

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 314

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 20 juli 2015 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst voor ICT-diensten. De opdracht is verdeeld in drie percelen waarbij beoogd wordt per perceel een raamovereenkomst met twee inschrijvers te sluiten (een preferred supplier en een reserve supplier per perceel).
- 1.2. In de Offerteaanvraag van 18 juli 2015 is onder meer het volgende bepaald:

1. ALGEMENE INFORMATIE OVER PROCEDURE EN OPDRACHT

1.1 Procedure

(...)

De aanbesteding is verdeeld in drie percelen:

1. Infrastructuur (IaaS);
2. Netwerk (NaaS);
3. Werkplek (WaaS).

(...)

1.3 De opdracht

1.3.1 Aanleiding

(...)

In Formulier C (Programma van Eisen en Wensen) is aanvullende informatie over de infrastructuur per perceel opgenomen.

(...)

1.3.5 Inhoud en omvang van de opdracht

De gevraagde dienstverlening is per perceel uitgewerkt in het Programma van Eisen en Wensen (Bijlage C). Ter informatie is achtergrondinformatie opgenomen in dit document en diverse bijlagen per perceel.

(...)

2. Inschrijvingsprocedure

(...)

2.2 Informatie-uitwisseling

2.2.1 Nota('s) van Inlichtingen

Vragen en/of bezwaren naar aanleiding van deze aanbestedingsprocedure, de aankondiging, de inhoud van deze offerteaanvraag met bijlagen en de uit te voeren opdracht, kunnen tot uiterlijk 24-08-2015 voor 12:00 uur, uitsluitend per e-mail, worden ingediend. Deze e-mail dient gericht te zijn aan [Naam]@[Beklaagde].nl onder vermelding van "Inlichtingen [Beklaagde] EA ICT Services".

(...)

Wij verzoeken Inschrijvers eventuele vragen en/of bezwaren zo spoedig mogelijk via bovengenoemd e-mailadres aan de orde te stellen. Ingeval er in een vroeg stadium al een (groot) aantal vragen voorliggen, dan kan [Beklaagde] er voor kiezen tussentijds één of meerdere nota's van inlichtingen te verstrekken. De vragen die daarin nog niet zijn beantwoord maar voor de uiterste termijn zijn ingediend worden dan in een laatste nota van inlichtingen beantwoord.

Bovengenoemde informatie-uitwisseling is bedoeld om tijdig eventuele bezwaren met c.q. geconstateerde onduidelijkheden en/of onregelmatigheden etc. in de procedure, de aankondiging en de inhoud van deze Offerteaanvraag met bijlagen weg te nemen. Indien Inschrijver geen gebruik maakt van de geboden mogelijkheden, dan komt zulks voor risico van Inschrijver en mogen [Beklaagde] alsook de overige Inschrijvers er gerechtvaardigd van uit gaan dat Inschrijver tegen de procedure en de inhoud van de aankondiging en deze Offerteaanvraag met bijlagen en de uit te voeren opdracht geen bezwaren heeft. Het na de Inschrijving aan de orde stellen van bezwaren c.q. onduidelijkheden en/of onregelmatigheden, die voor de Inschrijving kenbaar waren of in redelijkheid kenbaar konden zijn, zal op grond van de rechtsverwerking leiden tot niet-ontvankelijkheid van die te laat aan de orde gestelde bezwaren c.q. onduidelijkheden en/of onregelmatigheden.

(...)

2.4 De inhoud van de inschrijving

2.4.1 Bij inschrijving in te dienen documenten

De stukken die uiterlijk op het in paragraaf 2.3 genoemde tijdstip ingediend dienen te zijn, bestaan uit de volgende rechtsgeldig ondertekende documenten:

1. Formulier A Eigen Verklaring

Door ondertekening van Formulier A verklaart inschrijver op de voet van artikel 2.84 Aanbestedingswet:

(...)

- of hij voldoet aan de in paragraaf 3.2 genoemde geschiktheidseisen;

(...)

3. Formulier C Programma van Eisen en Wensen

Met behulp van Formulier C dient inschrijver zijn antwoorden op het Programma van Eisen en Wensen (per perceel) in te dienen.

(...)

2.7 Overige voorwaarden aan inschrijving

1. Door in te schrijven stemt inschrijver in met de procedure, alsmede met de inhoud, bepalingen, technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden zoals neergelegd in de aanbestedings- en contractdocumenten.

(...)

3.2 Geschiktheidseisen

De geschiktheid waaraan inschrijver minimaal dient te voldoen, wordt getoetst aan de hand van de navolgende minimumeisen.

(...)

3.2.2 Technische- of beroepsbekwaamheid

Inschrijver dient in het kader van het geschiktheids criterium Technische- of beroepsbekwaamheid als bedoeld in artikel 2.93 tot en met 2.97 Aanbestedingswet te voldoen aan de in de onderstaande tabel opgenomen minimumeisen:

(...)

Minimum(eisen) technische- of beroepsbekwaamheid	Eis	Bewijsstuk	Bewijsstuk indienen
(...)	(...)	(...)	(...)
Inschrijver dient te beschikken over een kwaliteitssysteem dat is gecertificeerd door een instantie die voldoet aan de Europese normenreeks conform NEN-EN-ISO 9001:2008 of gelijkwaardig. Deze certificering is afgegeven voor werkzaamheden vergelijkbaar met de aard van de aanbestede opdracht.	3.2.2 sub b	Kopie van het certificaat waaruit kan worden afgeleid dat aan de minimumeis is voldaan, of, Ander bewijs waarmee aangetoond wordt dat sprake is van een gelijkwaardig systeem	na verzoek

(...)

4. Gunningcriteria

Algemeen

De beoordeling van de Inschrijving voor deze aanbesteding vindt per perceel plaats middels het principe van de economisch meest voordelige inschrijving. Daarbij is de volgende onderverdeling van de (sub)gunningcriteria met wegingsfactor gemaakt.

Criterium	Omschrijving	Maximum score
Gu1	Conformiteit Programma van Eisen	Uitsluiting
Gu2	Mate van voldoen aan Programma van Eisen	70
Gu3	Prijsstelling	30
Totaal		100

Na het vaststellen van de voorlopige scores voor de gunningcriteria kunnen Inschrijvers worden uitgenodigd voor een presentatie. Alleen die Inschrijvers worden uitgenodigd die nog uitzicht hebben op gunning. Na de presentatie worden de definitieve scores opgemaakt.

Gu1: Programma van Eisen (tabblad 3)

Inschrijver dient aan de hand van formulier C een reactie te geven op het Programma van Eisen. Daarbij dient hij te voldoen aan alle eisen en akkoord te gaan met alle eisen. Inschrijver hoeft geen toelichting te geven bij het Programma van Eisen.

Inschrijver wordt uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure als hij niet akkoord gaat met c.q. niet voldoet aan alle eisen. [Kleurarcering in het originele tekstbestand, Commissie].

(...)

5.4 Mededeling van de gunningbeslissing

Aanbestedende dienst is voornemens de opdracht te gunnen aan de inschrijver die heeft ingeschreven met de economisch meest voordelige inschrijving als bedoeld in paragraaf 5.3.

Alvorens tot gunning over te gaan, maakt aanbestedende dienst eerst gelijktijdig aan alle inschrijvers het voornemen bekend aan wie zij voornemens is de opdracht te gunnen (de zogenoemde mededeling van de gunningbeslissing als bedoeld in artikel 2.130 Aanbestedingswet). Deze gunningbeslissing zal schriftelijk en per e-mail worden medegedeeld.

Bij de bekendmaking van de gunningbeslissing gelden de navolgende spelregels:

(...)

d. inschrijvers die zich niet kunnen verenigen met de gunningbeslissing (en/of de reden van uitsluiting en/of afwijzing als bedoeld in paragraaf 5.2) en daartegen een rechtsmiddel willen instellen, dienen binnen 20 kalenderdagen na dagtekening van de aan hen verzonden mededeling van de gunningbeslissing een kort geding geëntameerd te hebben bij de Voorzieningenrechter van de rechtbank te [A].

Voor de duidelijkheid wordt erop gewezen dat voornoemde termijn kwalificeert als contractuele vervaltermijn op grond waarvan inschrijvers niet ontvankelijk in hun vorderingen zijn indien niet binnen de hierboven gestelde termijn een dagvaarding in kort geding aan aanbestedende dienst is betekend.

Deze spelregel is opgenomen in het in het belang van de voortvarendheid van de procedure en de gerechtvaardigde belangen van onder andere de winnende inschrijver. Door in te schrijven stemmen inschrijvers uitdrukkelijk in met deze spelregel en heeft deze als wederzijds overgekomen vervalbeding te gelden.'

- 1.3. Bij de Offerteaanvraag hoort onder andere het bij de inschrijving per perceel apart in te dienen Formulier C ("Programma van Eisen en Wensen"). Daarin is onder andere het volgende bepaald:

'(...)

2 Programma van Eisen en Wensen

(...)	(...)	E/W	Gewicht
7.	<u>Ervaring en referenties</u>		
(...)	(...)		
7.2	Kunt u (...) drie onderwijsinstellingen als referentie noemen die [Beklaagde] kan benaderen om naar hun ervaringen te informeren.	W	8
7.3	Geef aan hoeveel ervaring uw organisatie heeft in de onderwijsbranche, welke (andere) diensten u daar levert en welke instellingen dat zijn.	W	4
(...)	(...)	(...)	(...)
10.	<u>Diversen</u>		
(...)	(...)	(...)	(...)
10.3	Beschikt u over een ISAE3402 Type II rapport van maximaal 1 jaar oud (of gelijkwaardig)?	E	
10.4	Bent u in staat jaarlijks een ISAE3402 rapport (of gelijkwaardig) af te geven?	E	
(...)	(...)	(...)	(...)

(...)'

- 1.4. De Commissie heeft vastgesteld dat een inschrijver met zijn inschrijving voor perceel 1 maximaal op het subgunningscriterium Gu2 ("Mate van voldoen aan Programma van Eisen") zal scoren wanneer hij voor zijn inschrijving 396 punten behaalt.
- 1.5. In de Nota van Inlichtingen 1 van 13 augustus 2015 zijn de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 1: 'Als één van de onderdelen in het programma van eisen vereist u ISAE3402 type II certificering. In Nederland zijn er weinig bedrijven in de categorie ASP/SaaS die aan deze certificering voldoen, waarvan nagenoeg geen enkele van de toonaangevende IT-dienstverleners actief binnen de onderwijsmarkt is. Deze eis lijkt ons om die reden een disproportionele eis, waaraan slechts een zeer selecte groep aan inschrijvers aan zal kunnen voldoen. Natuurlijk begrijpen wij hieruit dat de aanbestedende dienst veel waarde hecht aan een kwalitatief hoogwaardige en betrouwbare inschrijvers. Als professionele en ervaren ICT-dienstverlener binnen het onderwijs onderschrijven wij dit belang volledig. Wij investeren daarom veel in kwaliteit en betrouwbaarheid.

Onze organisatie is al velen jaren succesvol werkzaam in en alleen voor het onderwijs. Wij hebben diverse Microsoft Gold certificeringen, Prince2, ITL enzovoorts. Daarnaast zijn wij ISO9001 en medio september voor ISO 27001 gecertificeerd. Wij beschikken dus naast de benodigde ervaring ook ruimschoots over tal van belangrijke certificeringen die aantonen dat wij het gezochte kwaliteitsniveau en betrouwbaarheid kunnen waarmaken. Zou derhalve de eis aanpast kunnen worden in: "Inschrijver dient in ieder geval verifieerbaar gekwalificeerd te zijn volgens ISAE 34025 type II of ISO9001."

Antwoord: '[Beklaagde] eis een ISAE3402 Type II rapport of vergelijkbaar. Indien u een vergelijkbare certificering of rapportage heeft, dan kunt u die noemen en meesturen.

[Beklaagde] zal beoordelen of deze dan voldoet. ISO9001 wordt op blz. 15 van de offerte aanvraag geëist.'

- 1.6. Klager heeft een inschrijving ingediend voor perceel 1.
- 1.7. Op 5 oktober 2015 heeft beklagde de volgende mededeling van de gunningsbeslissing aan klager verzonden:

'Geachte heer [Naam],

In de afgelopen periode hebben wij de ontvangen inschrijvingen in het kader van de Europese Aanbesteding ICT Services met een multidisciplinair team bestudeerd en getoetst aan de gunningcriteria. Daarbij is uitgegaan van hetgeen de inschrijvers schriftelijk hebben aangereikt.

De analyse van de verschillende inschrijvingen heeft ertoe geleid dat de inschrijving van [X] voor de percelen IaaS en NaaS is aangemerkt als de economisch meest voordelige. Derhalve hebben wij het voornemen om met deze organisatie een Overeenkomst aan te gaan voor beide percelen.

Helaas moeten wij u melden dat uw Inschrijving niet voldoet aan de gestelde eisen 10.3 en 10.4 m.b.t. de oplevering van een ISAE3402 Type II rapport (de in uw Inschrijving genoemde rapporten ISO 9001 en 27001 zijn niet gelijkwaardig). Uw inschrijving kon om deze reden niet in de beoordeling worden meegenomen.

