

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 698

1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies gaat over een Europese openbare aanbesteding voor tolkdienstverlening. Aanbesteders kopen, onder meer, 'tolkdienstverlening in niet-strafzaken' gezamenlijk in, omdat zij die werkzaamheden al tientallen jaren gezamenlijk opdragen. Ondernemer klaagt dat aanbesteders met die gezamenlijke inkoop in feite twee opdrachten hebben samengevoegd (artikel 1.5 Aw 2012). Ondernemer klaagt bovendien dat een dragende motivering voor die samenvoeging ontbreekt.

2. Hoe luidt het advies?

2.1. De omstandigheid dat aanbesteders de hier aan de orde zijnde werkzaamheden al tientallen jaren gezamenlijk opdragen, heeft niet tot gevolg dat sprake is van één opdracht. Een nadere onderbouwing van de stelling van aanbesteders dat sprake is van één opdracht, ontbreekt. Daarmee is sprake van een samenvoeging van de opdrachten van twee verschillende aanbestedende diensten. De Commissie verklaart het eerste klachtonderdeel **gegrond**.

2.2. Bij samenvoeging moet acht worden geslagen op verschillende aspecten, waaronder de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging. Ondernemer klaagt, met een verwijzing naar Advies 680, dat de motivering voor dit aspect is gestoeld op consistentie in de uitvoering (één tolk voor het gehele traject), maar de onderhavige opdracht ziet op het aangaan van een overeenkomst met één intermediair. De motivering kan de samenvoeging, volgens ondernemer niet dragen: het met de samenvoeging beoogde doel wordt niet bereikt door de samenvoeging, omdat dat doel buiten de scope van de opdracht ligt. Aanbesteders hebben niet op deze stellingen van ondernemer gereageerd. Onder die omstandigheden ziet de Commissie geen reden af te wijken van haar eerdere overweging uit Advies 680. Omdat de samenvoeging hoofdzakelijk berust op een belang dat buiten de scope van de opdracht valt, kan de motivering de samenvoeging niet dragen en verklaart de Commissie ook het tweede klachtonderdeel **gegrond**.

3. Wat zijn de relevante feiten?

3.1. De volgende passage uit het Beschrijvend Document voor de Europese openbare aanbesteding Tolkdienstverlening (versie 1.1 van 8 februari 2023) zijn relevant voor het de onderhavige klacht:

'1.5.1 Scope van de opdracht

(...)

De levering van de totale tolkdienstverlening is beschreven in Bijlage 5 - Programma van Eisen.

In bijlage 10 is informatie opgenomen over de gespreksituaties, specifieke kenmerken van [Aanbesteder O / Aanbesteder R], diens primaire proces(sen) en

werkzaamheden, alsmede de toegevoegde waarde van de tolkdienstverlening voor (de kwaliteit van) diens primaire processen.

(...)

1.5.5 Samenvoegen en perceelindeling

[Inkopenende instantie] heeft de behoefte aan tolkdienstverlening binnen [verschillende Aanbesteders] geïnventariseerd. Er is gekeken naar de omvang (het aantal tolkopdrachten) en daarnaast naar de markt van potentiële inschrijvers, die verschillen in grootte. Om het voor een brede MKB-markt aantrekkelijk te maken om deel te nemen aan overheidsaanbestedingen zijn de aanbestedingen, eventueel verdeeld in percelen, divers in aard en omvang. Een opdeling van een opdracht in percelen draagt tevens bij aan het geven van een keuze aan tolken door tussenkomst van welk bemiddelingsbureau zij hun taken wensen te verrichten en zijn derhalve niet afhankelijk van één intermediair.

Bij de inrichting van deze aanbesteding is invulling gegeven aan de behoefte van de rechtspleging, bestaande uit het [Aanbesteder O] en [Aanbesteder R], ter zake samenhangende en samenwerkende organisaties. [Aanbesteder O] en [Aanbesteder R] zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden, want zij zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor de rechtspleging. Tolkopdrachten ten behoeve van de rechtspraak in strafzaken worden door of namens het [Aanbesteder O] geplaatst; [Aanbesteder O] is tevens budgethouder voor deze opdrachten.

De opdracht betreft tolkdienstverlening, inclusief de verwerving, selectie en administratieve afhandeling van de dienstverlening (zie scope paragraaf 1.5.1 van het beschrijvend document), aangezien de gevraagde tolkdienstverlening één opdracht betreft (CPV-code Tolkdienstverlening: 79540000-1) die wordt uitgevraagd, is hier geen sprake van samenvoeging van opdrachten.

[Aanbesteder O] / [Aanbesteder R] heeft besloten de behoefte aan tolkdienstverlening te verdelen over twee percelen, te weten:

- Perceel [Aanbesteder O] / [Aanbesteder R] (exclusief [Centrale Verwerking Aanbesteder O]) met circa 34358 tolkopdrachten per jaar en circa 42564 tolkuren op jaarbasis;
- Perceel [Centrale Verwerking Aanbesteder O] met circa 4604 tolkopdrachten per jaar en circa 3804 tolkuren op jaarbasis.

Perceel [Centrale Verwerking Aanbesteder O] is aanzienlijk kleiner dan het perceel [Aanbesteder O] / [Aanbesteder R] (exclusief [Centrale Verwerking Aanbesteder O]). Doordat beide percelen verschillen in omvang is deze aanbesteding aantrekkelijk voor de meerderheid van de belanghebbende organisaties uit het MKB en wordt mogelijk de markt voor ondernemers die kunnen inschrijven, verbreed. Uit recent uitgevoerde tolkaanbestedingen blijkt dat er tenminste 5 inschrijvers op deze opdracht zouden kunnen inschrijven. Daarnaast valt niet uit te sluiten dat er nog andere marktpartijen op deze aanbesteding kunnen inschrijven.

De gekozen verdeling in percelen waarborgt dat bedrijven uit het MKB toegang hebben tot de opdracht. Mocht de opdracht in een concreet geval eraan in de weg staan dat ondernemer zelfstandig inschrijft dan zij uitdrukkelijk gewezen op de mogelijkheid om met een of meer partners een samenwerkingsverband aan te gaan en gezamenlijk in te schrijven. Ondernemers worden uitdrukkelijk uitgenodigd om bij onduidelijkheid over de mogelijkheden om als een samenwerkingsverband in te schrijven vragen te stellen via de berichtenmodule van CTM.'

- 3.2. In Bijlage 10 bij het Beschrijvend Document hebben Aanbesteders een onderscheid gemaakt tussen verschillende soorten Tolkopdrachten 1 t/m 7 waaruit de tolkdienstverlening bestaat (zie inhoudsopgave Bijlage 10):

'3.1 TOLKDIENSTVERLENING BIJ ENKELVOUDIGE STRAFRECHTZITTINGEN
3.2 TOLKDIENSTVERLENING BIJ MEERVOUDIGE KAMER STRAFRECHTZITTINGEN
3.3 TOLKDIENSTVERLENING BIJ RAADKAMER GEVANGENHOUDING
3.4 TOLKDIENSTVERLENING BIJ RAADKAMER (REKESTENKAMER)
3.5 TOLKDIENSTVERLENING BIJ VOORGELEIDINGEN BIJ DE RECHTER-COMMISSARIS
3.6 TOLKDIENSTVERLENING BIJ VERHOREN BIJ DE RECHTER-COMMISSARIS
3.7 TOLKDIENSTVERLENING BIJ ROGATOIRE COMMISSIES
3.8 TOLKDIENSTVERLENING BIJ OVERIGE ACTIVITEITEN'

Onder de verschillende opdrachten is telkens een nadere beschrijving gegeven (vereiste expertise, vaardigheid, locatie, taalvariatie, levertijd, tijdvensters etc.).

- 3.3. In de Nota van Inlichtingen van 8 februari 2023 is, onder meer, de volgende vraag met het volgende antwoord opgenomen:

- 3.3.1. Vraag 9: 'Wij waarderen het feit dat u rekening hebt gehouden met de marktwerking door de opdracht in percelen op te delen. Echter, doordat het eerste perceel een aanzienlijk grotere omvang heeft dan het tweede perceel, wordt de marktwerking in onze ogen onvoldoende bevorderd. Hiermee wordt geen recht gedaan aan het aanbestedingsrechtelijke gebod om een opdracht zoveel als mogelijk op te delen in meerdere percelen, met als doel om de opdracht aantrekkelijk te maken voor MKB-marktpartijen. Van zowel de winnaar van perceel 1 als de winnaar van perceel 2 worden dezelfde (grote) investeringen gevegd op het gebied van o.a. IT, certificering, facturatieprocedures, rapportages, faciliteren van scholing voor tolken etc. Hierdoor is de opdracht vanuit commercieel oogpunt alleen interessant voor de winnaar van het grotere perceel. Dit staat haaks op uw wens om de aanbesteding aantrekkelijk te maken voor de meerderheid van de belanghebbende organisaties uit het MKB. Dat meerdere inschrijvers zouden 'kunnen' inschrijven, betekent immers niet dat de opdracht ook (commercieel) aantrekkelijk is voor die partijen. In onze optiek dient de perceelindeling te worden aangepast teneinde recht te doen aan (de bedoeling van) artikel 1.5 lid 3 van de Aanbestedingswet.

- Bent u bereid om de Opdracht op te delen in 3 percelen, zodat deze (mede gelet op de benodigde investeringen) daadwerkelijk aantrekkelijk wordt voor MKB-marktpartijen?

- Zo nee, bent u bereid om de twee huidige percelen qua omvang evenrediger te verdelen?'

Antwoord: 'De reeks aanbestedingen van de overheid is bedoeld om de markt die op overheidsopdrachten voor tolk- en/of vertaaldiensten inschrijft te verbreden en om voor de diverse overheidsopdrachten meerdere opdrachtnemers aan te trekken. Dit uitgangspunt is doorvertaald naar verschillende aanbestedingen die in aard en omvang van elkaar kunnen verschillen.

- Nee, aanbestedende dienst is niet bereid om de opdracht in drie percelen te delen.

- Nee, aanbestedende dienst is niet bereid om de perceelindeling aan te passen danwel in twee evenrediger percelen te verdelen. Naast de organisatorische onwenselijkheid daarvan voor de opdrachtgever, zou het

door een dergelijke indeling voor minder grote spelers in de markt niet mogelijk kunnen zijn om in te schrijven.'

3.4. Ondernemer heeft bij brief van 1 maart 2023 een klacht ingediend tegen de samenvoeging. Het Klachtenmeldpunt Europees aanbesteden van [organisatieonderdeel] heeft de klacht op 8 maart 2023 gegrond verklaard. Het klachtenmeldpunt is van mening dat *geen* sprake is van het samenvoegen van opdrachten *voor zover het gaat om tolkdienstverlening in het kader van strafprocedures*, omdat tolken in strafprocedures worden ingeschakeld onder verantwoordelijkheid en voor rekening van Aanbesteder O. Naar het oordeel van het klachtenmeldpunt geldt iets anders voor de *tolkdienstverlening van niet-strafzaken* (zogenoemde tolkdiensten bij overige activiteiten, zoals opgenomen onder paragraaf 3.8 Bijlage 10).

3.4.1. Het klachtenmeldpunt overweegt dat de bevoegdheid om deze diensten af te nemen niet wettelijk is vastgelegd. Het klachtenmeldpunt begrijpt bovendien dat Aanbesteder R en Aanbesteder O dat type tolkdienstverlening zelfstandig inroepen en betalen. Het klachtenmeldpunt oordeelt dat sprake is van een samenvoeging van een opdracht voor de tolkdienstverlening van niet-strafzaken die niet in het Beschrijvend Document is gemotiveerd.

3.5. De Derde Nota van Inlichtingen van 2 mei 2023 bestaat uit de volgende mededeling:

'Deze Nota van Inlichtingen 3 wordt uitgebracht naar aanleiding van een ingediende klacht waarin het Klachtenmeldpunt Europees Aanbesteden [organisatieonderdeel] advies heeft uitgebracht.

In haar advies concludeert het Klachtenmeldpunt dat voor één (1) van de in totaal zeven (7) tolkopdrachten als beschreven in Bijlage 10 van het Beschrijvend document, niet deugdelijk is gemotiveerd waarom de tolkdienstverlening van [Aanbesteder O] en [Aanbesteder R] is samengevoegd. Meer concreet gaat het om tolkopdracht 7 in paragraaf 3.8 van Bijlage 10 met betrekking tot tolkdienstverlening in niet-strafzaken.

Tolkopdracht 7 wordt als volgt verduidelijkt door de Aanbestedende dienst. Deze verduidelijking geldt tevens als aanvulling op paragraaf 3.8 van Bijlage 10 van het Beschrijvend document.

Tolkopdracht 7 betreft tolkdienstverlening in niet-strafzaken waarvoor jaarlijks incidenteel opdrachten kunnen worden geplaatst door [Aanbesteder O] en/of door [Aanbesteder R]. Omdat tolkopdracht 7 betrekking heeft op tolkdienstverlening in niet-strafzaken onderscheidt deze opdracht zich reeds om deze reden van de andere zes tolkopdrachten die betrekking hebben [op] tolkdienstverlening in strafzaken. Voorts onderscheidt tolkopdracht 7 zich van de andere zes tolkopdrachten omdat [Aanbesteder O en Aanbesteder R] onafhankelijk van elkaar een tolkopdracht 7 kunnen plaatsen.

Voorgaande betekent in feite dat tolkopdracht 7 als twee afzonderlijke percelen geldt, één perceel voor [Aanbesteder O] en een ander perceel voor [Aanbesteder R]. Gelet op de historische gegevens is de geraamde waarde van ieder van deze percelen beperkt en lager dan 10.000 euro per jaar. Tolkopdracht 7 valt hiermee zowel voor het perceel [Aanbesteder O] als voor het perceel [Aanbesteder R] binnen de percelenregeling van artikel 2.18 Aanbestedingswet. [Aanbesteder O en Aanbesteder R] zullen een tolkenopdracht 7 dan ook plaatsen buiten de overeenkomst Tolkdienstverlening voor het perceel [Aanbesteder O] / [Aanbesteder R] (exclusief [Centrale Verwerking Aanbesteder O]) en buiten het perceel

[Centrale Verwerking Aanbesteder O] met inachtneming van het bepaalde in artikel 2.18 Aanbestedingswet.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat tolkopdracht 1 t/m 6 betrekking heeft op tolkdienstverlening in strafzaken waarvoor volgens het klachtenmeldpunt geen sprake is van samenvoegen van opdrachten in de zin van artikel 1.5 Aanbestedingswet. Het is immers wettelijk vastgelegd dat [Aanbesteder O] niet alleen verantwoordelijk is voor het oproepen van tolken bij strafprocedures maar ook voor de financiering van de opgeroepen tolken. Het enkele feit dat [Aanbesteder O en Aanbesteder R] in algemene zin een eigen budget en bedrijfsvoering hebben doet hieraan niets af.

Ter zake van overige tolkdiensten ten behoeve van bestuursrechtelijk en civielrechtelijke werkzaamheden (anders dan opgenomen in §3.8 van bijlage 10) is er geen sprake van samenvoegen; deze werkzaamheden worden al tientallen jaren gezamenlijk opgedragen. Alle oproepingen voor tolken bij de rechtspleging dienen in samenhang behandeld te worden.

Tevens geldt dat een oogmerk van de aanbesteding van de tolkdienstverlening (zie bijv. rapport Don't tolk too much) is om de inzet van tolken zodanig te doen dat zoveel mogelijk tijd besteed wordt aan tolkwerkzaamheden en niet verloren gaat aan reistijd. Het bijhouden van overeenkomstige werkzaamheden op dezelfde locatie is dientengevolge een eis (zie Eis 12, Programma van eisen, bijlage 6 aanbestedingsdocumenten).

3.6. Bij de Derde Nota van Inlichtingen is een nieuw Beschrijvend Document gevoegd (versie 1.3 van 2 mei 2023), met daarin een gewijzigde tekst van paragraaf 1.5.5:

'[Inkooporganisatie] is verantwoordelijk voor de aanbesteding van de bemiddeling van tolkopdrachten en bijbehorende dienstverlening (tolkdienstverlening) [voor verschillende aanbesteders].[Inkooporganisatie] heeft om die reden de behoefte aan tolkdienstverlening geïnventariseerd. Bij de inrichting van deze aanbesteding is invulling gegeven aan de behoefte van [Aanbesteder O / Aanbesteder R] waarbij de gekozen verdeling in percelen waarborgt dat bedrijven uit het MKB toegang hebben tot de opdracht. Tevens draagt de opdeling van de opdracht in percelen bij aan het geven van een keuze aan tolken door tussenkomst van welk bemiddelingsbureau zij hun taken wensen te verrichten en derhalve niet afhankelijk zijn van één intermediair. De opdracht betreft tolkdienstverlening voor [Aanbesteder O / Aanbesteder R] (strafrechtsspraak) en qua omvang beperkt tolkdienstverlening voor [Aanbesteder R] (m.n. civiele en bestuursrechtsspraak).

[Aanbesteder O / Aanbesteder R] hebben besloten de volledige behoefte van het [Aanbesteder O / Aanbesteder R] in één aanbesteding op de markt te zetten en de opdracht op te splitsen in twee percelen:

- Perceel [Centrale Verwerking Aanbesteder O];
- Perceel [Aanbesteder O] / [Aanbesteder R] (exclusief [Centrale Verwerking Aanbesteder O]).

De dienstverlening die in voorliggende aanbesteding wordt gevraagd betreft tolkdienstverlening door bemiddelingsbureaus. [Aanbesteder O] is voor de gehele strafrechtsspraak formeel degene die tolken oproept en is budgethouder voor tolkdienstverlening. Aangezien de gevraagde tolkdienstverlening één opdracht betreft (CPV-code Tolkdienstverlening) voor de ter zake samenhangende en samenwerkende organisaties ([Aanbesteder O] / [Aanbesteder R]), is hier geen sprake van

samenvoeging. De oproepingen die [Aanbesteder O] / [Aanbesteder R] tot heden verricht betreffen tolkdiensten door en van individuele tolken (ZZP'ers).

Ten overvloede wijst de aanbestedende dienst er desondanks op dat zelfs indien er wel sprake zou zijn van samenvoeging, deze in overeenstemming is met de criteria van artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012.

1. Samenstelling relevante markt

Zoals hierboven toegelicht is de opdracht naar zijn aard bedoeld voor marktpartijen die naast het leveren van tolken zelf ook bemiddelings- en daaraan gerelateerde diensten kunnen verlenen. Tot de relevante markt behoren tolkenbemiddelingsbureaus.

Ter voorbereiding op de aanbestedingen heeft de categorie in verschillende rondes marktconsultaties gehouden. In 2018, 2019 en 2020 is de markt viermaal via TenderNed gevraagd om hun interesse in opdrachten van [verschillende aanbestedende diensten] kenbaar te maken. Daarbij zijn tevens de aanbieders actief benaderd. Aan de laatste informatieve bijeenkomst in 2020 namen van alle benaderde ondernemingen, acht ondernemers deel.

Uit onderzoek naar aanbestedingen voor bemiddeling van tolkopdrachten ten behoeve van de overheid over de laatste vijf jaar is gebleken dat zeven tolkbemiddelaars uit het MKB ten minste eenmaal een geldige inschrijving op een opdracht hebben ingediend. Dit betrof opdrachten met referentie-eisen van tussen de 100 en 70.000 tolkopdrachten. Van een van deze inschrijvers is slechts eenmaal een inschrijving ontvangen - in 2018 op de opdracht van een decentrale overheid in het noorden van het land, met een referentie-eis van 100 diensten; deze inschrijver wordt hier verder buiten beschouwing gelaten, zodat zes ondernemingen als potentiële inschrijver voor aanbestedingen voor tolkdienstverlening aan het [Aanbesteder O] / [Aanbesteder R] overblijven.

Zes van de bovengenoemde ondernemingen (al dan niet in samenwerkingsverband) hebben toegang tot deze opdracht.

2. Organisatorische gevolgen en risico's

De twee door [Aanbesteder O] / [Aanbesteder R] gespecificeerde percelen stellen in overwegende mate dezelfde eisen aan de bemiddeling van tolkopdrachten. De gezamenlijke aanbesteding van deze opdrachten in plaats van afzonderlijke maatwerk-aanbestedingen levert daarmee voor zowel de aanbestedende dienst als de inschrijvers efficiëntievoordelen op, omdat een gelijkgeschakeld aanbestedingsproces wordt gehanteerd. Efficiëntievoordelen zijn voorts te behalen in de contractuitvoering (van een eenvoudige bestelfunctie voor interne opdrachtgevers tot voordelen van centraal contractmanagement en eenduidige kwaliteitsbewaking).

Voor wat betreft het perceel [Centrale Verwerking Aanbesteder O]: wanneer een zaak in persoon behandeld wordt door de officier van justitie of de (kanton)rechter, dan vindt dit plaats op de locatie van [Aanbesteder O] of de bevoegde rechtbank (inclusief de kantongerechtslocaties). Dat zijn alle locaties in Nederland. Hoger beroep in zgn. Mulderzaken vindt plaats in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden), in overige zaken bij het bevoegde gerechtshof.

Met dit kleinere perceel is beoogd relatief kleinere bemiddelingsbureaus met kans op succes te kunnen laten inschrijven.

Voor perceel [Aanbesteder O] / [Aanbesteder R] (exclusief [Centrale Verwerking Aanbesteder O]) geldt dat er directe samenhang is tussen de werkzaamheden en dat er landelijk geborgd dient te worden dat in het kader van consistentie in de uitvoering, zaken van A tot Z door dezelfde tolk uitgevoerd kunnen worden. Een verhoor door de rechter-commissaris in Arnhem kan leiden tot een zitting in Zutphen, een grote zaak uit Limburg kan behandeld worden op de extra-beveiligde locatie bij Schiphol.

Dezelfde medewerker die een tolk oproept voor een zitting van het Functioneel Parket in Zwolle kan dat ook doen voor een zitting in Den Bosch.

De oproepingen van tolken voor niet-strafrechtzaken zijn relatief beperkt in aantal en diensgevolge is er geen separate organisatie voor het incidenteel oproepen van een tolk en wordt gebruik gemaakt van de ene organisatie ten behoeve van de civiele -, bestuurs- en strafrechtspleging.

3. Samenhang

De gevraagde tolkdienstverlening betreft één opdracht met één CPV-code. Daarmee is per definitie sprake van samenhang. Het betreft een tolkaanbesteding ten behoeve van de Rechtspleging, hierin zijn [Aanbesteder O] en [Aanbesteder R] vertegenwoordigd, [Aanbesteder O] is opdrachtgever. Ter zake van het oproepen van tolken geldt dat [Aanbesteder O] en [Aanbesteder R] een eenheid vormen:

- Er worden tolken opgeroepen voor overeenkomstige werkzaamheden: voorgeleidingen, enquêtes,(voorlopige) getuigenverhoren, raadkamers, slachtoffergesprekken, zittingen, etc. Dit betreft strafrecht bij [Aanbesteder O] en [Aanbesteder R] (waarvoor úitsluitend [Aanbesteder O] tolken oproept, ook voor zaken die onder regie van [Aanbesteder R] staan (als voorgeleidingen, RC-verhoren, zittingen etc.). Ook voor de civiele taken van [Aanbesteder O] (inclusief zgn. Mulderzaken) kunnen tolken benodigd zijn die door of namens [Aanbesteder O] worden opgeroepen. Voor zover tolken in niet-strafrechtzaken door of vanwege [Aanbesteder R] dienen te worden opgeroepen, gebeurt dit in samenhang met strafrechtzaken door een en hetzelfde tolkenbureau.
- [Aanbesteder O] en [Aanbesteder R] hebben steeds één arrondissementaal planningsbureau, de zgn. Verkeerstoren.
- [Aanbesteder O] en [Aanbesteder R] delen vrijwel overal hun huisvesting.
- [Aanbesteder O] en [Aanbesteder R] maken gebruik van een verbonden IT-netwerk.
- Elk arrondissement kent één tolkenbureau dat voor alle soorten zittingen, verhoren, enquêtes etc. tolken oproept en daarbij alleen naar de planning en de taal kijkt, niet of het zaken in het civiel -, bestuurs- of strafrecht betreft.
[Bij vertaalopdrachten lag dat anders: elke vertaalopdracht is een incidentele opdracht waarbij geen samenhang bestaat tussen opdrachten binnen of tussen rechtsgebieden]
* Landelijk werkende parketten als Landelijk Parket en Functioneel parket brengen zaken aan bij elke rechtbank etc. in Nederland. Ook de behandeling van categorieën van zaken (bijv. in extra beveiligde zittingszalen) is niet geografisch bepaald.'

3.7. Ondernemer heeft op 16 mei 2023 een klacht ingediend bij de Commissie (zie paragraaf 4).

3.8. Aanbesteder heeft niet op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd.

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

4.1. Klachtonderdeel 1

4.2. De Commissie heeft de klacht van ondernemer opgedeeld in twee klachtonderdelen. Het eerste klachtonderdeel betreft de klacht van ondernemer dat Tolkopdrachten 4 en 5 zien op tolkdienstverlening in niet-strafzaken, net als Tolkopdracht 7. Ondernemer stelt zich daarom op het standpunt dat Tolkopdrachten 4 en 5 uit de Opdracht zouden moeten worden gelicht, net als Tolkopdracht 7.

Toelichting klachtonderdeel 1

- 4.2.1. Ondernemer stelt voorop dat Aanbesteder O en Aanbesteder R twee van elkaar te onderscheiden organisaties zijn, ieder met een eigen budget en eigen bedrijfsvoering. Beide organisaties zijn in bijlage I bij richtlijn 2014/24/EU 'Centrale overheidsinstanties' als afzonderlijke entiteiten opgenomen. Zij moeten als twee afzonderlijke aanbestedende diensten worden beschouwd. Het samenvoegen van tolkopdrachten van Aanbesteder O en Aanbesteder R dient als het samenvoegen van opdrachten als bedoeld in artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 te worden beschouwd. De inkoopende instantie en het klachtenmeldpunt hebben dit niet bestreden.
- 4.2.2. Ten aanzien van tolkopdrachten in strafzaken meent het klachtenmeldpunt dat geen sprake is van het samenvoegen van opdrachten, omdat Aanbesteder O in strafprocedures verantwoordelijk zou zijn voor het oproepen van een tolk en de kosten daarvan zou dragen. Aanbesteder O zou dus in die gevallen als enige opdrachtgever hebben te gelden, althans zo begrijpt ondernemer het standpunt van de inkoopende instantie.
- 4.2.3. Dit standpunt berust, volgens ondernemer, op een misvatting. Anders dan de inkoopende instantie meent, is Aanbesteder O namelijk niet in alle 'strafzaken' verantwoordelijk voor het oproepen van een tolk. Op grond van artikel 191 lid 1 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) is bij verhoren bij de rechter-commissaris de rechter-commissaris zelf verantwoordelijk voor het oproepen van een tolk. Deze tolkopdrachten vallen onder Tolkopdracht 5 zoals beschreven in bijlage 10 bij het Beschrijvend Document. Ten aanzien van Tolkopdracht 5 is dus in elk geval sprake van het samenvoegen van tolkopdrachten van Aanbesteder R met tolkopdrachten van Aanbesteder O, die bijvoorbeeld verantwoordelijk is voor het oproepen van een tolk bij strafzittingen (Tolkopdrachten 1, 2 en 3).
- 4.2.4. Het voorgaande wordt bevestigd in bijlage 10a bij het Beschrijvend Document, dat een cijfermatig overzicht bevat van door Aanbesteder O en Aanbesteder R in het verleden verstrekte tolkopdrachten. Hieruit blijkt dat Aanbesteder R in 2019 een substantieel aantal van 4.101 tolkopdrachten heeft verstrekt. Als, zoals de inkoopende instantie beweert, Aanbesteder O in alle strafzaken opdrachtgever zou zijn voor tolkopdrachten, is dit aantal niet te verklaren.
- 4.2.5. Het samenvoegen van tolkopdrachten van Aanbesteder O en Aanbesteder R houdt niet op bij Tolkopdracht 5. De inkoopende instantie erkent dat ten aanzien van Tolkopdracht 7 (overige activiteiten) sprake is van het samenvoegen van tolkopdrachten van Aanbesteder O en Aanbesteder R. Om die reden heeft de inkoopende instantie Tolkopdracht 7 uit de Opdracht gehaald. Tolkopdracht 4 bevat echter net als Tolkopdracht 7 tolkopdrachten in niet-strafzaken ('Tolkwerkzaamheden bij niet-strafrecht-zittingen etc. van Aanbesteder R (als civiele zaken (ook kantonzaken), bestuursrechtelijke zaken, kort gedingen) klein volume, zeer uiteenlopende zaken'). Het gaat hier om tolkopdrachten van (in elk geval) Aanbesteder R. Ook op dit punt is dus sprake van het samenvoegen van tolkopdrachten van Aanbesteder O en Aanbesteder R.
- 4.2.6. De inkoopende instantie stelt in de derde nota van inlichtingen dat op dit punt geen sprake zou zijn van het samenvoegen van opdrachten, omdat "deze werkzaamheden (...) al tientallen jaren gezamenlijk (worden) opgedragen." Wat de inkoopende instantie hiermee precies bedoelt is ondernemer niet duidelijk. Dat de betreffende tolkopdrachten al langere tijd gezamenlijk worden ingekocht, betekent, naar zijn mening, in elk geval niet dat geen sprake is van het samenvoegen van opdrachten.
- 4.3. Klachtonderdeel 2
- 4.3.1. Klachtonderdeel 2 betreft de door aanbesteder verstrekte motivering. Bij de motivering van een samenvoeging moet acht worden geslagen op drie aspecten (artikel

1.5 Aw 2012): (i) de samenstelling van de relevante markt en invloed van de samenvoeging op voldoende toegang tot de opdracht voor het MKB, (ii) de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor aanbesteder en ondernemer en (iii) de mate van samenhang van de opdrachten.

(i) samenstelling relevante markt en toegang MKB

- 4.3.2. Ondernemer acht de analyse van de inkopende instantie te grofmazig, waardoor de analyse niets zou zeggen over toegang tot de opdracht: de inkopende instantie heeft aanbestedingen met referentie-eisen variërend van 100 tot 70.000 tolkopdrachten geanalyseerd. Ondernemer heeft in de periode waarop de analyse betrekking had ook ingeschreven op aanbestedingen van tolkdiensten. Kennelijk rekent de inkopende instantie de ondernemer ook tot ondernemingen die toegang hebben tot de Opdracht. Door het samenvoegen van tolkopdrachten van Aanbesteder O en Aanbesteder R is dit echter, gelet op de gestelde kerncompetenties, niet het geval.

(ii) organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging

- 4.3.3. Inkopende instantie stelt dat directe samenhang bestaat tussen de werkzaamheden en dat landelijk dient te worden geborgd dat in het kader van consistentie van de uitvoering, zaken van A tot Z door dezelfde tolk kunnen worden uitgevoerd. Deze opmerking acht ondernemer moeilijk te volgen. Onduidelijk is volgens hem waarom samenvoeging noodzakelijk is voor het bereiken van de gewenste consistentie in de uitvoering. Ondernemer vraagt waarom bijvoorbeeld niet kan worden volstaan met het hanteren van vergelijkbare voorwaarden? In dit verband wijst ondernemer erop dat vertaaldiensten (dus niet: tolkdiensten) voor Aanbesteder O en Aanbesteder R ook zijn samengevoegd, maar de opdracht vervolgens wel is opgedeeld in vier percelen, waarbij een indeling in regio's heeft plaatsgehad.
- 4.3.4. Ondernemer stelt dat in advies 680 (ov. 4.4.10) al terecht korte metten is gemaakt met het door inkopende instantie genoemde argument om tolkopdrachten zoveel mogelijk door dezelfde tolk te laten uitvoeren. Net als in de zaak waarop dat advies betrekking had, zijn in de (gewijzigde) aanbestedingsstukken geen eisen opgenomen aan de inzet van dezelfde tolk voor Aanbesteder O en Aanbesteder R. Ondernemer kan de wens moeilijk plaatsen, aangezien het in de praktijk niet of zelden voorkomt dat Aanbesteder O en Aanbesteder R dezelfde tolk wordt ingezet. Uit oogpunt van veiligheid zijn, volgens ondernemer, overigens vraagtekens bij een dergelijke wens te plaatsen. Een vaste tolk zou onder druk kunnen worden gezet om als boodschapper met de buitenwereld te fungeren.
- 4.3.5. Voorts stelt ondernemer dat in de motivering niet concreet wordt ingegaan op de organisatorische gevolgen van de samenvoeging van opdrachten voor de ondernemer in de uitvoeringsfase.

(iii) Mate van samenhang

- 4.3.6. Tolkopdrachten van Aanbesteder O en Aanbesteder R vertonen samenhang in die zin dat het gaat om gelijksoortige opdrachten die onder dezelfde CPV-code vallen. Daarmee is het samenvoegen van opdrachten echter nog niet gerechtvaardigd, meent ondernemer. Ondernemer stelt dat de mate van samenhang vooral een belangrijke rol speelt bij de beslissing om opdrachten samen te voegen, wanneer de samen te voegen opdrachten ongelijksoortig zijn en het samenvoegen duidelijk meerwaarde kan hebben, bijvoorbeeld omdat de te verrichten werkzaamheden in elkaar grijpen (ondernemer geeft als voorbeeld: renovatie en onderhoud van apparatuur).

- 4.3.7. Ondernemer begrijpt uit de motivering dat Aanbesteder O en Aanbesteder R een planningsbureau voor tolkdiensten delen. Zonder toelichting kan dit het samenvoegen van de tolkopdrachten van beide organisaties niet rechtvaardigen, aldus ondernemer. Ondernemer wijst er in dit verband op dat Aanbesteder O en Aanbesteder R op dit moment geen contract hebben met een tolkenbemiddelaar en het planningsbureau dus elke keer zelf rechtstreeks een tolk inhuurt. Mede in dit licht valt, volgens ondernemer, niet in te zien waarom het planningsbureau geen gebruik zou kunnen maken van meerdere tolkenbemiddelaars. Hiermee zou de afhankelijkheid van een bepaalde tolkenbemiddelaar afnemen.

5. Onderbouwing van het advies

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 22 december 2022 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).

Klachtonderdeel 1

Eén of twee aanbestedende diensten?

- 5.2. De klacht ziet op de samenvoeging van de opdrachten voor tolkdienstverlening van Aanbesteder O met de opdrachten van Aanbesteder R. Het is de vraag of Aanbesteder O en Aanbesteder R, beide onderdeel van de Staat, moeten worden gezien als twee afzonderlijke aanbestedende diensten of als twee onderdelen van dezelfde aanbestedende dienst.
- 5.2.1. Aanbesteders, de inkoopende instantie en het klachtenmeldpunt hebben de stelling van ondernemer dat sprake is van twee afzonderlijke aanbestedende diensten niet bestreden. Hoewel die stelling van ondernemer omstreden is (zie Rechtbank Den Haag 24 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:316, r.o. 4.8 met een verwijzing naar een uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg, bekrachtigd door Gerechtshof Den Haag 12 mei 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:898, Voorzieningenrechter rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht 21 december 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:6158, r.o. 3.14 t/m 3.16 en zie Advies 198 ov. 5.3 – 5.6), heeft de Commissie daarom tot uitgangspunt genomen dat Aanbesteder O en Aanbesteder R moeten worden gezien als afzonderlijke aanbestedende diensten.

Toetsingskader

- 5.3. De Commissie gaat daarmee over tot inhoudelijke behandeling van de klacht. Voor het relevante toetsingskader verwijst de Commissie naar ov. 4.3.1 – 4.3.15 van Advies 680.

Bevindingen Commissie

- 5.4. Dit eerste klachtonderdeel betreft in wezen de vraag of, zoals ondernemer stelt, sprake is van een samenvoeging van opdrachten van Aanbesteder O en Aanbesteder R, of dat sprake is van één opdracht, zoals aanbesteders stellen.
- 5.5. In navolging van het klachtenmeldpunt hebben aanbesteders zich bij derde nota van inlichtingen op het standpunt gesteld dat sprake is van één opdracht, omdat (i) wettelijk is vastgelegd dat Aanbesteder O verantwoordelijk is voor het oproepen van tolken bij strafprocedures maar ook voor de financiering van de opgeroepen tolken. Tolkdiensten ten behoeve van bestuursrechtelijke en civielrechtelijke

werkzaamheden zouden ook tot één en dezelfde opdracht behoren, omdat (ii) deze werkzaamheden al tientallen jaren gezamenlijk worden opgedragen.

- 5.6. Ondernemer bestrijdt niet dat dat wettelijk is vastgelegd dat Aanbesteder O verantwoordelijk is voor het oproepen en financieren van tolken voor strafprocedures. Ondernemer bestrijdt evenmin dat de verantwoordelijkheid van Aanbesteder O voor het oproepen en financieren van tolken ten behoeve van Aanbesteder R kan maken dat sprake is van één opdracht. Ondernemer stelt echter dat het oproepen en financieren van tolken binnen de onderhavige opdracht niet altijd onder de verantwoordelijkheid valt van Aanbesteder O, omdat niet alle uitgevraagde dienstverlening ziet op strafprocedures. Tolkdienstverlening ten behoeve van Aanbesteder R die *niet* onder de verantwoordelijkheid van Aanbesteder O valt, kan daarom niet op grond van de verantwoordelijkheid van Aanbesteder O worden beschouwd als één opdracht.
- 5.7. Het argument dat aanbesteders aandragen voor de stelling dat sprake is van één opdracht, voor zover de tolkdienstverlening niet onder de verantwoordelijkheid valt van Aanbesteder O (ondernemer wijst op Tolkdienstverlening 4 en 5), is daarmee beperkt tot het tweede argument: (ii) deze werkzaamheden worden al tientallen jaren gezamenlijk opgedragen. Met ondernemer is de Commissie van oordeel dat dat argument op zichzelf onvoldoende is voor het oordeel dat sprake is van één opdracht.
- 5.8. Aanbesteders hebben de stelling dat sprake is van één opdracht echter niet nader onderbouwd. De Commissie neemt daarom tot uitgangspunt dat, voor zover de dienstverlening niet onder de verantwoordelijkheid van Aanbesteder O valt, sprake is van de samenvoeging van verschillende opdrachten.
- 5.9. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond** en gaat over tot behandeling van het tweede klachtonderdeel.

Klachtonderdeel 2

Toetsingskader

- 5.10. De Commissie leest artikel 1.5 lid 2 Aw 2012 aldus dat de wetgever aanbestedende diensten instrueert, alvorens opdrachten samen te voegen, acht te slaan op de volgende aspecten:
- a. de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB;
 - b. de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst (...) en de ondernemer; en
 - c. de mate van samenhang van de opdrachten.
- 5.11. Van een onnodige samenvoeging is sprake wanneer de uitvoering van de hiervoor bedoelde instructie door de aanbestedende dienst een resultaat oplevert dat de beslissing tot samenvoegen niet zal kunnen dragen. Het resultaat van de uitvoering van de instructie moet blijken uit de motivering waarmee een aanbestedende dienst de beslissing tot samenvoegen – gelet op diens motiveringsplicht van artikel 1.5 lid 2 Aw 2012 – moet onderbouwen. Of en in hoeverre de motivering een beslissing kan dragen, moet worden getoetst aan de beginselen die op grond van afdeling 1.2.2 Aw 2012 op de onderhavige aanbesteding van toepassing zijn. Dat betekent in ieder geval dat de gegeven motivering objectieve, proportionele en voldoende duidelijke gronden voor de samenvoeging moet bevatten (voor een nadere uitwerking van het toetsingskader verwijst de Commissie naar Advies 680, ov. 4.3.1 – 4.3.15).

Bevindingen Commissie

(i) samenstelling relevante markt en toegang MKB

- 5.12. Ondernemer klaagt dat het onderzoek van aanbesteders niets zegt over toegang tot de opdracht: in het onderzoek is ondernemer kennelijk gerekend als partij die zou kunnen inschrijven op de opdracht, terwijl hij dat in werkelijkheid niet kan door de gestelde kerncompetenties. Aanbesteders hebben hier niet op gereageerd. Onder die omstandigheden moet de Commissie het ervoor houden dat ondernemer in het onderzoek van aanbesteders ten onrechte is beschouwd als partij die aan de onderhavige aanbesteding zou kunnen deelnemen.
- 5.13. Dat het onderzoek van aanbesteders op dit punt een gebrek bevat, rechtvaardigt nog niet de conclusie dat het onderzoek van aanbesteders niets zou zeggen over toegang tot de opdracht. De Commissie overweegt dat uit de gegeven motivering blijkt dat aanbesteders acht hebben geslagen op de samenstelling van de relevante markt en de toegang van het MKB tot de opdracht, partijen verschillen alleen van inzicht over de deugdelijkheid van het uitgevoerde onderzoek. De Commissie begrijpt dat ondernemer veronderstelt dat aanbesteders niet alleen hem ten onrechte hebben meegerekend, maar mogelijk ook andere ondernemers. Daardoor zou het onderzoek zijn betekenis verliezen: waar aanbesteders ervan uitgaan dat zes ondernemers kunnen inschrijven, moet dat getal hoe dan ook naar beneden worden bijgesteld tot vijf, maar mogelijk tot minder. Dat zou betekenen dat uit het onderzoek niet kan worden afgeleid of na de samenvoeging nog voldoende toegang is tot de opdracht voor bedrijven uit het MKB.
- 5.14. De Commissie overweegt dat ondernemer de stelling dat het onderzoek *niets* zegt over toegang tot de opdracht onvoldoende concreet heeft onderbouwd. Het is inderdaad denkbaar dat minder dan vijf partijen toegang hebben tot de opdracht, maar eveneens is denkbaar dat de resterende vijf partijen wel toegang hebben tot opdracht. Het onderzoek blijkt ten aanzien van één partij wellicht gebrekkig, maar ondernemer heeft niet gesteld of onderbouwd dat het onderzoek eveneens gebrekkig is ten aanzien van andere partijen. Onder die omstandigheden acht de Commissie het oordeel dat het onderzoek niets zou zeggen over toegang tot de opdracht te streng. Het onderzoek vertoont kennelijk een gebrek, maar aanbesteders lijken niettemin voldoende acht te hebben geslagen op de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB.

(ii) organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging

- 5.15. Ondernemer klaagt dat voor consistentie van de uitvoering, wat wil zeggen dat zaken van A tot Z door dezelfde tolk worden uitgevoerd, samenvoeging niet noodzakelijk is. Die consistentie kan ook op andere wijze worden bereikt. Ondernemer verwijst in dat verband naar overweging 4.4.10 van Advies 680. Hoewel die overweging het oog had op een andere aanbesteding, geldt het daar overwogene hier evenzeer, volgens ondernemer. In Advies 680 overwoog de Commissie, samengevat, dat de samenvoeging hoofdzakelijk berustte op een behoefte aan consistentie in de uitvoering (één tolk voor het gehele traject), maar die consistentie niet werd geborgd door opdrachtverstrekking aan één intermediair. In de scope van de opdracht werd niet vermeld dat de selectie en levering van *dezelfde tolk* gedurende het gehele traject van belang was. Daarom concludeerde de Commissie dat de motivering van de samenvoeging hoofdzakelijk berustte op een belang dat buiten de scope van de opdracht viel (één tolk voor het gehele traject) en dat de motivering de samenvoeging daarom niet kon dragen. Ondernemer stelt dat, net als in de zaak waarop Advies 680 betrekking had, de samenvoeging hoofdzakelijk berust

op een behoefte aan consistentie in de uitvoering en in de aanbestedingsstukken geen eisen zijn opgenomen aan de inzet van dezelfde tolk voor Aanbesteder O en Aanbesteder R.

5.16. Aanbesteder heeft niet op deze stellingen van ondernemer gereageerd. Onder die omstandigheden ziet de Commissie geen reden af te wijken van haar eerdere overweging uit Advies 680. Omdat de samenvoeging hoofdzakelijk berust op een belang dat buiten de scope van de opdracht valt, kan de motivering de samenvoeging niet dragen.

5.17. Daarmee acht de Commissie het tweede klachtonderdeel **gegrond**.

Ten overvloede: (iii) Mate van samenhang

5.18. Ten overvloede gaat de Commissie nog in op het derde aspect van de motivering voor de samenvoeging. Ondernemer klaagt dat de opdrachten voor beide aanbesteders weliswaar samenhang vertonen in die zin dat het gelijksoortige opdrachten zijn die onder dezelfde CPV-code vallen, maar dat die samenhang het samenvoegen van de opdrachten nog niet rechtvaardigt.

5.19. De Commissie overweegt dat aanbestedende diensten bij de samenvoeging van opdrachten acht moeten slaan op de samenhang tussen de opdrachten, wat niet betekent dat de samenhang tussen de opdrachten de samenvoeging zou moeten rechtvaardigen. Het is niet uitgesloten dat aanbestedende diensten op andere gronden kiezen voor een samenvoeging. Ook als op andere gronden wordt gekozen voor samenvoeging, is de samenhang nog steeds één van de aspecten waarop acht moet worden geslagen. Ondernemer klaagt niet dat aanbesteders geen acht hebben geslagen op de samenhang, maar dat de motivering ten aanzien van de samenhang de samenvoeging niet kan dragen. De Commissie acht de toets die ondernemer daarmee wenst toe te passen op de gegeven motivering ten aanzien van dit aspect te streng. De Commissie overweegt dat de motivering in zijn geheel de samenvoeging van opdrachten moet kunnen dragen en dat niet nodig is dat de motivering voor ieder afzonderlijk aspect op zichzelf de samenvoeging moet kunnen dragen.

6. Advies

De Commissie acht beide klachtonderdelen **gegrond**.

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

Den Haag, 5 maart 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Mr. M.C. Pinto

Voorzitter

Vicevoorzitter