

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 634 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor het sluiten van twee raamovereenkomsten ieder met één intermediair voor tolkdiensten. De Commissie acht 1 van de 3 klachtonderdelen gegrond. De Commissie is van oordeel dat de aanbesteder het niet verder opdelen in percelen onvoldoende heeft gemotiveerd (klachtonderdeel 1).

Klachtonderdeel 1

De ondernemer klaagt over een schending van artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 door de opdrachten in slechts twee percelen op te delen.

Op grond van artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 zijn aanbestedende diensten niet gehouden een opdracht verder op te delen in percelen, indien zij een dergelijke verdere opdeling in percelen "niet passend" achten. De Commissie heeft eerder geoordeeld dat een aanbestedende dienst op dit punt aan zijn motiveringsplicht kan voldoen door bij zijn beslissing acht te slaan op alle in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 genoemde aspecten.

De Commissie oordeelt dat de gegeven motivering voor het niet verder opdelen dermate generiek is dat de motivering geen blijk ervan geeft dat aanbesteder zich de belangen van het MKB voldoende heeft aangetrokken. De Commissie verklaart klachtonderdeel 1 daarmee gegrond.

Klachtonderdeel 2

Klachtonderdeel 2 ziet op de omvang van een door aanbesteder gestelde referentie-eis. Hoewel de eis voldoet aan Voorschrift 3.5 G acht ondernemer de gestelde eis disproportioneel.

De Commissie oordeelt dat ondernemer onvoldoende concreet heeft onderbouwd waarom de eis in het onderhavige geval disproportioneel zou zijn en acht klachtonderdeel 2 ongegrond.

Klachtonderdeel 3

De ondernemer klaagt dat aanbesteder in strijd handelt met artikel 2.51 Aw 2012 door een verslag van een marktconsultatie, die voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure is gehouden, niet bij de aanbestedingsstukken te voegen.

De Commissie overweegt dat artikel 2.51 Aw 2012 aanbestedende diensten ertoe verplicht passende maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst, indien een gegadigde of inschrijver betrokken is geweest bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure. Relevante informatie uit een marktconsultatie moet daarom met (potentiële) inschrijvers worden gedeeld, maar een verplichting tot het opmaken van een verslag van ieder marktcontact en het integraal delen van dergelijke verslagen, zoals ondernemer lijkt te veronderstellen, volgt niet uit de wet. De Commissie verklaart klachtonderdeel 3 daarmee ongegrond.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 634

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 18 december 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor twee raamovereenkomsten, ieder met één ondernemer als intermediair van tolkdiensten. De opdracht is verdeeld in twee percelen en het is toegestaan op beide percelen in te schrijven. Een inschrijver kan hoogstens één perceel gegund krijgen.
- 1.2. De klacht omvat drie onderdelen. Onderwerp van klachtonderdeel 1 is met name de motivering die aanbesteder in de aanbestedingsstukken heeft opgenomen voor het niet verder opdelen van de opdracht in percelen. Klachtonderdeel 2 betreft de proportionaliteit van een deel van de gestelde referentie-eis. Klachtonderdeel 3 gaat over een door aanbesteder gehouden marktconsultatie en de inzage die ondernemer wenst te verkrijgen in de interne verslaglegging daarvan.

Relevante bepalingen beschrijvend document

- 1.3. In het beschrijvend document van 18 december 2020 heeft de aanbesteder onder meer het volgende bepaald over de omvang van de overeenkomst en de perceel-indeling:

1.4.1 Algemene omschrijving tolkeninzet bij [Aanbesteder]

In de huidige situatie maakt [Aanbesteder] geen gebruik van een intermediair voor de tolkdienstverlening. [Aanbesteder] heeft verspreid over het land planafdelingen die zorgen dat de behoefte aan tolken op een adequate wijze worden ingevuld voor de organisatie. Op dit moment bestellen de planafdelingen op de verschillende locaties hun eigen tolken via de tolkenlijsten in Smartflow. De Tolk die bovenaan staat op de prioriteringslijst in Smartflow wordt automatisch als eerste gebeld. Indien de betreffende Tolk niet beschikbaar is wordt de tweede Tolk op de lijst gebeld. Is deze ook niet beschikbaar dan wordt de volgende benaderd. Dit herhaalt zich tot er een Tolk gevonden is die beschikbaar is.

(...)

Elke tolkopdracht is een losse opdracht aan een individuele Tolk die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitvoert. Na het invullen van de declaratie wordt iedere opdracht separaat betaald.

(...)

1.5.4 Duur en omvang van de Overeenkomst

(...)

Omvang van de Overeenkomst

De huidige overeenkomst betreft heel Nederland, hier is geen sprake van percelen.

(...)

De omvang van Perceel 1 Noord

De omvang van Perceel 1 Noord wordt op basis van historische omvang geraamd op circa 20.000 diensten per jaar en circa 60.000 Tolkuren op jaarbasis.

(...)

De omvang van Perceel 2 Zuid

De omvang van Perceel 2 Zuid wordt op basis van historische omvang geraamd op circa 20.000 diensten per jaar en circa 60.000 Tolkuren op jaarbasis.

(...)

1.5.5 Perceelindeling

De Aanbestedende dienst heeft de volgende overwegingen gemaakt:

- o Uit marktconsultatie is gebleken dat de gevraagde dienstverlening door de markt geleverd kan worden. Daarbij wordt de kring van potentiële inschrijvers, gelet op de omvang van de Opdracht, niet onnodig beperkt.
- o Het is van belang om een bepaald volume aan opdrachten te bieden om een acceptabele prijs uit de markt aangeboden te krijgen ten behoeve van de Deelnemer. Enerzijds vanwege de kosten en eventuele investeringen van Opdrachtnemers die in het kader van de informatiebeveiliging en overige controlemechanismen, zoals audits, gemaakt moeten worden, en anderzijds omdat Tolkdiensten een relatief lage economische waarde kennen vanwege de vaak korte dienstverlening die per minuut wordt vergoed. Er dient derhalve voldoende volume te zijn.
- o De transactiekosten en beheerlasten zijn bij het aanbesteden, het uitvoeren van de Opdracht en het contractmanagement beheersbaar.

Voor de Aanbestedende dienst zijn de volgende strategische aspecten van doorslaggevend belang bij het bepalen van de perceelindeling:

- De wens de aanbesteding aantrekkelijk te maken voor kleinere spelers. De individuele Percelen dienen ertoe te leiden dat ook kleinere organisaties inschrijven.
- De wens de markt aantrekkelijk te maken voor nieuwe spelers. De individuele percelen dienen ertoe te leiden dat ook nieuwe organisaties het de moeite waard vinden in te schrijven (bijvoorbeeld nieuwe toetreders op de markt of buitenlandse organisaties).

De Opdracht is verdeeld in twee Percelen:

- *Perceel 1 Noord*
- *Perceel 2 Zuid'*

1.4. De referentie-eis die het onderwerp is van klachtonderdeel 2 luidt als volgt:

'4.3.3 Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid

De Geschiktheidseisen zoals bedoeld in Deel IV van de UEA staan hieronder vermeld.

Geschiktheidseis 3: Referenties

Inschrijver dient aan de hand van 1 of meer referenties aan te tonen dat hij over bovenstaande kerncompetenties beschikt. (...)

- Perceel 1 Noord

(...)

2. Deskundig in het selecteren en inzetten van Tolken

Het op aanvraag van de referent uitvoeren van bemiddelingsdiensten en inzetten van Tolken voor het door een (al dan niet gespecialiseerde) Tolk laten uitvoeren van Tolkdiensten op afstand of op locatie alsmede de daaraan gerelateerde administratieve verwerking daarvan.

Inschrijver wordt geacht over de gestelde kerncompetenties te beschikken als de ingediende referenties aan de volgende eisen voldoen:

- a. (...);
- b. binnen een periode van twaalf maanden (van de afgelopen drie (3) jaar) minimaal 8.000 diensten zijn uitgevoerd;

(...)

- Perceel 1 Zuid

(...)

2. Deskundig in selecteren en inzetten van Tolken

Inschrijver wordt geacht over de gestelde kerncompetenties te beschikken als de ingediende referenties aan de volgende eisen voldoen:

- a. (...);
- b. binnen een periode van twaalf maanden (van de afgelopen drie (3) jaar) minimaal 8.000 diensten zijn uitgevoerd;'

Nota van Inlichtingen

1.5. De eerste nota van Inlichtingen van 24 februari 2021 bevat een vraag van ondernemer over de referentie-eis.

1.5.1. Vraag 38 (betreffende beschrijvend document 4.3.3): 'Perceel 1 en 2, "2. Deskundig in het selecteren en inzetten van Tolken": wij zijn van mening dat voor deze percelen het minimale aantal uitgevoerde tolkdiensten binnen een periode van 12 maanden te hoog is en daardoor conflicteert met het beginsel van proportionaliteit in aanbestedingen.

De minister van Justitie en Veiligheid heeft op 20 mei 2020 in zijn "Reactie advies parlementair advocaat inzake aanbesteding tolk- en vertaaldiensten en vragen Commissie J&V" het volgende geantwoord:

"3. Welke voorwaarden gaat u stellen aan de inschrijvers, gesteld dat deze dienst wordt aanbesteed?

In lijn met de aanbevelingen uit het ABDTOPConsult-rapport heb ik in de afgelopen periode gewerkt aan een manier om het vraagstuk van de ontwikkeling van de sector en de positie van de tolk/vertaler te adresseren. Uitgangspunten die ik hierbij van belang vind zijn verbreding van de markt en kwaliteit en ontwikkeling van de beroepsgroep. Hierop wordt in de komende aanbestedingen ingezet. Zo stimuleren we een groter aantal intermediairs actief te worden op de markt van

overheidsaanbestedingen door de opdrachten gevarieerd en in niet te grote volumes op de markt te zetten.”

De gevraagde minimale aantallen tolkdiensten zijn volgens ons in tegenspraak met de uitgangspunten van de Minister. Naar verwachting zullen slechts enkele Nederlandse aanbieders zelfstandig kunnen voldoen, waardoor geen verbreding van de markt plaatsvindt en geen groter aantal intermediairs actief kan worden. Ook zijn de minimale aantallen in tegenspraak met het uitgangspunt in paragraaf 1.5.5 van het aanbestedingsdocument om de aanbesteding aantrekkelijk te maken voor kleinere spelers en nieuwe spelers. Nieuwe en kleine spelers zullen zelfs in een samenwerkingsverband moeite hebben om te voldoen aan de minimale aantallen opdrachten.

Tenslotte: wij werken al enige tijd succesvol samen met [Aanbesteder] voor de levering van tolkdiensten, in het kader van de recent opgerichte “taskforce”. Het is teleurstellend en onlogisch dat wij vanuit onze huidige rol als “taskforce” leverancier, met alle relevante ervaring die we hebben in het leveren van tolkdiensten aan [Aanbesteder], niet zelfstandig kunnen inschrijven op deze aanbesteding. Wij verzoeken u de referenties op dit punt aan te passen door de minimale aantallen tolkdiensten te verlagen naar 1500 per perceel, of het aantal percelen te vergroten.

Antwoord: 'Aanbestedende dienst gaat niet in op uw verzoek om de minimale aantallen te verlagen.

[Aanbesteder] verwacht leverbetrouwbaarheid van de dienstverlening die cruciaal is voor de continuïteit van hun werkzaamheden. Zekerheid over de leverbetrouwbaarheid wordt verkregen door het eisen van bepaalde competenties die worden aangetoond met referenties uit eerdere opdrachten. Daarvoor zijn de minimum aantallen opdrachten uitgevraagd. De minimum aantallen kunnen in meerdere referenties worden aangetoond.

Het is toegestaan dat Inschrijvers gezamenlijk in het binnen- en/ of buitenland inschrijven op de Opdracht om te voldoen aan de gestelde Geschiktheidseisen. De Aanbestedende dienst heeft de referentie-eisen gesteld op 40% van de opdrachtwaarde van een individueel perceel, hetgeen al lager is dan in de Gids Proportionaliteit gestelde 60%. De organisatorische gevolgen voor [Aanbesteder] zijn bij het nog verder verlagen van de geschiktheidseis niet te voorzien, vormen een ongewenst groot risico voor [Aanbesteder] wat niet acceptabel is.

Aanbestedende dienst gaat niet in op uw verzoek om het aantal percelen te vergroten. De Deelnemer heeft zijn totale tolkbehoefte verdeeld over twee percelen met vergelijkbare diensten. Hiermee zijn de organisatorische gevolgen voor de Deelnemer nog beheersbaar, kunnen meerdere MKB-bedrijven uit de markt individueel of gezamenlijk inschrijven op de aanbesteding en is voldoende ruimte voor mededinging naar een aantrekkelijke opdracht.'

- 1.6. De tweede nota van inlichtingen, gedateerd 1 april 2021 bevat diverse vragen van ondernemer over de perceelindeling. Vragen 21 en 22 met bijbehorende antwoorden luiden als volgt:
 - 1.6.1. Vraag 21 (betreffende beschrijvend document 1.5.5): 'Volgens de motivering is de wens om de aanbesteding aantrekkelijk te maken voor kleinere spelers een strategisch aspect van doorslaggevend belang bij het bepalen van de perceelindeling. Door de gekozen volumes kunnen kleinere spelers echter niet voldoen aan kerncompetentie 2. Kunt u de gemaakte afweging toelichten? Waarom heeft u niet gekozen voor meer dan twee percelen?'

Antwoord: 'Aanbestedende dienst is het oneens met de redenering dat kleinere spelers niet kunnen voldoen aan kerncompetentie 2. Deze bevinding wordt gestaafd door het feit dat voor de meest recente aanbesteding Tolkdiensten voor [Aanbesteder] voor perceel 1 vijf inschrijvingen zijn ingediend en voor perceel 2 vier inschrijvingen. In de gehele aanbesteding hebben zeven verschillende leveranciers zich ingeschreven, waarvan vijf leveranciers kwalificeren als micro- of kleine ondernemingen.

Daarnaast is het toegestaan dat Inschrijvers inschrijven op de Opdracht om te voldoen aan de gestelde Geschiktheidseisen. De Aanbestedende dienst heeft de referentie-eisen gesteld op 40% van de opdrachtwaarde van een individueel Perceel, hetgeen al lager is dan in de Gids Proportionaliteit gestelde 60%.

[Aanbesteder] heeft zijn totale tolkbehoefte verdeeld over twee Percelen met vergelijkbare diensten. Hiermee zijn de organisatorische gevolgen voor [Aanbesteder] nog beheersbaar, kunnen meerdere MKB-bedrijven uit de markt individueel of gezamenlijk inschrijven op de aanbesteding en is er voldoende ruimte voor mededinging naar een opdracht.'

- 1.6.2. Vraag 22 (betreffende beschrijvend document 1.5.5): 'Er staat: "Uit marktconsultatie is gebleken dat de gevraagde dienstverlening door de markt geleverd kan worden." Welke 'marktconsultatie' bedoelt u? Is hiervan verslaglegging en zo ja, kunt u die aan gegadigden verstrekken?'

Antwoord: 'Van deze marktconsultatie is een intern verslag gemaakt. Daarnaast is er ook vanuit de categorie en het contractmanagement frequent contact met de markt. Tevens is uit eerder[e] aanbestedingen gebleken dat er MKB bedrijven in kunnen schrijven. Zie ook het antwoord op vraag 21 van Nota van Inlichtingen 2.'

Klacht ondernemer en reactie aanbesteder

- 1.7. Ondernemer heeft op 7 april 2021 een klacht bij aanbesteder ingediend. Aanbesteder heeft bij reactie van 15 april 2021 alle onderdelen van de klacht ongegrond verklaard. Vervolgens heeft ondernemer op 22 april 2021 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragrafen 2 en 3 hierna).
- 1.8. Aanbesteder heeft op 3 mei 2021 een reactie ingediend (zie paragraaf 4 hierna).

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Aanbesteder handelt in strijd met artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 door de opdrachten in slechts twee percelen op te delen. De door aanbesteder gegeven motivering gaat niet in op alle in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 genoemde aspecten. De motivering bevat bovendien onjuistheden en tot slot staat de gekozen perceelindeling haaks op de door de Minister van Justitie en Veiligheid geformuleerde doelstelling een bredere marktontwikkeling te stimuleren.

2.2. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder handelt in strijd met artikel 1.10 Aw 2012 door een disproportionele referentie-eis te stellen.

2.3. Klachtonderdeel 3

Aanbesteder handelt in strijd met artikel 2.51 Aw 2012 door een verslag van een marktconsultatie, die voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure is gehouden, niet bij de aanbestedingsstukken te voegen.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1.1. Ondernemer merkt op dat aanbesteder in verschillende aanbestedingen (nagenoeg) dezelfde motivering gebruikt voor een opdeling in percelen. Van een op de opdracht toegesneden motivering is dus geen sprake. Ondernemer stelt dat de Commissie in Advies 609 over de vaker door aanbesteder gebruikte motivering heeft geoordeeld dat aanbesteder onvoldoende zicht had op de samenstelling van de relevante markt, dat de doelstelling om de aanbesteding aantrekkelijk te maken voor kleinere spelers niet naar voren kwam in de perceelindeling en de beoogde marktverbreding zeer beperkt was.
- 3.1.1.2. Ondernemer stelt dat in dit geval de motivering voor het niet verder opdelen van de opdracht dan in twee percelen, inderdaad niet ingaat op (i) de samenstelling van de relevante markt. Evenmin gaat de motivering in op (ii) de organisatorische gevolgen en risico's voor de aanbestedende dienst en de ondernemer. De motivering gaat slechts summier in op (iii) de mate van samenhang van de opdrachten. De motivering bevat (iv) geen onderbouwing voor de stelling dat de perceelindeling een gunstige invloed zou hebben op de transactiekosten en beheerlasten.
- 3.1.1.3. Bovendien bevat de motivering onjuistheden, omdat (i) de kring van potentiële inschrijvers – anders dan aanbesteder stelt – onnodig wordt beperkt. Het volume van de percelen is zo groot dat alleen de twee grotere marktpartijen die in Nederland actief zijn op dit gebied in aanmerking komen voor gunning van een perceel. Evenmin juist is de stelling uit de motivering van aanbesteder dat (ii) het volume van de gekozen percelen noodzakelijk is om een acceptabele prijs uit de markt te krijgen. Aanbesteder suggereert dat investeringen specifiek moeten worden gedaan voor het voldoen aan de eisen van onderhavige opdracht, terwijl die investeringen hoe dan ook moeten worden gedaan door marktpartijen om concurrerend te blijven. Die investeringen kunnen bovendien worden verdeeld over verschillende opdrachten, omdat aanbesteder dezelfde eisen hanteert in verschillende aanbestedingen. De tarieven die aanbesteder op dit moment betaalt, terwijl de opdracht verder is onderverdeeld dan in twee grotere percelen, vallen bovendien binnen de bandbreedte die in de aanbestedingsprocedure zijn voorgeschreven. Daaruit blijkt dat een vergroting van het volume van de percelen niet nodig is voor het verkrijgen van acceptabele tarieven.
- 3.1.1.4. Tot slot staat de perceelindeling haaks op de door de Minister van Justitie en Veiligheid geformuleerde doelstelling om een bredere marktontwikkeling te stimuleren. De kring van potentiële inschrijvers wordt onnodig beperkt en dus komt de wens de opdracht aantrekkelijk te maken voor kleinere spelers niet terug in de perceelindeling.

3.2. Klachtonderdeel 2

Ondernemer stelt dat er geen enkele reden is aan te nemen dat een bedrijf dat op jaarbasis duizenden keren (maar minder dan 8.000 keer) een tolk bemiddelt, niet tevens over de deskundigheid beschikt die benodigd is voor het selecteren en inzetten van 8.000 tolken op jaarbasis. Daarmee zou de referentie-eis geen redelijk doel dienen en in strijd zijn met het proportionaliteitsbeginsel.

3.3. Klachtonderdeel 3

- 3.3.1. Ondernemer wijst op artikel 2.51 lid 1 Aw 2012 waarin is bepaald dat indien een gegadigde, een inschrijver of een met een gegadigde of inschrijver verbonden onderneming een aanbestedende dienst heeft geadviseerd of anderszins betrokken is geweest bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure, de aanbestedende dienst passende maatregelen neemt om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de deelneming van die gegadigde of inschrijver. Volgens artikel 2.51 lid 2 sub a Aw 2012 omvatten de in het eerste lid bedoelde passende maatregelen onder meer de mededeling aan andere gegadigden en inschrijvers van relevante informatie die is uitgewisseld in het kader van of ten gevolge van de betrokkenheid van de gegadigde of inschrijver bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure.
- 3.3.2. Aanbesteder verwijst in paragraaf 1.5.5 van het Beschrijvend Document naar een marktconsultatie. Blijkens vraag en antwoord 22 van de tweede nota van inlichtingen bestaat een 'intern verslag' van deze marktconsultatie. Aanbesteder heeft dit verslag, ondanks het verzoek daartoe van ondernemer, niet aan gegadigden verstrekt. Aanbesteder handelt daarmee, volgens ondernemer, in strijd met artikel 2.51 Aw 2012. Anders dan aanbesteder stelt, volgt uit de parlementaire geschiedenis dat een marktconsultatie onder de reikwijdte artikel 2.51 Aw 2012 valt. Dat de informatie uit een marktconsultatie ook is gebruikt voor andere aanbestedingen, is geen reden af te zien van het verstrekken van de verslaglegging aan (potentiële) inschrijvers. Het is hoe dan ook niet aan een aanbestedende dienst een afweging te maken in hoeverre hij verplicht is, vanwege mogelijke vervalsing van de mededinging, de verslaglegging van een marktconsultatie te verstrekken. Aanbesteder moet de in het kader van de marktconsultatie uitgewisselde informatie delen, omdat deze moet worden gezien als de in artikel 2.51 lid 2 sub a Aw 2012 bedoelde relevante informatie.

4. Reactie aanbesteder

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. Aanbesteder heeft zijn motivering ten opzichte van de motivering die is gebruikt voor de aanbesteding die het onderwerp was van Advies 609 nauwelijks aangepast. De reden daarvoor is dat de onderhavige aanbesteding geheel anders is van opzet dan de aanbesteding waarop Advies 609 ziet. In deze aanbesteding is, volgens aanbesteder, geen sprake van samenvoeging van een groot aantal verschillende deelnemers, het betreft slechts één aanbestedende dienst. De opdracht zelf omvat een keten van met elkaar verbonden werkzaamheden rond tolkdienstverlening. Daarom is sprake van opdrachten die grote samenhang vertonen.
- 4.1.2. Aanbesteder houdt zich naar eigen zeggen aan het kader van artikel 1.5 Aw 2012. Waar samenvoeging is geoorloofd zal hij daartoe overgaan om de lasten en kosten voor alle betrokkenen te beperken en eenduidige kwaliteit en overzichtelijk contractmanagement te bevorderen. Wanneer opdrachten duidelijk verschillen en samenvoeging niet gemotiveerd kan worden, laat aanbesteder samenvoeging achterwege. In onderhavige aanbesteding is sprake van één opdracht binnen één aanbestedende dienst.
- 4.1.3. Aanbesteder stelt dat artikel 1.5 Aw 2012 ziet op samenvoeging van opdrachten en daarom toepassing mist op de onderhavige, in twee percelen verdeelde, inhoudelijk ondeelbare opdracht voor één aanbestedende dienst.
- 4.1.4. Bovendien stelt aanbesteder dat, zelfs als sprake zou zijn van samenvoeging en artikel 1.5 Aw 2012 van toepassing zou zijn, enkel de verplichting geldt de

samengevoegde opdracht op te delen in percelen. Motivering is alleen aan de orde indien niet wordt ingedeeld in percelen. Aanbesteder heeft reeds voldaan aan de verplichting op te delen in percelen.

- 4.1.5. Met een opdeling in twee percelen (en niet meer) heeft aanbesteder willen voorkomen dat gelijktijdige verzoeken vanuit verschillende percelen voor een tolk in een taal waarvoor schaarste bestaat, tot concurrentie tussen operationele eenheden van aanbesteder leidt. Aanbesteder verwacht dat met minder percelen – en dus minder intermediairs – de inzet van schaarste eenvoudiger kan worden afgestemd.
- 4.1.6. Verder stelt aanbesteder dat intermediairs met een bepaalde omvang aantrekkelijk zijn voor de onderaannemende tolken, omdat een tolk dan een bepaald werk-aanbod van de intermediair kan verwachten. Dit voorkomt dat partijen voor elke opdracht opnieuw met elkaar in overleg moeten treden en de voorwaarden voor de dienstverlening telkens opnieuw moeten uitonderhandelen. Tevens kunnen zij gezamenlijk doorontwikkelen en waar nodig specialiseren. Zo kan een tolk die voor een serie opdrachten aan een intermediair gebonden is ook makkelijker met een intermediair afspraken maken over opleidingen. Dit is in het voordeel van de tolk, de intermediair en de opdrachtgever die zo een betere kwaliteit dienstverlening krijgt.
- 4.1.7. Ten slotte stelt aanbesteder dat voldoende marktdeelnemers, die moeten worden beschouwd als MKB, beschikbaar zijn voor vervulling van onderhavige opdracht. De twee percelen hebben een beperkte omvang van slechts 20.000 diensten per perceel. Dat is significant kleiner dan de percelen uit de aanbesteding die het onderwerp was van Advies 609. Desalniettemin hebben die grotere percelen uit de eerdere aanbesteding tot vijf inschrijvingen vanuit het MKB geleid. In aanvulling op de gehouden marktconsultatie heeft aanbesteder hieruit geconcludeerd dat met de aanbesteding van twee significant kleinere percelen de toegang van voldoende bedrijven uit het MKB is geborgd. Dat een gedeelte van de inschrijvers op de eerdere aanbesteding afkomstig was uit het buitenland leidt niet tot een andere conclusie, anders dan ondernemer lijkt te suggereren.

