

Advies 701

1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies gaat over een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor tolkdienstverlening. Ondernemer klaagt dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met artikel 1.5 van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) door de opdracht tolkdienstverlening voor Deelnemer niet op te delen in percelen, zonder hiervoor een deugdelijke motivering te verstrekken.

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. Aanbesteder heeft in zijn motivering de opdracht niet in percelen op te delen slechts enkele aspecten uit artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 betrokken en geen andere omstandigheden aangedragen die een rechtvaardiging van zijn beslissing de opdracht niet op te delen in percelen zou kunnen dragen. De Commissie concludeert dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 en verklaart de klacht **gegrond**.
- 2.2. In dit advies gaat de Commissie in op de volgende vragen: Geldt de toepassing van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 alleen voor samengevoegde opdrachten? Hoe moet artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 volgens de Commissie worden uitgelegd? Waar moet aanbesteder acht op slaan in zijn motivering het niet passend te vinden een opdracht in meerdere percelen op te delen? Heeft aanbesteder zijn beslissing gemotiveerd? Kan de door aanbesteder gegeven motivering die beslissing dragen?

3. Wat zijn de relevante feiten?

De aanbestedingsstukken

- 3.1. Aanbesteder heeft op 22 februari 2023 ten behoeve van een Deelnemer (ook een aanbestedende dienst) een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één opdrachtnemer voor tolkdienstverlening.
- 3.2. In het beschrijvend document van 22 februari 2023 is, onder meer, het volgende bepaald:

'1.5.1 Scope van de opdracht

De Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor de levering van de Tolkdienstverlening, zodanig dat elke Bestelling binnen de kaders van de Overeenkomst wordt geleverd en uitgevoerd. De Opdrachtnemer is daarbij onder meer verantwoordelijk voor:

1. De coördinatie van aanname, invulling en uitvoering van Bestellingen voor Tolopdrachten die op afstand of op locatie moeten worden uitgevoerd:
 - De aanname en registratie van een Bestelling;
 - De selectie en levering van een (geschikte) Rbtv-geregistreeerde Tolk, afgestemd op de Bestelling, gesprekssituaties bij en Eisen van de Deelnemers;

- De registratie van de duur van een Tolkopdracht;
 - De meting en registratie van de kwaliteit van de uitvoering van een Tolkopdracht;
 - De registratie en administratie van het Prestatie-akkoord van de Tolkopdracht;
2. De werving, selectie en inzet van Tolken en het faciliteren van de opleiding van Tolken, zodanig dat Opdrachtnemer voor alle talen waar de Deelnemers behoefte aan hebben, gedurende de looptijd van de Overeenkomst steeds over voldoende Rbtv-gekwalificeerde en geschikte Tolken beschikt;
3. De coördinatie en afhandeling van alle (financieel)administratieve werkzaamheden die met de Opdracht samenhangen (waaronder de facturatie van en naar zowel Deelnemers, als Tolken);
4. De beheersing, meting, registratie en rapportage van de leveranciersprestaties;
5. Het ter beschikking stellen en operationeel houden van ondersteunende faciliteiten ten behoeve van de Tolkdienstverlening gedurende de looptijd van de Overeenkomst, waaronder:
- a. De IT-voorziening voor de ondersteuning van de bestel-, leverings-, facturatie- en rapportageprocessen;
 - b. Een help-/ en servicedesk die telefonisch en per e-mail bereikbaar is;
 - c. Een kwaliteitsmanagementsysteem;
6. De bijdrage aan de realisatie van de aanbestedingsdoelstellingen.
- De levering van de totale Tolkdienstverlening is beschreven in Bijlage 5 - Programma van Eisen.'

'1.5.5 Aanbesteding

[Onderdeel aanbesteder] heeft de behoefte aan Tolkdienstverlening binnen het Rijk geïnventariseerd. Er is gekeken naar de omvang (het aantal Tolkopdrachten) en daarnaast naar de markt van potentiële inschrijvers, die verschillen in grootte. Om het voor een brede MKBmarkt aantrekkelijk te maken om deel te nemen aan overheidsaanbestedingen zijn de aanbestedingen, eventueel verdeeld in Percelen, divers in aard en omvang.

De Aanbestedende dienst beoogt via deze aanbesteding te voorzien in één centraal loket voor Tolkopdrachten ten behoeve van Deelnemer [....]. De Opdracht betreft Tolkdienstverlening, inclusief de verwerving, selectie en administratieve afhandeling van de dienstverlening (zie scope paragraaf 1.5.1 van het Beschrijvend document), de gevraagde Tolkdienstverlening betreft één opdracht (CPV-code Tolkdienstverlening: 79540000-1). Daar er geen sprake is van samenvoeging van verschillende soorten opdrachten en er geen sprake is van samenvoeging van meerdere aanbestedende diensten is in onderhavige aanbesteding geen sprake van samenvoeging.'

'2.3 Melden (vermeende) onjuistheid, onrechtmatigheid of onregelmatigheid

(....)

Van Inschrijver wordt verwacht dat hij zich proactief opstelt en [aanbesteder] tijdig – dat wil zeggen voor de uiterste termijn van het indienen van Inschrijvingen – wijst op geconstateerde onjuistheden, onrechtmatigheden en/of onregelmatigheden.

Indien een Inschrijver zich niet op de voorgeschreven wijze proactief opstelt en de Aanbestedende dienst aldus niet tijdig op zijn bezwaren heeft geattendeerd, heeft de Inschrijver zijn recht verwerkt om op die bezwaren enige aanspraak te baseren (waaronder ook een latere vordering tot schadevergoeding, verband houdend met die bezwaren).'

- 3.3. In de Nota van Inlichtingen van 31 maart 2023 is, onder meer, de volgende vraag en antwoord opgenomen:

- 3.3.1. Vraag 9: 'Gesteld wordt dat er geen sprake is van samenvoeging (van opdrachten). Wij zijn het hier niet mee eens. Blijkens bijlage 10 bestaat bij het beschrijvend document [naam deelnemer] uit 7 organisatiedelen. Aanbestedende dienst noemt nota bene zelf X [een van de 7 organisatiedelen] apart. Overigens geldt de verplichting om een opdracht op te delen in percelen en de bijbehorende motiveringsplicht ook, wanneer geen sprake is van samenvoeging van opdrachten. Wij constateren dat de opdracht groot is en een groot aantal zeer uiteenlopende soorten tolkopdrachten omvat. Gelet hierop en het feit dat (...) uit 7 organisatieonderdelen bestaat ligt een opdeling van de opdracht in percelen in de rede. Wij verzoeken u dit alsnog te doen.'

Antwoord: 'Er is geen sprake van samenvoeging, de aanbesteding wordt uitgevoerd voor de aanbestedende dienst [naam deelnemer]. Voor het benadrukken van organisatieonderdeel [X] in de titel van de aanbesteding ('Tolkdienstverlening ten behoeve van [deelnemer] waaronder [X]'), is gekozen om aan de markt duidelijke te maken bij welk organisatieonderdeel het zwaartepunt van deze opdracht ligt. Dit gezien het feit dat [X] goed is voor 99% van de afname van de te sluiten overeenkomst, Zoals ook aangegeven in 1.5.5 is er geen sprake van verschillende soorten opdrachten maar van één soort opdracht, te weten Tolkdienstverlening, inclusief de verwerving, selectie en administratieve afhandeling van de dienstverlening (CPV-code Tolkdienstverlening: 79540000-1).'

- 3.4. In de Nota van Inlichtingen van 20 april 2023 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 3.4.1. Vraag 1: 'In antwoord op vraag 9 geeft u aan dat er geen sprake is van samenvoeging, omdat – kort gezegd – de aanbesteding wordt uitgevoerd voor een aanbestedende dienst, [naam deelnemer], en er sprake is van een soort opdracht. U miskent dat binnen een aanbestedende dienst sprake kan zijn van het samenvoegen van opdrachten en de opdracht van [naam deelnemer] uit zeer uiteenlopende tolkopdrachten bestaat, zo blijkt uit bijlage 10. Verder wijzen wij u erop dat het samenvoegen van opdrachten inherent is aan het sluiten van een raamovereenkomst.'

Antwoord: 'Zoals aangegeven in 1.5.5 Beschrijvend document en in NvI 1 is er geen sprake van verschillende soorten opdrachten maar van één soort opdracht, te weten Tolkdienstverlening, inclusief de verwerving, selectie en administratieve afhandeling van de dienstverlening (CPV-code Tolkdienstverlening: 79540000-1). Aldus is dit de opdracht die het voorwerp is van deze aanbesteding en is er geen sprake van samenvoeging van opdrachten.

In bijlage 10 zijn de gespreksituaties beschreven waar de Tolken die door Opdrachtnemer worden geleverd op kunnen worden ingezet.'

- 3.4.2. Vraag 2: 'In antwoord op vraag 9 gaat u niet in op het tweede deel van de vraag. Hierin wordt u erop gewezen dat de verplichting om een opdracht op te delen in percelen ook geldt, wanneer geen sprake is van samenvoeging van opdrachten. Wij herinneren u in dit verband aan brieven van de minister van JenV aan de Tweede Kamer, waarin is toegezegd dat opdrachten voor tolk- en vertaaldiensten van de rijksoverheid gevarieerd en niet in te grote volumes in de markt zullen worden gezet (zie bijv. Brief. Minister van JenV van 5 april 2019, Kamerstukken II 2018/19, 29 936, nr. 44). Zo zijn bijvoorbeeld tolkopdrachten voor IND in het kader van Asiel en Bescherming, die een vergelijkbaar volume hebben als tolkopdrachten voor [deelnemer], verdeeld over twee percelen. Zoals aangegeven is de opdracht van [deelnemer] groot en omvat deze een groot aantal zeer uiteenlopende soorten tolkopdrachten. Wij verzoeken u nogmaals met klem de opdracht in percelen op te delen. Daarnaast verzoeken wij u de beslissing om de opdracht al dan niet in percelen op te delen te motiveren.'

Antwoord: 'Aanbestedende dienst weerspreekt dat er sprake is van een verplichting om een opdracht op te delen in percelen indien er geen sprake is van samenvoeging.

De Staat geeft concreet invulling aan het in de markt zetten van verschillende in aard en omvang wisselende opdrachten voor Tolk- en Vertaaldiensten. Voorafgaand aan onderhavige aanbesteding zijn 7 aanbestedingen uitgeschreven voor Tolkdienstverlening waarin invulling is gegeven aan het op de markt zetten van in aard en omvang wisselende opdrachten.

Vooropgesteld dat elke aanbesteding op zichzelf beoordeeld dient te worden, toch voor de volledigheid en om te voorkomen dat de in de vraag gedane interpretatie over de volumes van verschillende aanbestedingen een eigen leven gaat leiden benadrukt de aanbestedende dienst dat het volume tolkuren van de onderhavige opdracht een kwart betreft van het volume tolkuren voor de IND in het kader van Asiel en Bescherming.

Gezien het feit dat er geen sprake is van samenvoeging, zie ook antwoord op vraag 1, rust op aanbestedende dienst geen verplichting tot het motiveren waarom er niet tot verdeling in percelen wordt overgegaan.

Nietemin is er in deze aanbesteding (onder meer) voor gekozen om het volume niet verder in percelen op te delen omdat het ministerie (...) de behoefte heeft aan één centraal loket voor Tolkopdrachten. Het personeel van Deelnemer wordt landelijk ingezet en moet kunnen vertrouwen op een eenduidige dienstverlening en proces.

Uit recente tolkaanbestedingen blijkt overigens dat het volume van deze opdracht, rekening houdend met de samenstelling van de relevante markt, leidt tot toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB. De relevante markt bestaat uit louter MKB bedrijven en 5 bedrijven kunnen zelfstandig op deze opdracht inschrijven.'

Verdere verloop van de feiten

- 3.5. Op 9 mei 2023 heeft ondernemer een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder. Op 17 mei 2023 verklaart het klachtenmeldpunt de klacht van ondernemer niet-ontvankelijk (zie paragraaf 4 hierna).
- 3.6. Vervolgens heeft ondernemer op 2 juni 2023 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 4 hierna).
- 3.7. Aanbesteder heeft niet op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd.

4. Waar komt de klacht in de kern op neer?

- 4.1. Ondernemer stelt dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met artikel 1.5 van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) door de opdracht tolkdienstverlening voor Deelnemer niet op te delen in percelen, zonder hiervoor een deugdelijke motivering te verstrekken.
 - 4.1.1. Ondernemer stelt dat de opdracht een samengevoegde opdracht is. De opdracht behelst een raamovereenkomst en het samenvoegen van opdrachten is inherent aan een raamovereenkomst, aldus opdrachtnemer. Tevens blijkt uit (een bijlage bij het) het beschrijvend document dat deelnemer uit meerdere organisatiedelen bestaat. Daarnaast omvat de opdracht volgens ondernemer zeer uiteenlopende soorten tolkopdrachten, van tolken bij symposia tot tolken bij verhoren en omvat de opdracht naast het verrichten van tolkdiensten de verwerving, selectie en administratieve afhandeling van de dienstverlening.

4.1.2. Of sprake is van het samenvoegen van opdrachten kan volgens ondernemer in het midden blijven, omdat aanbesteder op grond van artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 zijn beslissing om de opdracht niet in percelen op te delen hoe dan ook moet motiveren. Gelet op de omvang van de opdracht en de diversiteit van de tolkopdrachten ligt een opdeling in percelen volgens ondernemer in de rede. Ondernemer stelt dat de door aanbesteder in antwoord op vraag 9 van NvI 2 verstrekte motivering (zie 3.4.2) de beslissing om de opdracht niet in percelen op te delen niet kan dragen. Ter onderbouwing van zijn stelling, heeft ondernemer de motivering van aanbesteder getoetst aan de aspecten uit artikel 1.5 lid 1 Aw 2012.

4.1.3. Ondernemer onderbouwt zijn klacht als volgt:

'[Inkopenende organisatie] heeft in antwoord op vraag 2 van de tweede nota van inlichtingen opgemerkt dat er behoefte zou bestaan aan één centraal loket voor tolkopdrachten. Het personeel van [naam Deelnemer] zou landelijk worden ingezet en moeten kunnen vertrouwen op een eenduidige dienstverlening en proces. Verder merkte [naam inkopenende instantie] op dat het volume van de Opdracht, rekening houdend met de samenstelling van de relevante markt, zou leiden tot toegang tot de Opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB. Vijf bedrijven zouden op de Opdracht kunnen inschrijven.

Deze motivering kan de beslissing om op de Opdracht niet in percelen op te delen niet dragen. [Naam ondernemer] stelt om te beginnen vast dat [inkopenende instantie] uiterst summier ingaat op de organisatorische gevolgen van de samenstelling van de Opdracht voor de aanbestedende dienst. [Inkopenende instantie] licht de stelling dat 'personeel landelijk wordt ingezet' en de relevantie hiervan voor de samenstelling van de Opdracht echter niet toe. Daarnaast valt zonder enige toelichting, die ontbreekt, niet in te zien waarom de gekozen samenstelling van de Opdracht noodzakelijk is om een 'eenduidige dienstverlening en een eenduidig proces' te bewerkstelligen.

Daarnaast is [inkopenende instantie] niet ingegaan op de organisatorische gevolgen van de samenstelling van de Opdracht voor ondernemers.

Tot slot gaat [inkopenende instantie] uiterst summier in op de samenhang van de Opdracht. [Inkopenende instantie] komt niet verder dan de constatering dat de gevraagde tolkdiensten onder dezelfde CPV-code vallen. Hij gaat eraan voorbij dat onder de Opdracht zeer uiteenlopende tolkdiensten vallen.'

4.2. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft de klacht van ondernemer niet-ontvankelijk verklaard. Aanbesteder gaat dan ook niet inhoudelijk in op de klacht van ondernemer.

4.2.1. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat ondernemer eerder had moeten klagen. Door na datum van inschrijving zijn klacht in te dienen bij het klachtenmeldpunt, heeft ondernemer zijn recht om te klagen verwerkt.

4.2.2. Tevens stelt aanbesteder zich op het standpunt dat ondernemer geen rechtens te respecteren belang heeft bij zijn klacht, nu ondernemer geen inschrijving heeft ingediend. Behandeling van de klacht zou dan ook geen enkele invloed hebben op (het resultaat van) de aanbestedingsprocedure.

5. Onderbouwing van het advies

5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 22 februari 2023 een Europees openbare aanbestedingsprocedure voor tolkdienstverlening heeft aangekondigd. Op

deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3^e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

Rechtsverwerking en/of geen belang?

- 5.2. Aanbesteder stelt dat ondernemer zijn recht heeft verwerkt te klagen vanwege onvoldoende proactief handelen (zie 4.2.1). De klacht is daarom door het klachtenmeldpunt van aanbesteder niet in behandeling genomen. De Commissie heeft de klacht wel in behandeling genomen en oordeelt dat een beroep op de rechtsverwerking niet slaagt.
 - 5.2.1. Door ondernemer zijn zowel in de 1e als in de 2e nota van inlichtingen vragen gesteld die zien op het onderwerp van de klacht. Uit het beschrijvend document blijkt dat 'van Inschrijver wordt verwacht dat hij zich proactief opstelt en [aanbesteder] tijdig – dat wil zeggen voor de uiterste termijn van het indienen van Inschrijvingen – wijst op geconstateerde onjuistheden, onrechtmatigheden en/of onregelmatigheden'. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer daaraan voldaan.
- 5.3. Aanbesteder stelt dat ondernemer, door geen inschrijving in te dienen, geen rechten te respecteren belang heeft bij zijn klacht.
 - 5.3.1. Zoals de Commissie heeft overwogen in eerdere adviezen (vgl. Advies 368 overweging 5.2-5.4, Advies 677, overweging 4.4) kan op grond van artikel 7 lid 1 sub a van het Reglement van de Commissie een klacht bij de Commissie worden ingediend door ondernemers die een opdracht willen verwerven. Deze bepaling noemt als voorbeelden (potentiële) gegadigden, (potentiële) inschrijvers en ook onderaannemers van (potentiële) inschrijvers. De Commissie is van oordeel dat het feit dat ondernemer de onderhavige klacht heeft ingediend, kan worden gezien als een aanwijzing dat ondernemer de opdracht die het onderwerp is van de onderhavige klacht wenste te verwerven. De Commissie acht de omstandigheid dat ondernemer, vanwege de door aanbesteder gehanteerde voorwaarden, niet heeft ingeschreven op de aanbesteding geen belemmering voor het in behandeling nemen van de klacht over die voorwaarden.
- 5.4. De Commissie gaat daarmee over tot inhoudelijke behandeling van de klacht.

Toetsingskader

- 5.5. Overweging 78 Richtlijn 2014/24/EU (onderstreping door Commissie):

'Aanbestedingen moeten worden aangepast aan de behoeften van het mkb.(...). Met het oog daarop en om de concurrentie te vergroten, moeten aanbestedende diensten er met name toe worden aangezet grote opdrachten in percelen te verdelen. Die verdeling zou op kwantitatieve basis kunnen geschieden, zodat de omvang van de afzonderlijke opdrachten beter afgestemd wordt op de capaciteit van het mkb, dan wel kwalitatief — naargelang van de vereiste vakkennis of specialisatie — zodat de verschillende opdrachten inhoudelijk beter toegesneden worden op de specialisaties binnen het mkb of op de verschillende vervolgfasen van het project.

De aanbestedende dienst zou de plicht moeten hebben te overwegen of het zinvol is opdrachten in percelen te verdelen, maar moet autonoom iedere door hem relevant geachte reden kunnen laten gelden, zonder administratief of gerechtelijk toezicht. Indien de aanbestedende dienst beslist dat het geen zin heeft de opdracht in percelen te verdelen, moet het proces-verbaal of de aanbestedingsstukken een

opgave bevatten van de belangrijkste redenen voor de keuze van de aanbestedende dienst. Die redenen kunnen bijvoorbeeld zijn dat volgens de aanbestedende dienst de verdeling 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.

De lidstaten moeten naar eigen goeddunken kunnen blijven streven naar verdere vereenvoudiging van de deelname van het mkb aan de markt voor overheidsopdrachten, door de verplichting om te overwegen in hoeverre splitsing van opdrachten zinvol is, ook te laten gelden voor kleinere opdrachten, door van de aanbestedende diensten een motivering te verlangen voor een besluit opdrachten niet te splitsen, of door splitsing onder bepaalde voorwaarden verplicht te stellen. Met dat doel voor ogen moet het de lidstaten ook vrijstaan te voorzien in mechanismen voor rechtstreekse betaling aan onderaannemers.'

5.6. Artikel 46 Richtlijn 2014/24/EU, eerste lid:

'Aanbestedende diensten kunnen besluiten een opdracht te gunnen in de vorm van afzonderlijke percelen en kunnen de omvang en het voorwerp van deze percelen bepalen.

Met uitzondering van opdrachten die krachtens lid 4 van dit artikel niet moeten worden verdeeld, vermelden de aanbestedende diensten de voornaamste redenen voor hun besluit de opdracht niet in percelen op te delen; deze redenen worden in de aanbestedingsstukken of in het in artikel 84 bedoelde proces-verbaal opgenomen.'

5.7. Artikel 1.5 Aw 2012:

'1. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf voegt opdrachten niet onnodig samen. Alvorens samenvoeging plaatsvindt, wordt in ieder geval acht geslagen op:

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

2. Indien samenvoeging van opdrachten plaatsvindt, wordt dit door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gemotiveerd in de aanbestedingsstukken.

3. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf deelt een opdracht op in meerdere percelen, tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dit motiveert in de aanbestedingsstukken.'

5.8. Inmiddels heeft de Commissie over de afgelopen tien jaar in meerdere klachten geadviseerd over de toepassing van artikel 1.5 Aw 2012. In onderhavig advies wordt door de Commissie verwezen naar adviezen waarin zij op bepaalde onderdelen van artikel 1.5 het toetsingskader reeds uiteen heeft gezet. Dit betreft in ieder geval de volgende adviezen (en de daarin opgenomen verwijzingen naar andere adviezen): Advies 43, overweging 6.1 t/m 6.4, Advies 53, overweging 6.1.1 t/m 6.1.5, 6.1.7 t/m 6.1.20, Advies 345, overweging 5.3 t/m 5.6, Advies 649, overweging 4.5.5 e.v., Advies 680, overweging 4.3.1 t/m 4.3.15.

Bevindingen Commissie

5.9. De vraag die voorligt is of aanbestede in strijd heeft gehandeld met artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 door de opdracht niet op te delen in percelen, zonder hiervoor een deugdelijke motivering te verstrekken. De Commissie bouwt haar antwoord op langs de volgende deelvragen:

- Geldt de toepassing van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 alleen voor samengevoegde opdrachten?
- Hoe moet artikel 1.5 lid, derde lid, Aw 2012 volgens de Commissie worden uitgelegd?
- Waar moet aanbestede acht op slaan in zijn motivering het niet passend te vinden een opdracht in meerdere percelen op te delen?
- Heeft aanbestede zijn beslissing gemotiveerd?
- Kan de door aanbestede gegeven motivering die beslissing dragen?

Geldt de toepassing van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 alleen voor samengevoegde opdrachten?

5.10. Artikel 1.5, derde lid, Aw 2012, verplicht aanbestedende diensten een opdracht op te delen in percelen, tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval hij dat motiveert in de aanbestedingsstukken (splittingsgebod). De vraag of het splittingsgebod alleen geldt voor *samengevoegde* opdrachten, beantwoordt de Commissie ontkenkend. Voor schending van het gebod om een opdracht op te delen in meerdere percelen, is niet vereist dat sprake is van een opdracht die kwalificeert als een samenvoeging van twee of meer opdrachten (vgl. Advies 345, overweging 5.3).

5.10.1. Het doel van de wetgever met artikel 1.5 Aw is 'onnodig clusteren te voorkomen en de kansen van mkb-partijen op aanbestedingsopdrachten te vergroten' (Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 47 in fine). De instructie in het derde lid van artikel 1.5 'een opdracht' in meerdere percelen op te delen, dient dan ook in dat licht te worden beschouwd. Bij iedere aanbesteding van een opdracht, of deze nou bestaat uit (onnodig) samengevoegde opdrachten of niet, moeten aanbestedende diensten bezien in hoeverre de kansen van mkb-partijen om mee te dingen naar de opdracht kunnen worden vergroot.

5.10.2. Hoewel Richtlijn 2014/24/EU van later datum is (28 maart 2014) dan artikel 1.5 Aw (1 april 2013), vindt de Commissie steun voor deze opvatting in overweging 78 van de Richtlijn 2014/24/EU, waarin de Europese wetgever overweegt met het oog op voor het mkb makkelijker te maken aan aanbestedingen mee te kunnen doen en om de concurrentie te vergroten, aanbestedende diensten ertoe moeten worden aangezet '*grote opdrachten* in percelen te verdelen'. En, zo vervolgt overweging 78, dat lidstaten naar eigen goeddunken moeten kunnen blijven streven naar verdere vereenvoudiging van de deelname van het mkb aan de markt voor overheidsopdrachten, door de verplichting om te overwegen in hoeverre splitsing van opdrachten zinvol is, ook te laten gelden voor kleinere opdrachten, door van de aanbestedende diensten een motivering te verlangen voor een besluit *opdrachten* niet te splitsen (zie 5.5).

Hoe moet artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 volgens de Commissie worden uitgelegd?

5.11. Art. 1.5, derde lid, Aw 2012 verplicht een aanbestedende dienst een opdracht in meerdere percelen op te delen, tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst dit motiveert in de aanbestedingsstukken. Bij de uitleg en toepassing van dit artikel betreft de Commissie een aantal uitgangspunten dat deels is ontleend aan de wijze waarop de verdeling van een opdracht in percelen en het betrekken van het mkb bij opdrachten is geregeld in Richtlijn 2014/24/EU. Hoewel van een latere datum, meent de Commissie dat de richtlijn gezichtspunten bevat die relevant zijn voor de toepassing van artikel 1.5 Aw 2012.

- 5.11.1. Artikel 46, eerste lid Richtlijn 2014/24/EU legt aanbestedende diensten niet de verplichting op opdrachten in percelen te verdelen: zij *kunnen* daartoe besluiten en in dat verband de omvang en het voorwerp van deze percelen vaststellen. Het uitgangspunt is dat het aan de aanbestedende diensten zelf is om te bepalen of en waarom zij hun opdrachten in percelen verdelen. Met andere woorden; de vrijheid een opdracht af te stemmen op de eigen inkoopbehoefte, is het uitgangspunt.
- 5.11.2. De Europese wetgever legt aanbestedende diensten aldus geen verplichting op een opdracht in percelen te verdelen, maar verplicht aanbestedende diensten *te overwegen* een opdracht in percelen te verdelen. Het idee hierachter lijkt te zijn dat, zodra een aanbestedende dienst verplicht is om te overwegen een opdracht in percelen te verdelen en zijn beslissing om niet te verdelen te motiveren, dit de kans zal vergroten dat de aanbestedende dienst, op basis van de inzichten die hij tijdens zijn afweging verkrijgt, inderdaad zal besluiten de opdracht in percelen te verdelen. Een en ander blijkt ook met zoveel woorden uit overweging 78 van Richtlijn 2014/24/EU. De aanbestedende dienst zou de plicht moeten hebben te overwegen of het zinvol is opdrachten in percelen te verdelen, maar moet autonoom iedere door hem relevant geachte reden kunnen laten gelden. De Europese wetgever laat het vervolgens aan de lidstaten over om 'naar eigen goeddunken te kunnen blijven streven naar verdere vereenvoudiging van de deelname van het mkb aan de markt voor overheidsopdrachten, door de verplichting om te overwegen in hoeverre splitsing van opdrachten zinvol is, ook te laten gelden voor kleinere opdrachten, door van de aanbestedende diensten een motivering te verlangen voor een besluit opdrachten niet te splitsen, of door splitsing onder bepaalde voorwaarden verplicht te stellen' (zie 5.5).
- 5.11.3. De vrijheid om de opdracht af te stemmen op de eigen inkoopbehoefte, zoals door de Europese wetgever ook als uitgangspunt is geformuleerd (zie 5.11.1), is door de Nederlandse wetgever aan banden gelegd in artikel 1.5 Aw 2012.
- 5.12. Art. 1.5, derde lid, Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst een opdracht in meerdere percelen verdeelt, tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst dit motiveert in de aanbestedingsstukken. Art. 1.5, derde lid maakt echter niet duidelijk op welke aspecten een aanbestedende dienst in zijn motivering acht moet slaan bij de beantwoording van de vraag waarom hij opdeling van een opdracht in meerdere percelen niet passend acht. Uit de Toelichting op het amendement dat ten grondslag ligt aan de genoemde bepaling blijkt weliswaar dat de ratio van het splitsingsgebod is gelegen in de wens van de wetgever 'om de toegang van voldoende bedrijven te waarborgen', maar die Toelichting beperkt zich tot de opmerking dat "niet passend" gelijk staat aan "niet mogelijk" en laat verder in het midden wat de hiervoor bedoelde aspecten zouden kunnen zijn (Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 47 in fine) (vgl. 6.1.17 Advies 53).
- 5.13. Ook de toelichting in de Gids Proportionaliteit (par 3.3.1 en 3.3.2, blz. 21 t/m 24) laat in het midden wat nu precies de (door de wetgever beoogde) verhouding is tussen de beoordeling die een aanbestedende dienst moet uitvoeren op grond van art. 1.5, eerste lid, Aw 2012 in het kader van de beantwoording van de vraag of het samenvoegen van een aantal opdrachten "niet onnodig" is – en bij welke beoordeling dan de in het tweede lid van dat artikel genoemde aspecten in beschouwing moeten worden genomen – en de beantwoording van de vraag (en de daarbij te overwegen aspecten) waarom hij het opdelen van een (samengevoegde) opdracht in meerdere percelen vervolgens "niet passend" acht (art. 1.5, derde lid). (vgl. 6.1.19 Advies 53).
- 5.14. Gelet op het hetgeen hiervoor is overwogen in overwegingen 5.12 en 5.13, gaat de Commissie voor de beantwoording van de vraag waar een aanbestedende dienst

acht op moet slaan in zijn motivering het niet passend te vinden een opdracht in meerdere percelen op te delen, af op de doelstellingen die de wetgever met artikel 1.5 Aw 2012 voor ogen heeft.

Waar moet aanbesteder acht op slaan in zijn motivering het niet passend te vinden een opdracht in meerdere percelen op te delen?

- 5.15. Een deugdelijke motivering van de beslissing om in een geval als het onderhavige het opdelen van een opdracht "niet passend" te achten, zal gebaseerd moeten zijn op een afweging van het met die opdeling gemoeide belang van de aanbestedende dienst enerzijds en het belang van voldoende toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf anderzijds.
- 5.16. Een aanbestedende dienst zal aan zijn in artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 genoemde motiveringsplicht kunnen voldoen door bij zijn beslissing om een opdracht niet in percelen op te delen – vanwege de "niet passendheid" daarvan – acht te slaan op de in artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 genoemde aspecten. De Commissie ziet namelijk niet in, gelet op de doelstellingen die de wetgever met art. 1.5 Aw 2012 als geheel voor ogen heeft gehad, waarom de in het kader van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 af te wegen belangen anders zijn dan die welke een aanbestedende dienst zal moeten afwegen in het kader van de beoordeling waartoe artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 dwingt (Advies 345, overweging 5.6, Advies 649, overweging 4.5.5). In beide gevallen moet een aanbestedende dienst zijn eigen belangen afwegen tegen de verplichting te bezien in hoeverre de kansen van mkb-partijen om mee te dingen naar de opdracht kunnen worden vergroot.
- 5.16.1. Steun voor deze opvatting vindt de Commissie overigens ook in overweging 78 van Richtlijn 2014/24/EU (zie 5.5) waarin de Europese wetgever een aantal voorbeelden geeft van redenen op basis waarvan een aanbestedende dienst af kan zien van het splitsen van een opdracht in percelen:

'Die redenen kunnen bijvoorbeeld zijn dat volgens de aanbestedende dienst de verdeling 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.'

Deze door de Europese wetgever genoemde voorbeelden zien volgens de Commissie op omstandigheden die zijn te koppelen aan respectievelijk aspect a en aspect b van artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012.

- 5.16.2. De Commissie overweegt dat de in artikel 1.5, eerste lid Aw 2012 genoemde aspecten, waarin zowel de vrijheid van een aanbestedende dienst een opdracht af te stemmen op de eigen inkoopbehoefte als de behoeften van het mkb tot uitdrukking komen, zodanig ruim zijn geformuleerd, dat moeilijk voorstelbaar is dat bij de keuze niet op te delen in percelen andere aspecten zijn betrokken dan de aspecten uit artikel 1.5, eerste lid Aw 2012. De (inkoop)belangen van een aanbestedende dienst zullen naar het oordeel van de Commissie bijna altijd te maken hebben met organisatorische gevolgen en risico's, die een splitsing van de opdracht voor de aanbestedende dienst met zich zou meebrengen, waarbij een aanbestedende dienst vanzelfsprekend rekening houdt met de samenstelling van de relevante markt. In die overweging zal een zorgvuldige aanbestedende dienst tevens de samenhang tussen percelen in ogenschouw willen nemen, om de inrichting van zijn opdracht zo optimaal mogelijk bij te laten dragen aan het door aanbestedende dienst met de opdracht te bereiken doel(en). Wanneer een aanbestedende dienst zijn eigen inkoopbehoefte tot uitgangspunt neemt, kan hij in voorkomend geval zijn eigen belangen laten prevaleren boven het mkb-belang. In die situatie

motiveert een aanbestedende dienst waarom het opdelen van de opdracht in percelen 'niet passend' is, oftewel waarom het opdelen van de opdracht in percelen voor hem niet mogelijk is (zie 5.12).

5.17. Wanneer een aanbestedende dienst besluit een opdracht niet op te delen in percelen omdat dit voor hem niet mogelijk is en de aanbestedende dienst laat zien dat hij in zijn overweging om tot dat besluit te komen acht heeft geslagen op *alle* in artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 genoemde aspecten en vervolgens tot een besluit komt op objectieve, proportionele en voldoende duidelijke gronden (zie Advies 680, ov. 4.3.1 – 4.3.15), dan is een dergelijke motivering naar het oordeel van de Commissie voldoende dragend. Mocht een aanbestedende dienst *andere* omstandigheden dan onder artikel 1.5, eerste lid Aw 2012 genoemd, hebben meegenomen in zijn afweging, dan zal een aanbestedende dienst inzicht moeten geven in die betreffende omstandigheden en moet zijn overweging blijk geven van de afweging tussen de verschillende belangen. Door een aspect uit artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 niet in ogenschouw te nemen, neemt een aanbestedende dienst het risico dat hij een aspect negeert dat relevant is voor de afweging al dan niet op te delen in percelen.

5.18. Daarmee is de vraag aan de orde of aanbesteder zijn beslissing om geen gevolg te geven aan het splitsingsgebod in de aanbestedingsstukken heeft gemotiveerd en of die motivering die beslissing voldoende kan dragen.

Heeft aanbesteder zijn beslissing gemotiveerd?

5.19. Aanbesteder heeft in de tweede nota van inlichtingen (antwoord op vraag 2, zie 3.4.2 hiervoor) zijn beslissing de opdracht niet op te delen in percelen, gemotiveerd. De Commissie heeft de gegrondheid van de klacht aan de hand van die motivering onderzocht.

Kan de door aanbesteder gegeven motivering die beslissing dragen?

5.20. Aanbesteder motiveert zijn beslissing als volgt:

'Niettemin is er in deze aanbesteding (onder meer) voor gekozen om het volume niet verder in percelen op te delen omdat het ministerie (...) de behoefte heeft aan één centraal loket voor Tolkopdrachten. Het personeel van Deelnemer wordt landelijk ingezet en moet kunnen vertrouwen op een eenduidige dienstverlening en proces.

Uit recente tolkaanbestedingen blijkt overigens dat het volume van deze opdracht, rekening houdend met de samenstelling van de relevante markt, leidt tot toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB. De relevante markt bestaat uit louter MKB bedrijven en 5 bedrijven kunnen zelfstandig op deze opdracht inschrijven.'

5.21. Ondernemer stelt dat de motivering van aanbesteder zijn beslissing de opdracht niet in percelen op te delen, niet kan dragen. Ter onderbouwing van zijn stelling, heeft ondernemer de motivering van aanbesteder getoetst aan de aspecten uit artikel 1.5 lid, eerste lid, Aw 2012. Samengevat leest de Commissie in de klacht van ondernemer (zie 4.1.3 voor de volledige omschrijving van de klacht) dat aanbesteder uiterst summier ingaat op een aantal aspecten genoemd in artikel 1.5 lid, eerste lid Aw 2012 en in het geheel niet ingaat op de organisatorische gevolgen en risico's van het niet opdelen van de opdracht in percelen voor ondernemer. Op de overige aspecten van artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 gaat aanbesteder volgens ondernemer uiterst summier in.

5.22. Aanbesteder heeft niet op deze stellingen van ondernemer gereageerd.

- 5.23. De Commissie oordeelt als volgt. Aanbesteder is niet verplicht de opdracht in percelen te verdelen, maar is wel verplicht te overwegen de opdracht in percelen te verdelen (zie 5.11.2). Uit de motivatie van aanbesteder, kan de Commissie afleiden dat aanbesteder heeft overwogen de opdracht in percelen op te delen. Echter, de onderbouwing van de uitkomst van de afweging de opdracht niet op te delen in percelen, kan die beslissing niet dragen. De door aanbesteder aangedragen motivering maakt namelijk niet aannemelijk dat het opdelen in percelen 'niet mogelijk' is. De 'niet-passendheid' van het opdelen in percelen is kennelijk gelegen in de behoefte aan één centraal loket. Aanbesteder stelt vervolgens dat de markt enkel uit MKB-bedrijven bestaat en vijf partijen kunnen inschrijven. Daarmee is niet duidelijk in hoeverre aanbesteder de belangen van het MKB heeft afgewogen tegen zijn eigen belangen bij het besluit niet verder op te delen in percelen. Aanbesteder lijkt geen belangenafweging te hebben gemaakt, maar geeft blijk van het vooropstellen van de behoefte aan één centraal loket. Hij meent die behoefte voorop te mogen stellen, omdat nog steeds voldoende MKB-bedrijven mee kunnen dingen naar de opdracht.
- 5.24. Aldus heeft aanbesteder in zijn motivering enkele aspecten uit artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 betrokken: de organisatorische gevolgen en risico's voor de aanbestedende dienst en de samenstelling van de relevante markt. Omdat aanbesteder de overige aspecten onbesproken laat in zijn motivering, is niet duidelijk in hoeverre aanbesteder daadwerkelijk zijn eigen belangen heeft afgewogen tegen de verplichting te bezien in hoeverre de kansen van mkb-partijen om mee te dingen naar de opdracht kunnen worden vergroot. De gegeven motivering kan de beslissing de opdracht niet op te delen in percelen niet dragen.
- 5.25. Nu aanbesteder geen andere omstandigheden heeft aangedragen die een rechtvaardiging van zijn beslissing de opdracht niet op te delen in percelen zou kunnen dragen, concludeert de Commissie dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met artikel 1.5, derde lid, Aw 2012.
- 5.26. Nu de Commissie heeft vastgesteld dat aanbesteder heeft gehandeld in strijd met het splitsingsgebod van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 komt zij niet meer toe aan een beoordeling van de beweerde schending van het in artikel 1.5, eerste lid, Aw 2012 genoemde verbod tot samenvoeging van opdrachten (vgl. Advies 345, overweging 5.10 e.v.).

5.27. De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Omdat het hem vanwege conflicterende belangen niet vrijstond, is commissielid mr. dr. A.J. van Heeswijck niet betrokken geweest bij de behandeling van deze klacht. Dit geldt eveneens voor een van de secretarissen van de Commissie.

Den Haag, 5 maart 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Mr. M.C. Pinto

Vicevoorzitter