

DE BRAUW
BLACKSTONE
WESTBROEK

Tweede Kamer der Staten-Generaal
Vaste commissie voor Justitie en Veiligheid
t.a.v. de griffier mr. A.E.A.J. Hessing-Puts
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Claude Debussylaan 80
Postbus 75084
1070 AB Amsterdam

T +31 20 577 1771
F +31 20 577 1775

Datum 17 april 2020

mr. N.H. van den Biggelaar – parlementair advocaat

Onze ref. M34502641/1/20719507/BV

mr. R. van Tricht – advocaat

mr. A.C.M. Vos – advocaat

Betreft: Beoordeling aanbestedingsplicht tolk- en vertaaldiensten

Geachte mevrouw Hessing-Puts,

1 INLEIDING

1.1 Aanleiding voor dit advies

1.1.1 De Rijksoverheid is een grote afnemer van tolk- en vertaaldiensten.¹ Ongeveer de helft van deze tolk- en vertaaldiensten wordt momenteel door de Rijksoverheid aanbesteed. De minister van Justitie en Veiligheid (hierna: de "**Minister**") kondigde in zijn brief van 13 november 2018 aan dat de Rijksoverheid in de toekomst alle tolk- en vertaaldiensten zal aanbesteden, mede gelet op de verplichtingen die volgen uit (nieuwe) Europese regelgeving. De Tweede Kamer heeft ons een aantal concrete aanbestedingsrechtelijke vragen voorgelegd over de voorgenomen aanpak van de Minister. De kernvraag van de Tweede Kamer is als volgt: "*In hoeverre biedt de huidige aanbestedingsrichtlijn ruimte voor de Minister af te wijken van zijn huidige aanpak inzake het inschakelen van tolken en vertalers?*"

¹ Brief van de Minister van 13 november 2018, *Kamerstukken II* 29 936, nr. 43.

- 1.1.2 Een samenvatting van ons advies is te vinden in paragraaf 1.2. In die paragraaf zijn de concreet gestelde vragen en onze korte beantwoording daarvan opgenomen. Voor het juridisch kader en onze juridische analyse verwijzen wij naar paragraaf 2. Een samenvattende conclusie is opgenomen in paragraaf 3.
- 1.1.3 Wij merken vooraf op dat op het moment van het schrijven van dit advies nog niet duidelijk was hoe de Minister de beoogde aanbesteding van tolk- en vertaaldiensten precies voor zich ziet, in het bijzonder welke rol bemiddelingsbureaus in dat kader in de toekomst zullen spelen.² Aan beantwoording van de kernvraag van de Tweede Kamer heeft dat echter niet in de weg gestaan. Zodra daarover meer duidelijk is, kan een aantal aan de kernvraag ten grondslag liggende zorgen naar ons oordeel beter door de Tweede Kamer worden beoordeeld.

1.2 Vragen en antwoorden

Kernvraag: *"In hoeverre biedt de huidige aanbestedingsrichtlijn ruimte voor de Minister af te wijken van zijn huidige aanpak inzake het inschakelen van tolken en vertalers?"*

Antwoord: Wij stellen voorop dat het kort gezegd aan de Rijksoverheid is om te bepalen hoe zij wil voorzien in de vervulling van haar taken. Zij kan ervoor kiezen om ofwel een bepaalde activiteit zelf in huis uit te voeren ofwel voor de uitvoering van die activiteit een marktpartij in te schakelen. Als de Rijksoverheid ervoor kiest om een activiteit zelf uit te voeren, is geen sprake van een opdracht in de zin van de Aanbestedingswet en zijn de aanbestedingsregels niet van toepassing. Als de Rijksoverheid wel een marktpartij wil inschakelen voor de uitvoering van een bepaalde activiteit, komt het aanbestedingsrecht in beeld en moet worden beoordeeld of de opdracht waar het om gaat aanbestedingsplichtig is. Het voorgaande geldt ook voor tolk- en vertaaldiensten. De Rijksoverheid kan ervoor kiezen om die diensten intern te organiseren door bijvoorbeeld tolken en vertalers in dienst te nemen, of binnen de Rijksoverheid de activiteiten voor het plannen en inzetten van tolken en vertalers te organiseren. De Rijksoverheid kan er ook voor kiezen om zulke diensten in te kopen en daarvoor opdrachten in de markt te plaatsen. In het laatste geval zal moeten worden beoordeeld of de concrete opdracht die de Rijksoverheid wil plaatsen aanbestedingsplichtig is. Wij concluderen dat tolk- en vertaaldiensten als zodanig niet (meer) zijn uitgezonderd van de reguliere aanbestedingsregels. Dat betekent dat als de waarde van een concrete opdracht voor tolk- en vertaaldiensten de toepasselijke Europese aanbestedingsdrempel overstijgt (zie randnummer 2.2.4), zal de opdracht in principe Europees moeten worden aanbesteed. Op de

² Het ministerie van Justitie en Veiligheid heeft wel een vooraankondiging gedaan met betrekking tot de beoogde aanbestedingen: <https://eu.eu-supply.com/ctm/Supplier/PublicTenders/ViewNotice/244696>. De vooraankondiging geeft slechts een schets op hoofdlijnen van de beoogde aanpak en vermeldt ook dat de aanpak nog verder zal worden uitgewerkt.

aanbestedingsplicht bestaan uitzonderingen, maar daarop zal slechts in bijzondere omstandigheden een beroep kunnen worden gedaan. Het gaat dan bijvoorbeeld om de situatie waarin vanwege niet-voorzienbare dwingende spoed het niet mogelijk is om een volwaardige aanbestedingsprocedure te doorlopen. De Europese aanbestedingsregels bieden de Minister verschillende mogelijkheden om aanbestedingen in te richten en daarmee ook de realisatie van beleidsdoelstellingen na te streven. Dat betreft bijvoorbeeld (a) de eisen die aan die inschrijvers en de opdracht worden gesteld, (b) de wijze waarop wordt bepaald aan welke inschrijver(s) de opdracht zal worden gegund (zoals hoeveel belang bij de selectie van de winnende inschrijver wordt gehecht aan de verhouding tussen kwaliteit en prijs), en (c) de mogelijkheid om voorwaarden te verbinden aan de uitvoering van de opdracht. Daarnaast geeft de Wet beëdigde tolken en vertalers de Minister de mogelijkheid om onafhankelijk van de aanbesteding nadere eisen te stellen.

Vraag 1: *"Is aanbesteding Europeesrechtelijk verplicht, hangt dit af van hoe dit georganiseerd is, of zijn er alternatieven (zoals dit als publieke dienst aanmerken, of inbesteden) denkbaar?"*

Antwoord: Er geldt, in beginsel, geen aanbestedingsplicht als de Rijksoverheid een bepaalde dienst intern uitvoert. Indien de Rijksoverheid een marktpartij wil inschakelen om haar bepaalde diensten te leveren, dan zal sprake zijn van een opdracht die valt onder de aanbestedingsregels en moet worden aanbesteed. Een opdracht moet Europees worden aanbesteed als (i) de opdrachtverlener een "aanbestedende dienst" is, (ii) er sprake is van een "overheidsopdracht" en (iii) de waarde van de overheidsopdracht een bepaalde drempelwaarde overschrijdt. Er bestaan uitzonderingen op de Europese aanbestedingsplicht, maar geen uitzonderingen waarop met betrekking tot tolk- en vertaaldiensten in het algemeen een beroep kan worden gedaan. De wijze van opdrachtverlening kan van invloed zijn op de vraag of een bepaalde opdracht wel of niet moet worden aanbesteed. Wij lichten dit nader toe in paragraaf 2.2.

Vraag 2: *"Zo ja, welke ruimte biedt het Europese recht bij de precieze invulling van die aanbesteding? Zijn er andere mogelijkheden dan het voorstel van de minister van Justitie (zie Algemeen overleg van 19 februari 2020)? (De minister zegt in het algemeen overleg dat er sinds 2016 geen verlicht aanbestedingsmogelijkheid meer is.)"*

Antwoord: Als sprake is van een Europese aanbestedingsplicht, dan gelden procedureregels om te borgen dat iedere inschrijver op gelijke wijze voor gunning van de opdracht in aanmerking kan komen. De aanbestedende dienst heeft daarbij de mogelijkheid om onder meer eisen te stellen aan de geschiktheid van inschrijvers en de door hen te verrichten diensten. Ook is het aan de aanbestedende dienst om te bepalen aan de hand van welke gunningscriteria

wordt bepaald aan wie de opdracht wordt gegund. De aanbestedende dienst is daarbij steeds verplicht om de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid, objectiviteit, transparantie en proportionaliteit na te leven. Wij verwijzen hiervoor naar paragraaf 2.5. Onder de oude Europese regels waren tolk- en vertaaldiensten onderworpen aan een verlicht regime. Met de invoering van Richtlijn 2014/24 vallen zij echter niet meer onder deze uitzondering. Wij verwijzen naar paragraaf 2.9.

Vraag 3: *"Welke mogelijkheden zijn er om binnen de EU uitstel en of dispensatie te krijgen van de verplichting tot aanbesteding?"*

Antwoord: Lidstaten waren verplicht om Richtlijn 2014/24 uiterlijk 18 april 2016 om te zetten naar nationaal recht. Het was slechts voor enkele artikelen in de Richtlijn mogelijk om deze op een later moment om te zetten. De betreffende artikelen zijn in dit geval niet van toepassing en bovendien zijn de data voor implementatie verstreken. Los daarvan voorziet de Richtlijn niet in de mogelijkheid om dispensatie te verkrijgen van de Europese aanbestedingsplicht. Wij verwijzen naar paragraaf 2.8.

Vraag 4: *"Is het mogelijk om ten aanzien van bepaalde kavels in de aanbesteding een uitzondering te maken, bijvoorbeeld gelet op het specifieke karakter wellicht van de tolk- en vertaaldiensten (omdat dat wellicht soort van juridische dienst is of anderszins onder een uitzondering is te scharen) of gelet op de waarde zijn er kleinere onderdelen altijd uit te zonderen (via de percelenregeling). Biedt de zogenaamd percelenregeling uitkomst om in deze situatie tot een andere oplossing te komen?"*

Antwoord: Een opdracht hoeft alleen Europees te worden aanbesteed als de waarde daarvan de toepasselijke drempelwaarde overstijgt. Een opdracht die onder de drempelwaarde blijft, is dus in principe niet (Europees) aanbestedingsplichtig.³ Een opdracht mag niet worden gesplitst in (deel)opdrachten uitsluitend met het doel om deze buiten het toepassingsgebied van de Europese aanbestedingsplicht te brengen. De wijze waarop een opdracht wordt geformuleerd, is dus relevant voor de vraag of die specifieke opdracht aanbestedingsplichtig is. Zo ligt voor de hand dat de waarde van een individuele opdracht voor een overzichtelijke vertaling of kortdurende tolkenbijstand die aan een ZZP-er wordt gegund onder de drempelwaarde blijft en dus niet Europees aanbestedingsplichtig is. Naarmate de tolk- en vertaaldiensten op grotere schaal

³ Het Unierecht brengt mee dat een aanbestedende dienst bij de gunning van een opdracht met een waarde onder de drempel maar met een duidelijk grensoverschrijdend belang een passende mate van openbaarheid moet garanderen. Dat betekent dat een vorm van voorafgaande bekendmaking moet worden gedaan zodat geïnteresseerde ondernemingen in andere lidstaten hun belangstelling kunnen tonen. De vraag of bij tolk- en vertaaldiensten sprake kan zijn van een dergelijk grensoverschrijdend belang laten we hier verder rusten.

gecombineerd worden ingekocht, zal de waarde van de totale opdracht toenemen en de drempelwaarde kunnen overstijgen.

Het is daarnaast mogelijk om een opdracht op te splitsen in een aantal onderdelen, ook wel "*percelen*" genoemd. Bij het bepalen of de waarde van een opdracht de drempelwaarde voor de Europese aanbestedingsplicht overstijgt, moet worden gekeken naar de totale waarde van alle percelen gezamenlijk. Als de totale waarde van de percelen binnen een opdracht de toepasselijke aanbestedingsdrempel overschrijdt, zal de opdracht moeten worden aanbesteed. Het splitsen van een overheidsopdracht in meerdere percelen brengt mee dat meerdere dienstverleners kans maken op gunning van een of meer van de percelen waaruit de opdracht bestaat. Wij lichten dit nader toe in paragraaf 2.3.

Vraag 5: *"Welke voorwaarden kunnen binnen de aanbesteding nog worden gesteld om het daadwerkelijk ontstaan van een gezonde marktsituatie met voldoende waarborgen voor de kwaliteit te bewerkstelligen? Welke eisen kunnen worden gesteld, anders dan laagste prijs, aan de partijen die de diensten gaan leveren: bijv. veiligheidsscreening, monitoring, kwaliteit van de tolken en vertalers, reiskostenvergoeding, scholing, etc.?"*

Antwoord: Bij de aanbesteding kan de aanbestedende dienst in de eerste plaats geschiktheidseisen hanteren om te bepalen welke inschrijvers in aanmerking komen voor de uitvoering van de opdracht. Deze geschiktheidseisen kunnen betrekking hebben op de technische bekwaamheid, de beroepsbevoegdheid en de financiële geschiktheid van de betreffende inschrijver. De aanbestedende dienst kan in de tweede plaats eisen stellen aan de inschrijving zelf, de zogeheten gunningscriteria. De aanbestedende dienst moet de overheidsopdracht gunnen aan de inschrijver die de economisch meest voordelige inschrijving doet. De hoofdregel is dat de inschrijvingen worden getoetst op basis van de beste prijs-kwaliteit verhouding. In dat verband kan de aanbestedende dienst bijvoorbeeld meer waarde koppelen aan de kwaliteit van de te verlenen dienst dan de prijs daarvan. Wij verwijzen naar paragraaf 2.7.6 e.v. waarin wij dit nader uiteen zetten.

Vraag 6: *"In welk formaat batches kunnen de diensten worden aanbesteed? Kan het bijvoorbeeld per taal worden aanbesteed? Of per rechtsgebied? Hoe kan er voor gezorgd worden dat er kleine partijen aan mee kunnen doen?"*

Antwoord: Er gelden geen specifieke regels over de omvang van een opdracht of de percelen daarbinnen. Vertrekpunt is dat overheidsopdrachten niet mogen worden gesplitst uitsluitend met het doel om deze buiten het toepassingsgebied van de Europese aanbestedingsregels te laten. Het is tegelijkertijd evenmin toegestaan om overheidsopdrachten onnodig samen te voegen. Met inachtneming van deze regels is het dus mogelijk om bijvoorbeeld opdrachten te

plaatsen die betrekking hebben op een bepaalde taal of een bepaalde dienst (bijvoorbeeld alleen tolkdiensten). Wij verwijzen naar paragraaf 2.3.3.

Vraag 7: *"Op welke wijze kan de structuur van de aanbesteding (eisen, gunningcriteria etc.) borgen dat de tolken en vertalers tegen een redelijke vergoeding hun diensten kunnen aanbieden al dan niet via de bemiddelingsbureaus?"*

Antwoord: Zie onder andere ons antwoord op vraag 5. De aanbestedende dienst moet de overheidsopdracht gunnen aan de inschrijver die de economisch meest voordelige inschrijving doet. De hoofdregel is een toets op basis van de beste prijs-kwaliteit verhouding. De aanbestedende dienst kan de opdracht ook aanbesteden op basis van de laagste prijs of laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, maar moet die keuze in dat geval wel kunnen motiveren. Wij begrijpen uit de Kamerstukken dat de Minister van plan is om minimumtarieven in te stellen voor bepaalde tolk- en vertaaldiensten binnen het J&V domein. De tarieven staan in zoverre los van de vraag of en hoe opdrachten voor tolk- en vertaaldiensten worden aanbesteed.

Vraag 8: *"Op welke wijze kan de aanbesteding goed borgen dat de betreffende tolken en vertalers goede/fatsoenlijke arbeidsvoorwaarden hebben en de bemiddelingsbureaus toegevoegde waarde leveren voor hun bemiddeling en daaraan gerelateerde fees?"*

Antwoord: Zie onder andere ons antwoord op vraag 5 en vraag 7. In het kader van de aanbesteding kan de aanbestedende dienst de eerder genoemde gunningscriteria hanteren om op objectieve wijze de meest geschikte inschrijving te selecteren. Bovendien kan een aanbestedende dienst bijzondere (uitvoerings)voorwaarden voorschrijven die de winnende inschrijver zal moeten naleven, bijvoorbeeld op het gebied van sociale- en arbeidsvoorwaarden. Dergelijke uitvoeringsvoorwaarden moeten in voldoende verband staan met het voorwerp van de opdracht waarop zij betrekking hebben. De inrichting van de aanbesteding kan op deze wijze de belangen borgen die de aanbestedende dienst relevant vindt, bijvoorbeeld ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden van de tolken en vertalers. Als de Rijksoverheid kiest voor de inschakeling van bemiddelingsbureaus, kan zij op deze manier ook eisen stellen aan de wijze waarop zulke bemiddelingsbureaus hun bemiddeling zullen uitvoeren.

Vraag 9: *"Juridische diensten zijn uitgezonderd van de aanbestedingsplicht (artikel 2.24 d en h Aanbestedingswet 2012). Er is ook een verlicht aanbestedingsregime voor zogenaamde "sociale en andere specifieke diensten". Tolken en vertalen wordt daar niet specifiek in genoemd, maar wel diverse overheidsgerelateerde diensten, juridische diensten, consulaire diensten etc. Zijn tolken en vertalers daar naar analogie toch niet onder te scharen? Is er een uitzondering te maken op de aanbestedingsplicht voor tolken en vertalers op*

basis van "sociale en andere specifieke diensten" waarvoor een verlicht aanbestedingsregime geldt of op basis van (het zijn van onderdeel van) juridische diensten die zijn uitgezonderd?"

Antwoord: Elke categorie overheidsopdrachten kent een eigen aanbestedingscode (CPV-code), waarmee kan worden bepaald welke aanbestedingsregels van toepassing zijn. Net als rechtskundige diensten en sociale diensten, hebben tolkdiensten en vertaaldiensten een eigen aanbestedingscode. Volgens vaste Europese rechtspraak geldt dat uitzonderingen op de aanbestedingsplicht strikt moeten worden geïnterpreteerd. Gezien het feit dat tolk- en vertaaldiensten expliciet worden onderscheiden van rechtskundige diensten, kan in onze visie de uitzondering voor rechtskundige diensten van artikel 2.24 sub h Aanbestedingswet, niet worden toegepast op tolk- en vertaaldiensten (wij verwijzen hiervoor naar paragraaf 2.4). Om diezelfde reden kwalificeren tolk- en vertaaldiensten in onze visie niet als zogeheten sociale diensten. Dat betekent dat tolk- en vertaaldiensten niet kunnen worden aanbesteed met toepassing van het verlichte aanbestedingsregime dat voor sociale diensten geldt (wij verwijzen hiervoor naar paragraaf 2.9).

Vraag 10: *"Ook uitgezonderd zijn een aantal taken waarvoor de overheid zelf zorg wil dragen, bijvoorbeeld sociale taken. Ook consulaire bijstand etc. Wat verhindert om ook tolken en vertalen in dat licht te zien?"*

Antwoord: Zie ook het antwoord op de vragen 1 en 9. Sociale diensten kennen een eigen en andere aanbestedingscode dan tolk- en vertaaldiensten. Daarom concluderen wij dat de uitzondering, die geldt voor bijvoorbeeld sociale diensten, niet geldt voor tolk- en vertaaldiensten. Het staat de Rijksoverheid overigens vrij om te bepalen of zij bepaalde taken wil uitbesteden of zelf wil uitvoeren, in dit laatste geval door bijvoorbeeld zelf tolken en vertalers in dienst te nemen. Als de Rijksoverheid ervoor kiest om bepaalde taken zelf uit te voeren, is een aanbesteding niet aan de orde. Wij verwijzen hiervoor naar paragrafen 2.1 en 2.4.7.

Vraag 11: *"Hoe is dit in Duitsland georganiseerd? In hoeverre houdt Duitsland zich nu niet aan de Europese regels, en welke gevolgen heeft dat?"*

Antwoord: Voor de beantwoording van deze vraag hebben wij het Duitse kantoor Hengeler Mueller gevraagd om een advies op hoofdlijnen. Op basis van dit advies is het niet aannemelijk dat Duitsland de Europese aanbestedingsregels voor tolk- en vertaaldiensten onjuist of onvolledig heeft geïmplementeerd. De praktische uitwerking en uitvoering kan per deelstaat verschillen, maar er zijn geen aanknopingspunten gevonden die erop wijzen dat de Europese aanbestedingsregels niet naar behoren zijn geïmplementeerd. Wij verwijzen naar paragraaf 2.10.

2 JURIDISCH KADER EN ANALYSE

2.1 Doel van de aanbesteding

- 2.1.1 Bij een aanbesteding maakt een aanbestedende dienst kenbaar dat zij een opdracht heeft waarvoor zij een *externe* partij wenst in te schakelen. Marktpartijen kunnen vervolgens hun interesse in de opdracht kenbaar maken, waarna de aanbestedende dienst bepaalt wie de opdracht mag uitvoeren.⁴
- 2.1.2 Het doel van het aanbestedingsrecht is, heel kort gezegd, om de markten voor overheidsopdrachten te reguleren door het waarborgen van concurrentie tussen de verschillende marktpartijen. De overheid zorgt met de aanbesteding ervoor dat alle inschrijvers een eerlijke kans krijgen om de opdrachten uit te voeren. Doordat inschrijvers met elkaar concurreren kan de overheid van die marktwerking profiteren (bijvoorbeeld door lagere prijzen of een hogere kwaliteit te bedingen).
- 2.1.3 Het is aan de overheid zelf om te bepalen hoe zij haar activiteiten wenst te organiseren en in hoeverre zij dat zelf doet of daarvoor marktpartijen inschakelt. De overheid kan ervoor kiezen om bepaalde activiteiten intern te organiseren en dus niet aan marktpartijen uit te besteden.⁵ Dat betekent in dit geval dat de Rijksoverheid er voor zou kunnen kiezen om bijvoorbeeld (1) zelf tolken en vertalers in dienst te nemen of (2) zelf te voorzien in de bemiddeling tussen tolken en vertalers en de overheidsinstanties die behoefte hebben aan tolk- en vertaaldiensten. Als de Rijksoverheid een dergelijke keuze maakt, staat het de Rijksoverheid vrij om te bepalen hoe zij de uitvoering van zulke diensten binnen haar organisatie vormgeeft.
- 2.1.4 Er zijn allerlei voorbeelden te geven waarin de Rijksoverheid ervoor heeft gekozen om een bepaalde activiteit zelf uit te voeren. Wij noemen als voorbeeld de schoonmaak van gebouwen van de Rijksoverheid. In 2016 heeft de Rijksoverheid de Rijksschoonmaakorganisatie ("**RSO**") opgericht onder verantwoordelijkheid van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De schoonmakers die bij de RSO in dienst zijn genomen zijn hierdoor rijksambtenaren geworden.⁶
- 2.1.5 Het aanbestedingsrecht komt alleen in beeld als de overheid ervoor kiest om een bepaalde activiteit niet in huis uit te voeren maar daarvoor opdrachten in de markt te plaatsen. De wijze waarop de overheid haar activiteiten wenst te organiseren vergt een beleidsmatige en politieke afweging. Wij richten ons in deze notitie

⁴ Het Expertisecentrum Aanbesteden (PIANOo) van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat biedt informatie over de verschillende fases in een aanbesteding. Wij verwijzen voor een overzicht hiervan naar de website van PIANOo: <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces>.

⁵ Richtlijn 2014/24 EU, considerans 5.

⁶ Zie ter illustratie Rechtbank Den Haag 24 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:316, r.o. 4.9.

slechts op de mogelijke juridische gevolgen van de keuze om marktpartijen in te schakelen.

2.2 Aanbestedingsplicht

2.2.1 Op aanbestedingen in Nederland is de Aanbestedingswet 2012 (hierna: de "**Aanbestedingswet**") van toepassing. De Aanbestedingswet implementeert diverse Europese richtlijnen die betrekking hebben op het aanbesteden van overheidsopdrachten. Voor aanbestedingen van de Rijksoverheid is met name EU Richtlijn 2014/24 (hierna: de "**Richtlijn**") relevant (zie artikelen 1, 4 en 5 van de Richtlijn). Niet voor elke overheidsopdracht hoeft een aanbesteding te worden georganiseerd. In principe is alleen sprake van een aanbestedingsplicht indien voldaan is aan de volgende drie vereisten:

- (i) de instelling die de opdracht verleent, is een "*aanbestedende dienst*" of "*gesubsidieerde instelling*";
- (ii) er is sprake van een "*overheidsopdracht*"; en
- (iii) de geraamde waarde van de opdracht overschrijdt de toepasselijke drempelwaarde.

Ad (i) Aanbestedende dienst

2.2.2 Op grond van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet kwalificeren als aanbestedende dienst: de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen. Tot de staat behoren alle organen of lichamen die zijn belast met wetgevende, uitvoerende of rechterlijke bevoegdheid, zoals ministeries, rijksdiensten, de Staten-Generaal en gerechtelijke instellingen.

Ad (ii) Overheidsopdracht

2.2.3 Op grond van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet is sprake van een overheidsopdracht als is voldaan aan de volgende vier vereisten:

- (a) er is sprake van een schriftelijke overeenkomst;⁷
- (b) aangegaan onder bezwarende titel;⁸

⁷ Een opdracht die louter een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag heeft, is geen overeenkomst. Zo bleek uit Rechtbank Den Haag 29 april 2008 ECLI:NL:RBSGR:2008:BD3221 dat een opdracht opgedragen door het toenmalige ministerie van VROM aan het CBS over de woningmarkt niet hoefde te worden aanbesteed omdat dit onder de wettelijke taak van het CBS viel (namelijk het verrichten van statistisch onderzoek).

⁸ Hierbij gaat het om een op geld waardeerbare tegenprestatie van de aanbestedende dienst.

- (c) gesloten tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten; en
- (d) die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.

Ad (iii) Drempelwaarde

2.2.4 Een opdracht hoeft alleen Europees te worden aanbesteed als de waarde van de opdracht de zogeheten drempelwaarde overstijgt. De drempelwaarden voor overheidsopdrachten voor diensten zijn op dit moment als volgt:

| Afkomst overheidsopdracht | Drempelwaarde (in EUR) ⁹ |
|---|-------------------------------------|
| Centrale overheidsinstanties ¹⁰ | 139.000 |
| Niet-centrale overheidsinstanties ¹¹ | 224.000 |

2.2.5 Als de waarde van een specifieke overheidsopdracht onder deze drempels blijft, hoeft dus reeds om die reden geen Europese aanbestedingsprocedure te worden gevolgd.

2.2.6 De Aanbestedingswet stelt ook bepaalde eisen aan het plaatsen van opdrachten die onder de drempelwaarde blijven, maar die eisen zijn veel minder stringent dan de eisen die gelden bij Europese aanbestedingen. Kort gezegd komt het erop neer dat de aanbestedende dienst verplicht is tot naleving van de algemene uitgangspunten die volgen uit het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel (artikel 1.12 lid 1 van de Aanbestedingswet), het transparantiebeginsel (artikel 1.12 lid 2 van de Aanbestedingswet) en het proportionaliteitsbeginsel (artikel 1.13 van de Aanbestedingswet).

2.3 Berekening van waarde overheidsopdracht en percelenregeling

2.3.1 Voor de berekening van de waarde van de overheidsopdracht met het oog op de toepassing van de drempelwaarde gelden regels. Daarbij moet gekeken worden naar de geraamde waarde van de overheidsopdracht op het tijdstip van verzending van de aankondiging van die overheidsopdracht of, indien niet in een aankondiging is voorzien, naar de waarde op het tijdstip waarop de procedure voor de gunning door de aanbestedende dienst wordt ingeleid (artikel 2.15 lid 1 van de Aanbestedingswet). Daarnaast moet de aanbestedende dienst haar

⁹ Zie artikel 4 van de Richtlijn in combinatie met artikel 1 van Verordening 2019/1827. Deze drempelwaardes worden om de twee jaar herzien door de Europese Commissie. De drempelwaardes die zijn opgenomen in de tabel zijn van toepassing per 1 januari 2020. Het gaat hier om de waarde van de overheidsopdracht exclusief btw.

¹⁰ Bijlage I bij de Richtlijn geeft een volledig overzicht van de centrale overheidsinstanties in Nederland. Hieronder vallen bijvoorbeeld de Immigratie en Naturalisatiedienst, het ministerie van Justitie en Veiligheid en de Dienst Terugkeer & Vertrek.

¹¹ Dit zijn aanbestedende diensten die geen centrale overheidsinstantie zijn.

berekening van de waarde van de overheidsopdracht baseren op de totale waarde, exclusief omzetbelasting, met inbegrip van opties en verlengingen van het contract zoals uitdrukkelijk vermeld in de aanbestedingsstukken (artikel 2.15 lid 2 van de Aanbestedingswet). Hierbij is niet relevant of op voorhand (on)zeker is of die opties en verlengingen daadwerkelijk door de aanbestedende dienst zullen worden ingeroepen.

- 2.3.2 Voorts geldt dat gekeken moet worden naar de waarde van een overheidsopdracht *per* aanbestedende dienst (wij verwijzen voor het begrip aanbestedende dienst naar paragraaf 2.2.2). Als een aanbestedende dienst uit meerdere operationele eenheden bestaat, dan wordt bij de bepaling van de waarde van de overheidsopdracht in beginsel de totale waarde van al deze eenheden betrokken (artikel 2.15a lid 1 van de Aanbestedingswet). Echter, indien de afzonderlijke operationele eenheden zelfstandig verantwoordelijk zijn voor hun aanbestedingen of bepaalde categorieën van aanbestedingen, dan mag de waarde van de overheidsopdracht worden bepaald op het niveau van de desbetreffende operationele eenheid (artikel 2.15a lid 2 van de Aanbestedingswet). Het is dus niet zo dat de waarde van afzonderlijke opdrachten met hetzelfde voorwerp (bijvoorbeeld: pennen) van verschillende operationele eenheden van een aanbestedende dienst steeds moeten worden meegenomen bij de toepassing van de drempelwaarden. De staat is bijvoorbeeld een aanbestedende dienst, maar kent allerlei operationele eenheden (zoals ministeries) die zelfstandig aanbestedingen organiseren.¹²
- 2.3.3 Het is mogelijk om een overheidsopdracht op te splitsen in een aantal onderdelen, ook wel "*percelen*" genoemd. De ratio hierachter is mede dat midden- en kleinbedrijven hierdoor meer kans maken om een opdracht gegund te krijgen. Een overheidsopdracht mag echter niet worden gesplitst uitsluitend met het doel om deze buiten het toepassingsgebied van de aanbestedingsregels te laten, tenzij objectieve redenen dit rechtvaardigen (artikel 2.14 van de Aanbestedingswet). Het is dus mogelijk om tolk- en vertaalopdrachten te splitsen in verschillende categorieën (bijvoorbeeld per taal of per soort dienst), mits dit niet met opzet wordt gedaan om aan de aanbestedingsplicht te ontkomen.¹³ Het is evenmin toegestaan om overheidsopdrachten onnodig samen te voegen, ook wel het clusterverbod genoemd (artikel 1.5 van de Aanbestedingswet).

¹² Voor zover de Rechtspraak en het Openbaar Ministerie als zelfstandige aanbestedende diensten kunnen worden beschouwd dan wel als operationele eenheden van de staat en zij zelfstandig verantwoordelijk zijn voor hun aanbestedingen of bepaalde categorieën van aanbestedingen, geldt dus dat voor toepassing van de Europese drempelwaarden alleen gekeken hoeft te worden naar de waarde van een overheidsopdracht van de Rechtspraak respectievelijk het Openbaar Ministerie.

¹³ De vraag in hoeverre een specifieke opdracht een al dan niet toelaatbare splitsing of clustering inhoudt, laat zich moeilijk abstract beantwoorden. De beantwoording van die vraag hangt namelijk van allerlei verschillende factoren af (zoals ook toegelicht in de Gids Proportionaliteit), zoals van het totaal aan diensten dat een aanbestedende dienst beoogt in te kopen, onder welke voorwaarden zij dat wil doen en of er omstandigheden zijn die clustering van bepaalde diensten kunnen rechtvaardigen.

- 2.3.4 Er kunnen diverse redenen zijn om een overheidsopdracht op te splitsen in een aantal percelen, bijvoorbeeld omdat: (i) bij het bepalen van de inkoopstrategie is gebleken, dat de opdracht verschillende expertises vraagt die niet in één onderneming te vinden zijn; (ii) de aanbestedende dienst ook de wat kleinere ondernemingen in de gelegenheid wil stellen om mee te dingen naar een deel van de opdracht; of (iii) de aanbestedende dienst niet afhankelijk wil zijn van één onderneming.¹⁴ In algemene zin kan gezegd worden dat de marktwerking wordt verhoogd door een overheidsopdracht op te splitsen in percelen, aangezien hierdoor meerdere ondernemingen kunnen meedingen naar (een onderdeel van) de opdracht. Aangezien nog steeds sprake blijft van één aanbesteding, ook al is de opdracht gesplitst in een aantal percelen, kan de aanbestedende dienst haar transactiekosten in de voorbereiding van de aanbesteding beperken en kan zij profiteren van de concurrentie tussen de aanbieders.
- 2.3.5 Voor de toepassing van de drempelwaarden geldt bij het gebruik van percelen dat het steeds gaat om de totale waarde van alle percelen gezamenlijk (artikel 1.5 jo. 2.19 lid 1 van de Aanbestedingswet). Een aanbestedende dienst kan de Europese aanbestedingsplicht dus niet omzeilen door een overheidsopdracht op te splitsen in kleinere deelopdrachten die ieder voor zich onder de toepasselijke aanbestedingsdrempel blijven.
- 2.3.6 Als een aanbestedende dienst een opdracht splitst in percelen, dan biedt artikel 2.19 lid 3 van de Aanbestedingswet beperkte mogelijkheden om bepaalde percelen uit te zonderen van de Europese aanbestedingsplicht, ook al overschrijdt de totale waarde van alle percelen gezamenlijk het drempelbedrag. Een aanbestedende dienst hoeft percelen waarvan de waarde minder bedraagt dan EUR 80.000 (bij diensten) niet aan te besteden, mits het totale bedrag van dergelijke percelen niet meer dan 20% van de totale waarde van de gehele opdracht of alle percelen omvat. Zie het volgende voorbeeld ter illustratie:

Voorbeeld

Een opdracht voor dienstverlening wordt in vier percelen verdeeld met verschillende waarden. De percelen hebben de volgende waarden:

- Perceel 1: EUR 100.000;
- Perceel 2: EUR 50.000;
- Perceel 3: EUR 40.000;
- Perceel 4: EUR 40.000;

De totale waarde van deze opdracht bedraagt dus in totaal EUR 230.000. Dit is hoger dan het drempelbedrag voor diensten (zowel voor centrale als voor niet-

¹⁴ Gids Proportionaliteit 2020, p. 22.

centrale overheidsinstanties). De opdracht moet daarom in beginsel volledig Europees worden aanbesteed.

De percelen 2 – 4 hebben een waarde onder de EUR 80.000. Dat betekent dat deze percelen mogelijk in aanmerking komen voor de uitzondering. Echter, de afwijking geldt slechts voor maximaal 20% van de totale waarde van de overheidsopdracht, d.w.z. 20% van EUR 230.000 (dus EUR 46.000 per perceel). Alleen percelen 3 en 4 komen daarom in aanmerking voor de uitzondering op de aanbesteding. Percelen 1 en 2 zullen moeten worden aanbesteed.

2.4 Algemene uitzonderingen Europese aanbestedingsplicht

2.4.1 Op de Europese aanbestedingsplicht bestaat een aantal uitzonderingen, te weten: (i) uitzonderingen op basis van Afdelingen 3 en 4 van de Richtlijn, (ii) (quasi-)inbesteding en (iii) alleenrechten voor diensten. Voor alle uitzonderingen geldt volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie ("HvJEU") dat deze strikt moeten worden geïnterpreteerd en dat degene die zich op de uitzondering wil beroepen, dient te bewijzen dat een uitzondering van toepassing is.¹⁵

Ad (i) Uitzonderingen op basis van Afdelingen 3 en 4 van de Richtlijn

2.4.2 De Richtlijn bevat een aantal specifieke uitzonderingen op de aanbestedingsplicht, die te vinden zijn in Afdelingen 3 en 4. De uitzonderingen zien bijvoorbeeld op opdrachten inzake arbitrage- en bemiddelingsdiensten en verschillende vormen van rechtskundige diensten (zie artikel 2.24 sub d respectievelijk sub h van de Aanbestedingswet). Tolk- en vertaaldiensten worden niet genoemd.

2.4.3 De Tweede Kamer heeft gevraagd of de uitzondering voor rechtskundige diensten analoog zou kunnen worden toegepast op tolk- en vertaaldiensten. Mede gelet op de rechtspraak van het HvJEU over de restrictieve interpretatie van uitzonderingen, zien wij geen basis om aan te nemen dat deze uitzondering voor rechtskundige diensten kan worden toegepast op tolk- en vertaaldiensten. In dat verband wijzen wij op het volgende.

2.4.4 Alle soorten overheidsopdrachten voor diensten, leveringen en werken hebben een eigen aanbestedingscode, ook wel CPV-code ("Common Procurement Vocabulary" Code) genoemd.¹⁶ De CPV-code van tolkdiensten is 79540000-1 en die van vertaaldiensten is 79530000-8. Arbitrage- en bemiddelingsdiensten en rechtskundige diensten hebben een andere CPV-code. Aangezien de Europese wetgever de uitzonderingen heeft beperkt tot slechts een beperkt aantal categorieën die hun eigen CPV-code hebben, zijn wij van oordeel dat deze uitzonderingen niet van toepassing geacht worden op andere categorieën die

¹⁵ HvJEU zaak C-26/03 (*Stadt Halle*), ECLI:EU:C:2005:5, r.o. 46.

¹⁶ Een lijst met alle CPV-codes is terug te vinden in Verordening 213/2008.

hun eigen CPV-code hebben en menen wij dat deze uitzonderingen ook niet naar analogie kunnen worden toegepast.

- 2.4.5 Daarnaast is de uitzondering voor rechtskundige diensten vooral gericht op juridische diensten die worden verricht door instanties of personen die worden aangewezen of gekozen op een wijze die niet door aanbestedingsvoorschriften kan worden geregeld. Een voorbeeld hiervan, dat in de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Aanbestedingswet wordt genoemd, is de aanwijzing van de landsadvocaat.¹⁷ In dit verband wordt ook verdedigd dat vanuit principieel oogpunt een aanbestedende dienst de volledige vrijheid moet hebben om te beslissen wie hem in rechte bijstaat.¹⁸ Deze uitzondering voor rechtskundige diensten heeft dus op zichzelf al een zeer beperkte reikwijdte.
- 2.4.6 Volledigheidshalve hebben we ook gekeken naar de uitzondering die geldt voor rechtskundige diensten die incidenteel verband houden met de uitoefening van openbaar gezag (artikel 2.24 sub h punt 5 van de Aanbestedingswet). Over het begrip "*openbaar gezag*" heeft het HvJEU een aantal uitspraken gewezen. Het HvJEU heeft geoordeeld dat het moet gaan om "*werkzaamheden die, op zich beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormen*".¹⁹ Daarnaast heeft het HvJEU kort gezegd geoordeeld dat ondersteunende of voorbereidende taken bij de uitoefening van het openbaar gezag die geen uitoefening van autonome beslissingsbevoegdheden inhouden, niet onder de uitzondering vallen.²⁰ Wij menen dat tolk- en vertaaldiensten in het algemeen niet voldoende zijn gerelateerd aan de uitoefening van openbaar gezag, zodat zij ook niet onder deze uitzondering vallen.

Ad (ii) Quasi-inbesteding en niet-geïstitutionaliseerde samenwerking

- 2.4.7 Zoals hiervoor in paragraaf 2.1.3 vermeld, hoeft een overheidsopdracht niet te worden aanbesteed als zij de opdracht zelf wil uitvoeren. De kanttekening hierbij is dat deze hoofdregel alleen geldt als de opdracht wordt uitgevoerd binnen dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon. Wordt de opdracht door een andere publiekrechtelijke rechtspersoon uitgevoerd, dan geldt in beginsel dat de overheidsopdracht moet worden aanbesteed. Daarop bestaan wel uitzonderingen. Wij menen dat die in dit geval niet aan de orde zijn, maar noemen ze volledigheidshalve kort:
- (i) "*quasi-inbesteding*" of "*geïstitutionaliseerde samenwerking*" (artikelen 2.24a en 2.24b van de Aanbestedingswet): de overheidsopdracht wordt door de aanbestedende dienst aan een andere gelieerde (publiek- of

¹⁷ *Kamerstukken II 2015/16 (MvT)*, 34329, nr. 3, p. 37.

¹⁸ Commentaar op Aanbestedingswet 2012 art. 2.24 (Essers e.a.).

¹⁹ HvJEU C-2/74 (*Reyners/Belgische Staat*), ECLI:EU:C:1974:68, r.o. 45.

²⁰ HvJEU C-293/14 (*Hiebler/Schlagbauer*) ECLI:EU:C:2015:843, r.o. 34.

privaatrechtelijke) rechtspersoon gegund, mits aan een aantal criteria is voldaan:

- de aanbestedende dienst oefent toezicht uit op de gelieerde rechtspersoon alsof het een eigen dienst is;
- meer dan 80% van de activiteiten van de gelieerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de aanbestedende dienst; en
- er is geen directe participatie van privékapitaal in de gelieerde rechtspersoon.²¹

(ii) "*niet-geïnstitutionaliseerde samenwerking*" (artikel 2.24c van de Aanbestedingswet): Een opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund, valt buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn, opnieuw als aan bepaalde criteria is voldaan:

- de opdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten, om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen;
- de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang; en
- de deelnemende aanbestedende diensten nemen niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten op de open markt voor hun rekening.

Ad (iii) Alleenrecht voor diensten

2.4.8 De laatste uitzondering geldt voor een alleenrecht of uitsluitend recht van diensten (artikel 2.24 sub a van de Aanbestedingswet). Op basis hiervan kunnen aanbestedende diensten rechtstreeks een overeenkomst sluiten met betrekking tot de inkoop van diensten van een andere aanbestedende dienst die een uitsluitend recht heeft met betrekking tot het verrichten van de gevraagde diensten. Daarbij moet voldaan zijn aan de volgende vijf voorwaarden: (i) het alleenrecht is verleend door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst; (ii) gegeven bij vooraf bekendgemaakt wettelijk voorschrift of besluit van een bestuursorgaan; (iii) verleend in overstemming met

²¹ Hierop bestaan weer een aantal uitzonderingen die wij in dit advies verder buiten beschouwing laten.

het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (daarbij dienen bijvoorbeeld de algemene beginselen te worden gerespecteerd); (iv) betreft enkel diensten en (v) de dienst wordt uitgeoefend binnen een afgebakend geografisch gebied. In Nederland wordt regelmatig een alleenrecht voor de inzameling van huishoudelijk afval verleend door gemeenten. Dit gebeurt dan op basis van de wettelijk toegewezen taak die gemeenten hebben op grond van artikel 10.21 van de Wet milieubeheer.

- 2.4.9 Voor zover ons bekend is op dit moment geen sprake van alleenrechten of uitsluitende rechten die betrekking hebben op tolk- en vertaaldiensten. Dat betekent dat op deze uitzondering geen beroep kan worden gedaan.

2.5 Europese aanbestedingsprocedures

- 2.5.1 Indien sprake is van een Europese aanbestedingsplicht, dan kan de aanbestedende dienst in hoofdzaak kiezen tussen twee procedures: (i) de openbare procedure (artikel 2.26 van de Aanbestedingswet) of (ii) de niet-openbare procedure (artikel 2.27 van de Aanbestedingswet).²² Ten aanzien van beide procedures geldt een plicht om de opdracht vooraf bekend te maken middels een aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie. Wordt een overheidsopdracht niet aangekondigd terwijl dat wel had moeten gebeuren, dan is sprake van een schending van een vormvoorschrift. Dit heeft tot gevolg dat de overeenkomst die vervolgens met de inschrijver wordt gesloten, vernietigbaar is op grond van artikel 4.15 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet.
- 2.5.2 In de aankondiging van een opdracht staat onder andere volgens welke voorwaarden en criteria inschrijvers worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure, hoe een eventuele voorselectie plaatsvindt en welke gunningscriteria en bijzondere voorwaarden de aanbestedende dienst stelt. Zodra er een melding in het Publicatieblad van de Europese Unie verschijnt, kunnen partijen hun belangstelling voor een aanbesteding tonen.

Ad (i) Niet-openbare procedure

- 2.5.3 Een niet-openbare procedure bestaat uit twee fasen: de eerste fase waarbij wordt bepaald welke marktpartijen een inschrijving mogen doen en een tweede fase waarin de geselecteerde marktpartijen daadwerkelijk een inschrijving doen. De niet-openbare procedure wordt veelal toegepast als wordt verwacht dat een groot aantal marktpartijen interesse zal hebben voor een bepaalde opdracht. Bij een niet-openbare procedure kan de aanbestedende dienst het minimum- en maximaal aantal geschikte partijen (gegadigden) bepalen dat de aanbestedende dienst zal uitnodigen om een inschrijving te doen (artikel 2.99 van de

²² De Aanbestedingswet voorziet ook in andere procedures, maar omdat die met betrekking tot tolk-vertaaldiensten niet voor toepassing in aanmerking komen laten we die procedures hier onbesproken.

Aanbestedingswet). Bij een niet-openbare procedure moet de aanbestedende dienst ten minste vijf gegadigden uitnodigen.

- 2.5.4 De aanbestedende dienst dient criteria vast te stellen op basis waarvan hij de gegadigden zal beoordelen. Deze zogenoemde "*selectiecriteria*" moeten objectief en niet-discriminerend zijn. Alleen gegadigden die voldoen aan de geschiktheidseisen en waarop geen uitsluitingsgrond van toepassing is, komen in aanmerking voor een uitnodiging tot inschrijving.
- 2.5.5 Bij de keuze en invulling van de selectieprocedure is het van belang dat het gaat om een objectieve methode van selectie. Veelal wordt gebruik gemaakt van een scoringsmethodiek. Aan de hand van de gestelde geschiktheidseisen kunnen dan bepaalde punten worden gescoord op bepaalde onderdelen. Alleen gegadigden met een minimumscore of de gegadigden die de hoogste score behalen worden door de aanbestedende dienst uitgenodigd om een inschrijving te doen.

Ad (ii) Openbare procedure

- 2.5.6 Bij een openbare procedure vindt geen selectie van gegadigden plaats. De toetsing aan de uitsluitingsgronden, de geschiktheidseisen en de gunningscriteria vindt dan plaats als onderdeel van de totale beoordeling van de inschrijvingen. Een aanbestedende dienst kan bij een openbare procedure geen selectiecriteria hanteren.

2.6 Onderhandse en nationale aanbestedingsprocedures

- 2.6.1 Ten aanzien van opdrachten die niet onder de Europese aanbestedingsplicht vallen, gelden andere procedures. Op die procedures zijn alleen hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet, de Gids Proportionaliteit en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing. Er zijn, kort gezegd, twee mogelijke procedures, te weten: (i) de enkelvoudige onderhandse procedure, en (ii) de meervoudige onderhandse procedure.²³ Er gelden geen voorschriften tot openbare bekendmaking of termijnen. Het staat de aanbestedende dienst wel vrij om vrijwillig een aankondiging te doen en daarmee de nationale markt te benaderen, in welk geval sprake is van een nationale aanbesteding.

Ad (i) Enkelvoudige onderhandse procedure

- 2.6.2 Bij enkelvoudig onderhands aanbesteden wordt de opdracht gegund aan één partij die op basis van objectieve criteria geselecteerd is om een offerte in te

²³ Voor de Rijksoverheid is in de "*Circulaire Grensbedragen voor procedures Aanbestedingswet 2012 onder de drempelwaarde*" bepaald aan hand van de waarde van de opdracht welke procedure in een concreet geval de aangewezen procedure is.

dienen. Na eventueel onderhandelen, wordt de opdracht door de aanbestedende dienst gegund aan de inschrijver.

Ad (ii) Meervoudige onderhandse procedure

- 2.6.3 Bij meervoudig onderhands aanbesteden nodigt de aanbestedende dienst op basis van objectieve criteria een aantal partijen uit om een offerte in te dienen. De aanbestedende dienst gunt de opdracht aan de partij die de economisch meest voordelige inschrijving doet. Op basis van de offertes beslist de aanbestedende dienst aan wie de opdracht wordt gegund.

2.7 Inrichting van een aanbestedingsprocedure

- 2.7.1 Om als inschrijver deel te kunnen nemen aan een aanbestedingsprocedure, kan de aanbestedende dienst (i) uitsluitingsgronden, (ii) geschiktheidseisen, (iii) gunningscriteria en (iv) bijzondere voorwaarden toepassen. Aan de hand daarvan kan de aanbestedende dienst de aanbesteding inrichten en eisen stellen aan bijvoorbeeld de inschrijver en de kwaliteit van de door de inschrijver te leveren diensten.

Ad (i) Uitsluitingsgronden

- 2.7.2 De Aanbestedingswet voorziet in een aantal gronden om een inschrijver te kunnen uitsluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Deze uitsluitingsgronden zijn vooral verbonden met het persoonlijke gedrag van de inschrijver. Er wordt onderscheid gemaakt tussen uitsluitingsgronden die de aanbestedende dienst verplicht *moet* toepassen en uitsluitingsgronden die de aanbestedende dienst *kan* toepassen.
- 2.7.3 De *verplichte* uitsluitingsgronden zijn te vinden in artikel 2.86 van de Aanbestedingswet. Deze uitsluitingsgronden zien bijvoorbeeld op (1) onherroepelijke rechterlijke uitspraken met veroordelingen vanwege deelname aan een criminele organisatie, (2) omkoping, (3) fraude, (4) witwassen, (5) terroristische misdrijven, (6) kinderarbeid en (7) wanbetalingen van belastingen of sociale premies.
- 2.7.4 De *facultatieve* uitsluitingsgronden zijn te vinden in artikel 2.87 van de Aanbestedingswet. Voorbeelden hiervan zijn (1) de situatie dat de inschrijver in staat van faillissement verkeert, (2) verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht heeft geschonden of (3) een ernstige fout heeft gemaakt in de uitoefening van zijn beroep waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken.

Ad (ii) Geschiktheidseisen

2.7.5 Met geschiktheidseisen kan een aanbestedende dienst eisen stellen aan het niveau van de bekwaamheden van een inschrijver voor toelating tot de aanbestedingsprocedure. Bij een Europese aanbesteding kunnen de geschiktheidseisen zien op:

- de economische en financiële draagkracht van de inschrijver;
- de technische vakbekwaamheid van de inschrijver; en
- de beroepsbekwaamheid van de inschrijver.

Ad (iii) Gunningscriteria

2.7.6 Een aanbestedende dienst moet de overheidsopdracht gunnen aan de inschrijver die de economisch meest voordelige inschrijving doet. Dat is het uitgangspunt zoals dat is verwoord in artikel 2.114 lid 1 van de Aanbestedingswet. De term "*economisch meest voordelige inschrijving*" is de overkoepelende term voor drie te onderscheiden gunningscriteria, te weten: (i) de beste prijs-kwaliteitverhouding, (ii) de laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit en (iii) de laagste prijs.

2.7.7 Het gunningscriterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding is de hoofdregel. Als de aanbestedende dienst daarvan wenst af te wijken, zal zij in de aanbestedingsstukken moeten motiveren waarom een ander criterium wordt toegepast (artikel 2.114 lid 3 van de Aanbestedingswet). Het criterium van de "*laagste prijs*" spreekt voor zich en behoeft geen nadere uitleg. Het criterium "*laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit*" is een nieuw criterium dat volgt uit de Richtlijn. Terwijl bij het gunningscriterium "*laagste prijs*" alleen de aanschafprijs van een product bepalend is, wordt bij het gunningscriterium "*laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit*" naast de prijs ook een ander kostencriterium meegewogen. Een voorbeeld hiervan is het meewegen van kosten verbonden aan de gehele levenscyclus van een product.²⁴ Ten aanzien van tolk- en vertaaldiensten is dit criterium dus minder relevant, omdat het geen materieel product betreft.

2.7.8 Het criterium van de beste prijs-kwaliteit verhouding biedt de aanbestedende dienst ruimte om niet alleen te kijken naar de prijs van de dienst, maar bijvoorbeeld ook het niveau, de bekwaamheid en de ervaring van de inschrijver. De aanbestedende dienst stelt gunningscriteria vast om te bepalen welke inschrijving voor gunning in aanmerking komt. De gunning dient te geschieden

²⁴ Kamerstukken II 2015/16 (MvT), 34329, nr. 3, p. 7.

op basis van objectieve criteria, waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen.

- 2.7.9 Met de inrichting van de aanbesteding kan de aanbestedende dienst de belangen borgen die zij relevant acht. Met het gebruik van gunningscriteria, kan de Rijksoverheid bijvoorbeeld sturing geven aan de kwaliteit van de door haar af te nemen tolk- en vertaaldiensten en de wijze waarop bemiddelingsbureaus tolken en vertalers zullen inschakelen.

Ad (iv) Bijzondere voorwaarden

- 2.7.10 De aanbestedende dienst kan ervoor kiezen om bijzondere voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht voor te schrijven (artikel 2.80 van de Aanbestedingswet) of specifieke gunningscriteria (artikel 2.115 van de Aanbestedingswet). In tegenstelling tot de gunningscriteria waarin de aanbestedende dienst zijn wensen specificiert, en die de basis vormen voor een vergelijkende beoordeling van de kwaliteit van de inschrijvingen, zijn de bijzondere voorwaarden vaste, objectieve eisen die niet van invloed zijn op de beoordeling van de inschrijvingen.²⁵ Een inschrijver die dus niet voldoet aan de gestelde gunningscriteria kan nog steeds meedingen naar de opdracht, terwijl dat bij een bijzondere voorwaarde niet mogelijk is.
- 2.7.11 Bijzondere voorwaarden waaronder de overheidsopdracht wordt uitgevoerd, kunnen verband houden met economische, innovatiegerelateerde, arbeidsgerelateerde, sociale of milieuoverwegingen.²⁶ Door bijzondere voorwaarden te stellen, kan de Rijksoverheid (indirect) een zekere invloed uitoefenen op de wijze waarop een onderneming haar bedrijf voert. Een bijzondere voorwaarde moet wel in voldoende verband staan met het voorwerp van de opdracht waarop zij betrekking heeft. In een recent vonnis heeft de rechtbank Amsterdam geoordeeld dat het mogelijk is om voorwaarden te stellen met betrekking tot bijvoorbeeld werkdruk, loonsverhogingen en arbeidsduurverkorting.²⁷

2.8 Geen uitstel voor implementatie van de Richtlijn

- 2.8.1 Op grond van artikel 90 van de Richtlijn waren lidstaten verplicht om de bepalingen in de Richtlijn uiterlijk per 18 april 2016 naar nationaal recht om te zetten. Wel bestond de mogelijkheid voor lidstaten om de toepassing van enkele artikelen, die niet de kern van de Richtlijn betroffen, uit te stellen tot een bepaalde datum. De betreffende bepalingen zijn in dit geval in ieder geval niet van

²⁵ Kamerstukken II 2015/16 (MvT), 34329, nr. 3, p. 62.

²⁶ Kamerstukken II 2015/16 (MvT), 34329, nr. 3, p. 62.

²⁷ Rechtbank Amsterdam 4 oktober 2019 (*Schiphol / FNV*), ECLI:NL:RBAMS:2019:7456.

toepassing. Bovendien zijn de in dit artikel genoemde uiterlijke data voor implementatie inmiddels verstreken.

2.9 Geen verlicht regime voor tolk- en vertaaldiensten onder de Richtlijn

- 2.9.1 In de vorige Richtlijn, namelijk Richtlijn 2004/18 (hierna: de "**Oude Richtlijn**"), werden tolk- en vertaaldiensten aangemerkt als "*overige diensten*" in de zin van Bijlage II-B van de Oude Richtlijn. Hierdoor vielen de tolk- en vertaaldiensten onder een verlicht aanbestedingsregime. Dat regime hield in dat slechts een beperkt aantal artikelen van de Oude Richtlijn van toepassing was op overheidsopdrachten die een bepaalde waarde overschreden.²⁸ Dat betekende dat geen discriminatoire technische specificaties mochten worden gehanteerd en dat achteraf een resultaat van de gunning bekend diende te worden gemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie. In wezen hield dit een vereenvoudigde aanbestedingsprocedure in, waarbij geen verplichting bestond om een overheidsopdracht vooraf aan te kondigen. Er was dus geen sprake van een algehele uitzondering op de aanbestedingsplicht voor bepaalde diensten.
- 2.9.2 Met de invoering van de Richtlijn is het verlichte regime voor opdrachten met een gering grensoverschrijdend belang (de zogenaamde II-B-diensten; waaronder tolk- en vertaaldiensten) afgeschaft. Onder de Oude Richtlijn vielen de CPV-codes van tolk- en vertaaldiensten onder de noemer "*overige diensten*" in de zin van Bijlage II-B, die de diensten opsomde waarvoor het verlichte regime gold. Deze II-B-diensten volgen nu het gewone aanbestedingsregime, met uitzondering van overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten waarvoor een aparte regeling is opgesteld en een hoger drempelbedrag geldt (namelijk EUR 750.000). Deze sociale en specifieke diensten staan opgesomd in bijlage XIV van de Richtlijn (artikel 2.38 van de Aanbestedingswet).
- 2.9.3 Onder het huidige recht geldt voor sociale en specifieke diensten die onder de drempel van EUR 750.000 blijven geen aanbestedingsplicht. Voor diensten die de drempelwaarde van EUR 750.000 overschrijden, geldt nog steeds een verlicht regime. Ten aanzien van dergelijke diensten geldt een vereenvoudigde aanbestedingsprocedure. Ten opzichte van de Oude Richtlijn is er wel een verplichting bijgekomen onder het verlichte aanbestedingsregime. Zo geldt onder het huidige verlichte regime ook dat een opdracht vooraf moet worden aangekondigd.
- 2.9.4 De vraag is of dit verlichte regime ook van toepassing is op tolk- en vertaaldiensten. Wij zijn van mening dat dit niet het geval is. Ook hier geldt dat sociale diensten een eigen CPV-code kennen, te weten 85320000-8. Tolk- en vertaaldiensten hebben hun eigen CPV-code en worden dus expliciet onderscheiden van sociale diensten (hetzelfde geldt voor de andere specifieke

²⁸ Op grond van artikel 21 van de Oude Richtlijn waren louter artikel 23 en 35 lid 4 van toepassing.

diensten die genoemd worden in Bijlage XIV van de Richtlijn). Daarnaast zien wij geen aanknopingspunten in de Richtlijn om het verlichte regime analoog toe te passen op tolk- en vertaaldiensten.

2.10 De situatie in Duitsland

2.10.1 De Tweede Kamer heeft ook gevraagd om op hoofdlijnen na te gaan of Duitsland (in ieder geval op federaal niveau) de Richtlijn anders heeft geïmplementeerd dan Nederland en op een andere manier omgaat met de inkoop van tolk- en vertaaldiensten. Hiervoor hebben wij contact gehad met Dr. J. D. Bonhage van het Duitse advocatenkantoor Hengeler Mueller. Dat advies op hoofdlijnen komt er op neer dat, anders dan gesuggereerd in de vraagstelling, wel degelijk implementatie van de Richtlijn heeft plaatsgevonden en dat deze op federaal niveau niet wezenlijk afwijkt van wat de Richtlijn voorschrijft.

2.10.2 Duitsland heeft de bepalingen uit de Richtlijn omgezet in nationaal recht middels de "*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*" en de "*Vergabeverordnung (VgV)*". Artikel 116 lid 1 punt 1 sub d van de GWB bevat een uitzondering voor rechtskundige dienstverleners die door rechters zijn aangewezen, zoals deskundigen. Uit het advies van Hengeler Mueller blijkt echter dat deze uitzondering niet ziet op tolk- en vertaaldiensten, al zou het in theorie mogelijk zijn op basis van een zeer ruime interpretatie van deze uitzondering dat tolken en vertalers die door rechters zijn benoemd daar wel onder vallen. Een andere mogelijkheid is, en dit wijkt niet af van de situatie in Nederland, dat aanbestedende diensten in de praktijk zelf overeenkomsten sluiten met tolken en vertalers waarvan de waarde onder de Europese drempelwaarde blijft. In dat geval geldt immers geen Europese aanbestedingsplicht.

2.10.3 Naar aanleiding van dit advies op hoofdlijnen hebben wij geen reden om te veronderstellen dat Duitsland (in ieder geval op federaal niveau) de Richtlijn anders heeft geïmplementeerd dan Nederland of de Richtlijn niet naar behoren zou hebben geïmplementeerd. De praktische uitwerking en uitvoering kan per deelstaat verschillen, maar er zijn geen aanknopingspunten gevonden door Hengeler Mueller die daarop wijzen.

3 CONCLUSIE

3.1.1 De kernvraag was in hoeverre tolk- en vertaaldiensten moeten worden aanbesteed. Ons antwoord is dat er geen aanbestedingsplicht geldt als de Rijksoverheid ervoor kiest om tolk- en vertaaldiensten intern te organiseren en daarvoor dus geen externe partij in te schakelen. Voor de situatie dat de rijksoverheid wel een externe partij inschakelt, geldt dat tolk- en vertaaldiensten niet als zodanig zijn uitgezonderd van de aanbestedingsplicht. Als de waarde van een specifieke opdracht voor tolk- of vertaaldiensten de toepasselijke Europese

drempelwaarde overstijgt, zal de aanbestedende dienst die de opdracht plaatst daarvoor een Europese aanbesteding moeten organiseren. In bijzondere gevallen kan mogelijk een beroep worden gedaan op één van de wettelijke uitzonderingsgronden, maar onze inschatting is dat daar alleen in uitzonderlijke gevallen sprake van zal zijn. Het gaat dan bijvoorbeeld om de situatie waarin vanwege niet-voorzienbare dwingende spoed het niet mogelijk is om een volwaardige aanbestedingsprocedure te doorlopen.

- 3.1.2 In hoeverre een concrete opdracht nationaal of Europees moet worden aanbesteed, hangt af van de waarde van die opdracht. De waarde van de opdracht hangt vanzelfsprekend nauw samen met de reikwijdte van de opdracht. Een individuele opdracht om een korte vertaling te maken, zal waarschijnlijk een waarde hebben die onder de Europese drempelwaarde blijft en daarom op zich dus niet aanbestedingsplichtig zijn. Het blijft dus, ook onder de huidige Europese wetgeving, mogelijk voor aanbestedende diensten om kleine opdrachten uit te zetten die onder de Europese drempelwaarde blijven en dus niet hoeven te worden aanbesteed. Het is een aanbestedende dienst echter niet toegestaan om een opdracht te splitsen in kleinere deelopdrachten om daarmee onder de drempelwaarde te blijven en een aanbesteding te vermijden.
- 3.1.3 Als de omvang van de opdracht echter groter is (en bijvoorbeeld meerdere vertaaldiensten omvat), dan zal de opdrachtwaarde hoger zijn en zal mogelijk wel nationaal of Europees moeten worden aanbesteed.
- 3.1.4 Met het gebruik van specifieke gunningscriteria en het voorschrijven van bijzondere voorwaarden, kan de aanbesteding zodanig worden ingericht dat daarmee tegemoet wordt gekomen in de wensen van de aanbestedende dienst. Zo kan de inrichting van de aanbesteding de belangen borgen die de aanbestedende dienst relevant vindt, bijvoorbeeld ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden van de tolken en vertalers en wijze waarop de bemiddelingsbureaus hun bemiddeling zullen uitvoeren.

Wij zijn graag bereid dit advies in een gesprek nader toe te lichten als de Tweede Kamer daar prijs op stelt.

Hoogachtend,
De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

Nicolien van den Biggelaar
Parlementair advocaat

René van Tricht
Advocaat

Bram Vos
Advocaat