

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 663 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor een raamovereenkomst voor het contracteren van één Opdrachtnemer voor het ter beschikking stellen van Tolken aan kandidaten die bij aanbesteder examen doen en die de Nederlandse taal niet goed machtig zijn.

Klachtonderdeel 1

Ondernemer klaagt erover dat de door aanbesteder gehanteerde beoordelingssystematiek onvoldoende objectief is en te veel ruimte laat voor een subjectieve en arbitraire puntentoekenning.

De Commissie is van mening dat de beoordelingssystematiek zoals door aanbesteder is gehanteerd voldoende waarborgen bevat – welke de Commissie in samenhang heeft beschouwd – om te subjectieve beoordelingen uit te sluiten. Wel laat deze beoordelingssystematiek ruimte voor subjectiviteit en daarom moeten er hoge eisen worden gesteld aan de motivering van de gunningsbeslissing. De mate van detaillering van het beoordelingskader en de mate van detaillering van de motivering zijn communicerende vaten. Door ondernemer is echter niet onderbouwd gesteld dat de motivering van de gunningsbeslissing laat zien dat de beoordelingssystematiek heeft geleid tot te subjectieve beoordelingen. Derhalve laat de Commissie in het midden of de motivering van de gunningsbeslissing de toets van de hogere motiveringseisen kan doorstaan. De Commissie acht dit klachtonderdeel **ongegron**d.

Klachtonderdeel 2

Ondernemer stelt dat de puntentoekenning aan de winnaar voor het derde kwaliteitscriterium ("Voorkomen van fraude door Tolken") arbitrair en onbegrijpelijk is. De door de winnaar voorgestelde maatregel zou in het beste geval een louter fictief probleem adresseren en in het slechtste geval in strijd zijn met fundamentele rechten en privacywetgeving vanwege etnisch profileren.

Uit de motivatie kan de Commissie opmaken dat de inschrijving van de winnaar zich op (tenminste) vier punten in positieve zin onderscheidt. De klacht van ondernemer ziet er met name op dat één van die onderscheidende punten, namelijk dat 'extra aandacht wordt besteed aan tolken voor talen die worden gesproken in regio's in de wereld waarvoor oplettendheid nodig is als het gaat over integriteit', een maatregel zou zijn die in strijd is met het recht en daarmee ontoelaatbaar is. Deze maatregel zou zijn gebaseerd op 'etnisch profileren' hetgeen niet is toegestaan. De Commissie onderschrijft de stelling van ondernemer niet. Daarnaast komt het de Commissie niet onredelijk voor dat de overige drie onderscheidende punten op zichzelf beschouwd een hogere score rechtvaardigen. De puntentoekenning aan de winnaar voor het derde kwaliteitscriterium komt de Commissie dan ook niet arbitrair of onbegrijpelijk voor. De Commissie acht dit klachtonderdeel dan ook **ongegron**d.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 663

1. Feiten

1.1. Aanbesteder heeft op 24 augustus 2021 een Europees openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor het ter beschikking stellen van Tolken aan kandidaten die bij aanbesteder examen doen en die de Nederlandse taal niet goed machtig zijn.

1.2. Het doel van de aanbesteding is het inkopen van een intermediair (raamcontractant) die Tolken ter beschikking stelt aan kandidaten die bij [aanbesteder] examen doen en die de Nederlandse taal niet goed machtig zijn (hierna: Kandidaat). De Opdrachtnemer fungeert als intermediair voor Tolkdiensten, waardoor er geen fictieve arbeidsrelatie ontstaat tussen [Aanbesteder] en de Tolk, ook wanneer dit een zzp'er betreft. Tevens wordt met de intermediairsrol van de Opdrachtnemer bereikt dat er geen directe relatie is tussen de Kandidaat en de Tolk – met het oog op het voorkomen van belangenverstrengeling. De Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor de kwaliteit van de Tolkdiensten.

1.3. Het herziene Beschrijvend document dateert van 24 augustus 2021 en voor de behandeling van deze klacht is een aantal paragrafen relevant. Voor de leesbaarheid van dit advies worden delen uit deze paragrafen, soms geparafraseerd, weergegeven.

1.3.1. Paragraaf 1.2 (Aanleiding en doel)

(...) 'Het doel van de Aanbesteding is het contracteren van één Opdrachtnemer voor het ter beschikking stellen van Tolken aan kandidaten die bij [aanbesteder] examen doen en die de Nederlandse taal niet goed machtig zijn' (...). 'Voor al deze processen wil de overheid gekwalificeerde en integere mensen inzetten. Om deze kwaliteit en integriteit te borgen is het uitgangspunt dat de overheid, en dus ook [aanbesteder], Tolken uit het Register beëdigde tolken en vertalers (Rbtv) inzetten' (...).

1.3.2. Paragraaf 1.3 (doelstellingen)

Naast doelstellingen m.b.t. beschikbaarheid, duurzaamheid en betaalbaarheid, wenst aanbesteder met de aanbesteding ook de doelstelling 'kwaliteit, betrouwbaarheid en continuïteit' te realiseren. Deze doelstelling wordt als volgt door aanbesteder toegelicht: 'De dienstverlening moet betrouwbaar zijn, de continuïteit moet zijn geborgd – voor de Kandidaten moeten altijd kwalitatief goede Tolken beschikbaar zijn. De dienstverlening moet [aanbesteder] ontzorgen.'

1.3.3. Paragraaf 1.4 (Inhoud van de opdracht)

Examenkandidaten kunnen zich laten bijstaan door een Tolk als zij niet in staat zijn het rijvaardigheidsexamen in de Nederlandse taal af te leggen. Het examen voor bromfiets, motor en auto bestaat met een theorie- en een praktijkexamen uit twee onderdelen. De Kandidaat mag zich tijdens beide onderdelen laten bijstaan door een Tolk en betaalt voor deze dienstverlening rechtstreeks aan de Opdrachtnemer. De Opdrachtnemer fungeert als bemiddelingsbureau tussen de Kandidaat

en de Tolk. Voor het praktijkexamen geldt dat de Kandidaat zich meestal laat bijstaan door de eigen rijopleider en niet kiest voor een beëdigd Tolk. Voor het theorie-examen geldt dat het een Kandidaat niet is toegestaan om zelf een Tolk te kiezen. Om te borgen dat de Kandidaat zich laat bijstaan door een Tolk die onafhankelijk en integer is, mag de Kandidaat alleen gebruikmaken van een Tolk die is aangesloten bij de Opdrachtnemer. De reden voor dit verschil is dat de kans op en impact van fraude tijdens een theorie-examen hoger is dan tijdens een praktijkexamen; in een praktijkexamen moet de Kandidaat immers de handelingen zelf uitvoeren. [Aanbesteder] verzorgt ook vakbekwaamheidsexamens, onder andere voor bus, vrachtauto en de recreatievaart. Voor deze examens geldt dat zowel bij theorie- als bij praktijkexamens alleen beëdigde tolken zijn toegestaan die staan ingeschreven in het Register beëdigde tolken en vertalers (Rbtv). Tijdens deze praktijkexamens worden inhoudelijke vragen gesteld waarbij de kans op en impact van fraude hoger liggen dan bij de praktijkexamens voor auto, bromfiets en motor.

1.3.4. Paragraaf 2.3.3 (tegenstrijdigheden, onduidelijkheden of onvolkomenheden)

[Aanbesteder] heeft de Aanbestedingsstukken met zorg opgesteld. Mocht echter sprake zijn van tegenstrijdigheden, onduidelijkheden en/of onvolkomenheden, dan dient de Geïnteresseerde zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk voor de sluitingsdatum van de laatste vragenronde hiervan melding te maken. [Aanbesteder] verwacht van de Geïnteresseerde een proactieve houding, zodat [aanbesteder] de Aanbestedingsstukken effectief kan herstellen door middel van een Nota van Inlichtingen. Indien de Geïnteresseerde niet of niet tijdig melding maakt van tegenstrijdigheden, onduidelijkheden en/of onvolkomenheden dan vervalt zijn recht om op een later moment daarover te klagen en/of bezwaren te uiten. Indien de Geïnteresseerde na kennisneming van de Nota van Inlichtingen nog steeds meent dat er tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden zijn, kan hij een klacht indienen bij [aanbesteder]. Zie de klachtenprocedure in paragraaf 2.9. Indien de Geïnteresseerde vindt dat de klacht niet naar tevredenheid is afgehandeld, dan kan hij op straffe van verval van recht minimaal vijf kalenderdagen vóór de sluitingsdatum voor het indienen van de Inschrijving een kortgedingprocedure aanhangig maken door middel van het betekenen van een dagvaarding bij [aanbesteder].

1.3.5. Paragraaf 2.9 (klachtafhandeling)

(...) 'Het staat klager vrij om de klacht (eveneens) aan de Commissie van Aanbestedingsexperts voor te leggen.' (...)

1.3.6. Het gunningsmodel uit het Beschrijvend document (Hoofdstuk 4) samengevat hieronder weergegeven:

Paragraaf 4.4 (de beoordelingsscores)

'Het beoordelingsteam kent per Gunningscriterium een beoordelingsscore toe aan de kwaliteit van de door de Inschrijver ingediende informatie. Afhankelijk van de kwaliteit van het aangeboden geeft het beoordelingsteam per Gunningscriterium een van de volgende scores:

Score	Omschrijving	Percentage van max. te behalen punten
Uitstekend	De kwalificatie 'uitstekend' is vergelijkbaar met het in Nederland algemeen gangbare rapportcijfer 10	100%
Zeer goed	De kwalificatie 'zeer goed' is vergelijkbaar met het in Nederland algemeen gangbare rapportcijfer 9	90%
Goed	De kwalificatie 'goed' is vergelijkbaar met het in Nederland algemeen gangbare rapportcijfer 8	70%
Ruim voldoende	De kwalificatie 'ruim voldoende' is vergelijkbaar met het in Nederland algemeen gangbare rapportcijfer 7	30%
Voldoende	De kwalificatie 'voldoende' is vergelijkbaar met het in Nederland algemeen gangbare rapportcijfer 6	10%
Onvoldoende	Alles lager dan 'voldoende'	0%

Uit paragraaf 4.5 (Documenten / gegevens en beoordelingsaspecten

(...)

'Ad (ii) Bij de beoordeling op de Gunningscriteria houdt het beoordelingsteam, naast de in de beoordelingskaders benoemde beoordelingsaspecten, ook rekening met de wijze waarop de Inschrijver de door hem gemaakte keuzes heeft onderbouwd. Daarbij kunnen bijvoorbeeld de volgende vragen aan de orde komen:

- Geeft de Inschrijver een duidelijk inzicht in de afwegingen?
- Zit er een duidelijke logica/gedachte achter de gemaakte keuzes?
- Toont de Inschrijver zich bewust van eventuele nadelen van de keuzes en licht hij toe waarom de voordelen van de keuzes opwegen tegen die nadelen?

Kortom: Het is aan de Inschrijver om de beoordelaars uit te leggen welke keuzes zijn gemaakt, en te overtuigen dat die keuzes juist zijn.

Let op: de Inschrijver wordt gevraagd in de Inschrijving concreet en ondubbelzinnig te beschrijven wat hij aanbiedt (dus niet: 'we kunnen...' of 'we doen mogelijk...', maar: 'we zullen...' of 'we doen...'). Onduidelijkheden in de Inschrijving leiden in de regel tot een lagere beoordeling.

De genoemde beoordelingsaspecten die per Gunningscriterium zijn weergegeven in het vervolg van dit hoofdstuk zijn geen nadere gunningscriteria of subgunningscriteria. Het betreffen aspecten waaraan de Inschrijver wordt gevraagd ten minste aandacht te besteden bij het opstellen van de Inschrijving. De genoemde aspecten zijn steeds in willekeurige volgorde van belang opgenomen.

Uit paragraaf 4.7 de Gunningscriteria:

(...) De Gunningscriteria zijn gerelateerd aan de doelstellingen die [aanbesteder] met deze Aanbesteding nastreeft

Gunningscriterium		Wijze beoordeling	Weging	Max. score in punten
K1	Gebruiksvriendelijkheid IT-voorziening	Kwalitatief	23%	230
K2	Ontwikkeling van Tolken	Kwalitatief	22%	220
K3	Voorkomen van fraude door Tolken	Kwalitatief	15%	150
P1	Prijs theorie-examens AM, A en B	Kwantitatief	37%	370
P2	Prijs CCV-examens	Kwantitatief	3%	30
<i>Totaal</i>			100%	1000

4.7.1 K1: Gebruiksvriendelijkheid IT-voorziening

(...)

'Door de Inschrijver aan te leveren informatie

Beschrijf in een ontwerp op hoofdlijnen hoe de IT-voorziening is ingericht. Ter verduidelijking dient de Inschrijver daarbij gebruik te maken van afbeeldingen. In ieder geval de volgende aspecten dienen aan de orde te komen:

- Hoe vraagt een kandidaat een tolkdienst aan
- De wijze van navigeren
- De talen waarin de IT-voorziening wordt aangeboden
- De herkenbaarheid van [aanbesteder]
- De wijze waarop de Inschrijver de klanttevredenheid over het gebruik van de IT-voorziening monitort en verbetert'

(...)

4.7.2 K2: Ontwikkeling van Tolken

(...)

'Door de Inschrijver aan te leveren informatie

Beschrijf in een plan van aanpak welke activiteiten de Inschrijver onderneemt om te bewerkstelligen dat Tolken zich (blijven) ontwikkelen. In ieder geval de volgende aspecten dienen aan de orde te komen:

- Het educatieprogramma van de Inschrijver
- Hoe draagt de Inschrijver bij aan de verplichting voor de Tolk om conform de Rbtv voldoende PE-punten te halen'

(....)

4.7.3 K3: Voorkomen van fraude door Tolken

'Net als de kwaliteit is ook de integriteit van de Tolken van groot belang voor [aanbesteder]. Om de kans op fraude te verkleinen geldt voor het theorie-examen dat het een Kandidaat niet is toegestaan om zelf een Tolk te kiezen. Om te borgen dat de Kandidaat zich laat bijstaan door een Tolk die onafhankelijk en integer is, mag de Kandidaat daarom alleen gebruikmaken van een Tolk die is aangesloten bij de Opdrachtnemer. In het Programma van Eisen is bepaald dat de Opdrachtnemer uitsluitend Tolken inzet die onafhankelijk en integer zijn en dat de Opdrachtnemer maatregelen neemt om fraude bij het leveren van Tolkdiensten aan Kandidaten te voorkomen. De Opdrachtnemer laat alle Tolken de Gedragscode Tolken [naam aanbesteder] ondertekenen, voordat zij worden ingezet.

Doelstelling

Het doel van dit Gunningscriterium is dat [aanbesteder] inzicht krijgt in:

- h oe de Inschrijver voorkomt dat fraude wordt gepleegd bij het leveren van Tolkdiensten aan Kandidaten, en
- hoe hij borgt dat de door hem in te zetten Tolken blijven voldoen aan de eis dat zij onafhankelijk en integer zijn.

Door de Inschrijver aan te leveren informatie

Beschrijf in een plan van aanpak welke maatregelen de Inschrijver neemt om te voorkomen dat door Tolken fraude wordt gepleegd bij het leveren van Tolkdiensten aan Kandidaten.'

(...)

Beoordelingskader K3: Voorkomen van fraude door Tolken

Het plan van aanpak wordt kwalitatief beoordeeld. Bij de beoordeling kijkt het beoordelingsteam naar het 'totaalbeeld' van het plan van aanpak en de geleverde onderbouwing. Daarbij let het beoordelingsteam op:

- de mate waarin de maatregelen bijdragen aan het voorkomen van fraude, en
 - de mate waarin de maatregelen bevorderlijk zijn voor het borgen dat Tolken integer zijn.
- Naarmate de voorgestelde maatregelen beter bijdragen aan hetgeen wordt gevraagd, wordt dit hoger gewaardeerd.

De beoordelingsaspecten zijn geen nadere (sub)gunningscriteria en kennen geen onderlinge weging. Het betreffen aspecten waarop de beoordelaars dit Gunningscriterium beoordelen om te komen tot één integrale beoordelingskwalificatie, waarbij rekening wordt gehouden met de onderbouwing. Het team kiest bewust voor een integrale beoordeling, omdat het van mening is dat er een duidelijke relatie ligt tussen de beoordelingsaspecten.

De uitwerking van dit Gunningscriterium dient een duidelijke en concrete beschrijving van het aangeboden te bevatten en op een deugdelijke manier te zijn onderbouwd (zie ook ad (ii) in paragraaf 4.5).

1.4. In de Nota van Inlichtingen 2 van 24 augustus 2021 en de Nota van Inlichtingen 3 van 30 september 2021 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.4.1. Vraag 12 Nota van inlichtingen 2: 'Wij ontvangen graag een nadere toelichting van het proces waarin het beoordelingsteam per gunningscriterium tot 1 gezamenlijke score komt, inclusief een rekenvoorbeeld.'

Antwoord: 'Het toekennen van een score aan een kwalitatief gunningscriterium is geen exacte wetenschap in de zin van: als de inschrijver a, b en c doet, dan ontvangt hij precies deze score. Het beoordelingsteam bepaalt de score in consensus. Daarbij heeft een beoordelingsteam van een aanbestedende dienst een ruime discretionaire bevoegdheid bij het toekennen van een score, mits duidelijk en onderbouwd wordt gemotiveerd waarom die score wordt toegekend. Deze methode voldoet aan het transparantiebeginsel en wordt bij aanbestedingen alom gebruikt.'

1.4.2. Vraag 13 Nota van inlichtingen 2: 'Graag zien we een nadere uitgebreidere omschrijving per score. Het is voor inschrijvers onvoldoende duidelijk en transparant aan welke eisen voldaan moet worden om een bepaalde score te krijgen.'

Antwoord: 'Zoals bij de vorige vraag uitgelegd: het toekennen van een score aan een kwalitatief gunningscriterium is geen exacte wetenschap. De door [aanbesteder] gehanteerde methode voldoet aan het transparantiebeginsel en wordt bij aanbestedingen alom gebruikt. Wij handhaven de huidige scoretabel.'

1.4.3. Vraag 18 nota van inlichtingen 2: 'Wat verstaat u concreet onder fraude? En hoe vaak is dit de afgelopen 2 jaar voorgekomen?'

Antwoord: '[Aanbesteder] verstaat in de context van deze Aanbesteding onder fraude: valsheid, bedrog gepleegd door Tolken. Fraude kan zich op verschillende manieren voordoen. Voorbeelden van fraude door Tolken zijn: het in de vertaling opnemen van antwoorden, voor eigen gewin vragen en antwoorden doorgeven aan Kandidaten of rijsscholen, lesstof aanbieden op internet of zelf lesgeven. De afgelopen jaren is fraude in een enkel geval geconstateerd. Het voorkomen van fraude bij examens is een belangrijk speerpunt van [aanbesteder]. Daarom zet [aanbesteder] er bij deze Aanbesteding stevig op in.'

- 1.4.4. Vraag 7 nota van inlichtingen 3: Vervolg vraag NVI 13. Het is voor inschrijvers onvoldoende duidelijk wat u wilt terugzien zodat kan worden voldaan aan bijvoorbeeld een 'uitstekend' een 'zeer goed' of een 'goed'. Bovendien werkt dit subjectiviteit van de beoordelaars in de hand. Wij vragen u specifiek per score de omschrijving aan te passen.

Antwoord: [Aanbesteder] blijft bij de antwoorden op de vragen 12 en 13 in de tweede Nota van Inlichtingen en heeft daar niets aan toe te voegen. [Aanbesteder] volgt de zienswijze dat de opzet van het beoordelingskader subjectiviteit van de beoordelaars in de hand zou werken niet.

- 1.5. Op 11 januari 2022 heeft ondernemer de gunningsbeslissing ontvangen. Naar aanleiding daarvan heeft ondernemer op 18 januari 2022 een aantal vragen gesteld aan aanbesteder, welke vragen door aanbesteder op 20 januari 2022 zijn beantwoord. Op 21 januari 2022 vraagt ondernemer een nadere toelichting op een van de gegeven antwoorden, welke toelichting door aanbesteder op 25 januari 2022 wordt gegeven. Op 1 februari 2022 heeft ondernemer een klacht ingediend bij aanbesteder, waarop door aanbesteder op 4 februari 2022 is gereageerd. Vervolgens heeft ondernemer op 28 februari 2022 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 2 hierna). Aanbesteder heeft op 28 maart 2022 een reactie op de klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 3 hierna).

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1. Klachtonderdeel 1

Ondernemer meent dat de door aanbesteder gehanteerde beoordelingssystematiek onvoldoende objectief is en te veel ruimte laat voor een subjectieve en arbitraire puntentoekenning. Daartoe voert ondernemer drie omstandigheden aan.

- 2.1.1. Allereerst stelt ondernemer dat aanbesteder zeer algemeen geformuleerde kwaliteitscriteria hanteert. De criteria K1 en K2 worden nog enigszins geconcretiseerd door enkele nader genoemde aspecten die in de inschrijving aan de orde moeten komen. Het derde kwaliteitscriterium ('Voorkomen van fraude door Tolken') wordt echter op geen enkele manier geconcretiseerd. Ondernemer stelt dat aanbesteder op dit punt afwijkt van de aanbesteding die aan de orde was in advies 598 van de Commissie, waarin voor de respectievelijke plannen van aanpak steeds 4 à 6 specifieke aspecten werden genoemd waarop inschrijvers moesten ingaan, wat inschrijvers houvast geeft. De houvast ontbreekt in onderhavige aanbestedingsprocedure.
- 2.1.2. In de tweede plaats heeft aanbesteder verzuimd een kader in het leven te roepen dat een objectieve beoordeling van de inschrijvingen garandeert. Aanbesteder heeft namelijk op geen enkele manier geconcretiseerd waar de puntentoekenning op wordt gebaseerd, maar alleen gerefereerd aan de "in Nederland algemeen gangbare rapportcijfers" (10, 9, 8, 7 etc.). Wat er echter concreet is vereist om een '10' of een '9' te behalen wordt nergens gepreciseerd. Ook op dit punt wijkt aanbesteder af van de aanbesteding die aan de orde was in advies 598 van de Commissie, waarbij voor elk puntenaantal nader was omschreven aan welke criteria moest zijn voldaan.
- 2.1.3. In de derde plaats bestaat er geen evenredig verband tussen de 'rapportcijfers' en het aantal toegekende punten. Zo krijgt de inschrijver voor een '10' (uitstekend) of een '9' (zeer goed) respectievelijk 100% en 90% van de voor het betreffende onderdeel te vergeven punten, terwijl een '8' (goed) slechts wordt beloond met 70% van de punten en een '7' (ruim voldoende) met niet meer dan 30%. Deze

onevenredigheid heeft een grote invloed gehad op de uitkomst van de aanbesteding omdat de door aanbesteder geprefereerde aanbieder [winnaar] op elk van de drie kwaliteitsaspecten een '9' (zeer goed) heeft gescoord, terwijl ondernemer op twee van de drie onderdelen een '8' (goed) heeft gekregen, waarvoor een onevenredig laag aantal punten is voorzien. Als aanbesteder voor een '8' gewoon een evenredig percentage van 80% van de te vergeven punten had toegekend, zou ondernemer de aanbesteding hebben gewonnen.

2.2. Klachtonderdeel 2

Ondernemer stelt dat de puntentoekenning aan de winnaar voor het derde kwaliteitscriterium ('Voorkomen van fraude door Tolken') arbitrair en onbegrijpelijk is. Na ontvangst van de gunningsbeslissing heeft ondernemer aanbesteder daar vragen over gesteld. Samengevat komt dit klachtonderdeel op het volgende neer.

- 2.2.1. Het verschil tussen de eindscores van de winnaar en ondernemer bestaat nagenoeg volledig uit het verschil in punten dat is toegekend voor het kwaliteitscriterium 'Voorkomen van fraude door Tolken'. In de afwijzingsbrief aan ondernemer is daarover het volgende bepaald: *"Wat betreft het voorkomen van fraude onderscheidt de inschrijving van [winnaar] zich door de extra aandacht die wordt besteed aan tolken voor talen die worden gesproken in regio's in de wereld waarvoor oplettendheid nodig is als het gaat over integriteit"*. Ondernemer heeft aanbesteder gevraagd, met het oog op het risico van etnisch profileren, op welke wijze de winnaar die regio's dan zou selecteren. De vermeende additionele fraudebestrijdingsmaatregelen van de winnaar richten zich immers specifiek op personen die zijn geselecteerd op basis van de door hen 'getolkte' taal, wat zich in de praktijk zal toespitsen op personen met een bepaalde etniciteit en nationaliteit. Uit het antwoord maakt ondernemer op dat '(impliciet) wordt aangegeven dat tolken met een bepaalde etnische achtergrond door de winnaar aan strengere maatregelen worden onderworpen'. Daartoe voert aanbesteder een aantal rechtvaardigingsgronden aan.
- 2.2.2. Ondernemer geeft vervolgens aan deze argumentatie om meerdere redenen weinig geloofwaardig te vinden. In de Nota van Inlichtingen heeft aanbesteder het begrip fraude gedefinieerd en daarin als voorbeeld opgenomen 'het in de vertaling opnemen van antwoorden'. Als argument geeft aanbesteder echter aan bezorgd te zijn dat personen uit onderling strijdende bevolkingsgroepen elkaar (als tolk en geëxamineerde) zouden kunnen treffen tijdens een examen. Dat suggereert het tegenovergestelde. En als dat echt een punt van zorg is, dan vraagt ondernemer zich af waarom dit dan geen maatregel is die in andere aanbestedingen van andere instanties wordt opgenomen. Ook valt niet in te zien hoe een tolkbemiddelaar vooraf zou kunnen vaststellen uit welke etnische groep geëxamineerden en tolken afkomstig zijn.
- 2.2.3. Tot slot geeft ondernemer aan dat aanbesteder in zijn reactie op het door ondernemer gestelde (zie 2.2.2.) opnieuw heeft geprobeerd een andere draai te geven aan de motivering van de puntentoekenning aan de winnaar door het aspect te bagatelliseren ('niet het belangrijkste onderscheidend element ten opzichte van de inschrijving van ondernemer, maar iets wat überhaupt geen verschil zou hebben gemaakt voor de uitkomst van de aanbestedingsprocedure'). Dit is onjuist omdat een plan van aanpak dat gebaseerd is op ernstige schendingen van de wet (recht op gelijke behandeling en privacy) niet zou moeten leiden tot toekenning van (extra) punten, maar tot uitsluiting van de betreffende inschrijving.
- 2.2.4. Samenvattend stelt ondernemer vast dat het verschil in punten met de winnaar grotendeels verband houdt met een maatregel uit het plan van aanpak van de winnaar die in het beste geval een louter fictief probleem adresseert (het 'risico'

van confrontaties tussen onderling strijdende bevolkingsgroepen tijdens een examen) en in het slechtste geval neerkomt op ernstige schendingen van fundamentele rechten en privacywetgeving. Ondernemer wil echter geen valse beschuldigingen uiten aan het adres van de aanbestedder of de winnaar, aangezien hij niet heeft kunnen nagaan wat er precies staat in het plan van aanpak van de winnaar. De Commissie heeft deze mogelijkheid echter wel (door de inschrijving van de winnaar op te vragen bij de aanbestedder). Ondernemer geeft de Commissie uitdrukkelijk in overweging dit te doen, zodat zij op basis van volledige informatie tot een afgewogen advies kan komen naar aanleiding van deze klacht.

3. Reactie aanbestedder

3.1. In behandeling nemen

3.1.1. Aanbestedder geeft aan dat ondernemer geen kort geding gestart is, maar een advies aan de Commissie heeft gevraagd vanwege 'een algemeen leereffect en het voorkomen van soortgelijke problemen in de toekomst'. De klacht van ondernemer ziet echter op contextspecifieke details van de aanbestedingsprocedure en het is ondernemer vooral te doen om zijn gelijk te halen. Aanbestedder ziet dan ook geen algemeen leereffect en geeft aan dat het op de weg van ondernemer had gelegen om een kort geding te starten om zijn klachten in rechte te laten toetsen. Aanbestedder verzoekt de Commissie dan ook om, gelet op artikel 9 onder c, d en e af te zien van behandeling van de klacht.

3.2. Klachtonderdeel 1

3.2.1. Ten eerste. 'Dat in de casus van advies 598 met het oog op de omstandigheden van het geval kennelijk door de aanbestedende dienst vier tot zes aspecten zijn genoemd waarop de inschrijvers dienden in te gaan en dat de Commissie dit in het samenspel met alle andere omstandigheden van het geval heeft meegewogen in de conclusie dat er sprake was van een deugdelijke beoordelingssystematiek, wil niet zeggen dat het a contrario zo is dat, omdat aanbestedder op het kwaliteitscriterium *Voorkomen van fraude door Tolken* minder dan vier aspecten heeft genoemd, dit onvoldoende zou zijn. Aanbestedder volgt deze redenering dan ook niet. Aanbestedder is van oordeel dat de door aanbestedder gegeven richting op dit kwaliteitscriterium voldoende houvast gaf en dat inschrijvers zich een meer dan voldoende voorstelling konden maken van wat er met dit criterium werd bedoeld en wat er van hen wat verwacht. Dat ondernemer zich een meer dan voldoende voorstelling kon maken van hetgeen werd verwacht bij het criterium *Voorkomen van fraude door tolken* blijkt overigens ook duidelijk uit het feit dat ondernemer op dit onderwerp de score 'goed/8' heeft behaald. Bovendien had het op de weg van [ondernemer] gelegen om, indien hij van mening was dat [aanbestedder] onvoldoende aspecten noemde om op 'in te kunnen haken', dit in een eerder stadium (tijdens de nota van inlichtingen) aan te brengen. Dit is niet gebeurd, waardoor [ondernemer] hiermee te laat is. Er is bovendien geen enkele regel of beginsel waaruit de verplichting zou volgen om steeds een minimum aantal aspecten te benoemen die door de inschrijver in diens plan van aanpak moeten worden verwerkt. [Aanbestedder] heeft de inschrijver als professionele partij hier bewust ruimte en vrijheid gegeven om diens eigen creativiteit en visie kenbaar te kunnen maken. [Aanbestedder] benadrukt daarbij nogmaals dat [ondernemer] dit op een goede manier heeft gedaan en het cijfer 8 heeft behaald.

3.2.2. Ten tweede. In advies 598 waarnaar door ondernemer wordt verwezen geeft de Commissie onder overweging 5.2.2. aan dat "*van een aanbestedende dienst binnen het kader van de hiervoor genoemde uitgangspunten niet hoeft te worden verwacht dat hij criteria zodanig beschrijft, in die zin dat hij zeer exact en zeer*

gedetailleerd aangeeft wat nodig is om een maximale score te behalen". Dit sluit naar oordeel van aanbesteder goed aan bij hetgeen aanbesteder hieromtrent eerder richting ondernemer kenbaar heeft gemaakt: [Aanbesteder] heeft destijds toegelicht dat het toekennen van scores nu eenmaal geen exacte wetenschap is. Het is volstrekt logisch dat [aanbesteder] niet op voorhand kan aangeven wat de (exacte) score is als de inschrijver a, b en c doet en wat het vervolgens voor impact heeft als de inschrijver vervolgens ook nog eens d doet (of nalaat). [Aanbesteder] weet uiteraard niet op voorhand waarmee de inschrijver precies komt - dat is nu juist aan de inschrijver zelf - en kan hier logischerwijs niet (uitputtend) op anticiperen. Met andere woorden: Aanbesteder blijft bij het standpunt dat niet van hem verwacht kon worden dat hij aan zou geven wat exact en gedetailleerd noodzakelijk was om geen 9 te halen maar een 10 of geen 6 maar een 7.

- 3.2.3. Ten derde. Dit is een theoretische 'als-dan-redenering'. Aanbesteder merkt op dat dit soort redeneringen niet opgaat. Immers, vanaf het begin was reeds duidelijk dat er geen sprake was van een evenredige verdeling. Het beoordelingsmodel, waaronder de scores en van elke score de bijhorende percentages van het maximumaantal te behalen punten, is van tevoren duidelijk beschreven in het beschrijvend document. Er is geen (rechts)regel of beginsel die aanbesteder gebiedt om een evenredig puntenpercentage toe te passen, aanbesteder is hierin vrij. Aanbesteder heeft een bewuste keuze gemaakt om een hoger percentage toe te kennen aan een hogere score en de hogere scores dus meer te belonen en bepaalde verschillen zwaarder of lichter aan te zetten. Dit is overigens de eerste keer dat dit door ondernemer wordt aangekaart. Indien ondernemer zich hiermee niet had kunnen verenigen had het op de weg van ondernemer gelegen hierover in een eerder stadium (tijdens de inlichtingenfase) te klagen.

3.3. Klachtonderdeel 2

- 3.3.1. Aanbesteder hecht eraan om nogmaals toe te lichten waarom het voorkomen van fraude bij tolkdiensten zo van belang is. Het is voor aanbesteder uiteraard van belang dat er geen inmenging plaatsvindt van de tolk in het examen van de kandidaat. Het kan daarbij gaan om alle vormen van inmenging, zowel inmenging in de zin dat de tolk antwoorden voorzegt en daarmee de kandidaat bevoordeelt, als om de situatie dat de tolk onjuist of onvolledig vertaalt en daarmee de kandidaat benadeelt. Dat de kandidaat het examen zelfstandig en op eigen kracht maakt en er géén inmenging plaatsvindt door de tolk is daarmee in het belang van zowel de verkeersveiligheid als de kandidaat.
- 3.3.2. Aanbesteder hecht eraan om te benadrukken dat het feit dat de integriteit van vertalingen onder druk kan komen te staan wanneer leden uit twee voormalig strijdende bevolkingsgroepen en/of personen afkomstig uit conflictgebieden met elkaar geconfronteerd worden in een tolsituatie (hetgeen een risico op foutieve vertalingen met zich mee kan brengen) geen 'verzinsel' van aanbesteder of de winnaar betreft. Het gaat hier wel degelijk om een reëel risico dat in het verleden vaker geadresseerd is en erkend is door andere instanties en dat terugkomt in publicaties van diverse onderzoeksplatformen en onder andere terug te vinden is in ambtsberichten van het ministerie van Buitenlandse Zaken. Dat het hier niet gaat om een fictief probleem blijkt uit diverse bronnen, waaronder uit een uitzending van onderzoeksjournalistiek programma Argos. Tevens haalt aanbesteder de gedragscode die de IND hanteert voor zijn tolken aan en op zijn website heeft gepubliceerd, waarin wordt benoemd, met name onder punt 4, dat het uitgangspunt is dat tolken en/of hun familieleden in de eerste of tweede graad of anderen binnen hun directe kring van bekenden, geen banden mogen hebben of mogen hebben gehad met een regime waarmee vreemdelingen stellen problemen te hebben ondervonden. Het niet melden van dergelijke banden kan consequenties hebben voor de inzetbaarheid als tolk. Daarnaast kan de IND nader onderzoek verrichten naar de vraag of

genoemde banden in de weg staan aan de inzet van de tolk. Aanbesteder geeft aan voldoende onderbouwde voorbeelden te hebben waaruit duidelijk blijkt dat de situatie in een bepaalde regio wel degelijk kan leiden tot risico's met betrekking tot de integriteit van vertalingen. Er kunnen al met al wel degelijk reële risico's ten aanzien van de integriteit voortvloeien uit spanningen in conflictgebieden. Dat hier kort aandacht aan wordt besteed door de winnaar heeft aanbesteder derhalve meegewogen in zijn beoordeling en dit betekent uitdrukkelijk niet dat aanbesteder etnische profilering dan wel discriminatie zou goedkeuren en/of dat daar sprake van zou zijn.

- 3.3.3. Aanbesteder heeft reeds diverse malen in heldere bewoordingen aan ondernemer uitgelegd dat van discriminatie dan wel etnische profilering geenszins sprake is, maar dat het gaat om legitieme en reële risico's waaraan door de winnaar terecht enige aandacht wordt besteed, en dat de winnaar de inschrijving – anders dan ondernemer suggereert – niet heeft gewonnen op dit punt. Sterker nog: aanbesteder heeft uitdrukkelijk opgemerkt dat de winnaar de aanbesteding óók zou hebben gewonnen indien de betreffende aandacht voor talen uit regio's van de wereld waarvoor oplettendheid nodig is als het gaat om integriteit niet zou zijn benoemd in de inschrijving van de winnaar. Ook in dat geval zou de winnaar buiten twijfel nog steeds als winnaar van de aanbestedingsprocedure uit de bus zijn gekomen.
- 3.3.4. In zijn brief van 25 januari 2022 heeft aanbesteder uitgelegd dat van discriminatie dan wel etnische profilering geenszins sprake:

'U vraagt zich af of de extra aandacht die [winnaar] besteedt aan tolken voor talen uit regio's van de wereld waarvoor oplettendheid nodig is als het gaat om integriteit niet neerkomt op etnisch profileren. Daarvan is evenwel geen sprake. Er zijn nu eenmaal landen waar momenteel grote spanningen zijn tussen verschillende bevolkingsgroepen, of waar burgeroorlogen plaatsvinden dan wel hebben plaatsgevonden. Een bekend voorbeeld hiervan is de oorlog in de Tigray-regio in Ethiopia, dicht bij de grens met Eritrea. In 2020 hebben spanningen tussen diverse etnische groeperingen in deze regio geleid tot (dodelijk) geweld. Dergelijke spanningen tussen bevolkingsgroepen zijn relevant voor het onderwerp van deze aanbesteding van tolkdiensten. Wanneer bijvoorbeeld personen uit twee (voormalig) met elkaar strijdende bevolkingsgroepen met elkaar worden geconfronteerd tijdens een examen kan dat immers van invloed zijn op de validiteit van de vertaling (risico op onjuiste vertalingen) alsmede op het veiligheidsgevoel van de kandidaat of de tolk. [Aanbesteder] heeft dan ook in zijn beoordeling meegewogen dat op zorgvuldige wijze aandacht wordt besteed aan dit risico. Hierdoor wordt de kans verkleind dat men tijdens het examen wordt belast met de mogelijke gevolgen van etnische spanningen. [Aanbesteder] acht dit op geen enkele wijze discriminerend en/of etnisch profilerend, omdat een en ander tot doel heeft legitieme risico's te mitigeren zodat de kandidaat en de tolk zich veilig voelen en er kan worden geborgd dat er (bij de kandidaat) geen twijfel is omtrent de validiteit van de vertaling. [Aanbesteder] heeft dan ook geen enkele reden om aan te nemen dat [winnaar] fundamentele rechten zou schenden. U geeft aan een kleine, uit verband getrokken passage een lading die deze niet verdient. De suggestie dat [winnaar] de inschrijving mede op grond van discriminatie zou hebben gewonnen is dan ook volstrekt ongegrond.'

- 3.3.5. Tot slot geeft aanbesteder – kort samengevat – nog aan dat ondernemer niet alleen op kwaliteitscriterium K3 lager heeft gescoord dan de winnaar, maar dat dit ook geldt voor gunningscriterium K2. Ook op dat criterium heeft de winnaar volgens aanbesteder beduidend beter gescoord dan ondernemer. Bovendien is de door ondernemer uitgelichte zinsnede slechts een onderdeel van de totale beoordeling van gunningscriterium K3. Er is dan ook geen enkele reden om aan te nemen dat de winnaar de aanbesteding zou hebben gewonnen enkel op één specifiek onderdeel van de invulling van gunningscriterium K3.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een Europese openbare aanbesteding heeft georganiseerd voor een raamovereenkomst met een enkele ondernemer voor het ter beschikking stellen van Tolken aan kandidaten die bij aanbesteder examen doen. Op de procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (omdat deze aanbesteding is gepubliceerd voor 1 januari 2022, is daarop nog van toepassing de tweede herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).

In behandeling nemen van de klacht

- 4.2. Aanbesteder heeft de Commissie verzocht om af te zien van behandeling van de klacht, gelet op, met name artikel 9 lid 1 sub c, d en e van het Reglement van de Commissie (zie 3.3.1.). De Commissie oordeelt dat een beroep op deze gronden niet slaagt en neemt de klacht in behandeling.

Toelichting

- 4.2.1. Aanbesteder beroept zich op artikel 9 lid 1 sub c, d en e van het Reglement. Een onderbouwing waarom de klacht niet, dan wel onvoldoende, is gemotiveerd en/of gedocumenteerd ontbreekt echter. Artikel 9 lid 1 sub c van het reglement van de Commissie staat daarom niet aan behandeling van de klacht in de weg.
- 4.2.2. Aanbesteder stelt dat het nastreven van de doelen van de Commissie onvoldoende worden gediend met de behandeling van onderhavige klacht. Hij onderbouwt dit door te stellen dat er geen algemeen leereffect van behandeling van deze klacht uitgaat nu de klacht gedetailleerd ingaat op specifieke aspecten van onderhavige aanbesteding. De Commissie begrijpt daaruit dat aanbesteder van mening is dat uit de behandeling van een individuele, specifieke klacht, geen leereffect te verwachten is. Nu deze stelling van aanbesteder niet nader is onderbouwd en de Commissie meent dat van de behandeling van deze klacht wel degelijk een leereffect kan uitgaan, staat artikel 9 lid 1 sub d en e van het reglement van de Commissie niet aan behandeling van de klacht in de weg.

Bij behandeling klachtonderdeel 1 wordt het derde argument van ondernemer door de Commissie buiten beschouwing gelaten.

- 4.3. Ondernemer beroept zich ter onderbouwing van klachtonderdeel 1 op drie gronden (zie 2.1.1, 2.1.2 en 2.1.3). Uit de Nota's van Inlichtingen, zoals deze door ondernemer als bijlage bij zijn klacht zijn meegestuurd (de nota's 2 en 3), blijkt niet dat ondernemer ten aanzien van punt 3 (zie 2.1.3) vragen heeft gesteld aan de aanbesteder. Enkel met betrekking tot de tweede grond (zie 2.2.2) zijn in de Nota van inlichtingen 2 en 3 een aantal vragen gesteld door ondernemer en de Commissie meent, zij het met enige goede wil, dat ook daarmee de eerste grond (zie 2.2.1) aan bod is gekomen (zie 1.4). Nu tevens uit de klacht niet blijkt dat ondernemer naar aanleiding van de derde grond eerder vragen heeft gesteld en deze grond ook geen onderdeel uitmaakt van de bij aanbesteder d.d. 1 februari 2022 ingediende klacht, laat de Commissie bij de behandeling van de klacht deze grond buiten beschouwing (analoog aan artikel 9 lid 1 onder a Reglement).

Klachtonderdeel 1

- 4.4. Ondernemer meent dat de door aanbesteder gehanteerde beoordelingssystematiek onvoldoende objectief is en te veel ruimte laat voor een subjectieve en arbitraire puntentoekenning. Bij de behandeling van dit klachtonderdeel wordt alleen het door de ondernemer in 2.1.1 en 2.1.2 gestelde betrokken (zie 4.3).

Beknopt oordeel

- 4.4.1. De Commissie is van mening dat de beoordelingssystematiek zoals door aanbesteder is gehanteerd voldoende waarborgen bevat – welke de Commissie in samenhang heeft beschouwd – om te subjectieve beoordelingen uit te sluiten. Wel laat deze beoordelingssystematiek ruimte voor subjectiviteit en daarom moeten er hoge eisen worden gesteld aan de motivering van de gunningsbeslissing. De mate van detaillering van het beoordelingskader en de mate van detaillering van de motivering zijn communicerende vaten. Door ondernemer is echter niet onderbouwd gesteld dat de motivering van de gunningsbeslissing laat zien dat de beoordelingssystematiek heeft geleid tot te subjectieve beoordelingen. Derhalve laat de Commissie in het midden of de motivering van de gunningsbeslissing de toets van de hogere motiveringseisen kan doorstaan. De Commissie acht dit klachtonderdeel **ongegrond**.

Toelichting

Toetsingskader

- 4.4.2. In lijn met eerder uitgebrachte adviezen van de Commissie (zie onder meer de adviezen 658, 603 en 605, 601, 598, 553, 534, 448, 389, 358) kan het toetsingskader kortweg als volgt worden samengevat. In artikel 1.9 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst transparant moet handelen. Deze transparantieverplichting is met betrekking tot kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie als volgt geconcretiseerd. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Een aanbestedende dienst is gehouden om de inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie zou worden gehandeld.
- 4.4.3. Deze uitgangspunten laten onverlet dat enige mate van subjectiviteit bij de beoordeling van een kwalitatief gunningscriterium onvermijdelijk is en dat de aanbestedende dienst bij een dergelijk criterium de inschrijvers enige vrijheid kan laten om hun inventiviteit te tonen. Van een aanbestedende dienst hoeft binnen het kader van de hiervoor genoemde uitgangspunten niet te worden verwacht dat hij criteria zodanig beschrijft, in die zin dat hij zeer exact en zeer gedetailleerd aangeeft wat nodig is om een maximale score te behalen. Wel dient de beoordelingssystematiek in voldoende mate waarborgen te bevatten om te subjectieve beoordelingen uit te sluiten.

Beoordelingskader en beoordelingsscores volgens Beschrijvend document

- 4.4.4. Aanbesteder heeft bepaald om de kwaliteit van inschrijvingen te beoordelen aan de hand van drie subgunningscriteria: "K1 Gebruiksvriendelijkheid IT-voorziening",

"K2 Ontwikkeling van Tolken" en "K3 Voorkomen van fraude door Tolken". In het Beschrijvend document heeft aanbesteder vervolgens een algemeen beoordelingskader geschetst en per subgunningscriterium een specifiek beoordelingskader (zie 1.3.6). In paragraaf 4.5 van het Beschrijvend document wordt in het algemene beoordelingskader aangegeven dat het beoordelingsteam, naast de in de beoordelingskaders benoemde beoordelingsaspecten, ook rekening houdt met de wijze waarop Inschrijver de door hem gemaakte keuzes heeft onderbouwd. Aanbesteder geeft met een aantal voorbeeldvragen aan op welke wijze een inschrijver die keuzes kan onderbouwen. Tevens bepaalt aanbesteder dat de genoemde beoordelingsaspecten die per gunningscriterium zijn weergegeven, geen nadere (sub)gunningscriteria zijn, maar aspecten betreffen waaraan de inschrijver wordt gevraagd tenminste aandacht te besteden bij het opstellen van zijn inschrijving.

- 4.4.5. In het specifieke beoordelingskader van K1 en K2 zijn respectievelijk vijf en twee beoordelingsaspecten opgenomen waaraan een inschrijver aandacht dient te besteden. In het beoordelingskader van "K3 Voorkomen van fraude door Tolken" is opgenomen dat inschrijver in een plan van aanpak maatregelen moet beschrijven die door inschrijver worden genomen om te voorkomen dat door tolken fraude wordt gepleegd bij het leveren van tolkdiensten aan kandidaten. Aanbesteder heeft verder geen beoordelingsaspecten opgenomen met betrekking tot het plan van aanpak voor K3. Het plan van aanpak dat inschrijver moet indienen in het kader van K3, moet maatregelen beschrijven om fraude door tolken te voorkomen. Deze maatregelen moeten door inschrijver worden onderbouwd. Aanbesteder geeft in het algemene beoordelingskader een aantal voorbeeldvragen, waarmee deze keuze kan worden onderbouwd, zoals: 'Geeft de inschrijver een duidelijk inzicht in de afwegingen', 'zit er een duidelijke logica/gedachte achter de gemaakte keuzes' en 'toont de inschrijver zich bewust van eventuele nadelen van de keuzes en licht hij toe waarom de voordelen van de keuzes opwegen tegen die nadelen'. Tot slot geeft aanbesteder aan welk doel hij nastreeft met dit kwalitatief criterium, namelijk dat het plan van aanpak inzicht geeft in (a) de wijze waarop inschrijver voorkomt dat fraude wordt gepleegd bij het leveren van tolkdiensten en (b) op welke wijze de inschrijver borgt dat de door hem in te zetten tolken blijven voldoen aan de eis dat zij onafhankelijk en integer zijn. De inschrijver wordt veel vrijheid gelaten voor de concrete invulling.
- 4.4.6. Binnen de gegeven beoordelingskaders zal het beoordelingsteam vervolgens een score moeten toekennen aan de inschrijvingen. Aanbesteder heeft gekozen voor een systematiek van beoordelingsscores, waarbij de scores 'uitstekend' tot en met 'onvoldoende' zijn gekoppeld aan 'in Nederland algemeen gangbare rapportcijfers' variërend van 10 tot 6 en lager (zie 1.3.6). Elke beoordelingsscore is vervolgens gekoppeld aan een waardering uitgedrukt in een percentage van het maximaal te behalen aantal punten. Door aanbesteder is verder geen nadere toelichting gegeven op deze scores.
- 4.5. De Commissie zal hierna overgaan tot beoordeling van de klacht.

Beoordelingssystematiek onvoldoende objectief?

- 4.5.1. Ondernemer stelt dat sprake is van een onvoldoende objectieve beoordelingssystematiek doordat aanbesteder (1) zeer algemeen geformuleerde kwaliteitscriteria hanteert waardoor houvast voor het indienen van een inschrijving ontbreekt en (2) niet concretiseert wat inschrijver moet doen voor het behalen van een rapportcijfer zoals een 'tien' of 'negen', waardoor een objectieve beoordeling niet is gegarandeerd.

4.5.2. De Commissie stelt voorop, zoals ook uit de lijn van jurisprudentie en eerdere adviezen blijkt, dat ook al laat een beoordelingssystematiek ruimte voor subjectiviteit, een dergelijke systematiek is toegestaan (vgl. Advies 81), mits de toepassing daarvan zoveel mogelijk wordt geobjectiveerd (zie (ii) in 4.4.2 hiervoor). Verder dient de gunningsbeslissing uitvoerig te worden gemotiveerd (zie (iii) in 4.4.2 hiervoor). De mate van detaillering van het beoordelingskader en de mate van detaillering van de motivering zijn communicerende vaten (zie Advies 658, overweging 4.4.4).

- *(ii) Beoordelingssystematiek zoveel mogelijk geobjectiveerd?*

4.5.3. Dit klachtonderdeel berust op twee gronden (althans de derde grond heeft de Commissie niet behandeling genomen, zie 4.3 bovenstaand): ten eerste stelt ondernemer dat subgunningscriterium K3 op geen enkele manier is geconcretiseerd en ten tweede stelt ondernemer dat op geen enkele manier is geconcretiseerd waarop de punttoekenning wordt gebaseerd.

4.5.4. Met ondernemer is de Commissie van oordeel dat de hier gekozen beoordelingssystematiek de beoordelaars veel vrijheid laat. De enkele omstandigheid dat een beoordelingssystematiek veel vrijheid laat aan beoordelaars, maakt een systematiek echter nog niet onvoldoende geobjectiveerd. Een zekere mate van subjectiviteit is nu eenmaal inherent aan kwalitatieve beoordelingen (zie Gerechtshof Den Haag 15 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2675, r.o. 8). Het is aan ondernemer concreet te onderbouwen dat en waarom in dit geval sprake zou zijn van een te subjectieve beoordelingssystematiek.

4.5.5. De Commissie volgt ondernemer ten dele in zijn stelling, dat het toekennen van scores, waarbij die scores enkel en alleen zijn gekoppeld aan rapportcijfers zonder nadere toelichting, niet de meest objectieve wijze van beoordelen is. De Commissie overweegt dat de beoordelingsvrijheid een spectrum vormt met twee uiteinden. Aan het ene eind staat een volledige beoordelingsvrijheid, die ontoelaatbaar is. Aan de andere kant staat het volledig vastleggen van de beoordeling, waardoor er geen enkele beoordelingsvrijheid is. Dit laatste komt voor bij mathematisch geformuleerde gunningscriteria. De stelling van aanbesteder dat het toekennen van scores geen exacte wetenschap is, is op zich juist, maar dat laat onverlet dat er een zekere grens aan de beoordelingsvrijheid is. Die grens ligt tussen 0% (geen enkele beoordelingsvrijheid) en 100% (volledige beoordelingsvrijheid). Er zit voldoende ruimte tussen de uiteinden van dat spectrum, waarbinnen een zekere mate van objectivering mogelijk moet zijn. In zoverre heeft de Commissie begrip voor het standpunt van ondernemer.

4.5.6. De Commissie overweegt dat aanbesteder het beoordelingskader verder heeft ingevuld dan ondernemer suggereert. Zo gaat ondernemer voorbij aan het algemene beoordelingskader, waarin is beschreven dat het beoordelingsteam naast de in de beoordelingskaders benoemde beoordelingsaspecten ook rekening houdt met de wijze waarop de inschrijver de door hem gemaakte keuzes heeft onderbouwd. Specifiek voor subgunningscriterium K3 geldt dat het Beschrijvend Document weliswaar geen beoordelingsaspecten bevat, maar wel een doelstelling en een 'beoordelingskader K3' (zie 1.3.6 bovenstaand). De Commissie is van mening dat aanbesteder inschrijver veel vrijheid laat voor het doen van een inschrijving, maar dat er voldoende aanknopingspunten zijn gegeven waarmee houvast is geboden voor het doen van een inschrijving.

4.5.7. Aanbesteder heeft daarnaast getracht te subjectieve beoordelingen te voorkomen door gebruik te maken van verschillende beoordelaars die in consensus tot een beoordeling moeten komen.

- 4.5.8. In het kader van de objectiviteit is het van belang dat de inschrijvingen op de kwalitatieve gunningscriteria worden beoordeeld door meerdere beoordelaars (vgl. Advies 78, overweging 5.3.6). Het is de Commissie niet duidelijk geworden of beoordelaars de inschrijvingen eerst individueel beoordelen alvorens tot een gezamenlijk oordeel te komen. Dat zou immers een maatregel kunnen zijn om te voorkomen dat één of meer beoordelaars de anderen onmiddellijk bij de beoordeling beïnvloeden. Wel duidelijk is dat het beoordelingsteam in consensus tot een beoordeling komt. Daarmee worden in ieder geval extreme beoordelingen eruit gefilterd. Met minimaal drie beoordelaars en vervolgens een beoordeling in consensus, heeft aanbesteder, zij het minimaal, maatregelen getroffen om te subjectieve oordelen uit te sluiten.
- 4.5.9. Dit alles overwegend is de Commissie van mening dat de beoordelingssystematiek zoals door aanbesteder gehanteerd, voldoende waarborgen bevat – welke de Commissie in samenhang heeft beschouwd – om te subjectieve beoordelingen uit te sluiten. Nu de beoordelingssystematiek echter wel ruimte laat voor subjectieve beoordeling, moeten er hoge eisen worden gesteld aan de motivering. Hoe meer ruimte een beoordelingssystematiek laat voor subjectieve beoordelingen, hoe hoger de eisen die worden gesteld aan de motiveringsverplichting van de gunningsbeslissing.
- (iii) uitvoerige motivering?
- 4.5.10. Een aanbestedende dienst moet zijn uiteindelijke beslissing motiveren op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt (zie (iii) in 4.4.2 hiervoor). Bij een beoordelingssystematiek, waarin vooraf niet concreet is aangegeven hoe een inschrijving een bepaalde score kan behalen, dient de gunningsbeslissing aan een afgewezen inschrijver dan ook duidelijk te maken welke door de winnende inschrijver voorgestelde aanpak uiteindelijk een betere score hebben opgeleverd dan door de afgewezen inschrijver voorgestelde aanpak en waarom dat zo is.
- 4.5.11. Omdat onderhavige beoordelingssystematiek ruimte laat voor subjectiviteit, moeten er hoge eisen worden gesteld aan de motivering van de gunningsbeslissing. Door ondernemer is echter niet onderbouwd gesteld dat en op welke wijze de motivering van de gunningsbeslissing laat zien dat de beoordelingssystematiek heeft geleid tot te subjectieve beoordelingen. Ondernemer heeft alleen geklaagd over de punttoekenning op een specifiek onderdeel van de inschrijving van de winnaar (daarover gaat klachtonderdeel 2). Nu ondernemer op het punt van uitvoerige motivering verder niets heeft gesteld, laat de Commissie in het midden of de motivering van de gunningsbeslissing de toets van de hogere motiveringseisen kan doorstaan.
- 4.5.12. De Commissie acht klachtonderdeel 1 **ongegrond**.

Klachtonderdeel 2

- 4.6. Ondernemer stelt dat de punttoekenning aan de winnaar voor het derde kwaliteitscriterium ('Voorkomen van fraude door Tolken') arbitrair en onbegrijpelijk is. De door de winnaar voorgestelde maatregel zou in het beste geval een louter fictief probleem adresseren en in het slechtste geval in strijd zijn met fundamentele rechten en privacywetgeving vanwege etnisch profileren. Om dat laatste te kunnen toetsen, verzoekt ondernemer de Commissie om de volledige inschrijving van de winnaar op te vragen bij aanbesteder en op basis van volledige informatie tot een afgewogen advies te komen.

Overwegingen Commissie om inschrijving winnaar niet op te vragen

- 4.6.1. Alvorens dit klachtonderdeel te behandelen, zal de Commissie eerst kort ingaan op het verzoek van ondernemer om de volledige inschrijving van de winnaar bij aanbesteder op te vragen en te toetsen aan de stelling van ondernemer. De Commissie past de bevoegdheid tot het opvragen van aanvullende informatie zeer terughoudend toe. Daarvoor heeft zij verschillende redenen. De klacht wordt in beginsel afgebakend door de betrokken partijen en niet door de Commissie. Het is dan aan partijen uit eigen beweging de relevante stukken te verstrekken. Het opvragen van aanvullende stukken betekent doorgaans een administratieve verzwaring van de procedure voor de betrokken partijen en een verlenging van de doorlooptijd. Bovendien is het opvragen van aanvullende informatie vaak niet nodig voor het gewenste leereffect dat kan uitgaan van een advies. Voor het opvragen van stukken bestaat een uitgewerkt wettelijk kader (zie bijvoorbeeld: artikel 843a Rv en de Wet open overheid); de Commissie acht het onwenselijk dat zij dat kader op willekeurige wijze zou kunnen doorkruisen.
- 4.6.2. De Commissie ziet in de onderhavige klacht geen aanleiding de inschrijving van de winnaar op te vragen. Aanbesteder heeft een team van deskundige beoordelaars ingesteld en heeft daarmee de nodige vrijheid om tot een onafhankelijk en deskundig oordeel te komen. Nu de Commissie op basis van objectieve informatie zich een beeld heeft kunnen vormen met betrekking tot de klacht en daarnaast de motivering van de gunningsbeslissing ten aanzien van dit klachtonderdeel geen aanleiding geeft om te twifelen aan de deskundige beoordeling door aanbesteder, is er geen noodzaak voor de Commissie om de volledige inschrijving van de winnaar op te vragen en nader te onderzoeken.

Beknopt oordeel

- 4.6.3. Uit de motivatie kan de Commissie opmaken dat de inschrijving van de winnaar zich op (tenminste) vier punten in positieve zin onderscheidt. De klacht van ondernemer ziet er met name op dat één van die onderscheidende punten, namelijk dat 'extra aandacht wordt besteed aan tolken voor talen die worden gesproken in regio's in de wereld waarvoor oplettendheid nodig is als het gaat over integriteit', een maatregel zou zijn die in strijd is met het recht en daarmee ontoelaatbaar is. Deze maatregel zou zijn gebaseerd op 'etnisch profileren' hetgeen niet is toegestaan. De Commissie onderschrijft de stelling van ondernemer niet. Daarnaast komt het de Commissie niet onredelijk voor dat de overige drie onderscheidende punten op zichzelf beschouwd een hogere score rechtvaardigen. De puntentoe-kening aan de winnaar voor het derde kwaliteitscriterium komt de Commissie dan ook niet arbitrair of onbegrijpelijk voor. De Commissie acht dit klachtonderdeel dan ook **ongegrond**.

Toelichting

Toetsingskader

- 4.6.4. In het verlengde van de in 4.4.2 onder (iii) bedoelde verplichting is een aanbestedende dienst op grond van artikel 2.130 lid 1 Aw 2012 verplicht aan iedere betrokken inschrijver de relevante redenen voor de gunning in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen. Onder relevante redenen worden, volgens lid 2 van datzelfde artikel, in ieder geval verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst.

- 4.6.5. De Commissie verwijst voor een nadere beschrijving van het hier relevante toetsingskader verder naar overwegingen 5.2.3 – 5.2.5 van Advies 534 en overweging 4.3.1 van Advies 639. Hier is het volgende van belang. De plicht om de gunningsbeslissing te motiveren dient twee doelen: 1. de afgewezen inschrijver duidelijk maken hoe zijn inschrijving is beoordeeld, wat hij goed en wat hij minder goed heeft gedaan en hoe hij het beter had kunnen doen, en 2. de afgewezen inschrijver duidelijk maken dat de beoordelingsprocedure correct en volgens de regels van het aanbestedingsdocument is uitgevoerd door een vergelijking te maken tussen de aan de afgewezen inschrijver gegeven beoordeling en de beoordeling van de winnende inschrijving. Daar komt bij dat artikel 2.130 Aw 2012 ertoe verplicht de relevante redenen voor de gunningsbeslissing mede te delen, waaronder in ieder geval zijn begrepen de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving.
- 4.6.6. Het doel van aanbesteder met subgunningscriterium K3 is dat aanbesteder inzicht krijgt in de wijze waarop de inschrijver voorkomt dat fraude wordt gepleegd bij het leveren van tolkdiensten aan kandidaten, en hoe hij borgt dat de door hem in te zetten tolken blijven voldoen aan de eis dat zij onafhankelijk en integer zijn (zie 1.3).
- 4.6.7. In de gunningsbeslissing aan ondernemer is door aanbesteder inzicht gegeven in de scores van de winnaar en de scores van ondernemer. Daaruit blijkt dat ondernemer op subgunningscriterium "K3 Voorkomen van fraude door Tolken" 105 punten heeft gescoord en de winnaar 135 punten. De Commissie begrijpt daaruit dat de winnaar op K3 een "9" (zeer goed) heeft gescoord en de ondernemer een "8" (goed). Aanbesteder heeft de score van ondernemer uitgebreid gemotiveerd, waarbij zowel 'plussen' als 'minnen' zijn aangegeven. Tevens heeft aanbesteder de relatieve voordelen van de winnaar in de gunningsbeslissing opgenomen:
- 'Wat betreft het voorkomen van fraude onderscheidt de inschrijving zich door de extra aandacht die wordt besteed aan tolken voor talen die worden gesproken in regio's in de wereld waarvoor oplettendheid nodig is als het gaat over integriteit. Kenmerkend zijn de zeer duidelijke en concrete maatregelen waardoor de kandidaat en de tolk voor elkaar anoniem blijven tot aan de tolkopdracht. De inschrijving biedt een laagdrempelige klokkenluidersmaatregel die zowel preventief als reactief werkt. Over het geheel genomen valt op dat het behandelen van het thema integriteit een voortdurend proces is waarmee iedere tolk in het bestand van [de winnaar] aanhoudend te maken krijgt.'
- 4.6.8. Uit de motivatie kan de Commissie opmaken dat de inschrijving van de winnaar zich op (tenminste) vier punten in positieve zin onderscheidt. De klacht van ondernemer ziet er met name op dat één van die onderscheidende punten, namelijk dat 'extra aandacht wordt besteed aan tolken voor talen die worden gesproken in regio's in de wereld waarvoor oplettendheid nodig is als het gaat over integriteit', een maatregel is die zou zijn gebaseerd op 'etnisch profileren' hetgeen niet is toegestaan. Etnisch profileren wordt door Amnesty International als volgt gedefinieerd, een definitie die ondernemer in zijn klacht aanhaalt: "Het gebruik door de politie van criteria of overwegingen omtrent ras, huidskleur, etniciteit, nationaliteit, taal en religie bij opsporing en rechtshandhaving – zowel op operationeel als organisatorisch niveau – terwijl daarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat". Uit deze definitie maakt de Commissie op dat etnisch profileren bij opsporing en rechtshandhaving niet is toegestaan zonder objectieve rechtvaardigingsgrond. Als het in onderhavige kwestie al zou gaan om opsporing of rechtshandhaving, dan zou moeten worden beoordeeld of voor die etnische profilering een rechtvaardigingsgrond zou bestaan. Aanbesteder stelt daaromtrent dat de maatregel tot doel heeft legitieme risico's te mitigeren zodat de kandidaat en de tolk zich veilig voelen en er kan worden geborgd dat er (bij de kandidaat) geen twijfel

is omtrent de validiteit van de vertaling (zie 3.3.4.). Hierin zou een objectieve rechtvaardigingsgrond kunnen worden gelezen, als dat al nodig zou zijn gelet op de definitie en de feitelijke omstandigheden van dit geval. Daarnaast heeft de aanbesteder naar het oordeel van de Commissie voldoende aannemelijk gemaakt dat de maatregel niet ziet op een louter fictief probleem en kan de Commissie zich voorstellen dat aanbesteder te maken krijgt met de situatie waarin een kandidaat en een tolk afkomstig zijn uit verschillende, conflicterende bevolkingsgroepen.

- 4.6.9. Hoe het ook zij, het enkele feit dat deze maatregel mogelijk niet door aanbesteder zou mogen worden betrokken in de beoordeling vanwege vermeende etnisch profileren, betekent niet dat de motivering met betrekking tot de relatieve voordelen van de winnaar daarmee zonder meer arbitrair en onbegrijpelijk is. Het komt de Commissie niet onredelijk voor dat de overige drie onderscheidende punten op zichzelf beschouwd een hogere score rechtvaardigen en ondernemer onderbouwt verder ook niet waarom de motivatie voor het overige arbitrair en onbegrijpelijk zou zijn. De Commissie acht dit klachtonderdeel dan ook ongegrond.

5. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen klachtonderdelen 1 en 2 **ongegrond**.

Den Haag, 21 juli 2022

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp
Voorzitter

Mr. M.C. Pinto
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid