voor het MKB om deel te nemen aan aanbestedingen beperken. Het vereist dus maatwerk. De werkgroep is daarom van mening dat het verplicht opnemen van allerlei aanvullende criteria in de wet kan zorgen voor onnodige administratieve lasten en de keuze om te clusteren en/of splitsen onnodig inflexibel maakt.

Deze inkoop-technische afweging kan niet worden gemaakt zonder kennis van de markt. Voor de toepassing van het clusterverbod en het splitsingsgebod is het

¹⁷ Uit een meting van Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw&Infra, een initiatief van Bouwend Nederland, blijkt dat de afgelopen jaren een duidelijke toename in clusteren zichtbaar is. Zie Analyse Aanbestedingspraktijk Bouw & Infra 2016, november 2017. Te raadplegen via <http://www.bouwendnederland.nl/data/sitemanagement/media/Analyse%20Aanbestedingspraktijk%202016.pdf> (laatst geraadpleegd: 25/06/2018).

¹⁸ Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 329, nr. 17 (Motie Gesthuizen C.S.). Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 329, nr. 21 (Motie Verhoeven).

daarom van belang dat inkopers zonder actuele marktkennis geen goede afweging kunnen maken om alsnog te clusteren en vervolgens al dan niet te splitsen in percelen. Marktkennis is dus essentieel. Het verkennen van de markt is een proces dat continue plaats zou moeten vinden door de dialoog met de markt aan te gaan. Dit kan onder andere vorm krijgen door aanbestedingen te evalueren met marktpartijen en door steeds op de hoogte te blijven van de ontwikkelingen in de markt. Naast de in de Awet 2012 geboden mogelijkheid tot het houden van marktconsultaties, zou het makkelijker ontsluiten van marktinformatie aanbestedende diensten kunnen helpen in het maken van een goede afweging.

De werkgroep concludeert op basis van het bovenstaande dat het uitgangspunt derhalve moet zijn dat professionele aanbestedende diensten per aanbesteding op basis van actuele marktkennis en inkoop-technische criteria een weloverwogen keuze moeten maken om een opdracht wel of niet te clusteren en splitsen.

4. De wettelijke verankering van het clusterverbod en het splitsingsgebod

De werkgroep onderschrijft allereerst het belang van een wettelijke kader omtrent clusteren en splitsen. Artikel 1.5 Awet 2012 heeft daarbij voor de praktijk toegevoegde waarde, omdat het aanbestedende diensten niet alleen verplicht een aantal relevante aspecten bij haar afwegingsproces rond clusteren en splitsen te betrekken, maar ook om de hierboven beschreven inkoop-technische afweging te motiveren en de markt daardoor inzicht in hun besluitvorming te bieden.¹⁹

De juridische verplichting om niet 'onnodig' te clusteren en om te splitsen tenzij dat 'niet passend' is, dient vervolgens ingevuld te worden aan de hand van inkoop-technische criteria en marktkennis. De vraag is dan of de praktijk gebaat zou kunnen zijn bij nadere uitwerking van deze criteria in de wet. De werkgroep ziet geen meerwaarde in uitbreiding van artikel 1.5 Awet 2012, omdat dit niet aansluit bij de noodzaak voor maatwerk. Daarnaast bevatten de Awet 2012 en de Gids al voldoende criteria.²⁰ Zo verplicht artikel 1.5 om in ieder geval in overweging te nemen (lid 1a-c):

- 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;
- de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer;
- de mate van samenhang van de opdrachten.

¹⁹ Dit wordt ook bevestigd door aanbestedende diensten in de evaluatie van de wet. Evaluatie Awet 2012, p. 47. Het MKB en grootbedrijf waren echter kritischer over deze bepaling. Evaluatie Awet 2012, p. 46.

²⁰ Sinds de invoering van artikel 1.5 Awet 2012 is het clusterverbod en het splitsingsgebod daarnaast onderwerp geweest van de jurisprudentie en de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexpert (CvA), welke aanvullende casuïstiek kan bieden. Zie bijvoorbeeld Commissie van Aanbestedingsexperts, advies nrs. 43, 53, 125, 159, 182 en 345. Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 01-12-2015 nr. HD 200 175 835, 01; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden d.d. 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122; Rechtbank Midden-Nederland, 19-06-2015, nr. C-16-388790 - KG ZA 15-194.

De Memorie van Toelichting stelt daarbij als voorbeeld dat het disproportioneel is om schoonmaak-, schilder-, en groenvoorziening te clusteren. Dit is het geval, omdat er onvoldoende samenhang tussen deze activiteiten zit.²¹

Daarnaast geeft de Gids ook aanvullende criteria en voorbeelden.²² Het aantal potentiële inschrijvers dient bijvoorbeeld nog dusdanig te zijn, dat de mededinging gewaarborgd blijft en de concurrentie niet merkbaar wordt beperkt.²³ Ter aanvulling geeft de Gids aan dat er een afweging gemaakt dient te worden ten aanzien van de voor- en nadelen van schaalvergroting, waarbij in ieder geval de totale kosten en de complexiteit van een opdracht een rol kunnen spelen.²⁴ Ook ten aanzien van percelen worden criteria gegeven voor de afweging. Zo kunnen de opdrachten verschillende expertises vragen die veelal niet in één onderneming verenigd zijn of kan de aanbestedende dienst ook kleinere ondernemingen in de gelegenheid willen stellen om mee te dingen.²⁵ Deze criteria zijn in ieder geval relevant bij integrale contracten, gebiedscontracten of geaggregeerde contracten van inkoop-samenwerkingen.

De werkgroep onderschrijft de criteria uit de Awet 2012 en de Gids en concludeert dat ze veel bruikbare aanknopingspunten bevatten om de afweging aangaande clusteren en splitsen te kunnen maken. Daarbij merkt de werkgroep op dat de gemaakte afweging op basis van deze criteria, transparant moet worden op basis van de twee motiveringsverplichtingen uit artikel 1.5 Awet 2012. De werkgroep stelt vast dat in de praktijk dergelijke transparantie veelal niet ontstaat, omdat motiveringen niet altijd aanwezig zijn of summier zijn uitgewerkt. Het verdient daarnaast opmerking dat artikel 1.5 Awet 2012 in dergelijke gevallen een 'tigger zonder tanden' blijft, omdat rechters terughoudend toetsen of er inhoudelijk voldaan is aan de motiveringsverplichtingen. Tot op heden heeft in de rechtspraak de nadruk gelegen op de discretionaire ruimte voor aanbestedende diensten om te kiezen voor clusteren of het opdelen in percelen. Er wordt getoetst op het voldoen aan de motiveringsverplichtingen, niet op de inhoud ervan. De uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ten aanzien van een aanbesteding van multifunctionals door de Universiteit Utrecht geeft dit uitgangspunt goed weer: *'Het behoort naar het oordeel van het hof tot de vrijheid van de Universiteit als aanbestedende dienst om de door haar gewenste functionaliteiten van de aan te besteden Multifunctionals te formuleren en haar behoeftes aan verschillende functionaliteiten te willen bundelen in één aan te besteden apparaat, de Multifunctional.'* en aanvullend *'Het is aan de Universiteit als aanbestedende dienst om de eigenschappen van het door haar gewenste apparaat te kiezen.'*²⁶

5. Aanbevelingen om tot verbetering van de aanbestedingspraktijk te komen

Zoals hiervoor uiteen is gezet, concludeert de werkgroep dat het voor het verbeteren van de toepassing van het clusterverbod en splitsingsgebod niet noodzakelijk is om de Awet 2012 en de Gids aan te passen. Wel ziet de werkgroep

²¹ Kamerstukken II 2010/11, 32440, nr. 17.

²² Het valt overigens op dat er niet consistent wordt verwezen naar de Gids in de Nederlandse jurisprudentie over clusteren.

²³ *Gids Proportionaliteit*, p. 20.

²⁴ *Gids Proportionaliteit*, p. 20.

²⁵ *Gids Proportionaliteit*, p. 22-23.

²⁶ Zie de uitspraak in noot 19 van deze brief, r.o. 3.13.

verbeteringspotentieel in de toepassing van het wettelijk kader ten aanzien van clusteren en splitsen.

Aan de hand van de geschetste problematiek doet de werkgroep hierbij enige aanbevelingen. Een aantal daarvan is concreet uitgewerkt, terwijl een ander deel zich beperkt tot aanduiding van een oplossingsrichting. De aanbevelingen worden onderverdeeld in twee domeinen, te weten “kennis” en “toepassing”. Het domein kennis heeft betrekking op de bekendheid met en toegankelijkheid tot het wettelijk kader (paragraaf 5.1). Het domein toepassing heeft betrekking op de wijze waarop het wettelijk kader in de praktijk wordt toegepast (paragraaf 5.2).

5.1. Kennis

Bekendheid met de van toepassing zijnde regelgeving vereist de eerste aandacht.²⁷

Aanbeveling 1: bevordering bekendheid c.q. ontsluiten van de informatie

Nu de diverse handvatten voor het afwegingskader rond het clusterverbod en het splitsingsgebod verspreid zijn opgenomen in de regelgeving (zowel de Awet 2012 als de Gids) adviseert de werkgroep deze informatie op twee manieren voor aanbestedende diensten en inschrijvende partijen te ontsluiten. Als mogelijke vorm voor praktische ontsluiting denkt de werkgroep onder meer aan een handzame ‘infographic’ in combinatie met een uitgebreidere gebruiksinstructie.²⁸ Daarnaast zou het thema clusteren en splitsen expliciet aandacht moeten krijgen in de verschillende inkoopopleidingen en te organiseren themabijeenkomsten in Nederland om de professionaliteit van de inkoop op dit vlak te verbeteren.²⁹

Aanbeveling 2: gelijke informatievoorziening

Daar waar marktkennis voor aanbestedende diensten essentieel is, is het voor inschrijvende partijen van belang te begrijpen op welke wijze de aanbestedende dienst of het speciale sector bedrijf tot haar inkoop-technische afweging is gekomen. Alle bij het aanbestedingsproces betrokken partijen zouden daarom over gelijklopende informatie over de te hanteren inkoop-technische criteria en motiveringsverplichtingen moeten beschikken. Aanbestedende diensten maken voor informatievoorziening gebruik van www.pianoo.nl, dat in beginsel op de overheid is gericht. Ondernemers maken hier in veel mindere mate gebruik van en verkrijgen informatie onder meer via hun brancheorganisatie. De werkgroep stelt dat de dialoog wordt bevorderd wanneer alle betrokken partijen vanuit dezelfde vertrekpunten redeneren. De werkgroep concludeert dan ook dat de informatie rond Beter Aanbesteden in algemene zin en het thema clusteren/splitsen in het bijzonder, goed vindbaar voor alle partijen moet zijn. Daarbij kan gedacht worden aan het voorzien in een centraal toegankelijke internetpagina Beter Aanbesteden over het thema clusteren en splitsen.³⁰

²⁷ Aanbeveling 1, 2 en 3 sluiten aan bij de Actieagenda Beter Aanbesteden en zouden binnen dit kader uitgevoerd kunnen worden.

²⁸ In de gebruiksinstructie kan uitgebreider worden ingegaan op het wettelijke kader van artikel 1.5 Awet en de Gids Proportionaliteit, waarbij de daarin gegeven voorbeelden worden uitgebreid en begrippen (zoals “mkb”) nader worden toegelicht. Zie ook Actiepunt nr. 23, Actie Agenda Beter Aanbesteden.

²⁹ Zie ook Actiepunt nr. 6, Actie Agenda Beter Aanbesteden.

³⁰ Zie ook Actiepunt nr. 11, Actie Agenda Beter Aanbesteden.

5.2. Toepassing

Aanbeveling 3: bevordering marktkennis

Toepassing van het clusterverbod en het splitsingsgebod vereist naast inkoop-technische kennis ook marktkennis. De werkgroep is van mening dat ook de dialoog met de markt daarbij essentieel is. De werkgroep adviseert aanbestedende diensten een bewuste keuze te maken voor overleg op branchebreed of specifiek brancheniveau om hun marktkennis te vergroten. Deze dialoog kan daarnaast inzicht geven aan aanbestedende diensten over de effecten van clustering op de markt. Koepelorganisaties VNO-NCW en MKB Nederland en onderliggende brancheorganisaties kunnen daarbij een rol spelen, evenals vertegenwoordigende organen van aanbestedende diensten, zoals VNG, Unie van Waterschappen, IPO e.d., alsook gebruik te maken van de coördinerende rol van het ministerie van EZK.³¹ Om dit proces te vergemakkelijken stelt de werkgroep voor dat aanbestedende diensten gezamenlijk een standaard verkenningsstrategie van de markt implementeren. Het inrichten van een snelle en eenvoudige variant van de marktconsultatie kan hier mogelijk een aanvullend middel zijn voor toepassing op opdrachtspecifiek niveau, waarmee onnodig clusteren op voorhand voorkomen kan worden. Op basis van dit model zouden deze diensten op structurele basis hun marktkennis op peil kunnen houden.

Aanbeveling 4: naleving clusterverbod en splitsingsgebod

Zaken als informatieontsluiting, voorlichting, dialoog met de markt ten spijt kunnen naar de mening van de werkgroep niet voorkomen dat de regels omtrent clusteren (al dan niet onbewust) niet altijd worden nageleefd. Handhaving van de regels vormt bovendien een stimulans voor inkopers om te willen professionaliseren en kennis van de markt te nemen.

Naleving van artikel 1.5 Awet 2012 wordt momenteel in Nederland afgedwongen door marktpartijen die besluiten de stap naar de rechter of de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvA) te zetten. Hoe nuttig een dergelijke toetsing achteraf ook kan zijn, verdient het - gezien de terughoudende toetsing van de rechter - aanbeveling om andere mogelijkheden te verkennen om de toepassing van dit artikel te verbeteren. De uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de handhaving van de wet ligt namelijk bij de overheid.

De werkgroep geeft daarvoor drie mogelijkheden mee ter overweging. Ten eerste zou een onafhankelijke toezichthouder, die op eigen initiatief op de naleving van de aanbestedingsregels toeziet zonder dat partijen daarvoor naar de rechter of CvA moeten, kunnen worden opgericht.³² Ten tweede zou ervoor gekozen kunnen worden om een aanbestedingskamer, die gespecialiseerd is in aanbestedingsgeschillen, op te richten in een daartoe aangewezen rechtbank. Ten derde zou de functie van de CvA uitgebreid kunnen worden.³³ Bij al deze alternatieven zou artikel 1.5 Awet 2012 niet alleen procedureel ten aanzien van de motiveringsvereisten, maar ook inhoudelijk getoetst kunnen worden.

³¹ Zie ook Actiepunt nr. 4, Actie Agenda Beter Aanbesteden.

³² In Nederland is daar in 2016 tijdens de implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen niet voor gekozen.

³³ Daarnaast zou in algemene zin ter verbetering van de functie van de CvA gedacht kunnen worden aan het bindend maken van de adviezen, het verder verbeteren van de doorlooptijd van klachtprocedures en verplichte opschorting van de lopende termijnen bij de rechter wanneer een procedure loopt bij de CvA.

Het aanbevolen empirische nalevingsonderzoek kan de uiteindelijke keuze voor een van deze bovenstaande mogelijkheden nader onderbouwen. Het mag duidelijk zijn dat deze aanbeveling past binnen het gehele kader van rechtsbescherming bij aanbestedingen in Nederland en daarin ook meegenomen zou moeten worden.

De werkgroep concludeert dat bovenstaande aanbevelingen kunnen bijdragen aan een structurele verbetering van de aanbestedingspraktijk en is bereid om de bevindingen en de aanbevelingen uit deze brief nader toe te lichten.

Hoogachtend,

mr. Bas van den Berg
ing. Henny Geenen
mr. dr. Willem Janssen, tevens voorzitter
mr. Meriam de Koning
drs. Jessica de Kuiper