Met vriendelijke groet,
[Beklaagde]'

- 1.8. Klager heeft op 22 oktober 2015 per e-mail de volgende klacht ingediend als reactie op de mededeling van de gunningsbeslissing:

'Geachte mevrouw [Naam],

Schriftelijk zijn wij (d.d. 5 oktober 2015 met uw kenmerk Europese Aanbesteding ICT Services) door de heer [Naam] van [Beklaagde] van het gunningsvoornemen door [Beklaagde] aan [X] op de hoogte gebracht. In voornoemde brief maakt u tevens kenbaar aan ons dat onze inschrijving niet zou voldoen aan de gestelde eisen 10.3 en 10.4 in het Programma van Eisen met betrekking tot de oplevering van een ISAE3402 Type II rapport. U stelt daarbij dat de in onze inschrijving bijgevoegde rapporten ISO 9001 en 27001 niet gelijkwaardig zijn en derhalve is onze inschrijving terzijde gelegd en niet verder beoordeeld.

Formele klacht

Wij dienen hierbij dan ook een formele klacht in met het verzoek deze zo spoedig mogelijk in behandeling te nemen. Alvorens de formele weg in te willen slaan en een kort geding procedure aanhangig te maken wij allereerst (mede ter bewaring van rechten) gebruik van de in de offerteaanvraag in paragraaf 1.5 genoemde klachtenprocedure. De Aanbestedingswet 2012, artikel 2.127, geeft ondanks dat u ons in uw afwijzingsbrief niet wijst op de in de Aanbestedingswet geboden bezwaarmogelijkheid ons tevens het recht om bezwaar te maken via een kort geding procedure.

Wij stellen namelijk dat onze inschrijving (als ongeldig) terzijde is gelegd en dus ook onterecht niet in de beoordeling is meegenomen. Wij verzoeken dan ook

dringend dat [Beklaagde] het gunningsvoornemen aan [X] formeel intrekt en onze klacht per ommekeer in behandeling neemt. Indien de interne klachtencommissie van [Beklaagde] onze klacht gegrond verklaart eisen wij dat onze inschrijving alsnog geldig wordt verklaard en in de herziene beoordeling wordt meegenomen. Aansluitend kan [Beklaagde] opnieuw op basis van de economisch meest voordelige inschrijving een nieuwe gunningsbesluit nemen.

Wij menen dat [Klager] wel degelijk voldoet aan de gestelde organisatie-eis ISAE304 Type II in de zin dat [Klager] organisatie voldoet aan de met ISAE304 Type II vergelijkbare eisen. [Beklaagde] is los hiervan in verzuim gebleken door niet vooraf op transparante wijze de inhoudelijke criteria bekend te maken om te bepalen of er sprake is van vergelijkbaarheid. Dit is zelfs strijdig met vaste jurisprudentie (o.a. A-G Kokott 15.12.2011, zaak C-368/10).

Subsidiair zijn wij van mening dat de door u gestelde ISAE304 Type II (of hiermee vergelijkbaar) eis überhaupt niet in het Programma van Eisen had mogen worden opgenomen aangezien er geen sprake is van een zogenaamde 'minimum gunningseis' (uitvoeringsvoorwaarde m.b.t. de opdracht) maar van een zgn. 'geschiktheidseis' (eis m.b.t. de geschiktheid van de organisatie) aangezien het een kenmerk betreft die te maken heeft met de inschrijvende *organisatie*. Hieronder lichten wij onze klacht nader aan u toe.

Nadere toelichting klacht [Klager]

[Beklaagde] (i.c. de aanbestedende dienst) heeft binnen het Programma van Eisen onder eis nummer 10.4 (en 10.5) [*bedoeld zal zijn 10.3 en 10.4, Commissie*] de ISAE3402 Type II rapportage geëist van Inschrijver. [Klager] beschikt hier niet over en heeft als alternatief om te voldoen aan deze eis zowel haar ISO9001 als ISO27001 certificeringsrapportages ingediend bij haar Inschrijving. [Beklaagde] heeft besloten om dit als niet gelijkwaardig te beoordelen en de Inschrijving van [Klager] derhalve als ongeldig te verklaren en niet verder te beoordelen. Tijdens de vragenronde heeft [Klager] met betrekking tot deze eis de volgende opmerking en vraag geplaatst:

- De gestelde eis is disproportioneel, omdat slechts een zeer beperkte groep leveranciers binnen de Onderwijs & ICT markt hieraan voldoet. Hiermee sluit u per definitie te veel gerenommeerde marktpartijen uit dit marktsegment uit voor mededinging.
- Als alternatief voorgesteld om ook ISO9001 als vergelijkbaar te accepteren.

Dit laatste verzoek is expliciet afgewezen door [Beklaagde], waarbij tevens is aangegeven dat de aanbestedende dienst zal beoordelen of de alternatieve rapportage voldoet in het kader van de vergelijkbaarheid. Het staat de aanbestedende dienst uiteraard vrij om eisen te stellen en het is aan Inschrijver om hierop te reageren. [Klager] heeft hiertoe in de Nota van Inlichtingen een alternatief voorstel gedaan om de eis te verbreden (door ISO9001 aan te halen), maar dit is niet gehonoreerd.

Aangezien wij reeds aan de ons inziens vergelijkbare eis voldoen ([Klager] beschikt immers over de ISO27001 certificering, welke grotendeels inhoudelijk overlapt met ISAE3402 Type II) dient nu de vraag te worden beantwoord op sprake is van vergelijkbaarheid in relatie tot ISAE3402 Type II.

Ons onderzoek op dit punt levert het volgende op:

1. Uit rechtspraak blijkt dat de aanbestedende dienst dient aan te geven wanneer sprake is van vergelijkbaarheid, zodat vooraf op transparante wijze voor alle Inschrijvers duidelijk is aan welke inhoudelijke criteria voldaan moet zijn en waaraan deze gelijkwaardigheid getoetst zal worden. In dit geval beschrijft de aanbestedende dienst niet waaraan een Inschrijver dient te voldoen. In-

schrijver geeft zelfs expliciet aan dat dit volledig ter beoordeling van de aanbestedende dienst is.

2. Daarnaast is het derhalve de vraag welke andere certificering/assurance rapportage überhaupt vergelijkbaar is. Geen enkel alternatief zal immers voor de volle 100% gelijkwaardig zijn.
Ons inziens, en dit blijkt ook uit diverse literatuur, zijn er vele overeenkomsten tussen ISAE3402 en ISO27001. Derhalve stellen wij dat ISO27001, zeker in de context van de te vergeven opdracht zoals beschreven in de offerteuitvraag van [Beklaagde], onzes inziens zelf meer dan voldoende vergelijkbaar is in relatie tot de gestelde eis. Overigens is het de vraag of ISAE3402 door [Beklaagde] wel toegepast had moeten worden als eis gezien het feit dat deze assurance voornamelijk wordt toegepast in relatie tot de outsourcing van financiële processen. Dat is hier immers niet het geval.
3. Blijft overeind staan dat in geen geval te beoordelen valt in welke mate iets vergelijkbaar is omdat het toetsingskader ontbreekt noch is gedeeld via TenderNed in het kader van het transparantiebeginsel.
4. Tevens ontbreekt in uw brief met uw gunningvoornemen een deugdelijke motivatie ten aanzien van de beoordeling van de vergelijkbaarheid waarop uw besluit tot ongeldig verklaring is gebaseerd.

Tot slot herhalen wij onze eis dat [Beklaagde] het huidige gunningsvoornemen d.d. 5 oktober 2015 aan [X] formeel intrekt en onze klacht onmiddellijk in behandeling neemt. Indien de interne klachtencommissie van [Beklaagde] onze klacht gegrond verklaard, eisen wij dat onze inschrijving alsnog geldig wordt verklaard en alsnog in de beoordeling wordt meegenomen. Wij zien allereerst uit naar de reactie van de onafhankelijke interne klachtencommissie van [Beklaagde]. Mocht de reactie van deze commissie ons inziens ontoereikend zijn, dan zijn wij genooddaakt om deze casus in ieder geval voor te leggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts en ons te beraden op juridische vervolgstappen.

Met vriendelijke groet,
[Klager]'

- 1.9. Beklaagde heeft bij brief van 28 oktober 2015 als volgt gereageerd op de klachtbrief van klager van 22 oktober 2015:

'Geachte heer [Naam],

Het secretariaat van [Beklaagde] heeft uw brief van 22 oktober jl. ontvangen en getoetst aan de inhoud van de aanbestedingsdocumenten. Het secretariaat heeft vastgesteld dat uw klachten en bezwaren betrekking hebben op de in de aanbestedingsdocumenten geformuleerde eisen en/of wensen en op de beoordeling van uw Inschrijving door de beoordelingscommissie.

In de offerteaanvraag zijn procedures opgenomen voor het indienen van klachten en/of bezwaren voordat de Inschrijving wordt ingediend (paragraaf 2.2.1) en voor het indienen van klachten en/of bezwaren indien Inschrijver het niet eens is met de gunningbeslissing en/of de reden van uitsluiting of afwijzing (paragraaf 5.4d). Door in te schrijven hebt u ingestemd met de procedure, alsmede met de inhoud, bepalingen, technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden zoals neergelegd in de aanbestedings- en contractdocumenten (paragraaf 2.7 lid 1). Door in te schrijven hebt u tevens uitdrukkelijk ingestemd met de spelregel dat u, indien u zich niet kunt verenigen met de gunningbeslissing (en/of de reden van uitsluiting en/of afwijzing), binnen 20 kalenderdagen na dagtekening van de aan u verzonden mededeling van de gunningbeslissing een kort geding geëntameerd dient te hebben bij de Voorzieningenrechter en dat deze termijn kwalificeert als contractuele vervaltermijn (paragraaf 5.4d). Het is aan Inschrijver om

tijdig en op de juiste wijze gebruik te maken van de mogelijkheden om klachten en/of bezwaren in te dienen.

Omdat u niet binnen de gestelde termijn een kort geding geëntameerd hebt gaat de klachtencommissie er vanuit (zonder tegenbericht binnen een week na dagtekening van deze brief) dat de klacht niet verder behandeld hoeft te worden. Volledigheidshalve wijzen wij u er op zoals bij paragraaf 1.5 staat beschreven, dat de indiening van de klacht bij het klachtenmeldpunt niet de aanbestedingsprocedure schorst en dus ook de stand still periode niet wordt verlengd.

Ik vertrouw erop u hiermede voldoende te hebben geïnformeerd.

Met vriendelijke groet,
Namens het klachtenmeldpunt van [Beklaagde]'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft de ISAE 3402 Type II-eis in strijd met de geldende regels in het Programma van Eisen opgenomen.

2.2. Klachtonderdeel 2

De ISAE 3402 Type II-eis is disproportioneel.

2.3. Klachtonderdeel 3

Beklaagde heeft gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel door vooraf niet de inhoudelijke criteria bekend te maken aan de hand waarvan klager kon bepalen of alternatieve eisen – waarvan klager stelt dat zij daar wel aan voldeed – vergelijkbaar waren met de ISAE 3402 Type II-eis.

2.4. Klachtonderdeel 4

Beklaagde heeft de inschrijving van klager onterecht als ongeldig terzijde gelegd en die inschrijving daarmee onterecht niet in de beoordeling meegenomen.

2.5. Klachtonderdeel 5

Beklaagde heeft de mededeling van de gunningsbeslissing van 5 oktober 2015 onvoldoende gemotiveerd.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

De door beklagde gestelde ISAE 3402 Type II-eis had niet in het Programma van Eisen mogen worden opgenomen aangezien er geen sprake is van een zogenoemde 'minimum gunningseis' (uitvoeringsvoorwaarde met betrekking tot de opdracht) maar van een zogenoemde 'geschiktheidseis' (eis met betrekking tot de geschiktheid van de organisatie van de inschrijver): de eis betreft immers een kenmerk dat te maken heeft met de inschrijver.

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. De ICT-leveranciersmarkt kenmerkt zich volgens klager door op onderwijsinstellingen gespecialiseerde partijen. Volgens klager zijn er blijkens openbare bronnen nagenoeg geen onderwijsgespecialiseerde partijen die aan de ISAE 3402 Type II-eis voldoen. Klager doelt hier op het ISAE-register (<http://www.isae3402.nl>): slechts een enkele partij (namelijk: de partij aan wie beklagde perceel 1 heeft opgedragen) voldoet blijkens dat register aan de ISAE 3402 Type II-eis.
- 3.2.2. Overigens is het de vraag of de ISAE 3402 Type II-eis wel door beklagde had mogen worden gesteld gezien het feit dat deze eis voornamelijk wordt gehanteerd in relatie tot de outsourcing van financiële processen. Daarvan is bij de onderhavige opdracht geen sprake.
- 3.2.3. Dat de eis disproportioneel is, heeft klager ook reeds tijdens de vragenronde opgemerkt. Klager heeft er toen op gewezen dat slechts een selecte groep leveranciers in de onderwijs/ict branche aan deze eis kan voldoen. Door deze eis te hanteren sluit beklagde teveel gerenommeerde partijen uit voor mededinging.

3.3. Klachtonderdeel 3

- 3.3.1. Volgens klager blijkt uit vaste jurisprudentie (o.a. A-G Kokott 15 december 2011, zaak C-368/10) dat de aanbestedende dienst dient aan te geven wanneer sprake is van vergelijkbaarheid, zodat vooraf op transparante wijze voor alle inschrijvers duidelijk is aan welke inhoudelijke criteria voldaan moet zijn en waaraan deze gelijkwaardigheid getoetst zal worden.
- 3.3.2. Klager heeft tijdens de vragenronde als alternatief voor de ISAE 3402 Type II-eis ISO9001 voorgesteld: "Inschrijver dient in ieder geval verifieerbaar gekwalificeerd te zijn volgens ISAE 3402 Type II of ISO9001" (zie 1.4 hiervoor). Dit voorstel is door beklagde niet overgenomen. Beklagde heeft hierbij opgemerkt dat zij zal beoordelen of de alternatieve rapportage voldoet in het kader van de vergelijkbaarheid.
- 3.3.3. Klager stelt zich op het standpunt dat beklagde met het voorgaande niet beschrijft waaraan een inschrijver dient te voldoen. Volgens klager is dat strijdig met de hiervoor bedoelde vaste jurisprudentie: in geen geval valt te beoordelen in welke mate iets vergelijkbaar is omdat het toetsingskader ontbreekt noch is gedeeld via TenderNed in het kader van het transparantiebeginsel.

3.4. Klachtonderdeel 4

- 3.4.1. Klager werpt in het kader van dit klachtonderdeel allereerst de vraag op welke andere certificering/assurance rapportage überhaupt vergelijkbaar is. Geen enkel alternatief zal volgens haar immers voor de volle 100% gelijkwaardig zijn.
- 3.4.2. Wat daar ook van zij, klager stelt dat zij wel degelijk voldoet aan de gestelde ISAE 3402 Type II-eis in die zin dat zij voldoet aan de met ISAE 3402 Type II vergelijkbare eisen. Klager beschikt immers over de ISO 27001 certificering, die grotendeels inhoudelijk overlapt met ISAE 3402 Type II. Volgens klager – en dat blijkt volgens haar ook uit diverse literatuur – zijn er vele overeenkomsten tussen ISAE 3402 en ISO 27001.
- 3.4.3. Klager stelt zich dan ook op het standpunt dat ISO 27001, zeker in de context van de te vergeven opdracht zoals beschreven in de Offerteaanvraag van beklagde meer dan voldoende vergelijkbaar is in relatie tot de gestelde eis. Dat

betekent dat haar inschrijving dan ook onterecht (als ongeldig) terzijde is gelegd en daardoor onterecht niet in de beoordeling is meegenomen.

3.5. Klachtonderdeel 5

In de mededeling van de gunningsbeslissing ontbreekt een deugdelijke motivering ten aanzien van de beoordeling van de vergelijkbaarheid van ISO 27001 certificering met ISAE 3402 en ten aanzien van de gronden waarop het besluit tot ongeldigverklaring van de inschrijving van klager is gebaseerd.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde betreft in haar reactie op de bij de Commissie ingediende klacht zowel de beoordeling van de beoordelingscommissie als die van de (interne) klachtencommissie.
- 4.2. Ten aanzien van perceel 1 (IaaS) was als eis opgenomen dat de leverancier op dit moment en jaarlijks tijdens de uitvoering van de dienstverlening een ISAE 3402 Type II verklaring (of gelijkwaardig) kan overleggen betreffende de dienstverlening binnen dit perceel. Volgens beklagde heeft klager deze eis in beide gevallen expliciet met "nee" beantwoord. Klager heeft hierbij de kanttekening geplaatst dat de organisatie beschikt over ISO 9001 en 27001 certificaten.
- 4.3. De beoordelingscommissie heeft vastgesteld dat de door klager opgegeven alternatieven niet gelijkwaardig zijn aan de gevraagde verklaring en zij heeft zich hierover ook nog extra laten adviseren door haar accountant. De accountant heeft per e-mail van 26 oktober 2015 gereageerd en beklagde stelt dat in deze e-mail inhoudelijke argumenten zijn gegeven waarom ISO niet gelijkwaardig is aan ISAE:

'Beste [Naam],

In onze managementletter 2014 en ons accountantsverslag 2014 hebben wij het bestuur van [Beklaagde] gewezen op de formele aspecten rondom outsourcing van de IT-omgeving. De onderstaande tekst is opgenomen in ons accountantsverslag 2014:

'Outsourcing

Besloten is om de infrastructuur van [Beklaagde] te outsourcen bij een derde partij. Gezien de vele lopende IT-projecten is besloten initieel voor één jaar een partij te selecteren en daarna een aanbesteding op te starten voor meerdere jaren. Wij hebben begrepen dat al gestart is met de eerste activiteiten voor de definitieve aanbesteding van de outsourcing. Omdat het van groot belang is om de eisen en wensen goed vast te leggen in het Request for Proposal (RFP) bevelen wij aan de ervaringen uit dit eerste jaar van uitbesteding goed te evalueren en mee te nemen in het RFP voor de meerjarige uitbesteding. Omdat in het eerste jaar van de uitbesteding vaak nog allerlei zaken boven water komen welke niet voorzien waren, bevelen wij u aan om bij de tijdslijnen voor de nieuwe aanbesteding rekening te houden met een voldoende lange evaluatieperiode van dit eerste jaar. Wij bevelen ook aan om in het definitieve aanbestedingsproject afspraken te maken over service level management en adequate rapportages hierover.'

Met het bestuur hebben wij besproken dat service level management dient te omvatten dat aan de voorkant afspraken worden gemaakt over de beheersmaatregelen die partijen inrichten om de betrouwbaarheid en continuïteit van de geautomatiseerde gegevensverwerking te waarborgen.

Middels rapportages (ISAE 3402 type 2) dient aan het bestuur gerapporteerd te worden dat deze beheersmaatregelen gedurende **het gehele boekjaar** effectief hebben gewerkt.

Indien [Beklaagde] de beschikking heeft over dergelijke rapportages dan is dat ook weer direct van invloed op de aard en omvang van de werkzaamheden die wij als accountant dienen te verrichten ten aanzien van de uitbesteding van processen. In het geval het een ISAE 3402 rapport met een goedkeurend oordeel betreft kunnen wij hier als accountant op steunen hetgeen betekent dat wij zelfstandig geen werkzaamheden hoeven uit te voeren ten aanzien van de uitbestede processen.

(...)'

- 4.4. Voorts merkt beklagde op dat in hoofdstuk 4 van de Offerteaanvraag de bepaling is opgenomen dat de inschrijver van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten als hij niet akkoord gaat met dan wel niet voldoet aan alle eisen.
- 4.5. Voor de beoordelingscommissie was die bepaling reden de inschrijving van klager uit te sluiten van verdere beoordeling. Dit is aan klager medegedeeld per brief. Klager heeft hier volgens beklagde niet op gereageerd.
- 4.6. Beklaagde heeft op 22 oktober 2015 een klacht ontvangen van klager betreffende de (beoordeling van) haar inschrijving. De klachtencommissie heeft deze klacht volgens beklagde geheel volgens het daarvoor geldende protocol binnen tien werkdagen in behandeling genomen.
- 4.7. De klachtencommissie heeft vastgesteld dat de beoordeling door de beoordelingscommissie volgens de in de aanbestedingsdocumenten vastgelegde procedure en planning is verlopen en dat klager geen gebruik heeft gemaakt van de binnen deze procedure geboden mogelijkheden om (tijdig en bij de juiste instantie) vragen te stellen en/of bezwaar te maken. De klachtencommissie heeft klager hierover geïnformeerd en daarop geen reactie ontvangen van klager.
- 4.8. Beklaagde concludeert dat de beoordeling van de inschrijving van klager volgens de in de aanbestedingsdocumenten vermelde procedure en planning is uitgevoerd en stelt dat de aanbesteding en gunning correct verlopen zijn.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 20 juli 2015 een Europese openbare procedure voor een raamovereenkomst voor ICT-diensten heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de raamovereenkomst geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Klachtonderdeel 1
 - 5.2.1. Vooropgesteld dient te worden dat de in eis 10.3 van het bij de Offerteaanvraag behorende Formulier C ("Programma van Eisen en Wensen") vermelde ISAE 3402 Type II-eis een kwalitatieve geschiktheidseis is en geen uitvoeringsvoorwaarde betreft.
 - 5.2.2. De Commissie begrijpt het klachtonderdeel aldus dat klager daarmee betoogt dat beklagde de eis niet op de daartoe geëigende weg bekend heeft gemaakt door deze geschiktheidseis op te nemen in het Programma van Eisen. Aangenomen

dat dit standpunt van klager juist is, vermag de Commissie niet in te zien dat klager als gevolg van de handelwijze van beklaagde in haar belangen is benadeeld. Het betreft immers een Europese openbare procedure en vast staat dat klager voorafgaande aan haar inschrijving op de hoogte was van de eis, aangezien zij daarover aan beklaagde een vraag heeft gesteld in het kader van de inlichtingenronde (zie 3.3.2 hiervoor). De Commissie is dan ook van oordeel dat klager geen belang heeft bij het klachtonderdeel.

5.2.3. Het eerste klachtonderdeel is daarmee ongegrond.

5.2.4. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Gelet op het bepaalde in artikel 58 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.63 Aw 2012 moet een aanbestedende dienst de kwalitatieve geschiktheidseisen met ingang van 1 juli 2016 bekend maken in de aankondiging van de opdracht.

5.3. Klachtonderdeel 2

5.3.1. Alvorens tot een beoordeling van dit klachtonderdeel over te gaan, overweegt de Commissie het volgende. De Commissie gaat er voorshands vanuit dat beklaagde de ISAE 3402 SOC1 Type II-eis voor ogen had, omdat de SOC1-variant in Nederland de meest bekende variant van de ISAE 3402-certificering is.

5.3.2. In artikel 1.10, lid 1 jo. lid 2, sub c, Aw 2012 is bepaald dat de inhoud van de geschiktheidseisen in een redelijke verhouding moet staan tot het voorwerp van de opdracht.

5.3.3. Klager heeft ter onderbouwing van dit klachtonderdeel betoogd dat er nagenoeg geen partijen zijn die enerzijds zijn gespecialiseerd in het leveren van ICT-diensten aan onderwijsinstanties en anderzijds aan de ISAE 3402 Type II-eis voldoen. Daarmee lijkt klager te veronderstellen dat de onderhavige opdracht alleen zou openstaan voor ondernemingen die ervaring hebben met het leveren van ICT-diensten aan onderwijsinstellingen. Dat laatste blijkt naar het oordeel van de Commissie echter niet uit de Offerteaanvraag en het Formulier C ("Programma van Eisen en Wensen"). Daaruit blijkt immers – zie 1.3 en 1.4 hiervoor – dat het beschikken over ervaring met het leveren van ICT-diensten in de onderwijsbranche slechts als een wens is geformuleerd en dat een inschrijver die aan die wens kan voldoen slechts een relatief bescheiden aantal punten kan scoren op het subgunningscriterium Gu2 ("Mate van voldoen aan Programma van Eisen"). Dat betekent dat de opdracht nadrukkelijk ook openstaat voor leveranciers die weinig of geen ervaring hebben met het leveren van ICT-diensten aan onderwijsinstellingen. De Commissie heeft op basis van het ISAE-register – waar ook klager naar verwijst – vastgesteld dat er tientallen ondernemingen zijn die ICT-diensten buiten de onderwijssector leveren en die wel aan de ISAE 3402 Type II-eis voldoen en mitsdien op perceel 1 van de onderhavige opdracht zouden kunnen inschrijven.

5.3.4. Beklaagde heeft gesteld dat de belangrijkste reden om in de onderhavige aanbestedingsprocedure te vragen om een ISAE 3402 Type II-rapport is gelegen in de omstandigheid dat haar accountant – wanneer een dergelijk rapport eenmaal is afgegeven – zelf geen afzonderlijk onderzoek meer behoeft uit te voeren naar de processen die beklaagde heeft uitbesteed. Anders dan klager stelt, beperkt het accountantsonderzoek van een onderwijsinstelling zich niet tot de financiële gegevens met betrekking tot de jaarrekening, maar dient de accountant daarnaast ook de rechtmatigheid van de toepassing van diverse voor het onderwijs specifieke regelingen te controleren. Daarbij moet hij onder meer leerlingenaantallen en personeelsgegevens controleren. De Commissie verwijst in dit verband naar het Onderwijsaccountantsprotocol OCW/EZ 2016 op p. 24 en p. 29-30. Dit bete-

kent dat wanneer beklaagde een leverancier en beheerder van applicaties contracteert die aan de ISAE 3402 Type II-eis voldoet, zij kan besparen op haar accountantskosten. De Commissie is van oordeel dat dit een legitieme reden kan zijn om een dergelijk eis te stellen. Uit Bijlage 8 ("Applicatielijst met typeaanduiding") kan worden afgeleid dat beklaagde reeds met enkele kritische applicaties werkt die over een ISAE 3402 certificering beschikken. Zo is Magister (een leerlingadministratiesysteem) ontwikkeld door Schoolmaster B.V., dat blijkens het ISAE 3402 register over een Type I rapport beschikt (zie http://www.isae3402.nl/all?sort_by=title&sort_order=DESC&page=3) en is Afas (een ERP systeem dat voor vele processen kan worden gebruikt, zoals financiële processen, HR processen en workflow management) ontwikkeld door Afas Software B.V., dat over een Type II rapport beschikt (zie http://www.isae3402.nl/all?sort_by=title&sort_order=ASC). De Commissie realiseert zich dat de hiervoor bedoelde besparing op accountantskosten mogelijk tot een kostenverhoging voor de door beklaagde gecontracteerde dienstverlener leidt. Die dienstverlener zal dan immers met regelmatige tussenpozen een ISAE 3402 Type II-rapport moeten laten opstellen. Daar staat echter tegenover dat de dienstverlener deze rapporten in dat geval ook zal kunnen gebruiken om zijn verplichtingen na te komen jegens andere opdrachtgevers met wie hij de ISAE 3402 Type II-eis eveneens is overeengekomen.

- 5.3.5. Het voorgaande neemt naar het oordeel van de Commissie echter niet weg dat bij de in perceel 1 – waarop klager heeft ingeschreven (zie 1.6 hiervoor) – gevraagde dienstverlening (Infrastructure as a Service) de opdrachtnemer weliswaar verantwoordelijk is voor de beschikbaarheid van de gehoste applicaties, maar niet verantwoordelijk is voor het beheer van die applicaties. Op de correctheid van de werking van die applicaties kan de opdrachtnemer dus geen invloed uitoefenen. Daarmee is de zware eis van een ISAE 3402 Type II-rapport onvoldoende relevant voor de gevraagde dienstverlening. Beklaagde vraagt dus veel meer van de opdrachtnemer dan noodzakelijk kan worden geacht voor de uitvoering van de onderhavige opdracht.
- 5.3.6. De Commissie is alles afwegende van oordeel dat de ISAE 3402 Type 2-eis disproportioneel is.
- 5.3.7. Het tweede klachtonderdeel is daarmee gegrond.
- 5.3.8. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. De Commissie is van oordeel dat beide partijen zich meer hadden kunnen inspannen om vóór inschrijving helder te krijgen welke eisen golden en welke alternatieven voor de ISAE 3402-certificering al dan niet tot de mogelijkheden behoorden. Zo had het ter voorkoming van kansloze inschrijvingen op de weg van beklaagde gelegen om naar aanleiding van vraag 1 in de eerste Nota van Inlichtingen van 13 augustus 2015 (zie 1.5 hiervoor) meer duidelijkheid te geven over de ISAE 3402 Type II-eis. In dat kader had beklaagde gemotiveerd behoren aan te geven dat ISO 9001- en ISO 27000-certificaten naar haar mening niet gelijkwaardig zijn. Omgekeerd had ook klager naar aanleiding van de beantwoording door beklaagde van vraag 1 expliciet kunnen (door)vragen of bepaalde certificaten gelijkwaardig waren en welke onderdelen van de ISAE 3402-certificering in de beoordeling van de gelijkwaardigheid zouden worden meegewogen.

5.4. Klachtonderdeel 3

- 5.4.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te mer-

ken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.

- 5.4.2. Door pas op 22 oktober 2015 – ná haar inschrijving en ná ontvangst van de mededeling van de gunningsbeslissing – een klacht bij beklagde in te dienen met betrekking tot de beweerdelijke inbreuk van beklagde op het transparantiebeginsel, heeft klager de hiervoor bedoelde verplichting niet nageleefd. De Commissie is van oordeel – mede gelet op het bepaalde in par. 2.2.1 van de Offerteaanvraag (zie 1.2 hiervoor) – dat klager haar bezwaren daarmee op een te laat tijdstip naar voren heeft gebracht. De Commissie ziet ook niet in waarom klager haar bezwaren tegen de in haar ogen onvoldoende transparante formulering van de ISAE 3402 Type II-eis niet eerder naar voren had kunnen brengen. Dat klager tijdens de inlichtingenronde aan beklagde heeft voorgesteld de betreffende eis inhoudelijk anders te formuleren (zie 1.4 hiervoor) doet aan het voorgaande oordeel niet af: uit de context van de vraagstelling waarbinnen dat voorstel is gedaan blijkt immers duidelijk dat klager moeite had met de ISAE 3402 Type II-eis vanuit het oogpunt van proportionaliteit. Dat voor haar niet duidelijk was welke alternatieve eisen – waar zij mogelijk wel aan zou kunnen voldoen – vergelijkbaar waren met de ISAE 3402 Type II-eis, blijkt geenszins uit die vraagstelling en dat voorstel.
- 5.4.3. Deze handelwijze van klager staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog kan klagen over het gebrek aan transparantie van de ISAE 3402 Type II-eis.
- 5.4.4. Het derde klachtonderdeel is derhalve ongegrond.
- 5.4.5. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Beklagde heeft, door de ISAE 3402 Type II-eis te formuleren als “ISAE3402 Type II (of gelijkwaardig)”, zonder daarbij aan te geven op welke alternatieve wijze – anders dan door het overleggen van een ISAE 3402 Type II-rapport – een inschrijver aan die eis zou kunnen voldoen, naar het oordeel van de Commissie niet in strijd gehandeld met haar verplichting tot het betrachten van transparantie, zoals omschreven in artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012. Een andersluidend oordeel kan – anders dan klager veronderstelt – niet worden gebaseerd op de conclusie van advocaat-generaal Kokott voor het arrest HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10) en is ook overigens door het HvJ niet in dat arrest gegeven. De advocaat-generaal (in punt 69 t/m 71 van haar conclusie) en het HvJ (in rov. 54 t/m 57 van zijn arrest) hebben het gebruik van de toevoeging “of gelijkwaardig” geproblematiseerd voor een specifiek geval dat zich hier niet voordoet, namelijk: het geval waarin een aanbestedende dienst die toevoeging pas enkele weken nadat de belanghebbenden het bestek hebben ontvangen in de nota van inlichtingen opneemt. Het gebruik van de toevoeging “of gelijkwaardig” is als zodanig echter niet problematisch. De advocaat-generaal overweegt in punt 68 van haar conclusie immers:

‘Er bestaan geen principiële bezwaren tegen het gebruik van de toevoeging „of gelijkwaardig”. De wetgever van de Unie heeft deze tenslotte zelf — in een ander verband — uitdrukkelijk opgenomen (vergelijk artikel 23, lid 3, sub a, laatste zin, en lid 8 van richtlijn 2004/18). Inzonderheid kan de toevoeging „of gelijkwaardig”, anders dan de Commissie meent, niet met een beroep op de beweerdelijk daarmee teweeggebrachte rechtsonzekerheid ontoelaatbaar worden geacht. Bij iedere openbare aanbesteding is het zo dat de aanbestedende diensten de bij hun ingediende offertes aan de aanbestedingsvoorwaarden dienen te toetsen en daartoe in voorkomend geval een onderzoek naar de gelijkwaardigheid moeten doen.’

5.5. Klachtonderdeel 4

- 5.5.1. Klager stelt zich op het standpunt dat zij beschikt over ISO 27001 certificering en dat ISO 27001 meer dan voldoende vergelijkbaar is met ISAE 3402.
- 5.5.2. Aan klager kan weliswaar worden toegegeven dat er overeenkomsten bestaan tussen ISAE 3402 en ISO 27001 – en in zoverre vergelijkbaar zijn – maar dat laat onverlet dat er ook belangrijke verschillen bestaan.
- 5.5.3. De ISO 27001 audit omvat veertien groepen, die vrijwel alle zien op de informatiebeveiliging. Alleen groep "A.14: System acquisition, development and maintenance (13 controls)" ziet op de correcte werking van de systemen. De ISAE 3402 audit daarentegen ziet vrijwel uitsluitend op de correcte werking van systemen en is in dit opzicht aanzienlijk diepgaander dan de ISO 27001 audit.
- 5.5.4. Daarmee kan naar het oordeel van de Commissie niet gezegd worden dat beklagde met haar beschikking over ISO 27001 certificering gelijkwaardig voldoet aan de ISAE 3042 Type II-eis.
- 5.5.5. Het voorgaande betekent dat beklagde de inschrijving van klager – wanneer wordt geabstraheerd van de gegrondheid van het tweede klachtonderdeel – op zich terecht als ongeldig terzijde heeft gelegd en niet in de beoordeling heeft meegenomen.
- 5.5.6. Ook het vierde klachtonderdeel is daarmee ongegrond.

5.6. Klachtonderdeel 5

- 5.6.1. De Commissie stelt allereerst vast dat beklagde – anders dan klager met het klachtonderdeel stelt – in de mededeling van de gunningsbeslissing van 5 oktober 2015 wel degelijk een grond heeft aangegeven waarop het besluit tot ongeldigverklaring van de inschrijving van klager is gebaseerd: volgens beklagde voldoet klager met haar inschrijving niet aan de ISAE 3402 Type II-eis.
- 5.6.2. Het voorgaande betekent dat het klachtonderdeel in zoverre ongegrond is.
- 5.6.3. Klager betoogt met het klachtonderdeel echter tevens dat in de mededeling van de gunningsbeslissing een deugdelijke motivering ontbreekt ten aanzien van de beoordeling van de vergelijkbaarheid – de Commissie veronderstelt dat klager bedoelt: gelijkwaardigheid – van ISO 27001 certificering met ISAE 3402. De Commissie overweegt daarover het volgende.
- 5.6.4. In considerans (29) van Richtlijn 2004/18/EG is onder andere het volgende bepaald:

'Om de gelijkwaardigheid aan te tonen, moeten de inschrijvers elk bewijsmiddel kunnen gebruiken. Overheidsdiensten moeten iedere beslissing dat er geen sprake is van gelijkwaardigheid, kunnen motiveren.'
- 5.6.5. In artikel 2.130, eerste en tweede lid, Aw 2012 is het volgende bepaald:
 - '1. De mededeling van de gunningsbeslissing aan iedere betrokken inschrijver of betrokken gegadigde bevat de relevante redenen voor die beslissing, alsmede een nauwkeurige omschrijving van de opschortende termijn, bedoeld in artikel 2.127, eerste lid, die van toepassing is.
 2. Voor de toepassing van het eerste lid wordt onder relevante redenen in ieder geval verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen in-

schrijving alsmede de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst.
(...).'

- 5.6.6. Uit de Memorie van Toelichting bij artikel 2.130 Aw 2012 blijkt dat de wetgever er voor heeft gekozen – evenals in de WIRA – om met betrekking tot de motivering van de gunningsbeslissing niet te volstaan met een verplichting van aanbestedende diensten om een samenvatting van de relevante redenen te geven, maar alle relevante redenen in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen (TK 2009/10, 32440, nr. 3, p. 94). Daarmee verwijst de wetgever naar hetgeen hij naar het oordeel van de Commissie in de kern tot uitdrukking heeft willen brengen in de Memorie van Toelichting bij de WIRA: het toezenden van een samenvattende beschrijving van de relevante redenen die tot een bepaalde gunningsbeslissing hebben geleid zal aan de afgewezen inschrijver veelal onvoldoende houvast bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Bij twijfel zal die inschrijver er dan toe overgaan een juridische procedure aanhangig te maken. Een dergelijke juridisering acht de wetgever echter onwenselijk en kan voorkomen worden door de gunningsbeslissing transparant en met vermelding van alle relevante redenen te motiveren (TK 2008/09, 32027, nr. 3, p. 7).
- 5.6.7. De Commissie stelt vast dat beklagde met de mededeling van de gunningsbeslissing van 5 oktober 2015 klager voor het eerst over de afwijzing van haar inschrijving heeft geïnformeerd. Dat betekent dat die mededeling alle relevante redenen voor de afwijzing diende te bevatten. De Commissie is van oordeel dat beklagde in dat kader niet kon volstaan met de mededeling dat de in de inschrijving van klager genoemde rapporten ISO 9001 en 27001 niet gelijkwaardig zijn aan een ISAE 3402 Type II rapport (zie 1.7 hiervoor), maar dat zij klager meer inzicht had moeten verschaffen in de redenen waarom de bedoelde rapporten niet gelijkwaardig zijn.
- 5.6.8. Het voorgaande betekent dat het vijfde klachtonderdeel gegrond is voor zover het klaagt dat beklagde haar mededeling van de gunningsbeslissing onvoldoende heeft gemotiveerd door het hiervoor bedoelde inzicht niet aan klager te verschaffen.

6. Advies

De Commissie acht onderdelen 1, 3 en 4 van de klacht **ongegrond**, acht onderdeel 2 van de klacht **gegrond** en onderdeel 5 van de klacht **gegrond**, voor zover het klaagt dat beklagde haar mededeling van de gunningsbeslissing onvoldoende heeft gemotiveerd.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. dr. M.H. Paapst en mr. ir. D.C.G. de Rooij die als Branche-Experts aan de Commissie zijn verbonden.

Den Haag, 28 februari 2017

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid