



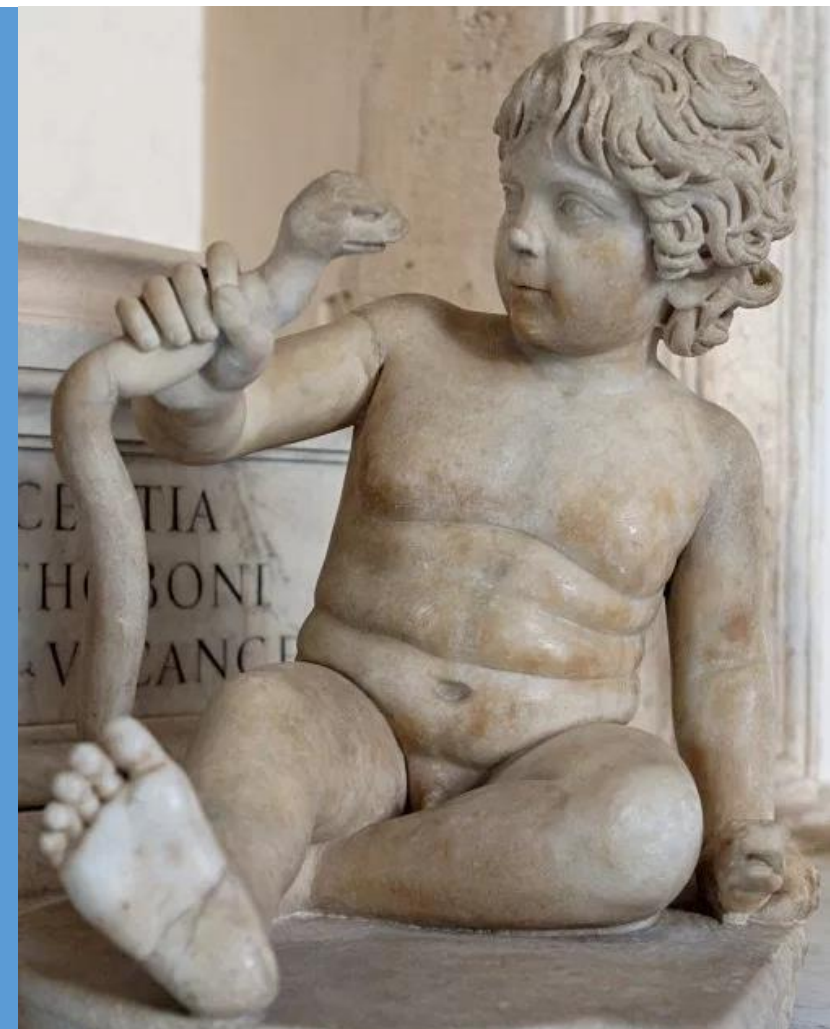
Het clusterverbod

Wetgeving met meerwaarde(?)

NVvA voorjaarsvergadering
20 juni 2019
mr G.J. (Georg) Huith

Oorsprong clusterverbod

- Toename aantal gunningen, afname gunningen aan MKB
 - Schaalvergroting, lagere prijzen, transactiekosten, aanbestedingsmanagement, professionalisering
 - Hoge eisen, hoge administratieve lasten
 - Toename “soft laws”
 - Onderzoek in 2007: MKB 63% reële economie / 41% overheidsopdrachten (Nederland)
- Resolutie EP 18 mei 2010: ‘MKB-strategie’
- Richtlijn 2014/24/EU: aansporing splitsing in percelen
 - Overweging 78: “zonder administratief of gerechtelijk toezicht”



Artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012

- Verbod op “onnodig” samenvoegen van “opdrachten”.
- Bij samenvoeging “acht slaan” op:
 - a) Samenstelling “relevante markt” en “invloed” samenvoeging op MKB
 - b) Organisatorische gevolgen en risico’s voor “aanbestedende dienst en MKB”
 - c) Mate van “samenhang” van de opdrachten
- Samenvoeging “motiveren” in “Aanbestedingsstukken”
- Gebod verdelen in percelen, tenzij “niet passend”



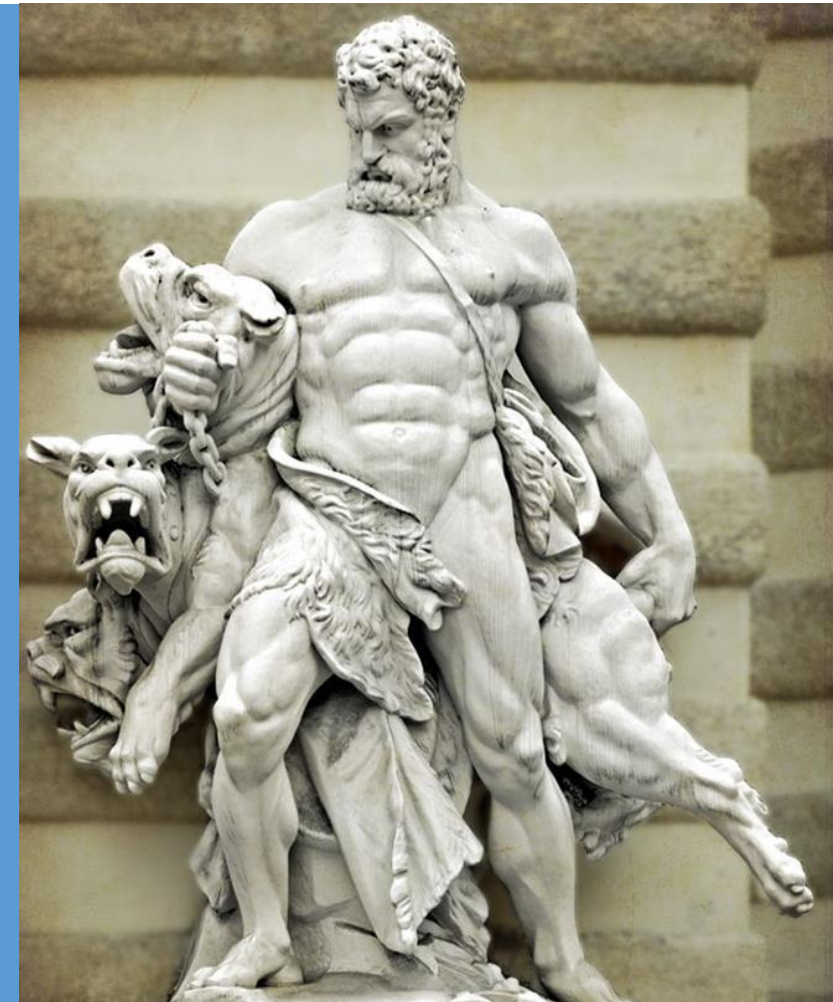
Onnodig samenvoegen van opdrachten

- Wanneer sprake van samenvoegen van “opdrachten”?
 - Invulling Gids Proportionaliteit: ongelijksoortig, gelijksoortig, meerdere aanbestedende diensten
 - “technische en economische functie”
- Interpretatieverschil CvAE vs. overheidsrechter
 - Adviezen 183 en 450 CvAE:
“uitvoering van *instructie* levert resultaat op dat beslissing tot samenvoeging *niet kan dragen*”
 - Hof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:122 (Xafax):
“in beginsel de vrijheid om haar opdracht zo in te richten dat maximaal aan haar behoefte wordt tegemoetgekomen”



Motiveren, motiveren, motiveren ...

- Motivering in de “aanbestedingsstukken” vaak gebrekkig:
 - “Er is ruimte voor onderaanneming of combinatievorming”
- Strategie “*less is more*” (?) → aanvulling in Nota’s van Inlichtingen
- Interpretatieverschil CvAE en overheidsrechter (?)
 - Advies 183 CvAE:
“sluitend bewijs dat voldoende acht is geslagen op aspecten art. 1.5 lid 1 tweede zin”
 - Vزر. Rb Oost-Brabant ECLI:NL:RBOBR:2018:3593
“Men kan in het leven ergens acht op slaan en er niets mee doen”
- Heeft niet-MKB belang bij motivering (?)



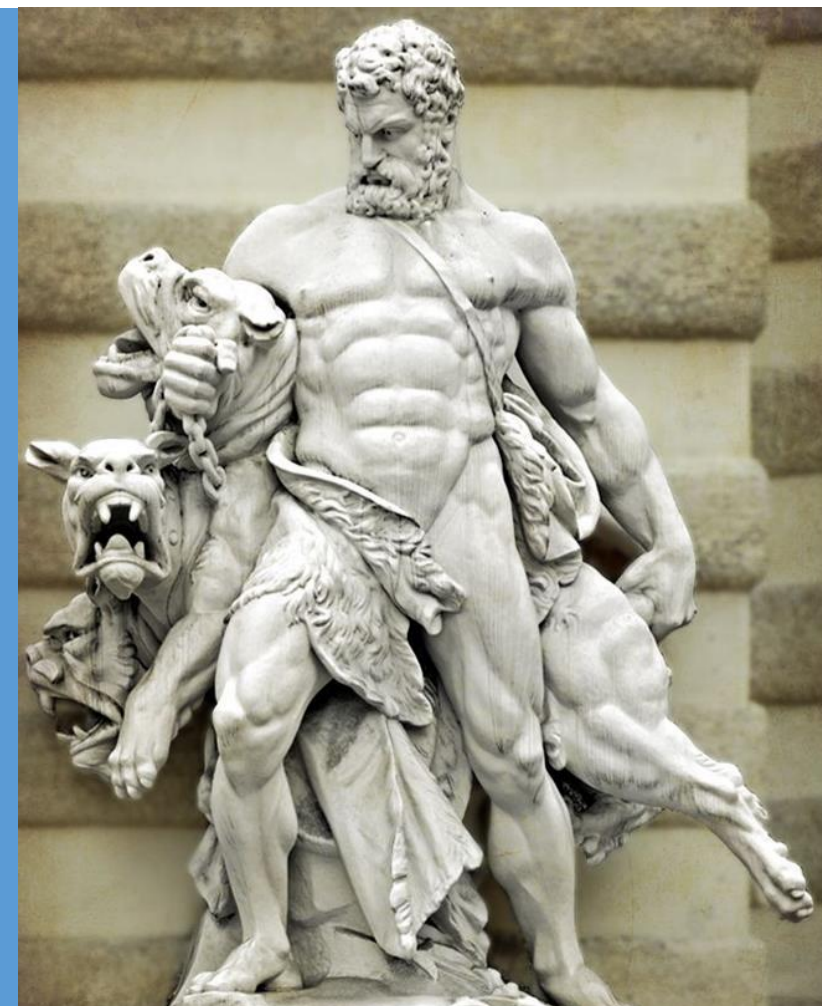
Clusteren en toch splitsen (?)

- Wanneer splitsen niet passend?

- Overweging 78 Richtlijn:

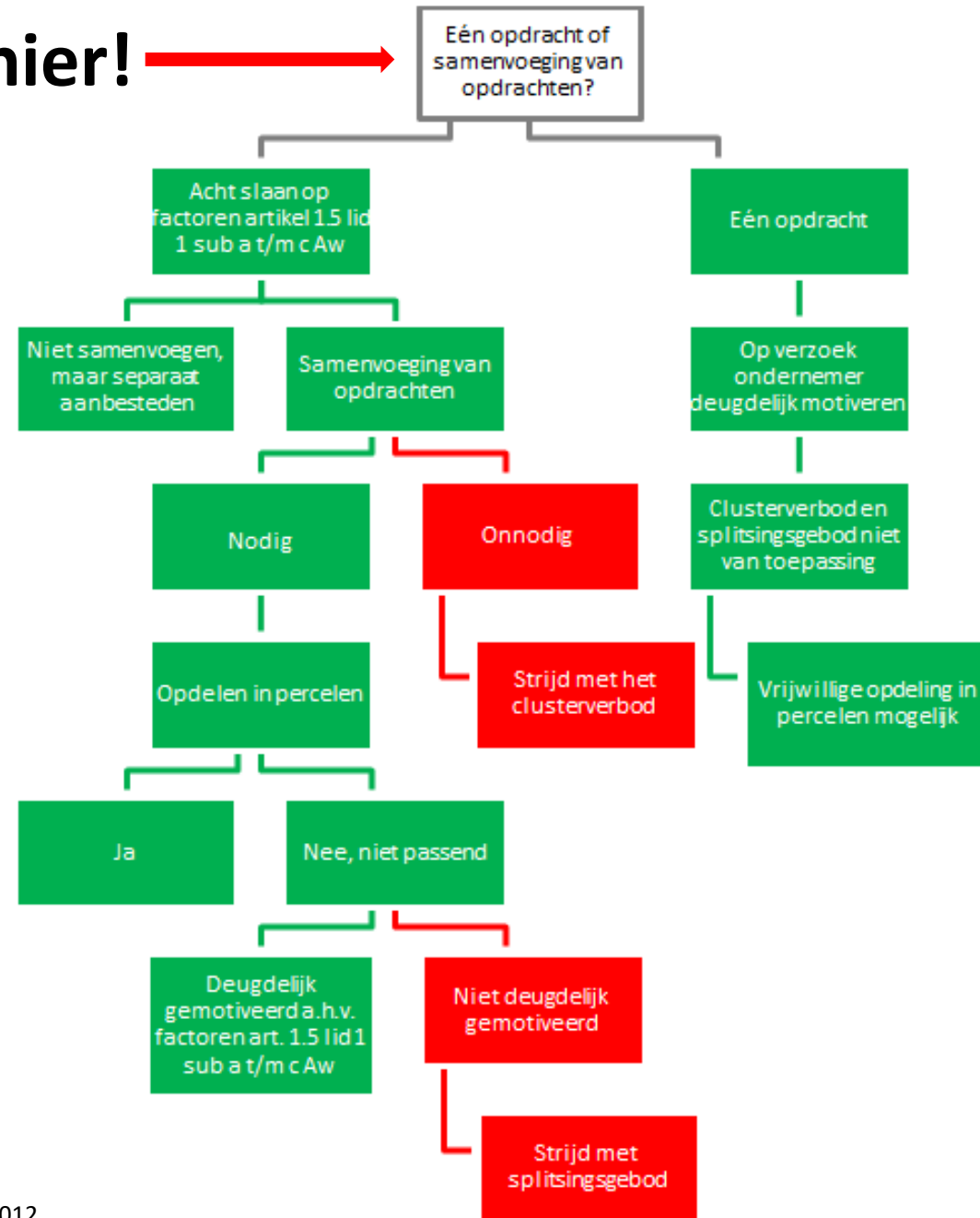
Indien “ (...) de verdeling [in percelen] de **mededinging dreigt te beperken**, of de uitvoering van het contract **technisch uitzonderlijk moeilijk en te duur dreigt te maken**, of dat de noodzaak tot coördinatie tussen de verschillende aannemers voor de percelen de **goede uitvoering van de opdracht ernstig dreigt te ondermijnen.**”

- Gids Proportionaliteit / Parl. Gesch. artikel 1.5 lid 3 Aw
 - Alleen wanneer sprake is van samenvoeging
 - Afwegingskader art. 1.5 lid 1 tweede zin a-c (?)
 - Onderscheid ongelijksoortig / gelijksoortig



Theorie (?)

Start hier! →



Praktijk (?)

Start hier! →



Kan worden geoogst wat is gezaaid?

- “Signalen dat nog steeds teveel wordt geclusterd”
- Meting toename clusteren
 - ‘Analyse aanbestedingspraktijk Bouw&Infra’ (Bouwend Nederland)
- Actieagenda “Beter Aanbesteden”
 - Inzichtelijk maken problematiek en voorstellen doen voor verbetering
- Werkgroep ‘Clusteren’ 26 juni 2018
 - Empirisch onderzoek clustering ontbreekt
 - Voorstellen: ‘betere informatieontsluiting, betere voorlichting, betere dialoog met de markt, betere handhaving’



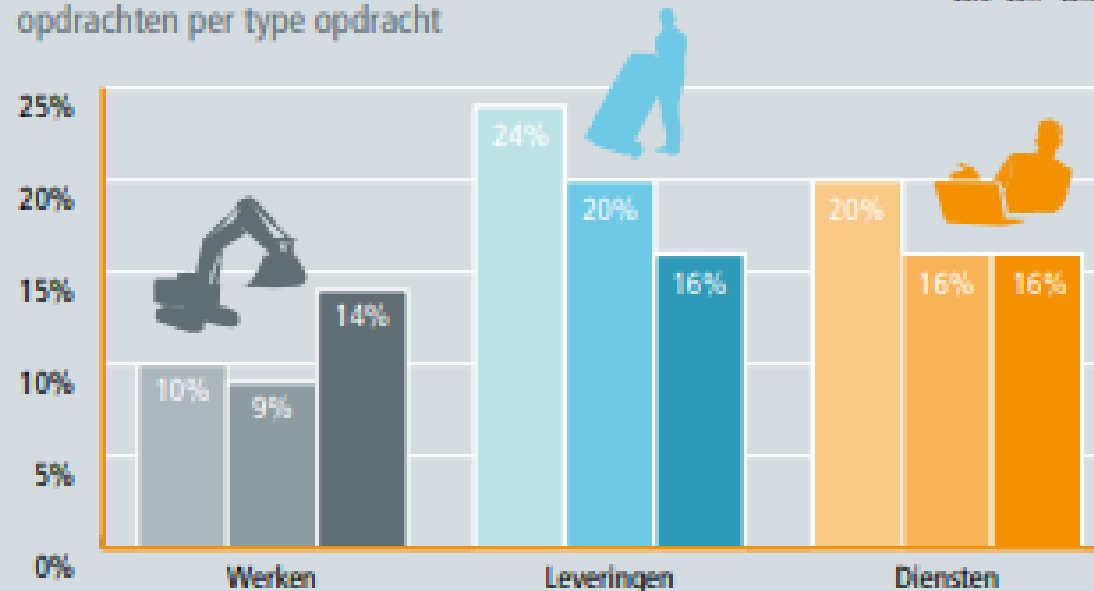
Kan worden geoogst wat is gezaaid?

PERCELEN

16%

van alle aangekondigde opdrachten
bestaat uit meer dan 1 perceel.
2017: 16%, 2016: 20%

Als % van het totaal aantal aangekondigde
opdrachten per type opdracht



Waardevolle wetgeving (?)

- Heeft extra handhaving zin bij MKB (?)
- Risico (verdere) juridificering aanbestedingen (?)
- Nog voldoende legitimatie voor ver- en geboden (?)
- Battle of principles:
 - *'Value for taxpayers money'* vs. maatschappelijke waarde
 - Contractvrijheid vs. *'duty of care'* (?)
- Meedoen is belangrijker dan winnen (?)
- Is de effectiviteit van alternatieven onderzocht?
 - Aanpassing uitnodigingsbeleid onder EU-drempel
 - Verplichte publicatie onder EU-drempel (?)



VRAGEN?

G.J. (Georg) Huith, tel. 070-3045920, mob. 06-130 27 353
e-mail: georg.huith@croonadvocaten.nl

