

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 677 | Samenvatting

De klacht ziet op Europese openbare procedure van aanbesteder ten behoeve van één deelnemende organisatie (hierna: Deelnemer) voor één raamovereenkomst per perceel met ieder één ondernemer als intermediair voor diverse tolkdiensten. De opdracht is verdeeld in twee percelen.

In behandeling nemen klacht

De Commissie ziet de klacht van ondernemer als een klacht tegen het handelen of nalaten van Deelnemer dat valt binnen de werkingssfeer van de Aw 2012. Inschrijver kan worden gezien als een 'potentiële inschrijver' die op grond van het Reglement van de Commissie een klacht kan indienen. De Commissie neemt daarom de klacht in behandeling.

Klachtonderdeel 1

Ondernemer klaagt dat Deelnemer de in de aanbesteding gestelde voorwaarden tijdens de uitvoering had moeten handhaven en de overeenkomst met Inschrijver B wegens tekortschieten had moeten ontbinden. De Commissie is van oordeel dat zij de verdere behandeling van dit klachtonderdeel moet staken, omdat eis 14 uit het Programma van Eisen en KPI 1 uit de Service Level Agreement, die beide de leverplicht van de intermediair beschrijven, voor verschillende uitleg vatbaar zijn. Dit brengt met zich mee dat de Commissie niet kan beoordelen of Deelnemer aan zijn verplichting tot handhaving van de betreffende eisen heeft voldaan. Daarmee zijn de aanbestedingsstukken naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant en heeft Deelnemer in strijd gehandeld met zijn verplichting transparant te handelen.

Klachtonderdeel 2

De Commissie is van oordeel dat zij de verdere behandeling van dit klachtonderdeel moet staken, omdat zij geen inzicht heeft in de wijze waarop Inschrijver A is ingeschakeld en als gevolg daarvan niet kan vaststellen of sprake is van een wezenlijke wijziging. Ondernemer stelt dat sprake is van een scenario waarbij Inschrijver A wordt ingeschakeld middels uitbreiding van de raamovereenkomst van Inschrijver A. Aanbesteder gaat uit van het scenario waarbij Inschrijver A door Inschrijver B wordt ingeschakeld als onderaannemer. De Commissie overweegt dat alleen in het scenario van ondernemer sprake kan zijn van een onrechtmatige wezenlijke wijziging. De Commissie beschikt echter over onvoldoende aanknopingspunten voor een eenduidige conclusie over de wijze waarop Inschrijver A is ingeschakeld. Ook wanneer de Commissie veronderstellenderwijs tot uitgangspunt neemt dat Deelnemer de raamovereenkomst met Inschrijver A heeft uitgebreid, kan de Commissie, wegens te weinig concrete aanknopingspunten, niet vaststellen of sprake is van een wezenlijke wijziging.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 677

1. Feiten

Aanbesteder heeft op 8 september 2020 ten behoeve van één deelnemende organisatie (hierna: Deelnemer) een Europees openbare procedure aangekondigd voor één raamovereenkomst per perceel met ieder één ondernemer als intermediair voor diverse tolkdiensten. De opdracht is verdeeld in twee percelen. Het is toegestaan op beide percelen in te schrijven. Een Inschrijver kan in principe maar één perceel gegund krijgen.

De percelen zijn geografisch ingedeeld in een perceel Zuid (perceel 1) en een perceel Noord (perceel 2).

De duur van de raamovereenkomst is gesteld op een initiële (operationele) periode van twee jaar + de periode voor de implementatie. Aanbesteder kan de overeenkomst verlengen door middel van één of meerdere verlengingen tot een totaal van 24 maanden tegen gelijkblijvende voorwaarden.

Deelnemer is een zelfstandig bestuursorgaan. De aanbesteding wordt uitgevoerd door de inkooporganisatie van aanbesteder.

Relevante passages uit aanbestedingsstukken

- 1.1. In de aankondiging van de opdracht van 8 september 2020 staat onder meer dat de geraamde totale waarde van de opdracht 20 520 000,00 euro (ex btw) bedraagt.
- 1.2. In het Beschrijvend Document van 19 november 2020 is, onder meer, het volgende bepaald:

'1.5 Opdracht

De Opdracht betreft een resultaatverplichting voor de Opdrachtnemer.'

(...)

1.5.4 Duur van de Overeenkomst

Duur van de overeenkomst

(...)

Gedurende de looptijd van de Overeenkomst behoudt de Opdrachtgever zich het recht voor om de Opdracht binnen de regels van de Aanbestedingswet te wijzigen. Door te voeren wijzigingen zijn beschreven onder artikel 6 en 7 van bijlage 7 - Concept raamovereenkomst. Toepassing van een herzieningsclausule kan een toename van het aantal af te nemen Opdrachten en/of Tolkuren betekenen.'

Omvang van de Overeenkomst

(...)

De omvang van Perceel Zuid:

De omvang van Perceel Zuid wordt op basis van historische gegevens geraamd op circa 40.000 diensten en circa 42.750 Tolkuren op jaarbasis.

(...)

De omvang van Perceel Noord:

De omvang van Perceel Noord wordt op basis van historische gegevens geraamd op circa 40.000 diensten en circa 42.750 Tolkuren op jaarbasis.

1.5.7 Wijze waarop de Percelen worden gegund

Inschrijving op Percelen

U kunt op één of beide Percelen inschrijven. Inschrijvingen op een gedeelte van een Perceel zijn ongeldig en worden uitgesloten van verdere deelname aan deze aanbestedingsprocedure.

Gunning per Perceel uit oogpunt van het bevorderen van marktwerking

De beoordeling vindt plaats per Perceel. Er wordt gegund op basis van EMVI. Vanwege marktwerking en het bieden van kansen aan een breed spectrum van ondernemers kan een Inschrijver in principe maar één Perceel gegund krijgen:

Perceel Zuid; of

Perceel Noord.

(...)

Gunningssystematiek wanneer meerdere Percelen aan één Inschrijver zouden moeten worden gegund

(...)

Uitzonderingen op de hoofdregel dat een Inschrijver voor gunning van maximaal één Perceel in aanmerking komt:

Indien in bovenstaande situatie de voorgenomen gunning wijzigt vanwege het feit dat de voorlopig gegunde Inschrijver 2 op Perceel 2 om welke reden dan ook niet voldoet en de Inschrijving alsnog ongeldig wordt verklaard, gaat de Aanbestedende dienst als volgt te werk: Als Inschrijver 3 minder dan 70% van de maximaal te behalen score op kwaliteit behaalt, gaat ook Perceel 2 naar Inschrijver 1.

Indien blijkt dat een Inschrijver op beide Percelen de enige Inschrijver met een geldige Inschrijving is, dan behoudt de Aanbestedende dienst zich het recht voor meer dan één Perceel aan deze Inschrijver voorlopig te gunnen, zulks naar keuze en ter overweging van de Aanbestedende dienst.

De Aanbestedende dienst behoudt zich het recht voor van bovenvermelde systematiek af te wijken wanneer zich een situatie voordoet waarin de beschreven systematiek niet voorziet.

(...)

1.5.8 Implementatie en monitoring van de Overeenkomst

Implementatie

Daags na ingangsdatum van de Overeenkomst wordt gestart met de implementatie. Hiervoor wordt de volgende implementatieperioden gehanteerd:

- Perceel Zuid 4 maanden
- Perceel Noord 4 maanden

Na de implementatie start de initiële (operationele) periode van de Overeenkomst.

Monitoring van de Overeenkomst

Tijdens de Overeenkomst wordt onder meer gemonitord op de prestatie-indicatoren die vermeld staan in bijlage 7d - DAP. (...)

2.11 Beoordeling Inschrijvingen

(...)

Ad. 4 Beoordelen van de Inschrijvingen op eisen en Gunningcriteria

De Inschrijvingen die niet op basis van de voorgaande stappen terzijde zijn gelegd dan wel van verdere deelname zijn uitgesloten, worden vervolgens getoetst op het voldoen aan de Eisen zoals opgenomen in het Programma van Eisen (bijlage 5 - Programma van Eisen). Het niet voldoen aan (tenminste) één Eis betekent dat de

Inschrijving van verdere ongeldig wordt verklaard en terzijde zal worden gelegd, tenzij er naar de mening van de Aanbestedende dienst sprake is van een bagatel.

De Eisen beschrijven het minimum waaraan de Inschrijving moet voldoen. De Inschrijving dient te voldoen aan alle Eisen in het Programma van Eisen. Door parafering en ondertekening van bijlage 1 - Inschrijfformulier gaat u akkoord met alle Eisen in het Programma van Eisen. Indien van toepassing dient u het gevraagde bewijs c.q. de gevraagde toelichting in te dienen bij de Inschrijving.'

- 1.3. In het Programma van Eisen dat als bijlage 5 aan het Beschrijvend Document is toegevoegd staat onder meer het volgende:

1. Eisen aan de Opdracht

1.1. Algemene Eisen

Opdrachtgever stelt aan de uitvoering van de Opdracht onderstaande algemene Eisen.

E 1.	Opdrachtnemer voert de Opdracht uit. Opdrachtnemer: <ul style="list-style-type: none"> a. Beïnvloedt de continuïteit, kwaliteit, integriteit en rechtmatigheid van de primaire processen van de Deelnemer niet in negatieve zin, voor zover die processen van de Tolkdienstverlening afhankelijk zijn; b. Beschikt over voldoende geschikt Personeel (voldoende capaciteit en voldoende mate van deskundigheid) om de Opdracht volledig zoals gevraagd uit te kunnen voeren; c. Borgt continu een optimaal kwaliteits-, efficiency- en effectiviteitsniveau van de Tolkdienstverlening; d. Werkt samen met de Deelnemer toe naar een partnership, waarbij Opdrachtnemer zich proactief opstelt, gevraagd en ongevraagd adviezen geeft om de Tolkdienstverlening te optimaliseren, de verwachtingen managet en verbetervoorstellen doet aan de Deelnemer; e. Ontzorgt de Deelnemer volledig op het gebied van Tolkdienstverlening.
E 2.	Opdrachtnemer gaat akkoord met en voert de Opdracht uit zoals bepaald in: <ul style="list-style-type: none"> • De Raamovereenkomst • Dit Programma van Eisen • Het Dossier Financiële Afspraken (DFA) • Het Dossier Afspraken en Procedures (DAP) • De Service Level Agreement (SLA) • Het Normenkader • Het Implementatieplan
(...)	(...)

1.3. Eisen inzake de Tolkdienstverlening

1.3.2 Eisen aan Tolkopdrachten

Inzake Tolkopdrachten gelden de volgende Eisen:

E 14.	Opdrachtnemer heeft een leverplicht voor Tolkopdrachten en handelt hierbij volgens KPI 1 in bijlage 7b - SLA.
(...)	(...)
E 22.	Opdrachtnemer levert een Tolkopdracht die op afstand moet worden ingevuld altijd op ad hoc basis en brengt in maximaal drie (3) minuten een (telefoon)verbinding tot stand tussen Besteller en een geschikte Tolk (matchtijd). (...)

E 23.	Voor een Tolkopdracht op basis van reservering (op locatie, conference call of video (conference) call bevestigt Opdrachtnemer aan de Besteller uiterlijk 24 uur voor aanvang van de Tolkopdracht, dat een geschikte Tolk is gevonden (matchtijd), tenzij de reservering minder dan 24 uur voor aanvang van de Tolkopdracht is gedaan, in welk geval de Opdrachtnemer aan de Besteller uiterlijk vier (4) uur voor aanvang van de Tolkopdracht de bevestigt, dat een geschikte Tolk is gevonden (matchtijd).
(...)	(...)
E 28.	Opdrachtnemer levert altijd een Tolk van ten minste het gevraagde taalniveau; één en ander conform KPI 2 in bijlage 7b - SLA. Aanvullend geldt dat Opdrachtnemer alleen na voorafgaand akkoord van Deelnemer een Tolk van een lager taalniveau kan leveren of een Tolk van de Noodlijst kan leveren.
(...)	(...)

(...)

- 1.4. In het Model Raamovereenkomst dat als bijlage 7 aan het Beschrijvend Document is toegevoegd staan de volgende bepalingen:

6. Innovatie

(...)

6.3 Daarnaast hebben Opdrachtgever en Deelnemer het recht wijzigingen in de specificaties voor te stellen in het kader van verbeteringen en optimalisaties in de Tolkdienstverlening of in het kader van innovatie. Opdrachtnemer zal Opdrachtgever schriftelijk informeren omtrent mogelijke prijsconsequenties van deze wijzigingen, alsmede de gevolgen.

6.4 Indien Opdrachtnemer weet of kan weten dat de door Opdrachtgever en/of Deelnemer gewenste verbetering of optimalisatie beter of tegen lagere kosten op andere wijze kan worden bereikt, is hij verplicht Opdrachtgever daarover schriftelijk te informeren.

7. Herzieningsclausule

(...)

7.2 Opdrachtgever/ Deelnemer kan besluiten de Overeenkomst uit te breiden met de volgende diensten:

- De invoering van door Opdrachtnemer of derden ten behoeve van de uit te voeren Tolkopdrachten ontwikkelde technische oplossingen om de Tolkdienstverlening sneller en/of optimaler en/of veiliger uit te voeren. De omvang van deze diensten wordt geraamd op maximaal 50% van de opdrachtwaarde van totaal aantal geraamde uren.

- Meer opdrachten voor Tolkopdrachten dan nu voorzien als gevolg van:

a. (...)

b. (...)

c. wijzigingen in het, momenteel nog conceptuele, beleid ten aanzien van Tolkopdrachten van Opdrachtgever. De omvang van deze Tolkopdrachten wordt geraamd op maximaal 50% van het totaal aantal geraamde uren.

12. Ontbindende voorwaarden

12.2 Onverminderd het bepaalde in artikel 22 ARVODI-2018 heeft Opdrachtgever het recht om het proportionaliteitsbeginsel in acht nemende, de Overeenkomst direct en zonder ingebrekestelling (met uitzondering van sub 5) geheel of gedeeltelijk, buiten rechte te ontbinden wanneer al dan niet naar aanleiding van door (geaccrediteerde) derden of in opdracht van Opdrachtgever/Deelnemer in een uitgevoerde tussentijdse audit en of steekproef wordt vastgesteld dat:

- 1) (...)
- 2) (...)
- 3) De Opdrachtnemer niet meer voldoet aan de eisen als gesteld in het programma van eisen in het beschrijvend document;
- 4) De Opdrachtnemer niet meer voldoet aan een van de bijzondere uitvoeringsvoorwaarden als gesteld in het beschrijvend document;
- 5) De Opdrachtnemer in verzuim is met betrekking tot hetgeen is aangeboden in zijn Inschrijving ten aanzien van het gunningscriterium Kwaliteit zoals beschreven in het beschrijvend document;
- (...)

12.3 In afwijking op artikel 21.1 ARVODI-2018 geldt dat indien één der Partijen tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen uit de Overeenkomst, kan de andere Partij haar niet eerder in gebreke stellen dan nadat Partijen met elkaar overleg hebben gepleegd. De nalatige Partij is echter onmiddellijk in verzuim als nakoming van de desbetreffende verplichtingen anders dan door overmacht binnen de overeengekomen termijn reeds blijvend onmogelijk is. De ingebrekestelling geschiedt schriftelijk, waarbij aan de nalatige Partij een redelijke termijn wordt gegund om alsnog haar verplichtingen na te komen. Deze termijn is een fatale termijn. Indien nakoming binnen deze termijn uitblijft, is de nalatige Partij in verzuim.

- 1.5. In het Service Level Agreement (SLA) dat als bijlage 7b aan het Beschrijvend Document is toegevoegd, wordt onder meer het volgende meegedeeld:

'2.2 Monitoring KPI's en verbeteracties gedurende het kalenderjaar

- De [Contractmanagement van Deelnemer] monitort maandelijks voor zijn eigen organisatie (= Deelnemer) samen met de Opdrachtnemer de geleverde prestaties op basis van de hierboven genoemde KPI's. Bijsturing vindt plaats waar nodig. Dat kan zijn bij de Opdrachtnemer maar ook bij de Deelnemer.
- Opdrachtnemer kan worden gevraagd om een verbeterplan te maken dat na goedkeuring door Opdrachtgever wordt uitgevoerd.
- De [Contractmanagement van Deelnemer] kan worden gevraagd om in de eigen organisatie maatregelen te (laten) treffen.
- Ook kunnen (escalatie)gesprekken met en eventuele bijsturing door de [Contractmanagement van aanbesteder] of categoriemanager nodig zijn.

2.4 KPI 1 - Continuïteit – leverbetrouwbaarheid

Doel

Continuïteit van de bedrijfsprocessen waar Tolken worden ingezet is van groot belang voor de Deelnemer. De Opdrachtnemer ontzorgt hiertoe de Deelnemer op het gebied van Tolkdienstverlening:

1. De intermediair neemt alle noodzakelijke maatregelen om te allen tijde aan de vraag van de Deelnemer te kunnen voldoen en elke Bestelling in te kunnen vullen binnen de geldende contractuele Voorwaarden;
2. Bestellers van Deelnemer hoeven nooit zelf naar een oplossing te zoeken;
3. Deelnemer nemen zelf geen (aanvullende) maatregelen om de continuïteit van de beschikbaarheid van Tolkopdrachten te borgen.

Inrichting KPI

Leverzekerheid houdt in dat Opdrachtnemer voor elke Bestelling een Tolk uit het Rbtv of een Tolk van de Noodlijst levert.

Monitoring

Maandelijks.

Peildata

- Jaarlijks op 31 december
- Einddatum van de Overeenkomst

Berekeningswijze

Stap 1, vaststellen aantal niet-leveringen:

Het aantal (#) niet leveringen = # Bestellingen - # leveringen - # annuleringen door Deelnemer

Stap 2, vaststellen van de leverbetrouwbaarheid:

$$\% \text{ Leveringen} = \frac{\# \text{Bestellingen} - \# \text{niet-leveringen}}{\# \text{Bestellingen}} \times 100\%$$

2.5 KPI 2 - Kwaliteit - Levernauwkeurigheid \geq 95%

Doel

Deelnemer eist in iedere Bestelling voor het Rbtv-taalniveau van de in te zetten Tolk: C1. De Opdrachtnemer treft (proactief) alle maatregelen die nodig zijn om een Tolk van ten minste het gevraagde taalniveau te leveren.

Inrichting KPI

Opdrachtnemer realiseert voor elke Tolkopdracht een match qua taalniveau conform het hieronder opgenomen groeipad dat in maximaal 4 jaar oploopt naar \geq 95%.

(...)

Monitoring

Maandelijks

Peildata

- Jaarlijks op 31 december
- Einddatum van de Overeenkomst

Berekeningswijze

(...)

- 1.6. In bijlage 8 'Gunningscriteria' die aan het Beschrijvend Document is toegevoegd staat met betrekking tot de subgunningscriteria kwaliteit onder meer het volgende:

'2.2.2 Subgunningscriterium kwaliteit 2: Inzet van voldoende gekwalificeerde tolken

Doelstelling:

De gewenste situatie is dat de Inschrijver de kwaliteit van de (Tolk)dienstverlening monitort en waarborgt dat Deelnemer integere en kwalitatief goede Tolken geleverd krijgt.

Vraagstelling:

Op welke wijze draagt Inschrijver, door middel van optimalisatie en innovatie, concreet bij aan een efficiëntere inzet zodat te allen tijde is gegarandeerd dat de juiste Tolk, op het juiste moment en op de juiste plaats aanwezig is?'

- 1.7. In de eerste Nota van Inlichtingen van 19 november 2020 zijn onder meer de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.7.1. Vraag 10 [m.b.t. paragraaf 1.5, Commissie]: 'De resultaatsverplichting wordt niet verder uitgelegd en is moeilijk te rijmen met het groeipad waardoor eigenlijk sprake is van een inspanningsverplichting. De resultaatsverplichting bestaat uit het tijdig leveren van de juiste Tolk(dienst). Indien sprake is van overmacht of een oorzaak die te wijten is aan de aanbestedende dienst, mag dit redelijkerwijs niet aan Opdrachtnemer toegerekend te worden. In hoeverre houdt u daarmee rekening?'

Antwoord: 'De Overeenkomst en het groeipad zijn een resultaatsverplichting. Het groeipad is gekoppeld aan KPI 2 - Kwaliteit. Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor het leveren van een Tolk van het gevraagde niveau. Afwijkingen van de KPI's en de redenen daarvoor worden besproken in het overleg op operationeel / tactisch niveau, zoals beschreven in Bijlage 7d DAP, 2.8 Overlegmatrix.'

- 1.7.2. Vraag 69 [m.b.t. Eis E14, Commissie]: 'Wat verstaat u onder leverplicht in correlatie tot KPI 1; continuïteit/leverbetrouwbaarheid? Bedoelt u hier inspanningsverplichting, aangezien deelnemer bepaalt of er uitgeweken mag worden naar een lager niveau?'

Antwoord: 'KPI 1 betreft de leverbetrouwbaarheid. Er is sprake van een resultaatsverplichting: er dient voor elke Tolkopdracht een Tolk uit het Rbtv of een Tolk van de Noodlijst te worden geleverd. KPI 1 ziet niet op het niveau van de Tolk die wordt geleverd.'

- 1.7.3. Vraag 70 [m.b.t. Eis E14, Commissie]: 'Opdrachtnemer heeft een leverplicht voor Tolkopdrachten en handelt hierbij volgens KPI 1 in Bijlage 7b. Percentage (%) mist. Hoeveel procent bedraagt de minimale leverplicht van Tolkopdrachten?'

Antwoord: 'Het uitgangspunt van KPI 1 houdt in dat Opdrachtnemer voor elke Tolkopdracht een Tolk uit het Rbtv of een Tolk van de Noodlijst levert.'

- 1.7.4. Vraag 156 [m.b.t. paragraaf 2.4, Commissie]: 'Bij KPI2 noemt u expliciet een percentage ($\geq 95\%$), dit doet u bij KPI1 niet. Bij stap 2 van de berekeningswijze wordt wel een percentage vastgesteld. Een leveringspercentage van 100% lijkt ons niet realistisch. Er zijn altijd onvoorziene omstandigheden waardoor de bemiddeling niet slaagt. Graag stellen we voor om ook bij KPI1 het $\geq 95\%$ te hanteren. Gaat u hiermee akkoord?'

- 1.7.5. Antwoord: 'Aanbestedende dienst gaat niet akkoord met uw voorstel. KPI 1 is een prestatieverplichting, waarbij het aan Opdrachtnemer is om maatregelen te nemen om de Tolkopdracht te leveren. Conform de beschreven berekenwijze zal de prestatie van de Opdrachtnemer worden gemonitord en bijgestuurd.'

- 1.7.6. Vraag 161 [m.b.t. paragraaf 2.4, Commissie]: 'Berekeningswijze per Deelnemer' Er wordt een berekeningswijze voor de leverbetrouwbaarheid gepresenteerd. Wat is het percentage waar Opdrachtnemer aan moet voldoen?'

Antwoord: 'Het uitgangspunt van KPI 1 houdt in dat Opdrachtnemer voor elke Tolkopdracht een Tolk uit het Rbtv of een Tolk van de Noodlijst levert.'

- 1.8. In de tweede Nota van Inlichtingen van 17 december 2020 zijn onder meer de volgende vraag en antwoord opgenomen:

- 1.8.1. Vraag 273 [antwoord op vraag 156, Commissie]: 'Inschrijver heeft een aanvullende vraag over KPI 1. Een KPI is prestatie-indicator waaraan een bepaald doel wordt gesteld, net zoals u doet bij KPI2. Periodiek wordt gemeten of boven, onder of op het doelniveau is gepresteerd. Het is hoogst ongebruikelijk om een KPI zonder percentage/getal/doel af te spreken. Uit uw antwoorden leiden we af dat het percentage 100% moet zijn. Inschrijver acht dit percentage niet realistisch. In onze optiek zal dit in de praktijk daarom demotiverend werken. Er zullen altijd onvoorziene omstandigheden zijn waarom geen tolk geleverd kan worden, bijv. vanwege een treinstoring, autopech of een zeer schaarse taal. U legt een prestatieverplichting op, terwijl u niet in alle redelijkheid kan en mag verwachten dat die prestatie altijd geleverd wordt (ongeacht de inspanning die het bureau levert). Er kunnen situaties zijn waarin we door omstandigheden te maken hebben met een niet-levering. Bent u bereid om een concreet percentage van 95 of 98% aan KPI 1 te verbinden? Zo nee bent u bereid om na gunning in gesprek te gaan over een realistische invulling van KPI 1?'

Antwoord: 'Het uitgangspunt van KPI 1 houdt in dat Opdrachtnemer voor elke Tolkopdracht een Tolk uit het Rbtv of een Tolk van de Noodlijst levert, tenzij er sprake is van overmacht. Dit onderwerp kan worden besproken met [de Contractmanager van Deelnemer] tijdens de overleggen.'

- 1.9. Op 4 maart 2021 is Perceel 1 (Zuid) van de Opdracht definitief gegund aan Inschrijver A en perceel 2 (Noord) aan Inschrijver B. Hoewel ondernemer interesse in de opdracht heeft, heeft ondernemer uiteindelijk afgezien van inschrijving op de aanbesteding.
- 1.10. De daadwerkelijke levering van de tolkdiensten is in beide percelen gestart op 1 juli 2021. Aan deze start is een implementatieperiode van vier maanden vooraf gegaan. Aan de implementatieperiode werd voldoende vertrouwen ontleend om tot de start per 1 juli over te gaan.

Schriftelijke mededelingen van Deelnemer

- 1.11. In een nieuwsbrief van Deelnemer aan de bij Deelnemer ingeschreven advocaten en mediators van 28 juli 2021 bericht Deelnemer dat gebleken is dat er aanloopproblemen zijn bij Inschrijver B waardoor deze niet altijd in staat is de gevraagde tolk te leveren. Deelnemer raadt de geadresseerden aan om, zolang de aanloopproblemen voortduren, tijdelijk uit te wijken naar Inschrijver A zodat de continuïteit van de dienstverlening kan worden verzekerd.
- 1.12. In een volgende nieuwsbrief van 2 september 2021 aan de bij Deelnemer ingeschreven advocaten en mediators bericht Deelnemer aan de geadresseerden dat het voortaan de bedoeling is dat zij alle tolkdiensten voor perceel Noord (perceel 2) rechtstreeks aanvragen bij Inschrijver B. Pas wanneer Inschrijver B aangeeft niet aan de vraag te kunnen voldoen mogen zij uitwijken naar Inschrijver A. Daarmee wordt Inschrijver B in staat gesteld zijn dienstverlening verder te verbeteren. De bedoeling is dat binnen afzienbare tijd Inschrijver B in staat zal zijn nagenoeg 100% van alle tolkdiensten zelf te leveren.
- 1.13. In zijn beslissing van 8 juni 2022 op het Woo-verzoek van ondernemer van 1 februari 2022, waarin wordt gevraagd om openbaarmaking van documenten die betrekking hebben op de tolkdienstverlening van Inschrijver B aan Deelnemer, licht Deelnemer toe dat over de periode juli 2021 tot en met maart 2022:
 - 'ruim 82% van de gevraagde tolkdiensten door Inschrijver B is uitgevoerd waarbij het absolute aantal uitgevoerde tolkdiensten iedere maand stijgt, van bijna 1900 in juli 2021 naar bijna 3800 in maart;
 - ongeveer 12,6% van de aangevraagde tolkopdrachten is geannuleerd;
 - ongeveer 5,5% van de gevraagde tolkdiensten is uitgevoerd door het 'backup tolkenbureau' om de rechtsgang niet in het geding te laten komen. Dit percentage daalt maandelijks van 11,4% in juli 2021 naar 3,4% in maart (2022, Commissie).'

Tevens licht Deelnemer in zijn beslissing toe dat het contractmanagement van zijn organisatie vanwege de aanloopproblemen bij Inschrijver B afspraken heeft gemaakt met een collega-intermediair om als back-up te fungeren om zo de in de gesubsidieerde rechtsbijstand gevraagde continuïteit van de dienstverlening in alle situaties te kunnen garanderen. Volgens Deelnemer zijn de aanloopproblemen veroorzaakt door de haperingen in automatische matchingsysteem, de sector breed gedeelde onrust onder de tolken en de Coronacrisis. Het contractmanagement van Deelnemer én van Aanbesteder hebben bijna dagelijks voortgangsgesprekken gevoerd met Inschrijver B. Op grond daarvan heeft Inschrijver B veel geïnvesteerd in de werving van tolken en medewerkers. Al die acties hebben ertoe geleid dat de dienstverlening inmiddels binnen de overeengekomen prestatie-indicatoren valt en de realisatie van de KPI's in 2022, ook bij de sterk gestegen

aantallen aanvragen, op het overeengekomen pad ligt. Deelnemer bericht tot slot dat de bijgevoegde cijfers laten zien dat voor ingrijpende acties als ingebrekestelling en ontbinding juridisch ook geen enkele reden bestond.

Verdere verloop feiten

- 1.14. Op 15 juni 2022 heeft ondernemer een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder. Via verschillende kanalen, waaronder de eigen website van Deelnemer, hebben ondernemer berichten bereikt dat Inschrijver B tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen: Inschrijver B is niet altijd in staat een tolk te leveren, en Deelnemer zorgt (volgens ondernemer in strijd met de voorwaarden van de opdracht) zelf voor back-up (Inschrijver A), om daarmee de continuïteit van de tolkdienstverlening te waarborgen. Aanbesteder heeft op 14 juli op de klacht gereageerd.
- 1.15. Vervolgens heeft ondernemer op 26 juli 2022 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 2 hierna).
- 1.16. Aanbesteder heeft op 14 september 2022 een reactie ingediend (zie paragraaf 3 hierna). Op 2 februari 2023 heeft de Commissie onderhavig advies aan partijen toegestuurd.

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1. Klachtonderdeel 1

- 2.1.1. Kort samengevat klaagt ondernemer dat Deelnemer in strijd handelt met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door niet adequaat op te treden tegen de tekortkomingen van Inschrijver B. Deelnemer dient de overeenkomst met Inschrijver B te beëindigen.
- 2.1.2. Ondernemer stelt dat een aanbesteder volgens onder meer Europese jurisprudentie op grond van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie verplicht is de door hemzelf opgestelde voorwaarden nauwgezet na te leven, niet alleen tijdens de aanbestedingsprocedure maar ook tot aan het einde van de uitvoering van de opdracht. 'De aanbestedende dienst is daarom gehouden op te treden tegen tekortkomingen van de opdrachtnemer en dient daarbij gebruik te maken van de wettelijke en contractuele mogelijkheden die hem ten dienste staan. Laat de aanbestedende dienst dit na, dan wijzigt het economisch evenwicht ten gunste van de opdrachtnemer op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke opdracht en is sprake van een wezenlijke wijziging.' In geval van een wezenlijke wijziging moet een opdracht worden beëindigd en opnieuw aanbesteed, aldus ondernemer
- 2.1.3. Ondernemer wijst erop dat op Inschrijver een resultaatsverplichting rust. Hij dient bij elke aanvraag een tolk te leveren. Wanneer geen Rbtv-geregistreerde tolk beschikbaar is, kan worden uitgeweken naar de zogenaamde noodlijst. Inschrijver B schiet volgens ondernemer structureel tekort in die verplichting. Slechts in geval van overmacht kan een uitzondering op deze verplichting (tot het bij elke aanvraag leveren van een tolk) worden aanvaard. Uit de verstrekte cijfers blijkt echter volgens ondernemer dat het tekortschieten van Inschrijver B niet beperkt blijft tot uitzonderlijke situaties. De oorzaak van het tekortschieten van Inschrijver B kan bovendien geen tekort aan tolken zijn. Inschrijver A is immers blijkbaar wel in staat een tolk te leveren als Inschrijver B daartoe niet in staat is. Het tekortschieten van Inschrijver B betekent bovendien dat Inschrijver B niet zelf de continuïteit van de dienstverlening kan verzorgen en Deelnemer niet kan ontzorgen, zoals in KPI 1 vereist.

- 2.1.4. Volgens ondernemer is bovendien duidelijk dat Inschrijver B in strijd handelt met hetgeen hij in zijn inschrijving heeft aangeboden, in het bijzonder op sub-gunningscriterium 2, dat ziet op leverbetrouwbaarheid. Ondernemer stelt vast dat de inkooporganisatie van aanbesteder dit ook niet bestrijdt.
- 2.1.5. Ondernemer stelt dat artikel 12.2 sub 5 van de overeenkomst als gevolg van de tekortkomingen een grondslag biedt voor ontbinding van de overeenkomst met Inschrijver B. Op grond van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie dient Deelnemer die mogelijkheid te benutten. Een ingebrekestelling is daarvoor volgens ondernemer zelfs niet nodig omdat, telkens wanneer Inschrijver B meedeelt dat hij een aanvraag van een tolkopdracht niet kan invullen, Deelnemer hieruit kan afleiden dat Inschrijver B tekort zal schieten en verzuim intreedt. Ontbinding is volgens ondernemer gerechtvaardigd nu in de aanbestedingsstukken op meerdere plaatsen is benadrukt dat de continuïteit van de dienstverlening van de tolkenbemiddelaar (de leverbetrouwbaarheid) van groot belang is voor de werkprocessen van Deelnemer. Gelet op deze omstandigheden is het tekortschieten van Inschrijver B onmogelijk te beschouwen als tekortkoming van 'geringe betekenis', aldus ondernemer
- 2.2. Klachtonderdeel 2
- 2.2.1. Ondernemer klaagt dat Deelnemer in strijd handelt met 2.163a Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door de aan Inschrijver A gegunde opdracht voor perceel 1 uit te breiden met het verlenen van tolkdiensten die onder perceel 2 vallen. Hiertoe voert ondernemer het onderstaande aan.
- 2.2.2. De Opdracht is volgens ondernemer opgedeeld in twee strikt gescheiden percelen. Alleen perceel 1 is aan Inschrijver A gegund. Zoals in paragraaf 1.5.7 van het Beschrijvend Document omschreven, is gunning van beide percelen aan dezelfde inschrijver in principe niet mogelijk. Ondernemer verwoordt het vervolgens als volgt: 'Het verstrekken van tolkopdrachten aan Inschrijver A die onder perceel 2 vallen houdt een wijziging van de aan hem gegunde opdracht in, meer in het bijzonder een uitbreiding. Uit de door [Deelnemer] verstrekte gegevens blijkt dat het alleen al in de periode juli 2021 tot en met maart 2022 gaat om in totaal 1.527 tolkopdrachten. Uitgaande van een tarief van € 80,- komt dit al neer op € 122.160. Gelet op de looptijd van minimaal twee jaar (exclusief implementatieperiode) kan de drempelwaarde voor opdrachten voor diensten ad € 215.000,- exclusief btw eenvoudig worden overschreden. De uitbreiding van de aan Inschrijver A gegunde Opdracht met tolkopdrachten die onder perceel 2 'Noord' vallen is dan ook als een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de Opdracht als bedoeld in artikel 2.163g lid 3 sub c Aw 2012 aan te merken en dus als een wezenlijke wijziging. Een rechtvaardiging voor de wijziging van de aan Inschrijver A gegunde Opdracht is volgens ondernemer niet gegeven.'
- 2.2.3. Ondernemer vindt de reactie die aanbesteder op zijn klacht bij het klachtenmeldpunt heeft gegeven, niet geloofwaardig. Inschrijver B zou gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om een derde (Inschrijver A) in te zetten om aan haar leverplicht te voldoen. Aan de inzet van derden zouden in de aanbestedingsstukken namelijk geen nadere eisen zijn gesteld. Ondernemer verwijst naar de schriftelijke mededeling van Deelnemer aan advocaten en mediators waaruit valt te lezen dat het contractmanagement van Deelnemer zelf afspraken heeft gemaakt met een 'collega-intermediar'. Bovendien heeft Deelnemer op zijn website zelf partijen doorverwezen naar Inschrijver A. Ook dit wijst erop dat Deelnemer zelf voor backup heeft zorg gedragen, aldus ondernemer. Tot slot stelt ondernemer dat er wel degelijk voorwaarden verbonden zijn aan de inzet van onderaannemers. Op grond van artikel 8 lid 1 ARVODI 2018, die op de raamovereenkomst van toepassing zijn,

mag opdrachtnemer alleen met toestemming van opdrachtgever derden inzetten, welke toestemming niet op onredelijke gronden wordt onthouden. Op grond van paragraaf 3.1 van het Beschrijvend Document echter mag een inschrijver slechts één keer op een perceel inschrijven of bij een inschrijving op een perceel betrokken zijn. Deelnemer had daarom, zo stelt ondernemer, nimmer toestemming mogen geven voor de inzet van Inschrijver A als onderaannemer.

3. Reactie aanbesteder

- 3.1. Aanbesteder is, kort samengevat, van mening dat Deelnemer niet in strijd handelt met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, noch met artikel 2.163a AW 2012, en dat beide klachtonderdelen ongegrond zijn. Omdat aanbesteder in zijn reactie op de klacht van ondernemer bij de Commissie (d.d. 14 september 2022) ook verwijst naar zijn inhoudelijke antwoord op de klacht van ondernemer bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder (d.d. 14 juli 2022), zal de Commissie daarom ook dit eerdere antwoord in haar weergave van de reactie van aanbesteder betrekken.

In behandeling nemen klacht

- 3.2. Aanbesteder stelt allereerst dat de Commissie niet bevoegd zou zijn om de klacht van ondernemer in behandeling te nemen. Ondernemer heeft namelijk niet deelgenomen aan de Europese aanbesteding waarop de klachten betrekking hebben. Klager is daarom niet een 'betrokken inschrijver' overeenkomstig artikel 2.103 Aw 2012. Omdat ondernemer geen 'betrokken inschrijver' is zou hem ook geen rechtsbescherming toekomen. Bovendien zien de klachten niet op de aanbesteding maar op de contractfase en is de door ondernemer gevorderde beëindiging van overeenkomsten een civielrechtelijke actie, hetgeen niet binnen de reikwijdte van de Aanbestedingswet valt (art. 1 Reglement CvAE).

Klacht

3.3. Klachtonderdeel 1

- 3.3.1. Aanbesteder is van mening dat ondernemer, bij zijn stelling dat Deelnemer verplicht zou zijn om de overeenkomst met Inschrijver B buitengerechtelijk te beëindigen omdat deze tekort zou schieten in de nakoming van de contractueel overeengekomen prestatie-indicator KPI 1, miskent dat: (a) het gaat om een prestatie-indicator en niet om een verplichting die op straffe van ontbinding moest worden nageleefd; (b) buitengerechtelijke ontbinding een bevoegdheid is en niet een verplichting; en, (c) de niet-leveringen mede zijn veroorzaakt door omstandigheden die Inschrijver B niet kunnen worden toegerekend.
- 3.3.2. Wat betreft het feit dat het gaat om een prestatie-indicator voert aanbesteder aan dat KPI 1, dat onderdeel uitmaakt van de Service Level Agreement (SLA), gaat om de leverbetrouwbaarheid waarover maandelijks moet worden gerapporteerd. Ook de wijze waarop moet worden gerapporteerd wordt nader uitgelegd in de SLA. Aan KPI 1 is daarom ook geen expliciet percentage van 100% gekoppeld. Bovendien blijkt uit de SLA niet dat niet-levering automatisch leidt tot ontbinding. Op meerdere plaatsen in de aanbestedingsstukken staat dat in geval van niet-levering conform een beschreven berekenwijze de prestatie van opdrachtnemer zal worden gemonitord en bijgestuurd en dat daarover gesprekken zullen plaatsvinden, een en ander ter voorkoming van een discontinuïteit in de primaire processen van Deelnemer. Dat Deelnemer overleg verkiest boven harde sancties blijkt ook nog uit artikel 12.3 van de raamovereenkomst waarin, in afwijking van de Algemene Rijksvoorwaarden voor dienstverlening (ARVODI 2018), uitdrukkelijk wordt ingezet op overleg. Deelnemer heeft in het onderhavige geval, om te zorgen dat de prestatie

van Inschrijver B zich bleef verbeteren in het begin dagelijks overleggen gevoerd met Inschrijver B, daarna in de periode september 2021 tot en met april 2022 wekelijks en vanaf mei 2022 maandelijks. Deze overleggen en hieruit voortvloeiende verbeteracties hebben geleid tot een behaalde score van 96,32% op KPI 1 in maart 2022, hetgeen blijkt uit de reeds door opdrachtgever openbaar gemaakte informatie. Op grond hiervan kan volgens aanbesteder onmogelijk worden geconcludeerd dat 100% moest worden geleverd op straffe van ontbinding/ beëindiging van de overeenkomst.

- 3.3.3. Wat betreft de bevoegdheid en niet de verplichting van Deelnemer om tot buitengerechterlijke ontbinding over te gaan merkt aanbesteder op dat er op grond van de beginselen van gelijkheid en transparantie geen reden is om tot verplichte ontbinding van de overeenkomst over te gaan. Reden is dat er bij niet-levering volgens de aanbestedingsstukken gemonitord en bijgestuurd moest worden en dat er gesprekken moesten plaatsvinden. Ontbinding is volgens aanbesteder een zeer ingrijpende maatregel waar niet lichtzinnig gebruik van wordt gemaakt, omdat in een concreet geval vaak andere passender mogelijkheden zijn om te reageren op toerekenbaar tekortschieten van opdrachtnemers. De cijfers laten volgens aanbesteder zien dat dergelijke ingrijpende acties ook niet te rechtvaardigen zouden zijn geweest. Tot slot wijst aanbesteder op vaste rechtspraak van de Hoge Raad waaruit volgt dat, op grond van de redelijkheid en billijkheid, slechts een tekortkoming van voldoende gewicht recht geeft op ontbinding van de overeenkomst.
- 3.3.4. Wat betreft het feit dat de niet-leveringen mede zijn veroorzaakt door omstandigheden die Inschrijver B niet kunnen worden toegerekend, wijst aanbesteder op de schriftelijke toelichting die Deelnemer op 8 juni 2022 heeft gegeven naar aanleiding van zijn beslissing op het Woo-verzoek van ondernemer. In deze toelichting zet Deelnemer de problemen uiteen die hebben gespeeld sinds de aanvang van de tolkdienstverlening op 1 juli 2021. Bij de start van de dienstverlening was sprake van aanloopproblemen aan de zijde van Inschrijver B. In de toelichting wordt ook uitdrukkelijk melding gemaakt van omstandigheden die buiten de invloedssfeer van Inschrijver B liggen: de destijds sector breed gedeelde onvrede van tolken, corona en het verandertraject dat zijn weerslag had op de aanvragers van de tolkdiensten. Juist omdat de niet-levering mede is veroorzaakt door omstandigheden die Inschrijver B niet kunnen worden toegerekend, heeft Deelnemer bepaalde keuzes gemaakt die er uiteindelijk in hebben geresulteerd dat de leverbetrouwbaarheid van Inschrijver B inmiddels ruimschoots op niveau is en het fallback-scenario enige tijd terug is beëindigd.

3.4. Klachtonderdeel 2

- 3.4.1. Anders dan ondernemer stelt, namelijk dat de overeenkomst die met Inschrijver A voor perceel Zuid (=perceel 1) is gesloten, onrechtmatig is uitgebreid, is volgens aanbesteder geen sprake van een uitbreiding van de overeenkomst van perceel Zuid, maar van het regelen van een achtervang voor opdrachten onder perceel Noord (=perceel 2). De opdracht perceel Zuid en de te dien aanzien gesloten overeenkomst is ook helemaal niet gewijzigd als gevolg van de inzet van Inschrijver A als achtervang bij perceel Noord. Inschrijver B heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een derde in te zetten om te voldoen aan haar leveringsverplichting conform KPI 1. Opdrachtgever heeft hiervoor toestemming verleend aan Inschrijver B. Aan de mogelijke inzet van deze derde(n) zijn geen nadere eisen gesteld in de aanbestedingsdocumenten. Deelnemer heeft, zo stelt aanbesteder, slechts een kleine rol gespeeld bij de inzet van Inschrijver A in perceel Noord door Inschrijver B. Deelnemer is slechts in het begin betrokken geweest bij de communicatie tussen Inschrijver A en Inschrijver B om afspraken te maken over onder meer de opdrachtverstrekking. In dat verband is bijvoorbeeld afgesproken dat alleen perceel Noord-opdrachten aan Inschrijver A zouden worden verstrekt als de opdrachtgever

een niet-leveringsverklaring van Inschrijver B kon overleggen. Vervolgens heeft Deelnemer zich teruggetrokken en hebben Inschrijver A en Inschrijver B samen verdere afspraken gemaakt. Volgens aanbesteder staat de paragraaf in het Beschrijvend Document die verbiedt dat een inschrijver meerdere keren inschrijft op een perceel, er niet aan in de weg dat Deelnemer tijdens de contractfase toestemming verleent om een onderaannemer in te schakelen. De betreffende inschrijvingsvoorwaarde belet onderaannemerschap tijdens de contractfase niet. Een belangrijk verschil met de inschrijvingsfase is volgens aanbesteder dat Deelnemer tijdens de contractfase onderaannemers kan weigeren, terwijl die mogelijkheid tijdens de inschrijvingsfase niet bestaat.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat Deelnemer op 8 september 2020 een Europees openbare procedure heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3^e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

In behandeling nemen klacht

- 4.2. Aanbesteder stelt allereerst dat de Commissie niet bevoegd zou zijn om de klacht van ondernemer in behandeling te nemen. De Commissie behandelt daarom ook eerst de vraag of zij de klacht in behandeling kan nemen. Voordat zij daartoe overgaat zet de Commissie het toetsingskader uiteen aan de hand waarvan zij deze vraag zal beoordelen.

Beknopt oordeel

De Commissie ziet de klacht van ondernemer als een klacht tegen het handelen of nalaten van Deelnemer dat valt binnen de werkingssfeer van de Aw 2012. Ondernemer kan worden gezien als een 'potentiële inschrijver' die op grond van het Reglement van de Commissie een klacht kan indienen. De Commissie gaat daarom over tot de inhoudelijke behandeling van de klacht.

Toelichting

Handelen of nalaten binnen werkingssfeer Aw 2012?

- 4.3. Aanbesteder stelt dat de Commissie niet bevoegd is om de klacht in behandeling te nemen omdat de klacht niet ziet op de aanbesteding maar op de contractfase en omdat de door ondernemer gevorderde beëindiging van overeenkomsten een civielrechtelijke actie is die niet binnen de reikwijdte van de Aw 2012 valt (artikel 1 Reglement Commissie). Bijgevolg onderzoekt de Commissie allereerst of de handwijze van Deelnemer waarover ondernemer klaagt, moet worden beschouwd als een handelen binnen de werkingssfeer van de Aw 2012.
- 4.3.1. De Commissie overweegt dat bij eerste lezing van de tekst in artikel 4.27 Aw 2012 en artikel 1 van het Reglement van de Commissie de indruk zou kunnen ontstaan dat de Commissie niet bevoegd zou zijn om de klacht in behandeling te nemen. De klacht betreft namelijk de contractfase van de aanbesteding en niet de aanbestedingsprocedure zelf.
- 4.3.2. De klacht van ondernemer betreft in essentie een schending van het beginsel van gelijke behandeling. Ondernemer stelt dat Deelnemer een eis niet heeft gehandhaafd. Als ondernemer had geweten dat Eis 14 uit het PvE (betreffende de 100% leverplicht) niet of minder streng zou gelden, had hij ingeschreven. Ondernemer

stelt nog steeds interesse te hebben in de opdracht. De Commissie constateert dat het beginsel van gelijke behandeling is opgenomen in de Aanbestedingswet 2012 in artikel 1.8. Volgens het Europese Hof van Justitie geldt de verplichting van een aanbesteder om ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen niet alleen tijdens de aanbestedingsprocedure, maar ook - na een aanbestedingsprocedure te hebben gehouden - tijdens de uitvoering van de opdracht (zie HvJ EU 29 april 2004, zaak C-496/99, *Succhi di Frutta*, r.o. 119-121, HvJ EU 19 juni 2008, zaak C-454/06, *Pressetext*, r.o. 60 en HvJ EU 7 september 2016, zaak C-549/14, *Finn Frogne*, r.o. 37). Daarmee behoudt artikel 1.8 Aw 2012 zijn werking gedurende de uitvoering van de opdracht en concludeert de Commissie dat de klacht daarmee binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.

- 4.3.3. Bovendien leidt de Commissie uit de Nota van Wijziging bij het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet 2012 (Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 22, onderdeel YY) af dat het woord 'aanbestedingsprocedure' in artikel 4.27 Aw 2012 ruim moet worden uitgelegd: 'De hoofdlijnen van dit artikel zijn in paragraaf 3 al toegelicht. Daaraan wordt nog toegevoegd dat ook hier (evenals in artikel 1.3a) het begrip aanbestedingsprocedure ruim moet worden uitgelegd. Met andere woorden: het werkterrein van de commissie zal zich kunnen uitstrekken over alle situaties waarbij een opdracht in de markt wordt gezet.' De Commissie begrijpt hieruit dat het de bedoeling van de wetgever was het werkterrein van de Commissie zich ook te laten uitstrekken over situaties waarbij een aanbestedende dienst, bijvoorbeeld, in het geheel geen aanbestedingsprocedure heeft gevolgd, of een overheidsopdracht ten onrechte enkel heeft aangemerkt als 'subsidie', of, zoals in het onderhavige geval, de aanbesteding zich al in de fase van uitvoering bevindt.
- 4.3.4. De Commissie is dan ook van oordeel dat artikel 4.27 Aw 2012 en artikel 1 sub c van haar reglement niet aan behandeling in de weg staan.

Ondernemer heeft niet deelgenomen aan aanbesteding

- 4.4. Aanbesteder stelt dat de Commissie niet bevoegd is om de klacht in behandeling te nemen omdat ondernemer niet heeft ingeschreven op de aanbesteding en daarmee geen 'betrokken inschrijver' is overeenkomstig art. 2.103 Aw 2012.
- 4.4.1. Zoals de Commissie heeft overwogen in haar advies 368 (overweging 5.2-5.4) kan op grond van artikel 7 lid 1 sub a van het Reglement van de Commissie een klacht bij de Commissie worden ingediend door ondernemers die een opdracht willen verwerven. Deze bepaling noemt als voorbeelden (potentiële) gegadigden, (potentiële) inschrijvers en ook onderaannemers van (potentiële) inschrijvers. De Commissie is van oordeel dat het feit dat ondernemer de onderhavige klacht heeft ingediend, kan worden gezien als een aanwijzing dat ondernemer de opdracht die het onderwerp is van de onderhavige klacht wenste te verwerven. De Commissie acht de omstandigheid dat ondernemer, vanwege de door Deelnemer gehanteerde voorwaarden, niet heeft ingeschreven op de aanbesteding geen belemmering voor het in behandeling nemen van de klacht over die voorwaarden.
- 4.5. De Commissie overweegt verder dat de vraag of de ondernemer een 'betrokken' inschrijver is overeenkomstig artikel 2.103 Aw 2012 hierbij niet relevant is, omdat dit artikel betrekking heeft op inschrijvers die door een aanbesteder zijn afgewezen, en niet op ondernemers, zoals in het onderhavige geval, die weliswaar geïnteresseerd zijn in de opdracht maar desondanks niet hebben ingeschreven.
- 4.6. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke beoordeling van de klacht.

Klachtonderdeel 1

- 4.7. Ondernemer stelt, samengevat, dat Deelnemer in strijd handelt met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door de in de aanbesteding gestelde voorwaarden niet te handhaven en de overeenkomst met Inschrijver B, die tekort zou zijn geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, niet te ontbinden.

Beknopt oordeel

De Commissie is van oordeel dat zij de verdere behandeling van dit klachtonderdeel moet staken, omdat eis 14 uit het Programma van Eisen en KPI 1 uit de Service Level Agreement, die beide de leverplicht van de intermediair beschrijven, voor verschillende uitleg vatbaar zijn. Dit brengt met zich mee dat de Commissie niet kan beoordelen of Deelnemer aan zijn verplichting tot handhaving van de betreffende eisen heeft voldaan. Daarmee zijn de aanbestedingsstukken naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant en heeft Deelnemer in strijd gehandeld met zijn verplichting transparant te handelen.

Toelichting

Voorwaarden uit aanbesteding gehandhaafd?

- 4.8. Uit het arrest *Succhi di Frutta* van het Europese Hof van Justitie (r.o. 114-121) en onder meer advies 512 (ov. 5.2.6) volgt, overeenkomstig de stelling van ondernemer, dat een aanbesteder erop moet toezien dat de voorwaarden uit de aanbestedingsprocedure tijdens de uitvoering van de opdracht worden nageleefd.
- 4.9. Ondernemer stelt dat Eis 14 uit het Programma van Eisen en KPI 1 uit de Service Level Agreement een resultaatsverplichting betreffen en dat Deelnemer daarom bij niet-nakoming door ondernemer direct, zonder ingebrekestelling, de overeenkomst met ondernemer zou moeten ontbinden. Aanbesteder, daarentegen, stelt dat het bij de betreffende eisen gaat om een prestatie-indicator waarbij in geval van een tekortschietende prestatie van ondernemer via overleg wordt gemonitord en kan worden bijgestuurd. Buitengerechtelijke ontbinding zou bovendien een bevoegdheid en niet een verplichting van Deelnemer zijn en de niet-leveringen zouden mede zijn veroorzaakt door omstandigheden die Inschrijver B niet kunnen worden toegerekend. Voor beantwoording van de vraag of Deelnemer erop heeft toegezien dat de voorwaarden uit de aanbestedingsprocedure tijdens de uitvoering worden nageleefd, moet de Commissie eerst de vraag beantwoorden hoe Eis 14 uit het Programma van Eisen en KPI 1 uit de Service Level Agreement moeten worden uitgelegd.

Resultaatsverplichting?

- 4.10. In Eis 14 (zie 1.3 hierboven) is bepaald dat opdrachtnemer een leverplicht heeft voor Tolkopdrachten en hierbij handelt volgens KPI 1 in bijlage 7b - SLA. In KPI 1 van de Service Level Agreement (zie 1.5 hierboven) staat: 'Leverzekerheid houdt in dat Opdrachtnemer voor elke Bestelling een Tolk uit het Rbtv of een Tolk van de Noodlijst levert.' In de doelomschrijving bij deze KPI 1 wordt bovendien vermeld dat de intermediair alle noodzakelijke maatregelen moet nemen om te allen tijde aan de vraag van Deelnemer te kunnen voldoen en elke bestelling in te kunnen vullen binnen de geldende contractuele voorwaarden. Daarnaast wordt in paragraaf 1.5 van het Beschrijvend Document (zie 1.2 hierboven) vermeld dat de opdracht een resultaatsverplichting voor opdrachtnemer betreft.
- 4.10.1. In beide nota van inlichtingen die zijn gepubliceerd (zie 1.7 en 1.8 hierboven) worden verschillende vragen gesteld over de resultaatsverplichting uit paragraaf 1.5 uit het Beschrijvend Document in combinatie met Eis 14 en KPI 1. Zo wordt in vraag 69 gevraagd of KPI 1 toch niet een inspanningsverplichting betreft.

Deelnemer antwoordt op deze vraag dat KPI 1 de leverbetrouwbaarheid betreft en enkel een resultaatsverplichting is in tegenstelling tot KPI 2 (de levering van de juiste kwaliteit van de tolk) waar het om een inspanningsverplichting gaat. In de vragen 70, 156, 161 en 273 wordt gevraagd of het werkelijk de bedoeling is dat voor beide eisen een 100% leverplicht geldt, aangezien volgens de vraagstellers een 100% leverplicht niet realistisch is. De antwoorden van Deelnemer op deze vragen bevatten in ieder geval de volgende mededeling: 'Het uitgangspunt van KPI 1 houdt in dat Opdrachtnemer voor elke Tolkopdracht een Tolk uit het Rbtv of een Tolk van de Noodlijst levert.' In zijn antwoord op vraag 273 vermeldt Deelnemer dat de enige uitzondering op dit uitgangspunt overmacht is.

- 4.10.2. Op grond van de hierboven genoemde bepalingen in het Beschrijvend Document en de hierboven genoemde antwoorden van Deelnemer op vragen van potentiële inschrijvers kan een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver, naar het oordeel van de Commissie, de aanbestedingsstukken in die zin uitleggen dat daadwerkelijk voor iedere bestelling een tolk moet worden geleverd, wat betekent dat sprake is van een 100% leverplicht en zodoende een resultaatsverplichting.

Prestatie-indicator die via overleg kan worden bijgestuurd?

- 4.11. Anderzijds wordt in de Service Level Agreement voorafgaand aan de omschrijving van de toepasselijke KPI's onder paragraaf 2.2 met als titel 'Monitoring KPI's en verbeteracties gedurende het kalenderjaar' (zie 1.5 hierboven) vermeld dat het contractmanagement van Deelnemer maandelijks voor zijn eigen organisatie (= Deelnemer) samen met de opdrachtnemer de geleverde prestaties monitort op basis van de toepasselijke KPI's. Daarbij kan bijsturing, indien nodig, plaatsvinden. Dat kan zowel bij de opdrachtnemer zijn maar ook bij Deelnemer. Opdrachtnemer kan ook worden gevraagd om een verbeterplan te maken. In paragraaf 2.4 van de Service Level Agreement waarin KPI 1 wordt omschreven, wordt, in lijn met de hierboven genoemde paragraaf 2.2 uit deze overeenkomst, melding gemaakt van het maandelijks 'monitoren' van KPI 1. Ook uit de wijze waarop de leverbetrouwbaarheid voor KPI 1 wordt berekend, blijkt dat Deelnemer kennelijk op voorhand uitging van een zekere hoeveelheid 'niet-leveringen' bij de uitvoering.

- 4.11.1. Bovendien vermeldt Deelnemer in zijn antwoorden op de vragen 10, 156 en 273, aanvullend op de mededeling dat er sprake is van een resultaatsverplichting ten aanzien van KPI 1, onder meer dat prestaties en afwijkingen van de KPI's en de redenen daarvoor zullen worden besproken in het overleg en zo nodig kunnen worden bijgestuurd.

- 4.11.2. Op grond van de hierboven onder 4.11 genoemde bepalingen in het Beschrijvend Document en de hierboven onder 4.11.1 genoemde antwoorden van Deelnemer kan een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver, naar het oordeel van de Commissie, de aanbestedingsstukken ook in die zin uitleggen dat KPI 1 een prestatie-indicator is die via overleg kan worden bijgestuurd.

Beide lezingen mogelijk

- 4.12. Eis 14 uit het Programma van Eisen en KPI 1 uit de Service Level Agreement kunnen in ieder geval worden uitgelegd zoals voorgestaan door ondernemer en aanbestedder. Daarmee zijn de aanbestedingsstukken naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant en heeft Deelnemer in strijd gehandeld met zijn verplichting transparant te handelen. De omstandigheid dat Eis 14 en KPI 1 voor verschillende uitleg vatbaar zijn, brengt evenwel met zich mee dat de Commissie niet kan beoordelen of Deelnemer aan zijn verplichting tot handhaving van de door hem in de aanbestedingsstukken gestelde eisen heeft voldaan.

- 4.12.1. Hoewel naar het oordeel van de Commissie vaststaat dat Deelnemer het transparantiebeginsel heeft geschonden door de onduidelijkheid in Eis 14 en KPI 1, zal de Commissie de verdere behandeling van dit klachtonderdeel moeten staken.

Klachtonderdeel 2

- 4.13. Ondernemer klaagt, samengevat, dat Deelnemer in strijd handelt met 2.163a Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door de aan Inschrijver A gegunde opdracht voor perceel 1 uit te breiden met het verlenen van tolkdiensten die onder perceel 2 vallen.

Beknopt oordeel

De Commissie is van oordeel dat zij de verdere behandeling van dit klachtonderdeel moet staken, omdat zij geen inzicht heeft in de wijze waarop Inschrijver A is ingeschakeld en als gevolg daarvan niet kan vaststellen of sprake is van een wezenlijke wijziging. Ondernemer stelt dat sprake is van een scenario waarbij Inschrijver A wordt ingeschakeld middels uitbreiding van de raamovereenkomst van Inschrijver A. Aanbesteder gaat uit van het scenario waarbij Inschrijver A door Inschrijver B wordt ingeschakeld als onderaannemer. De Commissie overweegt dat alleen in het scenario van ondernemer sprake kan zijn van een onrechtmatige wezenlijke wijziging. De Commissie beschikt echter over onvoldoende aanknopingspunten voor een eenduidige conclusie over de wijze waarop Inschrijver A is ingeschakeld. Ook wanneer de Commissie veronderstellenderwijs tot uitgangspunt neemt dat Deelnemer de raamovereenkomst met Inschrijver A heeft uitgebreid, kan de Commissie, wegens te weinig concrete aanknopingspunten, niet vaststellen of sprake is van een wezenlijke wijziging.

Toelichting

Wijze waarop Inschrijver A is ingeschakeld

- 4.14. De Commissie overweegt dat alleen sprake kan zijn van een wezenlijke wijziging, in een scenario waarbij de raamovereenkomst van Inschrijver A is uitgebreid. Is, bijvoorbeeld, Inschrijver A door Inschrijver B ingeschakeld als onderaannemer dan kan dat niet worden gezien als een wezenlijke wijziging van de raamovereenkomst tussen Deelnemer en Inschrijver A.
- 4.14.1. In zijn brieven van 28 juli 2021 en 2 september 2021 (zie 1.11 en 1.12 hierboven) heeft Deelnemer het over de mogelijkheid voor advocaten en mediators om, in geval van een haperende dienstverlening aan de zijde van Inschrijver B, 'uit te wijken' naar Inschrijver A. In zijn klacht bij de Commissie stelt ondernemer dat uit de informatie die Deelnemer op 8 juni 2022 aan ondernemer heeft verschaft op grond van het Woo-verzoek dat ondernemer bij Deelnemer heeft ingediend, blijkt dat Deelnemer zelf afspraken heeft gemaakt met Inschrijver A. Dit zou volgens ondernemer betekenen dat geen sprake kan zijn van het scenario dat Inschrijver B zelf Inschrijver A heeft ingeschakeld als onderaannemer.
- 4.14.2. In zijn reactie op de klacht bij de Commissie stelt aanbesteder dat de betrokkenheid van Deelnemer bij de afspraken tussen Inschrijver B en Inschrijver A slechts van tijdelijke en initiële aard is geweest.
- 4.14.3. De Commissie beschikt over onvoldoende aanknopingspunten voor een eenduidige conclusie over de wijze waarop Inschrijver A is ingeschakeld. Omdat de Commissie geen inzicht heeft in de wijze waarop Inschrijver A is ingeschakeld

kan zij niet vaststellen of sprake is van een wezenlijke wijziging. Om die reden moet de Commissie de verdere behandeling van dit klachtonderdeel staken.

Ten overvloede: wezenlijke wijziging bij uitbreiding raamovereenkomst?

De Commissie heeft ten overvloede onderzocht of sprake is van een wezenlijke wijziging indien zij veronderstellenderwijs tot uitgangspunt neemt dat Deelnemer de raamovereenkomst met Inschrijver A heeft uitgebreid. Ook met deze veronderstelling tot uitgangspunt komt de Commissie, zoals blijkt uit de onderstaande paragrafen, tot de conclusie dat zij over onvoldoende informatie beschikt.

Wijziging?

- 4.15. Ondernemer stelt meer in het bijzonder dat sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht van Inschrijver A op grond van artikel 2.163g lid 3 sub c Aw 2012 waarin staat dat een wijziging in ieder geval wezenlijk is in geval van een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht (HvJ EU 29 april 2010, C-160/08, Commissie/Duitsland, r.o. 99-101).
- 4.15.1. De Commissie constateert dat het geografische gebied van perceel 1 dat aan Inschrijver A is gegund, zijnde de zuidelijke provincies van Nederland, in ieder geval tijdelijk is uitgebreid met opdrachten uit het geografisch gebied van perceel 2 dat aan Inschrijver B is gegund, zijnde opdrachten uit de noordelijke provincies van Nederland. Daarmee is naar het oordeel van de Commissie sprake van een wijziging van de overeenkomst van Inschrijver A. De vraag is vervolgens of deze wijziging als een 'wezenlijke' wijziging kan worden gekwalificeerd op grond waarvan de wezenlijk gewijzigde opdracht moet worden beëindigd (artikel 2.163a Aw 2012).

'De-minimis' van toepassing?

- 4.16. Hoewel aanbesteder op dit punt geen stellingen heeft aangedragen, heeft de Commissie onderzocht of aanbesteder een beroep toekomt op de uitzondering genoemd artikel 2.163b Aw 2012, waarin is bepaald dat wijzigingen van geringe waarde, die aan de cumulatieve vereisten in dit artikel voldoen, niet als een wezenlijke wijziging worden gezien. In hoeverre aanbesteder mogelijk een beroep toekomt op één van de andere in de wet genoemde uitzonderingen, heeft de Commissie niet onderzocht, omdat geen van de uitzonderingen op voorhand in aanmerking lijken te komen voor toepassing in het onderhavige geval. De in de aanbestedingsstukken opgenomen herzieningsclausule kan met betrekking tot dit punt in ieder geval de toets aan artikel 2.163c Aw 2012 niet doorstaan..
- 4.16.1. Deelnemer heeft in zijn beslissing van 8 juni 2022 op het Woo-verzoek van ondernemer van 1 februari 2022 meegedeeld dat
- Inschrijver B in de periode van juli 2021 tot en met maart 2022 ruim 82% van de gevraagde tolkopdrachten heeft ingevuld,
 - het absolute aantal uitgevoerde tolkdiensten maandelijks stijgt,
 - in deze periode ongeveer 12% van de aangevraagde opdrachten door de besteller zijn geannuleerd, en
 - in ongeveer 5,5% van de gevallen een beroep is gedaan op Inschrijver A – waarbij dit percentage maandelijks daalt.
- 4.16.2. In zijn reactie van 14 juli 2022 op de klacht van ondernemer bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder bericht aanbesteder dat in maart 2022 de behaalde score van Inschrijver B is opgelopen tot 96,32%. In zijn reactie van 14 september 2022 op de klacht van ondernemer bij de Commissie bericht aanbesteder dat de leverbetrouwbaarheid van Inschrijver B inmiddels op niveau is.

- 4.16.3. Ondernemer heeft in zijn klacht bij de Commissie, aan de hand van de door Deelnemer verstrekte gegevens op zijn Woo-verzoek, een berekening gemaakt dat het in de periode juli 2021 tot en met maart 2022 zou gaan om in totaal 1.527 door Inschrijver A uitgevoerde tolkopdrachten. Uitgaande van een tarief van € 80,- (het gemiddelde van het minimum en maximumtarief) zou dit volgens ondernemer alleen al in deze periode neerkomen op € 122.160.
- 4.16.4. De Commissie constateert dat, wanneer zij zou uitgaan van de berekening van ondernemer, het aantal door Inschrijver A uitgevoerde opdrachten voor Inschrijver B tot en met maart 2022 om en nabij de toepasselijke drempelwaarde voor diensten voor de centrale overheid zou liggen, namelijk € 140.000. Eén van de cumulatieve vereisten van de 'de-minimis'-uitzondering is dat het bedrag van de wijzigingen onder de relevante drempelwaarde blijft.
- 4.16.5. Nu echter de berekening van ondernemer een gissing is, gebaseerd op een gemiddeld tarief wegens het ontbreken van exacte informatie over het daadwerkelijk betaalde tarief en aanbesteder kenbaar heeft gemaakt dat de leverbetrouwbaarheid van Inschrijver B in maart 2022 bijna op het vereiste niveau lag, kan de Commissie niet vaststellen of de wijzigingen die hebben plaatsgevonden onder de relevante drempelwaarde zijn gebleven en daarmee of aanbesteder een beroep toekomt op de 'de-minimis'-uitzondering. De Commissie kan daarmee niet vaststellen of uitsluiten of sprake is van een wezenlijke wijziging.

5. Advies

De Commissie oordeelt dat Deelnemer in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel. Verder staakt de Commissie de behandeling van de klacht.

Den Haag, 2 februari 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. M.C. Pinto

Mr. drs. T.H. Chen

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid