

## TBR 2013/182 Reactie op C.E.C. Jansen, 'Bouwen met de nieuwe Aanbestedingswet:...

---

Auteur: A.J. van Heeswijck

TBR 2013/182

Reactie op C.E.C. Jansen, 'Bouwen met de nieuwe Aanbestedingswet: over het clusterverbod in de context van de aanbesteding van geïntegreerde bouworganisatievormen', TBR 2013/111

In augustus verscheen in dit tijdschrift de jaarrede van Jansen over de relatie tussen het clusterverbod en de aanbesteding van geïntegreerde bouworganisatievormen, die eind vorig jaar tijdens de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht werd uitgesproken. [2] Hierin gaat Jansen na in hoeverre het in artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet 2012 neergelegde clusterverbod in de weg staat aan de aanbesteding van contracten waarin naast de uitvoering één of meer andere functies van het bouwproces, zoals ontwerp, meerjarig onderhoud, financiering en exploitatie, ineens aan één (combinatie van) partij(en) wordt opgedragen. Na een analyse van de verschillende verschijningsvormen van clusteren concludeert hij dat de reikwijdte van het clusterverbod onduidelijk is. Jansen betoogt dat in het geval geïntegreerde bouworganisatievormen onder het clusterverbod vallen, samenvoeging van verschillende functies van het bouwproces is te rechtvaardigen, zodat van het onnodig samenvoegen van opdrachten geen sprake is.

De door Jansen geconstateerde onduidelijkheid over de reikwijdte van het clusterbod is in mijn ogen te wijten aan het ontbreken van een heldere afbakening van het begrip 'opdrachten' in de zin van artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet 2012. In de wetsgeschiedenis is slechts een aantal voorbeelden genoemd van situaties waarin sprake zou zijn van het onnodig samenvoegen van opdrachten. [3] Voordat wordt toegekomen aan de beoordeling of er sprake is van het onnodig samenvoegen van opdrachten, is het echter noodzakelijk om na te gaan of er sprake is van het samenvoegen van opdrachten. Uit oogpunt van consistentie van de wet pleit ik ervoor bij de beoordeling of er sprake is van het samenvoegen van opdrachten in de zin van artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet 2012 aansluiting te zoeken bij het begrip 'overheidsopdracht', zoals uitgelegd door het HvJ EU in zijn jurisprudentie over het verbod op het kunstmatig splitsen van een overheidsopdracht. [4] Dit betekent dat moet worden nagegaan of de verschillende functies/onderdelen van de beoogde opdracht dezelfde technische of economische functie vervullen. Alleen wanneer dit niet het geval is, is sprake van het samenvoegen van 'opdrachten' en is artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet 2012 van toepassing.

Het begrip 'overheidsopdracht voor werken' heeft een ruime reikwijdte. Een 'overheidsopdracht voor werken' kan zowel de uitvoering als het ontwerp en uitvoering omvatten. Met de toevoeging 'het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen voldoet' is voorts beoogd het begrip uit te breiden tot contractvormen die naast de uitvoering van het werk andere taken omvatten, zoals financiering, aankoop van grond en ontwerpen. [5] De door Jansen beschreven geïntegreerde bouworganisatievormen vallen onder het begrip 'overheidsopdracht voor werken'. Als een aanbesteder besluit de verschillende functies van het bouwproces tezamen als één geïntegreerd contract aan te besteden, is er naar mijn mening geen sprake van het samenvoegen van 'opdrachten' in de zin van artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet 2012. Het clusterverbod is dan niet van toepassing.

[1] Arthur van Heeswijck is advocaat bij PlasBossinade en buitenpromovendus aan de RUG.

[2] C.E.C. Jansen, 'Bouwen met de nieuwe Aanbestedingswet: over het clusterverbod in de context van de aanbesteding van geïntegreerde bouworganisatievormen. Jaarrede uitgesproken op 12 december 2012 tijdens de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht', *TBR* 2013, 111.

[3] Zie o.a. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 440, nr. 28, p. 2.

[4] Zie o.a. HvJ EG 5 oktober 2000, C-16/98 (*Vendée*). Zie ook Gerecht EU 29 mei 2013, T-384/10 (*Spanje/Commissie*), *BR* 2013, 123, m.nt. Snijders-van Erp. Het criterium van 'dezelfde technische of economische functie', dat is ontwikkeld in het kader van het begrip 'werk', is door het HvJ EU toegepast op een overheidsopdracht voor diensten. Zie HvJ EU 15 maart 2012, C-574/10 (*Commissie/Duitsland*). Zie hierover J.M. Hebly & J.W.A. Meesters, 'Waardebepaling bij diensten: karakter dienstverlening of eindresultaat doorslaggevend?' *TBR* 2013/110.

[5] P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid* (diss. Utrecht), Den Haag: IBR 2013, p. 129-136.