

Advies 685 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor drie raamovereenkomsten met ieder één ondernemer als intermediair voor diverse tolkdiensten. De aanbesteding wordt uitgevoerd ten behoeve van twee deelnemende organisaties.

Klacht

Ondernemer klaagt dat aanbesteder het minimumtarief voor tolken en de 'integrale uurprijs' in de raamovereenkomsten voor tolkdiensten voor beide deelnemende organisaties van aanbesteder niet had mogen verhogen zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren.

Oordeel Commissie

De Commissie oordeelt dat het beroep van aanbesteder op de uitzondering van 'onvoorziene omstandigheden' niet slaagt omdat niet is voldaan aan de eerste van de drie cumulatieve voorwaarden van deze uitzondering. Naar het oordeel van de Commissie was de verhoging van het minimumtarief niet van externe aard.

Advies 685

1. Feiten

Aanbesteder heeft op 23 oktober 2020 ten behoeve van twee deelnemende organisaties (Deelnemer 1 en Deelnemer 2) een Europese openbare procedure aangekondigd voor drie raamovereenkomsten met ieder één ondernemer als intermediair voor diverse tolkdiensten. De opdracht is verdeeld in drie percelen. Per perceel wordt één raamovereenkomst met één ondernemer gesloten. Het is toegestaan op meerdere percelen in te schrijven. Een Inschrijver kan in principe maar één perceel gegund krijgen.

Deelnemer 1 is een zelfstandig bestuursorgaan dat valt onder de verantwoordelijkheid van aanbesteder. Deelnemer 2 is een onderdeel van aanbesteder.

Perceel 1 betreft tolkdiensten binnen de vreemdelingenketen voor beide Deelnemers. Perceel 2 betreft tolkdiensten voor medische dienstverlening aan asielzoekers voor enkel Deelnemer 1. Perceel 3 betreft tolkdiensten in het kader van groepsvoorlichtingen (op het gebied van preventieve gezondheidszorg) en trainingen voor enkel Deelnemer 1.

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.

De aanbesteding wordt uitgevoerd door de inkooporganisatie van aanbesteder.

Relevante passages uit de aanbestedingsstukken

- 1.1. In het Beschrijvend Document van 23 oktober 2020 is, onder meer, het volgende bepaald:

1.4.2 Deelnemerspecifieke doelstellingen

De doelstellingen die de Deelnemers in de Percelen met deze aanbesteding willen bereiken zijn:

(...)

Beheersing van de verwachte kostenstijging

- Efficiënt plannen door Opdrachtnemer

Met het rijksbreed instellen van minimumtarieven voor de Tolken en de reiskilometers is de verwachting dat de kostprijs per uur omhoog gaat en daarmee de uitgaven van de organisaties gaan stijgen. Dit dient onder andere gecompenseerd te worden door het aantal reiskilometers voor Tolken te reduceren door efficiënt plannen door Opdrachtnemer.'

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

3. Prijs en overige financiële bepalingen

3.6 De integrale uurtarieven en het minimum uurtarief worden conform het bepaalde in bijlage 3c - DFA en conform de procedure in bijlage 3d -DAP, éénmaal per jaar, voor het eerst met ingang van 1 oktober 2021 geïndexeerd.

(...)

7. Herzieningsclausule

(...)

Meer opdrachten voor Tolkopdrachten dan nu voorzien als gevolg van:

- a. een toename van vluchtelingen en vreemdelingen als gevolg van bijvoorbeeld oorlogsgeweld, economische tegenspoed en/of een natuurramp. De omvang van deze Tolkopdrachten wordt geraamd op maximaal 50% van het totaal aantal geraamde uren;
- b. wijzigingen in de regelgeving ten aanzien van tolk- en Tolkopdrachten. De omvang van deze Tolkopdrachten wordt geraamd op maximaal 50% van het totaal aantal geraamde uren;
- 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.

- 1.3. In bijlage 8 'Gunningscriteria' die aan het Beschrijvend Document is toegevoegd staat met betrekking tot het subgunningscriterium prijs onder meer het volgende:

'1.1 Beoordeling subgunningscriterium Prijs

U offreert in de bijlage 6 - Prijsopgavetabel een integraal uurtarief tussen € 60,- en € 120,- ex btw voor:

- 1) Tolkdienst op afstand

(...)

- 2) Tolkdienst op locatie'

- 1.4. In bijlage 7c 'Dossier Financiële Afspraken (DFA)' die aan het Beschrijvend Document is toegevoegd staat onder meer het volgende:

'Dit DFA is een uitwerking van alle afspraken die gerelateerd zijn aan of invloed hebben op de commerciële, c.q. financiële Voorwaarden.

2. Doel

2.1 Algemeen

Het DFA heeft tot doel vast te leggen:

- De door een Opdrachtnemer bij inschrijving aan Deelnemer aangeboden en tussen hen overeengekomen integrale uurprijzen;
- De opslagpercentages en overige regelingen;
- De wijze waarop de prijzen worden berekend.
- Het vastgestelde integrale minimum uurtarief voor Tolken, zijnde € 43,89 (excl. btw) en het vastgestelde integrale minimum km-tarief, zijnde € 0,77) excl. btw) dat Opdrachtnemer ten minste aan elke zelfstandig ondernemende Tolk moet uitbetalen (Opdrachtnemer en Tolk mogen ook hogere tarieven overeenkomen, maar de tarieven mogen nooit lager zijn dan de vastgestelde integrale minimumtarieven).

2.2 Uitgangspunten

De volgende uitgangspunten worden gehanteerd:

- Deelnemer heeft voor de levering van de Tolkdienstverlening integrale uurprijzen uitgevraagd, die Opdrachtnemer en Deelnemer zijn overeengekomen.

(...)

2.4 Werkwijze bij wijzigingen

Opdrachtgever past het DFA in de onderstaande situaties aan; namelijk indien sprake is van:

- Gewijzigde prijzen na indexering.

- Een situatie waarvoor een addendum op de Overeenkomst wordt afgesloten dat van invloed is op de afspraken in dit document.

(...)

3.3 Vastgesteld integraal minimum uurtarief en minimum kilometertarief voor zelfstandig ondernemende Tolken (Btis)

- Opdrachtnemer dient aan een zelfstandig ondernemende Tolk die hij voor de Tolkdienstverlening inzet altijd ten minste het vastgestelde integrale minimum uurtarief van € 43,89 (exclusief btw) te vergoeden. Opdrachtnemer en zelfstandig ondernemende Tolk kunnen onderling wel een hoger bedrag overeenkomen.
- Indien tijdens de looptijd van de Overeenkomst de integrale uurtarieven worden geïndexeerd, verhoogt Opdrachtnemer dit vastgesteld integraal minimum uurtarief voor de zelfstandig ondernemende Tolk met hetzelfde vastgestelde indexpercentage en betaalt de verhoging ook als zodanig aan een zelfstandig ondernemende Tolk uit.

(...)

- 1.5. In de eerste nota van inlichtingen zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.5.1. Vraag 98 [m.b.t. paragraaf 1.4.2: Commissie]: '1. Beheersing van de verwachte kostenstijging: Welke verwachte kostenstijging bedoelt u hier?'

Antwoord: 'De verwachting is dat de totale kosten van de Tolkdienstverlening hoger zijn dan in het verleden. Dit komt door de toepassing van de nieuwe systematiek (instellen van minimumtarieven, inzet Rbtv-Tolken, uniforme monitoring, etc). Door het efficiënt plannen van de Tolkeninzet en meer gebruik te maken van telefonische Tolkdiensten kan (een deel van) de verwachte kostenstijging beheerst worden.'

- 1.5.2. Vraag 171: 'Financiële kaders

Een aanbestedende dienst moet bij het vaststellen van alle eisen, voorwaarden en criteria van de onderhavige aanbesteding, waaronder de aanbestede overeenkomst, het proportionaliteitsbeginsel in acht nemen. De eisen, voorwaarden en criteria die aan de inschrijvers en inschrijvingen worden gesteld, moeten dus in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Dat betekent onder meer dat de risico's die samenhangen met de opdracht evenredig moeten worden verdeeld en dat tegenover de gevraagde dienstverlening – en de daarbij behorende risico's – een evenredige vergoeding moet staan.

[Aanbesteder] dient er bij de onderhavige aanbesteding dus voor in te staan dat er een goede verhouding bestaat tussen enerzijds de prijs voor de door haar verlangde diensten en anderzijds de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit daarvan. Nu voor de prijs een bandbreedte wordt gehanteerd, moet deze reëel zijn en het resultaat van een zorgvuldige analyse. Daarbij geldt volgens vaste rechtspraak onder meer dat voldoende inzichtelijk moet worden gemaakt hoe tot de gestelde plafondprijs is gekomen, zodat inschrijvers het realiteitsgehalte daarvan kunnen beoordelen.

Wij menen dat de financiële kaders die door [Aanbesteder] zijn vastgesteld voor de onderhavige aanbesteding niet getuigen van een zorgvuldige voorbereiding, dat hiermee geen reële vergoeding wordt geboden en dat de eisen, voorwaarden en criteria voor zover in strijd zijn met het proportionaliteitsbeginsel. [Aanbesteder] heeft op geen enkele wijze inzicht gegeven in de manier waarop deze kaders tot stand zijn gekomen.

Van inschrijvers wordt gevraagd om in te schrijven met een integraal uurtarief binnen een voorgeschreven bandbreedte, waarbij zeer hoge eisen worden gesteld aan de kwaliteit van de dienstverlening. Alle kosten, waaronder de aan de tolken te betalen tarieven, de bemiddelingskosten en de organisatiekosten, dienen in het door inschrijvers te offeren tarief te zijn begrepen. Dat betekent dat de inschrijver (aan wie wordt gegund) in beginsel ook alle risico's draagt voor de variabelen die in dit tarief zijn begrepen. Deze kosten en risico's moeten inschrijvers kunnen verdisconteren in hun tarief.

(...)

Deze tarieven zorgen ervoor dat het minimumtarief voor tolken feitelijk een maximumtarief wordt, terwijl tijdens het voortraject is aangegeven dat dit juist niet is wat u beoogde te bereiken. Met deze bandbreedte doet u daarom niet alleen de intermediair tekort maar vooral ook de tolk. Hiermee riskeert u structureel ontevreden tolken die mogelijk niet bereid zijn voor [Aanbesteder] te werken, waarmee we weer terug zijn bij "af"; de voormalige aanbestedingssystematiek.

(...)

Daarbij verzoeken wij u om, in het geval u toch zou vasthouden aan een plafondtarief of een bandbreedte, te motiveren waarom en inzichtelijk te maken op basis waarvan u tot die tarieven bent gekomen en u meent dat daarmee een realistische en evenredige vergoeding wordt geboden.'

Antwoord: 'In 2017 startte het programma Tolken in de Toekomst. Opdracht was om invulling te geven aan de adviezen uit het rapport van ABDTOPConsult "Don't Tolk too much". De overheid heeft de afgelopen drie jaar intensief en zorgvuldig gewerkt aan een nieuwe systematiek voor de kwaliteit, inzet en inkoop van tolken en vertaaldiensten. Voor de ontwikkeling van de nieuwe systematiek is intensief contact geweest met de relevante externe partijen, te weten beroepsorganisaties, marktpartijen en aanbieders van opleidingen. Daarnaast zijn onafhankelijke externe deskundigen ingeschakeld voor verschillende onderdelen in deze systematiek. Met in achtneming van het hele antwoord op deze vraag, deelt Aanbestedende dienst de zienswijze niet dat er geen sprake zou zijn van een zorgvuldige voorbereiding bij de totstandkoming van de nieuwe systematiek en de onderhavige aanbesteding.

(...)

Opdrachtnemer is verantwoordelijk om, met inachtneming van het minimumtarief, goede (prijs)afspraken met de tolken te maken en deze te integreren in de integrale prijs met voldoende marge die door inschrijver wordt aangeboden. De stelling dat er mogelijk structureel ontevreden tolken zou zijn kan door Aanbestedende dienst dan ook niet worden gevolgd..

(...)

(a) In de uitgewerkte systematiek en de onderhavige aanbesteding wordt gewerkt met een integraal uurtarief. Deze werkwijze is mede uitgewerkt op basis van het waardevrije inzicht dat SEO in haar rapport heeft uitgewerkt (http://www.seo.nl/uploads/media/2018-08_Scenario_s_voor_tarieven_op_de_markt_van_tolkdiensten.pdf). De verschillende scenario's en het gehanteerde scenario (werken met een integraal tarief) zijn uitgebreid gezamenlijk en individueel met alle (opgeroepen) marktpartijen toegelicht en besproken. Aanbestedende dienst gaat niet akkoord om geen integraal tarief uit te vragen en te beoordelen.

(b) Op basis van (intern en extern) aanwezige en ontwikkelde ervaring, kennis en inzichten wordt in de aanbesteding gewerkt met een zorgvuldig vastgestelde onder- en bovengrens voor prijs. Juist ter voorkoming dat inschrijvingen van prijzvechters kans maken de opdracht gegund te krijgen en om de kosten voor de overheid te beheersen gaat Aanbestedende dienst niet akkoord met het loslaten van de bandbreedte. Dan zou namelijk wel een 'race to the bottom' kunnen ontstaan. De door Aanbestedende dienst gehanteerde aanbestedingsstrategie waarborgt juist dat een 'race tot he bottom' wordt voorkomen.

(...)

(e) Ter voorkoming dat er onrealistisch lage inschrijvingen ingediend worden is er op basis van aanwezige en opgedane ervaring, kennis en inzichten een reële ondergrens ingesteld. Vanaf de reëel ingeschatte ondergrens vindt er een geleidelijk verloop van het puntenaantal plaats tussen de verschillende prijsijpunten. Voor de beheersing van de uitgave van de overheid is een ruime bandbreedte tot aan de bovengrens vastgesteld.'

- 1.6. Ondernemer heeft op perceel 3 van de aanbesteding ingeschreven, maar dit perceel is niet aan hem gegund. Definitieve gunning van de drie percelen heeft op 16 april 2021 plaatsgevonden.

Schriftelijke mededelingen van de minister van aanbesteder en aanbesteder zelf

- 1.7. In een brief van 7 december 2021 informeert de minister de Tweede Kamer over de mogelijkheid dat mogelijk wordt gezien of nadere invulling van de regels op tarieven is gewenst:

'Aan de hand van de ontwikkeling van de tarieven, zoals die geleidelijk aan zichtbaar wordt c.q. zal worden uit de lopende respectievelijk voltooide aanbestedingen wil ik bezien of nadere invulling van de regels op tarieven gewenst is. Waar nodig zal ik aanvullend onderzoek laten uitvoeren in navolging op het advies dat SEO in januari 2019 heeft gepubliceerd.'

- 1.8. In een brief van 13 april 2022 informeert de minister de Tweede Kamer over haar voornemen om het in 2020 geïntroduceerde minimumtarief van € 43,89 (exclusief btw) per uur voor tolken te verhogen naar € 55,00 (exclusief btw) per uur. De minister stelt dat zij haar keuze heeft gebaseerd op een waaier aan argumenten en verwijst daarbij naar een aanvullend onderzoek van SEO van februari 2022:

'Zoals reeds aangegeven zijn er positieve ontwikkelingen waar te nemen aan de hand van de kwaliteitsmonitoring van reeds aanbestede contracten. Ik hecht er ook waarde aan dat de professionele markt van tolkdienstverlening een redelijke vergoeding ontvangt voor hun belangrijke werkzaamheden, dat is ook meermaals aan uw Kamer aangegeven. Doordat de implementatie van contracten langer duurt dan voorzien, is voor mij gebleken dat de redelijke vergoeding waar eerder over is gesproken, minder snel ontwikkelt dan ik wenselijk acht. Daarom heb ik gekeken naar verschillende mogelijke oplossingen en wil ik hierin een wezenlijk gebaar maken naar de tolken. Om voor iedere tolk een solide stap vooruit te maken ben ik voornemens om het minimumtarief van € 43,98 te verhogen naar € 55,-. Daarmee blijft het mogelijk dat, aan de hand van vraag en aanbod, een hoger tarief tot stand kan komen in de gesprekken tussen de intermediairs en de individuele tolk. Daarnaast zal in de aankomende aanbestedingen opgenomen worden dat voor alle opdrachten op locatie een minimale tijdsduur van dertig minuten gaat gelden.

De financiële waardering voor tolken die voor de overheid werken, is al jarenlang een knelpunt en daarmee een slepend gespreksonderwerp. Dit knelpunt is ingegeven doordat een deel van de beroepsgroep zich niet heeft kunnen verenigen met het feit dat de vaste tarieven in het Besluit tarieven in strafzaken (hierna: Btis) al jaren niet zijn geïndexeerd. Om dat tij te keren is het vaste tarief in 2020 aangepast naar een minimumtarief, zodat er een mogelijkheid is gecreëerd dat tolken en intermediairs over tarieven kunnen onderhandelen. Echter, voor organisaties die (nu nog) rechtstreeks tolken inhuren, zoals het OM en de IND, is het onderhandelen met individuele tolken onuitvoerbaar vooruitlopend op de aanbesteding van dit perceel en blijven tolken die voor hen werken, tot hun grote teleurstelling, tijdelijk nog het oude vaste tarief ontvangen. Deze ergernis heeft er onder andere toe geleid dat een aantal tolken het werk voor de overheid weigert. Van deze werkweigering heeft de uitvoering last. Ondanks de voorzichtige inzichten die mijn voorganger al zag, zoals aangegeven in de brief van 7 december, zijn deze te summier en lijkt dit onvoldoende om een solide positie voor de tolken te kunnen garanderen. Dit alles heeft meegespeeld in mijn afweging om de minimumtarieven nu op te hogen.

De keuze om het minimumtarief te verhogen is, zoals hiervoor ook aangegeven, gebaseerd op een waaier van uiteenlopende argumenten. Aanvullend daarop heb ik SEO Economisch Onderzoek (hierna: SEO) gevraagd verschillende scenario's in kaart te brengen, additioneel op het onderzoek dat SEO in 2018/2019 had gedaan, omdat bleek dat de tarieven zich minder snel ontwikkelde dan verwacht. Ik heb het belangrijk gevonden om eventuele aanpassingen eerst nader te onderzoeken alvorens ik hierover een besluit neem. De notitie van SEO is als bijlage aan deze brief toegevoegd. Hieruit blijkt dat het scenario waarbij de overheid het minimumtarief ophoogt de beste mogelijkheid biedt om de positie van de tolken te verbeteren en tevens gericht is op een betere vergoeding voor tolken. Ook voor tolken die op dit moment boven het minimumtarief werkzaamheden verrichten zijn deze effecten waarschijnlijk positief.

Met het invoeren van een fors hoger minimumtarief, naar € 55,-, voorzie ik een beter evenwicht tussen de positie van de zelfstandige tolk en de intermediairs. Dit bedrag sluit aan op het bedrag dat SEO heeft benoemd in de uitwerking van de scenario's. Ik realiseer me dat het opgehoogde minimumtarief voor tolken eveneens aansluit op de berekeningen die zijn gemaakt bij de begrotingsbehandeling [Aanbesteder] 2022 naar aanleiding van de schriftelijke vraag van de vaste commissie voor [Aanbesteder] wat het geïndexeerde uurtarief voor tolken zou zijn. Desondanks is deze verhoging nadrukkelijk geen indexatie van het minimumtarief. Dit alles bij elkaar genomen is voor mij dan ook de reden om deze forse verhoging eenmalig door te voeren, zodat het stelsel boven het nieuwe minimumtarief verder kan ontwikkelen.'

- 1.9. In een volgende brief van 22 juni 2022 bericht de minister de Kamer dat de verhoging van het minimumtarief van tolken naar € 55,00 per uur met ingang van 1 januari 2023 in het Btis zal worden geformaliseerd. Per 1 januari 2023 zullen volgens de minister ook de reeds gegunde contracten worden aangepast.
- 1.10. In een brief van het categoriemanagement van aanbesteder van 15 september 2022 aan ondernemer, bericht het categoriemanagement aan ondernemer het volgende:

'Het (verhoogde) minimumtarief van 55 euro voor tolken is met ingang van 1 januari 2023 van toepassing op alle lopende (en nieuwe) contracten. Voor alle contractpartijen met een lopend contract wordt gewerkt met een uniforme, ruimhartige, compensatieregeling. Hierbij worden de aan u te betalen uurvergoedingen voor tolken opgehoogd met een bedrag van 11,11 euro per uur. In de contracten

waarin met een gemiddeld uurtarief wordt gewerkt, wordt het overeengekomen gemiddelde uurtarief (de norm) opgehoogd met een bedrag van 11,11 euro per uur. Door deze verhoging worden alle huidige contractpartijen adequaat gecompenseerd.'

Verdere verloop

- 1.11. Op 12 oktober 2022 heeft ondernemer een brief aan het categoriemanagement van aanbesteder gestuurd, waarin ondernemer erop wijst dat de aanbesteder de lopende contracten voor tolkdiensten niet op de voorgestane wijze kan wijzigen zonder daarvoor een nieuwe aanbesteding te organiseren. Verhoging van de uurtarieven van intermediairs betekent namelijk een ongeoorloofde wezenlijke wijziging van de opdracht. Daarom verzoekt ondernemer aanbesteder om schriftelijk te bevestigen dat *alle* lopende contracten waarin het uurtarief voor intermediairs wordt verhoogd opnieuw worden aanbesteed.
- 1.12. Bij brief van 31 oktober 2022 heeft aanbesteder afwijzend op het bovenstaande verzoek van ondernemer gereageerd. Aanbesteder stelt dat de ophoging van het minimumtarief in de lopende overeenkomsten te rechtvaardigen is op grond van artikel 2.163e Aw 2012. Dit artikel geeft de mogelijkheid om wijzigingen door te voeren wanneer sprake is van 'onvoorziene omstandigheden'.
- 1.13. Op 7 november 2022 heeft ondernemer een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder over de contracten die aanbesteder heeft lopen voor tolkdiensten voor Deelnemer 1 en Deelnemer 2. Deze contracten zijn gesloten op 16 april 2021 (zie onder 3.1.1). Het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft bericht de klacht niet in behandeling te zullen nemen, omdat de klacht niet ziet op de aanbestedingsprocedure maar op de contractuitvoering en het klachtenmeldpunt alleen klachten behandelt over de handelwijze van een aanbestedende dienst in de aanbestedingsprocedure.
- 1.14. Op 23 november 2022 heeft aanbesteder aan ondernemer, voor het lopende contract dat ondernemer *met een andere Deelnemer van aanbesteder* (een zelfstandige stichting die gesubsidieerd wordt door aanbesteder) voor tolkdiensten heeft gesloten, een Addendum toegestuurd dat dient te worden toegevoegd aan deze lopende overeenkomst. In dit Addendum is de verhoging van het minimumtarief verwerkt.
- 1.15. Vervolgens heeft ondernemer op 23 november 2022 een klacht bij de Commissie ingediend met betrekking tot de contracten die aanbesteder heeft lopen voor tolkdiensten voor Deelnemer 1 en Deelnemer 2 (zie paragraaf 2 hierna).
- 1.16. Aanbesteder heeft op 5 december 2022 een reactie ingediend (zie paragraaf 3 hierna).
- 1.17. Op 21 maart 2023 heeft de Commissie onderhavig advies aan partijen toegestuurd.

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

- 2.1. Kort samengevat stelt ondernemer dat de prijsverhoging van de minimumtarieven onder meer zal gelden voor de raamovereenkomsten voor tolkdiensten voor Deelnemer 1 en Deelnemer 2. Aanbesteder handelt in strijd met artikel 2.163a Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door het minimumtarief voor tolken en de 'integrale uurprijs' in deze raamovereenkomsten te verhogen zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren.

- 2.1.1. Ondernemer stelt dat het beroep dat aanbesteder doet op de uitzondering van artikel 2.163e Aw 2012 faalt (zie 1.12 hierboven). Meer in het bijzonder is niet voldaan aan de in lid 1 onderdeel a genoemde voorwaarde waarin wordt bepaald dat wijzigingen wel mogen worden doorgevoerd wanneer de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien. Volgens ondernemer heeft aanbesteder niet aangetoond dat hij de behoefte aan de wijziging, namelijk de verhoging van het minimumtarief voor tolken en de integrale uurprijs van de opdrachtnemers, niet kon voorzien. Ondernemer wijst erop dat het aan de aanbestedende dienst is om aan te tonen dat een beroep op deze uitzondering gerechtvaardigd is en dat deze uitzondering op de aanbestedingsplicht restrictief moet worden uitgelegd.
- 2.1.2. Ondernemer stelt dat de verhoging van de genoemde tarieven op een eigen beleidsmatige beslissing van de minister van aanbesteder, en niet op *externe* omstandigheden die aanbesteder niet kon voorzien, hetgeen volgens overweging 109 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU voor toepassing van de uitzondering is vereist. Aanbesteder kan volgens ondernemer onmogelijk volhouden dat hij de verhoging niet zag aankomen. Bovendien was volgens ondernemer al tijdens de aankondiging van de opdracht duidelijk dat tolken ontevreden waren over het minimumtarief. Dat deze tarieven zich door marktwerking opwaarts zouden kunnen ontwikkelen berust volgens ondernemer op 'wensdenken' en is niet door aanbesteder onderbouwd. Ook dat rechtvaardigt volgens ondernemer niet een beroep op 'onvoorziene omstandigheden'.
- 2.1.3. Ondernemer wijst erop dat, voor zover aanbesteder mocht stellen dat de verhoging van het minimumuurtarief voor tolken en de integrale uurprijs volgt uit een wijziging van de regelgeving (Btis), het Btis niet van toepassing is op tolkdiensten voor Deelnemer 1 en Deelnemer 2 (Commissie: die zich met de vreemdelingenketen bezighouden en niet met strafzaken waarop de Btis van toepassing is) en de wijziging van de betreffende regelgeving bovendien het gevolg is van een eigen beleidsmatige beslissing van de minister van aanbesteder en dus onmogelijk aan te merken is als een (externe) omstandigheid die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien.
- 2.1.4. Ondernemer constateert dat aanbesteder zich niet heeft beroepen op artikel 2.163g lid 1 Aw 2012. Ondernemer meent dat een beroep hierop hoe dan ook faalt. Op grond van dit eerste lid van artikel 2.163g Aw 2012 kan een overheidsopdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd indien de wijzigingen, ongeacht de waarde ervan, niet 'wezenlijk' zijn. Lid 2 van dit artikel verduidelijkt dat een wijziging van een overheidsopdracht (wél) 'wezenlijk' is als bedoeld in het eerste lid, wanneer de overheidsopdracht hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht. Volgens ondernemer is de prijs een essentieel onderdeel van de opdracht, omdat het de (enige) tegenprestatie is voor de tolkdienstverlening en als gunningscriterium een belangrijk element vormt bij de beoordeling van inschrijvingen. Daarom is de verhoging van het minimumtarief voor tolken en de integrale uurprijs naar de mening van ondernemer zonder meer aan te merken als een materiële wijziging van de opdracht als bedoeld in artikel 2.163g lid 2 Aw 2012 en dus als een wezenlijke wijziging.
- 2.1.5. Tot slot voert ondernemer aan dat de verhoging van de integrale uurprijs hoe dan ook een 'wezenlijke' wijziging is op grond van artikel 2.163g lid 3 onder b Aw 2012, dat bepaalt dat wijziging van een overheidsopdracht in ieder geval wezenlijk is, wanneer de wijziging het economisch evenwicht van de overheidsopdracht ten gunste van de opdrachtnemer verandert op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht. De verhoging van de integrale uurprijs leidt volgens ondernemer om meerdere redenen tot een niet in de oorspronkelijke opdracht voorziene wijziging van het economisch evenwicht ten gunste van

intermediairs. Ten eerste stelt de verhoging van het minimumtarief en de integrale uurprijs de 'zittende' intermediairs in staat gemakkelijker tolken te vinden, omdat tolken het in gedurende de periode dat er nog geen sprake was van een verhoging af lieten weten als gevolg van de lage tarieven. Hierdoor kunnen de intermediairs aan hun verplichtingen voldoen zonder dat dit ten koste gaat van de eigen marge. Ten tweede vindt er volgens ondernemer overcompensatie plaats. Aanbesteder verhoogt de integrale uurprijs met € 11,11 exclusief btw. Dit bedrag is gelijk aan het bedrag waarmee het minimumtarief voor tolken wordt verhoogd. Intermediairs hoeven echter, zo stelt ondernemer, alleen het tarief van tolken die het minimumtarief ontvangen te verhogen. Het tarief van tolken die nu al een hoger tarief dan het minimumtarief ontvangen, hoeft niet of in mindere mate te worden verhoogd. Daarnaast zouden intermediairs onder normale omstandigheden de verhoging van het minimumtarief voor tolken door concurrentiedruk slechts ten dele aan hun opdrachtgevers kunnen doorberekenen. Er is hier met recht sprake van een 'ruimhartige compensatie' zoals de het categoriemanagement van aanbesteder dit verwoordt in zijn brief van 15 september 2022, aldus ondernemer.

3. Reactie aanbesteder

- 3.1. Aanbesteder blijft bij zijn al eerder in zijn brief van 31 oktober 2022 aan ondernemer meegedeelde mening dat de overeenkomsten voor Deelnemer 1 en Deelnemer 2 op grond van artikel 2.163e Aw 2012 gewijzigd mogen worden, zonder dat de opdracht opnieuw dient te worden aanbesteed.
 - 3.1.1. Aanbesteder stelt dat, anders dan ondernemer betoogt, de omstandigheid dat de minister zelf tot ophoging heeft besloten in dit geval niet in de weg staat aan een beroep op de uitzondering van 'onvoorziene omstandigheden' van artikel 2.163e Aw 2012. Er was namelijk sprake van een aanzienlijk tijdsverloop tussen het sluiten van de overeenkomsten enerzijds en de beslissing van de minister om de tarieven te verhogen anderzijds. De overeenkomsten zijn gesloten op 16 april 2021, op 13 april 2022 zegt de minister in haar brief aan de Tweede Kamer de verhoging van de minimumuurtarieven toe. De beslissing om tot de verhoging over te gaan is volgens aanbesteder gebaseerd op 'de voorzichtige inzichten die de vorige minister van [Aanbesteder] in een brief van 7 december 2021 deelde met de Tweede Kamer.' In deze brief zou zijn toegezegd dat bezien wordt of nadere invulling van de regels op tarieven gewenst zou zijn. Op basis van deze toezegging heeft SEO Economisch Onderzoek begin 2022 op het verzoek van [Aanbesteder] verschillende scenario's in kaart gebracht op grond waarvan uiteindelijk het besluit genomen is voor de ophoging van het minimumtarief naar 55 euro. Dit tijdsverloop alsmede de noodzaak om de validiteit van de voorzichtige inzichten van eind 2021 nader te onderzoeken maken volgens aanbesteder duidelijk dat het voor de aanbestedende dienst op het moment van het sluiten van de overeenkomsten niet voorzienbaar was dat een verhoging van de tarieven voor de ontwikkeling van een kwalitatief hoge tolkdienstverlening ruim een jaar later onvermijdelijk zou zijn.
 - 3.1.2. Ten overvloede merkt aanbesteder nog op dat hij de wijziging onder meer niet als wezenlijk beoordeelt omdat, zoals beschreven in de brief van 15 september 2022, de aan intermediair te betalen 'uurvergoeding voor tolken' wordt opgehoogd met een bedrag van 11,11 euro per uur. Het addendum dat aanbesteder op 23 november 2022 aan alle contractpartijen heeft toegezonden, borgt dat deze ophoging volledig en uitsluitend ten gunste van het uurtarief van de tolken komt, aldus aanbesteder.
 - 3.1.3. Op grond van deze redenen ziet aanbesteder geen belemmeringen voor tariefsverhoging en hoopt hij de verhoging dan ook – in het belang van alle tolken – zo spoedig mogelijk te kunnen doorvoeren.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat Deelnemer op 23 oktober 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).

Klacht

- 4.2. Ondernemer stelt, samengevat, dat aanbesteder in strijd handelt met artikel 2.163a Aw 2012 en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie door het minimumtarief voor tolken en de 'integrale uurprijs' in de raamovereenkomsten voor tolkdiensten voor Deelnemer 1 en Deelnemer 2 te verhogen zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren.

Beknopt oordeel

De Commissie oordeelt dat het beroep van aanbesteder op de uitzondering van 'onvoorziene omstandigheden' niet slaagt omdat niet is voldaan aan de eerste van de drie cumulatieve voorwaarden van deze uitzondering. Naar het oordeel van de Commissie was de verhoging van het minimumtarief niet van externe aard.

Toelichting

Vooraf

- 4.3. In zijn klacht heeft ondernemer gesteld dat het Btis niet van toepassing is op tolkdiensten voor Deelnemer 1 en Deelnemer 2 en de wijziging het gevolg is van een eigen beleidsmatige beslissing van de minister van aanbesteder (zie 2.1.3 bovenstaand). Aanbesteder heeft niet op die stellingen gereageerd. De Commissie is daarom bij de behandeling van de klacht uitgegaan van de veronderstelling dat het Btis inderdaad niet van toepassing is op de wijziging die het onderwerp is van de klacht. De Commissie is daarom bovendien voorbijgegaan aan de vraag in welke hoedanigheid de minister de minimumtarieven heeft verhoogd en of die hoedanigheid moet worden onderscheiden van de rol van de minister als opdrachtgever.

Toetsingskader

- 4.4. In Hoofdstuk 2.5 Aw 2012 (artikelen 2.163a t/m 2.163g Aw 2012) wordt de wijziging van overheidsopdrachten tijdens de looptijd ervan behandeld.

- 4.4.1. Artikel 2.163a Aw 2012 neemt als uitgangspunt dat een wijziging van de opdracht uitsluitend zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kan plaatsvinden in de in de wet benoemde gevallen:

'Een wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan kan uitsluitend zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet plaatsvinden in de in dit hoofdstuk bedoelde gevallen.'

- 4.4.2. In artikel 2.163e Aw 2012 betreffende de uitzondering in geval van 'onvoorziene omstandigheden' is , voor zover van belang, bepaald:

'1. Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien:

- a. de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien,
- b. de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengt, en
- c. de verhoging van de prijs niet meer bedraagt dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.

2. Artikel 2.163d, tweede tot en met zesde lid, is van overeenkomstige toepassing.'

4.4.3. Artikel 2.163d Aw 2012 vermeldt onder de artikelleden 5 en 6 het volgende:

'5. Een aanbestedende dienst maakt een wijziging van een overheidsopdracht die voldoet aan de voorwaarden, bedoeld in het eerste lid, bekend door een aankondiging hiervan op het elektronische systeem voor aanbestedingen.

6. De in het vijfde lid bedoelde bekendmaking geschiedt door middel van een op het elektronische systeem voor aanbestedingen beschikbaar gesteld formulier.'

4.4.4. De Commissie gaat bij de behandeling van de klacht onderstaand nader in op het toepasselijke toetsingskader.

Uitzonderingsgrond 'onvoorziene omstandigheden' van toepassing?

4.5. Aanbesteder stelt dat de verhoging van het minimumtarief door het overeenkomen van een addendum met beide deelnemers een toelaatbare wijziging betreft, op grond van een beroep op de uitzonderingsgrond genoemd in artikel 2.163e Aw 2012. De Commissie behandelt dat beroep aan de hand van de drie voorwaarden die in het artikel worden genoemd.

Eerste voorwaarde: onvoorziene omstandigheden van externe aard

4.6. In artikel 2.163e lid 1 sub a Aw 2012 is de eerste voorwaarde van deze uitzonderingsgrond opgenomen. Deze voorwaarde luidt dat de behoefte aan wijziging het gevolg moet zijn van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien.

4.6.1. In de toelichting bij de wet betreffende dit eerste vereiste van artikel 2.163e Aw 2012 (MvT, Kamerstukken II 2015/2016/ 34329, 3, p.95) staat dat het hier moet gaan om onvoorziene omstandigheden die van externe aard zijn. Bovendien moet sprake zijn van een normale zorgvuldige voorbereiding door aanbesteder, waarbij onder meer moet worden gekeken naar de middelen die een aanbesteder ter beschikking staan. De Commissie verwijst naar Richtlijn 2014/24/EU, considerans onder 109:

'Aanbestedende diensten kunnen worden geconfronteerd met externe omstandigheden die zij niet konden voorzien bij het plaatsen van de opdracht, met name wanneer de uitvoering van de opdracht zich over een langere termijn uitstrekt. In dat geval is enige flexibiliteit vereist om de opdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure aan deze omstandigheden aan te passen. Het begrip onvoorziene omstandigheden betreft omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normaal zorgvuldige voorbereiding van de aanvankelijke gunning door de aanbestedende dienst, rekening houdend met de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de goede praktijk op het betrokken gebied en het feit dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de voor de voorbereiding van de gunning uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan. Dit is echter niet van toepassing in gevallen waarin een wijziging

tot een verandering van de aard van de gehele aanbesteding leidt, bijvoorbeeld als werken, leveringen of diensten worden vervangen door iets anders of als het soort aanbesteding wezenlijk wordt veranderd, aangezien dan kan worden aangenomen dat het resultaat is beïnvloed.'

- 4.7. Ondernemer stelt dat de verhoging van het minimumtarief enkel is ingegeven door een eigen beleidsmatige beslissing van de minister van aanbesteder. Ondernemer beschouwt een beleidswijziging als een *interne* omstandigheid en niet als een *externe* omstandigheid. Omdat zowel de considerans bij de richtlijn als de memorie van toelichting verduidelijken dat uitsluitend een externe omstandigheid kan worden gezien als een onvoorziene omstandigheid, komt aanbesteder geen beroep toe op deze uitzonderingsgrond, volgens ondernemer (zie 2.1.2 bovenstaand).
- 4.8. Aanbesteder stelt dat de omstandigheid dat de minister van aanbesteder de beslissing tot verhoging van het minimumtarief heeft genomen, niet in de weg staat aan een beroep op artikel 2.163e Aw 2012. Aanbesteder noemt twee redenen waarom hij de verhoging van het minimumtarief niet kon voorzien en daarom een beroep op genoemd artikel zou openstaan: (i) tijdsverloop tussen het sluiten van de overeenkomsten en de verhoging van het minimumtarief en (ii) de noodzaak om de validiteit van de voorzichtige inzichten van eind 2021 nader te onderzoeken (zie 3.1.1 bovenstaand).

Beroep op grond van externe omstandigheid?

- 4.9. De Commissie overweegt dat aanbesteder niet, althans hoogstens zijdelings, ingaat op de stelling van ondernemer dat de verhoging van het tarief moet worden gezien als een interne en niet als een externe omstandigheid. In de communicatie van de minister ziet de Commissie aanleiding te veronderstellen dat de verhoging van het minimumtarief (mede) kan zijn ingegeven door externe omstandigheden (zie 1.7 en 1.8 bovenstaand: de 'keuze om het minimumtarief te verhogen is (...) gebaseerd op een waaier van uiteenlopende argumenten'). Aanbesteder heeft op dat punt echter geen onderbouwing aangeleverd. De Commissie is daarom bij de behandeling van de klacht uitgegaan van de veronderstelling dat aanbesteder zich beroept op de uitzondering van onvoorziene omstandigheden op grond van (i) tijdsverloop en (ii) de noodzaak de validiteit van eerdere inzichten nader te onderzoeken.

(i) Tijdsverloop

- 4.10. De omstandigheid dat marktpartijen ontevreden waren over de hoogte van het minimumtarief, zoals ondernemer stelt in zijn klacht (zie 2.1.2 bovenstaand), rechtvaardigt niet zonder meer de conclusie dat aanbesteder op de hoogte moest zijn van een stijging van de minimumtarieven binnen afzienbare termijn. De Commissie acht in ieder geval denkbaar dat marktpartijen niet tevreden zijn over een minimumtarief, maar de wetgever op grond van, bijvoorbeeld, een weging van verschillende belangen tóch gedurende langere tijd vasthoudt aan een bepaald minimumtarief.
- 4.10.1. De Commissie kan de stelling van aanbesteder dan ook volgen dat hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten met Deelnemer 1 en Deelnemer 2 niet op de hoogte was (of kon zijn) van een verhoging van het minimumtarief binnen afzienbare tijd. In die zin begrijpt de Commissie een beroep van aanbesteder op het tijdsverloop tussen de aangekondigde tariefsverhoging en het moment van het sluiten van de overeenkomsten.

4.10.2. De omstandigheid dat aanbestedder ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten nog niet op de hoogte was van de toekomstige tariefsverhoging maakt echter niet dat de beslissing van de minister tot tariefsverhoging moet worden gezien als een externe omstandigheid. Vanwege zijn beroep op de uitzondering, had het op de weg van aanbestedder gelegen te onderbouwen waarom de beslissing van de minister moet worden gezien als een externe omstandigheid, of daaraan kan worden gelijkgesteld. Omdat die onderbouwing ontbreekt, oordeelt de Commissie dat het door aanbestedder opgevoerde tijdsverloop niet kan worden gezien als een externe omstandigheid.

(ii) De noodzaak de validiteit van eerdere inzichten nader te onderzoeken

4.11. De Commissie begrijpt dat aanbestedder zijn beroep op de uitzondering van onvoorziene omstandigheden ten tweede baseert op de omstandigheid dat de minister bij brief van 7 december 2021 had aangekondigd aan de hand van de ontwikkeling van de tarieven te bezien of nadere invulling van de regels op tarieven gewenst zou zijn (zie 1.7 bovenstaand). De Commissie vat de stelling van aanbestedder zo op dat die aankondiging aanbestedder zou binden. Kennelijk achtte aanbestedder zich in ieder geval vanaf 7 december 2021 verplicht de nadere invulling van de regels op de tarieven te volgen.

4.11.1. Omdat aanbestedder niet heeft onderbouwd waarom een onderscheid moet worden gemaakt tussen, enerzijds, de hoedanigheid waarin de minister de minimumtarieven heeft onderzocht en uiteindelijk verhoogd en, anderzijds, de rol van de minister als opdrachtgever, moet de Commissie het ervoor houden dat aanbestedder zelf op 7 december 2021 heeft aangekondigd aan de hand van de ontwikkeling van de tarieven te bezien of nadere invulling van de regels op tarieven gewenst zou zijn. Die omstandigheid laat zich niet beschouwen als een externe omstandigheid, de omstandigheid is immers door aanbestedder zelf in het leven geroepen.

Geen omstandigheid van externe aard

4.12. De Commissie overweegt dat geen van de twee door aanbestedder voor een beroep op de uitzondering aangedragen omstandigheden extern zijn van aard. Daarmee voldoet het beroep op artikel 2.163e Aw 2012 niet aan de vereisten die zich laten afleiden uit de Memorie van Toelichting en de Richtlijn.

4.13. Omdat artikel 2.163e Aw 2012 drie cumulatieve vereisten bevat en de Commissie oordeelt dat aanbestedder in ieder geval niet aan het eerste cumulatieve vereiste heeft voldaan, acht de Commissie een verdere toetsing aan de overige twee cumulatieve vereisten van het artikel niet meer aan de orde.

Ten overvloede: verplichte publicatie ontbreekt

4.14. Ten overvloede overweegt de Commissie dat aanbestedende diensten die zich beroepen op de uitzondering van onvoorziene omstandigheden, verplicht zijn dat beroep te publiceren op het elektronische systeem voor aanbestedingen (TenderNed) middels een daarvoor beschikbaar gesteld formulier (zie artikel 2.163e lid 2 jo. artikel 2.163d leden 5 en 6 Aw 2012). Een dergelijke publicatie heeft aanbestedder niet aan de Commissie verstrekt. Zelfs als het beroep van aanbestedder op de uitzondering *inhoudelijk* zou zijn geslaagd, had de Commissie moeten vaststellen dat aanbestedder niet aan de (publicatie)vereisten van artikel 2.163e lid 2 Aw 2012 heeft voldaan.

4.15. Daarmee is de klacht van ondernemer **gegrond**.

5. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 21 maart 2023

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

Voorzitter

Vicevoorzitter