4.2. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder beaamt de stelling van ondernemer dat naar de letter is voldaan aan Voorschrift 3.5 G van de Gids Proportionaliteit. De referentie-eis staat dan ook in verhouding tot de omvang van de opdracht. Door een referentie-eis te stellen die 20% lager ligt dan het maximaal toegestane, toont aanbesteder de proportionaliteit van de referentie-eis te hebben gezien.

4.3. Klachtonderdeel 3

- 4.3.1. Aanbesteder stelt dat artikel 2.51 Aw 2012 toepassing mist in de onderhavige situatie. Volgens aanbesteder is het doel van het artikel te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst ten faveure van een partij die bij de voorbereiding van een *specifieke aanbestedingsprocedure* was betrokken. De marktconsultatie had tot doel voorafgaand aan een aanbestedingscyclus van *verschillende aanbestedingsprocedures* een beeld te krijgen van de relevante markt en de meer algemeen ervaren punten van aandacht, zoals het aantal beschikbare intermediairs, waar in de cyclus rekening mee kon worden gehouden. De gehouden marktconsultatie voor de gehele categorie kan daarom niet worden gezien als de voorbereiding op een individuele aanbestedingsprocedure. Aanbesteder heeft alle bekende en op het internet gevonden leveranciers benaderd met een enquête. Daarna is op TenderNed een oproep gedaan aan alle leveranciers om in een gesprek aan te geven welke mogelijkheden er zijn om uit te breiden of onderling samen te werken. Er is geen

sprake van uitwisseling van informatie in die zin dat de aanbestedende dienst geen informatie heeft verstrekt, doch slechts informatie heeft ingewonnen. Er kan dus geen sprake zijn van vervalsing van de mededinging in het voordeel van één van de potentiële inschrijvers. Het verslag van de verkenning heeft aanbesteder gebruikt om tot een strategie voor de omvang van de verschillende aanbestedingen te komen. De informatie is niet gebruikt om toekomstige aanbestedingsdocumenten in het voordeel van een potentiële inschrijver te wijzigen. Dergelijke informatie valt niet onder artikel 2.51 Aw 2012. Evenmin is sprake van de betrokkenheid van een gegadigde of inschrijver bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure waardoor de mededinging kan worden vervalst. Het interne verslag is daarom niet een stuk dat op grond van artikel 2.51 Aw 2012 met alle gegadigden of inschrijvers moet worden gedeeld.

- 4.4. Aanbesteder is van oordeel dat alle klachtonderdelen ongegrond moet worden verklaard.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 18 december 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor twee raamovereenkomsten, ieder met één ondernemer als intermediair van tolkdiensten. De opdracht is verdeeld in twee percelen en het is toegestaan op beide percelen in te schrijven. Een inschrijver kan hoogstens één perceel gegund krijgen. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (2^e herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).

- 5.2. Klachtonderdeel 1

Beknopt oordeel

- 5.2.1. De Commissie acht de door aanbesteder in de aanbestedingsstukken gegeven motivering, aangevuld bij nota's van inlichtingen, dermate generiek dat onvoldoende inzicht wordt verschaft in de afwegingen die hebben geleid tot de gekozen perceelindeling. De motivering geeft er aldus geen blijk van dat aanbesteder zich de belangen van het MKB voldoende heeft aangetrokken. De Commissie verklaart klachtonderdeel 1 gegrond.

Toelichting

Toetsingskader splitsingsgebod

- 5.2.2. In een geval als het onderhavige – waarin tussen partijen ter discussie staat of sprake is van één opdracht dan wel van een samenvoeging van opdrachten – kiest de Commissie ervoor eerst te onderzoeken of aanbesteder heeft gehandeld in strijd met het splitsingsgebod van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 (zie Advies 345, overweging 5.3). Voor een beoordeling van een eventuele schending van dat gebod is immers niet vereist dat sprake is van een opdracht die kwalificeert als een samenvoeging van twee of meer opdrachten.
- 5.2.3. De te beantwoorden vraag is dan of aanbesteder een motivering heeft verstrekt die zijn beslissing om geen verder gevolg te geven aan het splitsingsgebod van artikel 1.5, derde lid, Aw 2012 voldoende kan dragen. Een deugdelijke motivering van de beslissing om in een geval als het onderhavige het *verder* opdelen van een (samengevoegde) opdracht "niet passend" te achten, zal gebaseerd moeten zijn op een afweging van de met die opdeling gemoeide belangen van de aanbestedende dienst enerzijds en het belang van voldoende toegang tot de opdracht voor

bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf anderzijds (zie Advies 609, overweging 5.2.31, Advies 571, overweging 5.7.25 en Advies 345, overweging 5.5.4). Zoals de Commissie reeds in Advies 345, overweging 5.6 heeft geoordeeld, kan een aanbestedende dienst aan zijn in artikel 1.5, lid 3, Aw 2012 genoemde motiveringsplicht 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, lid 1, Aw 2012 genoemde aspecten.

- 5.2.4. De motivering voor samenvoegen (en daarmee de motivering voor het niet verder gevolg geven aan het splitsingsgebod) moet rekening houden met de specifieke omstandigheden van de opdracht en inzichtelijk maken wat de voor- en nadelen van clusteren in het betreffende geval zijn, zoals is beschreven in paragraaf 3.3.1, pagina 20 Gids Proportionaliteit:

‘Elke vorm van clusteren heeft voor- en nadelen. Deze zijn afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de opdracht en moeten inzichtelijk gemaakt worden.’

Beoordeling gegeven motivering

- 5.2.5. De Commissie heeft de motivering van de perceelindeling (1.5.5 van het beschrijvend document, bovenstaand weergegeven onder 1.3) getoetst aan de drie aspecten die zijn genoemd in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012:

‘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.’

Eerste aspect: samenstelling relevante markt

- 5.2.6. Aanbesteder beschrijft de samenstelling van de relevante markt in het beschrijvend document in generieke termen: uit de marktconsultatie is gebleken dat de gevraagde dienstverlening door de markt geleverd kan worden en de kring van potentiële inschrijvers wordt, gelet op de omvang van de opdracht, niet onnodig beperkt. Aanbesteder wenst de aanbesteding aantrekkelijk te maken voor kleinere en nieuwe spelers, waar de individuele percelen toe dienen te leiden.
- 5.2.7. In antwoord op vraag 21 van de tweede nota van inlichtingen (zie 1.5 bovenstaand) heeft aanbesteder daaraan toegevoegd dat voor de meest recente aanbesteding tolkdiensten voor grotere percelen dan de onderhavige respectievelijk vijf en vier inschrijvingen zijn ingediend. In die aanbesteding (die ook een derde kleiner perceel bevatte) hebben zeven verschillende leveranciers zich ingeschreven, waarvan vijf leveranciers kwalificeren als micro- of kleine ondernemingen.
- 5.2.8. De generieke beschrijving uit het beschrijvend document biedt onvoldoende inzicht in de afwegingen die aanbesteder bij de inrichting van de opdracht heeft gemaakt. De Commissie kan uit de motivering in ieder geval niet opmaken in hoeverre acht is geslagen op de samenstelling van de relevante markt, zoals artikel 1.5 Aw 2012 wel vereist. De toevoeging die is gegeven aan de motivering in het antwoord op vraag 21 bij tweede nota van inlichtingen geeft inzicht in de veronderstelling van aanbesteder dat de gekozen perceelindeling niet nadelig is voor de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB. Immers, daaruit blijkt dat op grotere percelen dan de onderhavige voor gelijksoortige dienstverlening telkens

minimaal twee bedrijven afkomstig uit het MKB hebben ingeschreven. De verwachting lijkt daarmee gerechtvaardigd dat een opdeling in kleinere percelen geen negatieve invloed zal hebben op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB.

- 5.2.9. Onduidelijk blijft echter op welke wijze aanbesteder de samenstelling van de markt bij de perceelindeling heeft betrokken, ook met inachtneming van de toevoeging bij tweede nota van inlichtingen. Aanbesteder heeft daarmee de op hem rustende motiveringsplicht geschonden. Klachtonderdeel 1 is vanwege die schending reeds gegrond.

Tweede aspect: organisatorische gevolgen en risico's

- 5.2.10. De organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging (althans, de beslissing niet verder op te splitsen in percelen) voor de aanbestedende dienst en de ondernemer zijn, naar het oordeel van de Commissie, te generiek beschreven. Dat een bepaald volume nodig is voor het verkrijgen van een acceptabele prijs, zoals is beschreven in de motivering, geldt voor iedere opdracht. De motiveringsplicht brengt in dit geval mee dat aanbesteder inzicht moet verschaffen in de afwegingen die hebben geleid tot het vaststellen van de uiteindelijk gekozen perceelindeling. De enkele stelling dat die afweging is gemaakt, waar dit onderdeel van de motivering naar het oordeel van de Commissie op neerkomt, biedt onvoldoende inzicht.

- 5.2.11. Hetzelfde geldt voor de passage in de motivering over de transactiekosten en beheerlasten: de Commissie begrijpt dat aanbesteder op dit punt een afweging heeft gemaakt, maar heeft op basis van de motivering geen inzicht in die afweging. Ook op dit punt heeft aanbesteder de op hem rustende motiveringsplicht geschonden.

Derde aspect: logische samenhang

- 5.2.12. In de huidige situatie is elke tolkopdracht die aanbesteder verstrekt kennelijk een losse opdracht aan een individuele tolk die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitvoert en separaat wordt betaald. Aanbesteder lijkt ervan uit te gaan dat door het inschakelen van een intermediair voor tolkdienstverlening één inhoudelijk ondeelbare opdracht ontstaat. In de aanbestedingsstukken en in de nota's van inlichtingen is aanbesteder niet ingegaan op de logische samenhang tussen de verschillende tolkopdrachten en de toekomstige rol van de intermediair. Aldus is ook voor dit aspect sprake van een motiveringsgebrek.

- 5.2.13. Blijkens de reactie van aanbesteder op de klacht van ondernemer brengt de beoogde inschakeling van een intermediair een keten van met elkaar verbonden werkzaamheden rond tolkdienstverlening teweeg. In die zin zou sprake zijn van opdrachten die grote samenhang vertonen.

- 5.2.14. In Advies 343 (overweging 5.2.14) heeft de Commissie overwogen dat indien de inschrijvingstermijn reeds is verstreken, zoals in de onderhavige openbare aanbestedingsprocedure, het motiveringsgebrek niet meer door middel van een nota van inlichtingen kan worden gerepareerd. Dat laat echter onverlet dat het geraden kan zijn dat de aanbestedende dienst in dat geval op andere wijze alsnog voldoende bekendheid geeft aan een (dragende) motivering voor zijn beslissing om de verschillende opdrachten samen te voegen, of, zoals in dit geval, zijn beslissing te kiezen voor een bepaalde perceelindeling. De aanbestedende dienst zal er immers rekening mee moeten houden – al dan niet naar aanleiding van signalen uit de markt – dat hij ook na het verstrijken van de inschrijvingstermijn in een klachtprocedure bij de Commissie of in een procedure bij de gewone rechter wordt betrokken ter zake van de schending van de hiervoor bedoelde motiveringsplicht (vgl.

- 5.2.15. De reactie op de klacht kan het motiveringsgebrek daarom niet helen, maar de Commissie beschouwt alsnog in hoeverre de reactie voldoende inzicht verschaft in de wijze waarop aanbesteder de logische samenhang van de opdrachten in zijn afwegingen heeft betrokken. De Commissie is van oordeel dat de reactie van aanbesteder dermate generiek is dat de motivering voor dit aspect tekort schiet. Aanbesteder heeft wel gesteld dat sprake is van een samenhang van de verschillende opdrachten, maar niet inzichtelijk gemaakt welke verschillende opdrachten hij onderscheidt, op welke wijze deze opdrachten met elkaar samenhangen en op welke wijze deze samenhang een rol heeft gespeeld bij de gekozen perceelindeling.
- 5.2.16. De slotsom luidt dat aanbesteder niet heeft voldaan aan de op grond van artikel 1.5 Aw 2012 op hem rustende motiveringsplicht. Onder verwijzing naar Advies 609, overweging 5.2.19, oordeelt de Commissie dat zij de wens van aanbesteder de aanbesteding aantrekkelijk te maken voor kleinere spelers onvoldoende terugziet in de perceelindeling. Ook de beoogde marktverbreding is met de verdeling in twee percelen beperkt. De Commissie verklaart klachtonderdeel 1 gegrond.

5.3. Klachtonderdeel 2

Beknopt oordeel

- 5.3.1. De Commissie oordeelt dat de referentie-eis voldoet aan het hier toepasselijke voorschrift 3.5 G van de Gids Proportionaliteit. Ondernemer heeft onvoldoende gesteld waarom op grond van de proportionaliteit in dit geval strengere eisen zouden gelden. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel ongegrond.

Toelichting

- 5.3.2. De Commissie stelt vast dat partijen met elkaar eens zijn dat de door aanbesteder gestelde referentie-eis voldoet aan het hier toepasselijke voorschrift 3.5 G van de Gids Proportionaliteit. Ondernemer suggereert echter dat op grond van het proportionaliteitsbeginsel in het onderhavige geval strengere eisen moeten worden gesteld aan de referentie-eis. Ondernemer onderbouwt dat standpunt met de stelling dat een bedrijf dat op jaarbasis duizenden keren (maar minder dan 8.000 keer) een tolk bemiddelt, tevens over de deskundigheid beschikt die benodigd is voor het selecteren en inzetten van 8.000 tolken op jaarbasis. De Commissie volgt ondernemer niet in zijn standpunt.
- 5.3.3. Uitgangspunt is dat aanbesteder de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit moet toepassen en, als hij dat niet doet, moet uitleggen waarom een zeker voorschrift niet wordt toegepast. Omdat aanbesteder heeft voldaan aan het hier relevante voorschrift, is een nadere uitleg over de gestelde referentie-eis niet vereist.
- 5.3.4. De Commissie begrijpt dat bij een opdracht die ziet op de dienstverlening van een intermediair, het volume een onderscheidend kenmerk van de dienstverlening kan zijn. Het binnen een kort tijdbestek op verschillende plekken verschillende tolken beschikbaar stellen, vergt een zekere bekwaamheid van de intermediair. Daarover lijken partijen niet van mening te verschillen. Ondernemer heeft in ieder geval niet concreet onderbouwd, bijvoorbeeld aan de hand van de aard van de opdracht, waarom ervaring met het bemiddelen van een zeker volume niet relevant zou zijn voor uitvoering van de onderhavige opdracht. Bij gebreke van een begin van bewijs van het tegendeel, is de Commissie van oordeel dat een referentie-eis die is gesteld op 40% van het geschatte volume van de opdracht en daarmee voldoet aan

Voorschrift 3.5 G Gids Proportionaliteit, in redelijke verhouding staat tot de opdracht. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel ongegrond.

5.4. Klachtonderdeel 3

Beknopt oordeel

- 5.4.1. De Commissie acht dit klachtonderdeel ongegrond, omdat ondernemer onvoldoende concreet heeft onderbouwd dat in het onderhavige geval de mededinging wordt vervalst. Artikel 2.51 Aw 2012 brengt de verplichting mee relevante informatie uit een marktconsultatie te delen, ook indien de marktconsultatie ziet op verschillende aanbestedingsprocedures, maar een verplichting tot het opmaken van een verslag van alle contacten met de markt en het integraal delen van dergelijke verslagen volgt niet uit de wet.

Toelichting

- 5.4.2. Voorafgaand aan de publicatie van de cyclus aanbestedingen waarvan de onderhavige aanbesteding onderdeel uitmaakt, heeft aanbesteder een marktconsultatie gehouden. Aanbesteder heeft ervoor gekozen de resultaten van die 'brede marktconsultatie' niet als zodanig met (potentiële) inschrijvers in de verschillende aanbestedingsstukken te delen, maar de resultaten uit de interne verslaglegging aan te wenden voor zijn aanbestedingsstrategie.

Toepasselijk kader

- 5.4.3. Artikel 2.51 verplicht aanbestedende diensten ertoe, indien een gegadigde of inschrijver betrokken is geweest bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure, passende maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de deelneming van die gegadigde of inschrijver:

'1. Indien een gegadigde, een inschrijver of een met een gegadigde of inschrijver verbonden onderneming een aanbestedende dienst heeft geadviseerd of anderszins betrokken is geweest bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure, neemt de aanbestedende dienst passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de deelneming van die gegadigde of inschrijver.

2. Passende maatregelen als bedoeld in het eerste lid omvatten:

a. de mededeling aan andere gegadigden en inschrijvers van relevante informatie die is uitgewisseld in het kader van of ten gevolge van de betrokkenheid van de gegadigde of inschrijver bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure, en

b. de vaststelling van passende termijnen voor de ontvangst van de inschrijvingen.'

- 5.4.4. Partijen verschillen van mening over de toepasselijkheid van artikel 2.51 Aw 2012 op het onderhavige geval. De Commissie is van oordeel dat het artikel in dit geval van toepassing is. Uit de memorie van toelichting op de gewijzigde Aanbestedingswet 2012 (Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 49) blijkt dat de wetgever met artikel 2.51 Aw 2012, anders dan aanbesteder stelt, mede het oog heeft gehad op marktconsultaties:

'Artikel 2.51

Met het voorgestelde artikel 2.51 van de Aanbestedingswet 2012 wordt artikel 41 van richtlijn 2014/24/EU inzake voorafgaande betrokkenheid geïmplementeerd.

Voorafgaande betrokkenheid bij de aanbesteding betreft gevallen waarin een onderneming betrokken is geweest bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan betrokkenheid van een ICT-onderneming bij het opstellen van de technische specificaties in het bestek of betrokkenheid bij een marktconsultatie. Deze betrokkenheid is niet op voorhand ongeoorloofd. In veel gevallen is betrokkenheid van de markt in een vroegtijdig stadium, bijvoorbeeld in de vorm van een marktconsultatie of een gesprek zelfs gewenst. Het eerste lid van het artikel verplicht aanbestedende diensten echter wel om passende maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de voorafgaande betrokkenheid van de ondernemer.'

- 5.4.5. De Commissie wijst erop dat het begrip 'marktconsultatie' niet in de Aanbestedingswet is gedefinieerd. Bij gebreke van een definitie is het aan aanbesteder te onderbouwen dat het begrip zo beperkt moet worden opgevat als hij stelt, dat wil zeggen dat een marktconsultatie slechts betrekking mag hebben op één aanbesteding en dat het inwinnen van informatie ten behoeve van meer aanbestedingen niet kan worden beschouwd als een marktconsultatie. Het inwinnen van informatie uit de markt voorafgaand aan de aanbestedingscyclus beschouwt de Commissie dan ook als een marktconsultatie.

Onderscheid open en besloten marktconsultaties

- 5.4.6. De Commissie maakt een onderscheid tussen open en besloten marktconsultaties. Aan een open marktconsultatie kunnen alle marktpartijen deelnemen. Doorgaans benadert een aanbestedende dienst de markt bij een open marktconsultatie via een oproep (bijvoorbeeld via een platform als TenderNed) en stelt alle ondernemers in de gelegenheid te reageren. Een besloten marktconsultatie is een marktconsultatie waaraan een beperkt aantal ondernemers deelneemt. Dat kan zijn op grond van een door de aanbestedende dienst gemaakte selectie, zoals in het onderhavige geval. Bij een besloten marktconsultatie is het risico op bevoordeling groter dan bij een open marktconsultatie.

Toetsing aan toepasselijk kader

- 5.4.7. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat geen sprake kan zijn van vervalsing van de mededinging in het voordeel van één van de potentiële inschrijvers, omdat geen uitwisseling van informatie heeft plaatsgevonden in die zin dat de aanbestedende dienst geen informatie heeft verstrekt, maar slechts informatie heeft ingewonnen. De Commissie is van oordeel dat ook indien slechts informatie wordt ingewonnen door een aanbestedende dienst, nog steeds sprake kan zijn van een risico van vervalsing van de mededinging. Indien een aanbestedende dienst slechts wordt gevoed door enkele partijen en de van hen verkregen informatie aanwendt alsof het breed gedeelde informatie betreft die representatief is voor de gehele markt, kan immers sprake zijn van (onbewuste) bevoordeling van die partijen en benadeling van de overige marktpartijen. Daar zal een aanbestedende dienst alert op dienen te zijn en in voorkomend geval is een aanbestedende dienst daarom, op grond van artikel 2.51 Aw 2012, verplicht passende maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de deelneming van die partijen.
- 5.4.8. Aanbesteder stelt 'alle bekende en op het internet gevonden leveranciers te hebben benaderd met een enquête'. Daarmee heeft aanbesteder een besloten marktconsultatie gehouden, waarbij hij moet waken voor het risico van bevoordeling. Dat aanbesteder daarna, naar eigen zeggen, 'een oproep op TenderNed heeft gedaan aan alle leveranciers om in een gesprek aan te geven welke mogelijkheden er zijn om uit te breiden of onderling samen te werken', neemt dat risico niet zonder meer weg.

- 5.4.9. De klacht van ondernemer gaat uit van een zwaardere verplichting dan de verplichting die volgt uit artikel 2.51 Aw 2012. Ondernemer lijkt te veronderstellen dat aanbestedende diensten verplicht zijn van iedere marktconsultatie een verslag te maken en verplicht zijn dat verslag vervolgens te delen met (potentiële) inschrijvers. Omdat het begrip marktconsultatie niet is gedefinieerd en zeer diverse contacten met de markt reeds kunnen worden beschouwd als een marktconsultatie, zou dat een onevenredige administratieve last voor aanbestedende diensten met zich meebrengen. Die bedoeling leest de Commissie niet in artikel 2.51 Aw 2012. Aanbestedende diensten moeten passende maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst, wat inhoudt dat relevante informatie wordt gedeeld. Dat staat, naar het oordeel van de Commissie, niet gelijk aan het verplicht opmaken van een verslag van ieder marktcontact en het integraal delen van dat verslag. Bedrijfsvertrouwelijke informatie van marktpartijen kan bijvoorbeeld worden beschermd door in de aanbestedingsstukken geaggregeerde informatie te delen waarvan een aanbestedende dienst gebruik heeft gemaakt bij de inrichting van een aanbestedingsprocedure en geen informatie te delen die te herleiden is tot individuele marktpartijen.
- 5.4.10. Ondernemer heeft onvoldoende concreet onderbouwd op welke grond hij veronderstelt dat in het onderhavige geval sprake is van vervalsing van de mededinging. De Commissie is zich ervan bewust dat het voor een ondernemer lastig is om een dragende onderbouwing te leveren van zijn vermoeden van vervalsing van de mededinging, omdat een ondernemer in een geval als het onderhavige geen kennis heeft van de informatie die is uitgewisseld in het kader van de marktconsultatie. Niettemin mag van ondernemer worden verwacht dat hij zijn stellingen op dit punt wel dermate concreet naar voren brengt dat begrijpelijk is in welk opzicht ondernemer vreest voor vervalsing van de mededinging. Als het risico op vervalsing van de mededinging ook zonder deugdelijke onderbouwing zou worden aangenomen, zouden aanbestedende diensten immers alsnog altijd gehouden zijn verslagen te maken van alle marktcontacten en die verslagen integraal te delen. Zoals bovenstaand onder 5.4.9 overwogen, is de Commissie juist van oordeel dat die verplichting niet uit artikel 2.51 Aw 2012 voortvloeit.
- 5.4.11. Ondernemer heeft dit klachtonderdeel onderbouwd door te wijzen op de toepasselijkheid van artikel 2.51 Aw 2012. Hoewel dat artikel inderdaad van toepassing is, is de klacht daarmee niet voldoende concreet onderbouwd. De Commissie acht dit klachtonderdeel daarom ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond**, klachtonderdeel 2 **ongegron**d en klachtonderdeel 3 **ongegron**d.

Den Haag, 4 juni 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. drs. T.H. Chen

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid