

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 476

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde, een gemeente in oprichting waarin twee gemeenten, [A] en [B], fuseren, heeft op 2 mei 2018 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de levering en implementatie van een registratiesysteem Sociaal Domein. [C] begeleidt de aanbestedingsprocedure.
- 1.2. In het Aanbestedingsdocument "Oplossing Sociaal Domein [Beklaagde]" van 2 mei 2018 (hierna: Aanbestedingsdocument) is, onder meer, het volgende bepaald:

1. ALGEMEEN

(...)

1.3 Doelstelling

"*Alles voor iedereen toegankelijk*", vat het doel van dit project goed samen. De doelstelling is ruimer geformuleerd als volgt: zorg dat [Beklaagde] vanaf 9 november 2018 kan werken met de Wmo functionaliteiten in een nieuwe Oplossing ten behoeve van het kalenderjaar 2019. De overige functionaliteiten moeten uiterlijk 1 juli 2019 operationeel zijn. Tevens moet er rekening gehouden worden met de huidige gegevens, de huidige werkwijzen en de huidige applicaties. Waar nodig zullen de werkwijzen op elkaar worden afgestemd.

We willen met dit project het volgende bereiken:

- Facilitering integraal werken binnen het sociaal domein door middel van één oplossing voor Wmo en het sociaal team(s);
- Een Oplossing die prima integreert met en binnen de verschillende generieke Microsoft functionaliteiten zoals SharePoint voor archiefwaardige en beveiligde opslag documenten e.d.. Dynamics 365 voor het 360° klantdossier en Office365/Office 2016, voor agendabeheer, documentcreatie etc.;
- Oplossing moet gekoppeld kunnen worden met andere applicaties die van belang zijn voor de uitvoering Wmo en het sociaal team;
- De mogelijkheid dat een Inwoner zijn dossier kan inzien en documenten en/of berichten aan zijn dossier kan toevoegen;
- Monitoring kwaliteit mogelijk binnen de Oplossing.

2. DE SCOPE VAN DE OPDRACHT

De volgende onderdelen maken onderdeel uit van de opdracht:

- Een volledige werkende oplossing voor het sociaal domein;
- Een backoffice functionaliteit voor Wet maatschappelijke ondersteuning (hierna: Wmo);
- Een functionaliteit voor Jeugd (optioneel);
- Een functionaliteit voor Participatie (optioneel);
- Koppelingen en een goede samenwerking tussen drie functionele gebieden Wmo, Jeugd en Participatie;
- Koppelingen zoals die beschreven zijn in het programma van eisen;

- Het aanbieden van een volledige implementatie waaronder projectleiding, opleidingen, inrichting en dataconversie;
- Het aanbieden van een service contract voor het onderhoud en de verdere ontwikkeling van de Oplossing gedurende de looptijd van de overeenkomst;
- Het aanbieden van een helpdeskfunctie voor vragen bij gebruik van de Oplossing. Gedurende de looptijd van de overeenkomst.

De uitvoering van de Participatiewet en Jeugdwet vallen niet binnen de eisen die wij stellen aan de Oplossing. De koppelingen [noot 1: Koppelingen zijn nader te specificeren als "volledig geautomatiseerde koppelingen" / "koppelingen die functioneren zonder menselijke interventie".] moeten echter wel mogelijk zijn t.b.v. de uitvoering Wmo, Jeugd en Participatie en de oplossing moet toekomstbestendig zijn. Dit wil zeggen dat er een mogelijkheid moet zijn om de uitvoering van de Participatiewet en de Jeugdwet op termijn ook binnen de oplossing te behandelen. Ook kunnen waar dit zinvol wordt geacht koppelingen met externe organisatie worden gelegd op basis waarvan informatie wordt uitgewisseld.

Kortom het gaat om een volledig werkend en naar wensen van de aanbestedende dienst in te richten Oplossing die zijn data haalt uit en vastlegt in gekoppelde systemen, waarin tevens zelf de mogelijkheid is data te verwerken.

2.1 Looptijd overeenkomst

De overeenkomst wordt aangegaan voor een periode van 4 jaar (tot en met 2022) met de mogelijkheid van verlenging voor 2 jaar (tot en met 2024) en daarna mogelijkheid tot verlenging ieder jaar (tot max. 10 jaar, tot en met 2028). De verlengingsmogelijkheden zijn eenzijdig op te leggen vanuit opdrachtgever. De overeenkomst loopt uiterlijk van rechtswege af op 31 december 2028. Door het afsluiten van deze overeenkomst met een (1) professionele en betrouwbare ondernemer ten behoeve van de uitvoering van de opdracht, wenst de opdrachtgever aan de oplossing voor het sociaal domein uitvoering te geven.

(...)'

- 1.3. In Bijlage C bij het Aanbestedingsdocument, het Programma van Eisen van 30 april 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

1. FUNCTIONELE EISEN GEWENSTE SITUATIE

(...)

1.8 Autorisatie

Nr.	Omschrijving
(...)	(...)
139	Het is in geval van Onderhoud, mogelijk de Oplossing af te sluiten door de daartoe geautoriseerde persoon (Oplossingsbeheer), voor alle gebruikers met uitzondering van beheer.

1.9 Releases

Nr.	Omschrijving
(...)	(...)
142	De randvoorwaarden die gesteld worden aan de Oplossing voor installatie en de-installatie en juiste werking zijn duidelijk beschreven in de beheerdocumentatie. Er is een duidelijke beschrijving om de Oplossing te activeren en te deactiveren en/of te herstellen bij calamiteiten.

(...)	(...)
-------	-------

(...)

2. TECHNISCHE KADER

2.1 Generieke technisch kader

2.1.1 Technisch kader i-strategie [Beklaagde]

Dit technisch kader van de i-strategie [Beklaagde] is leidend voor de ICT-aanbestedingen in het kader van de bouw van de nieuwe digitale informatievoorziening van [Beklaagde], het Virtueel Kantoor. De onderstaande omschrijving incl. bijbehorende eisen zijn derhalve volledig van toepassing op onderhavige aanbesteding. Door uit te gaan van deze eenduidige beschrijving borgt de gemeente op ICT technisch vlak haar visie en ambitie als bestuurlijke en dienstverlenende organisatie. Tevens verlaagd het kader het risico op misvatting bij de inschrijvende partijen.

De i-strategie

De i-strategie van [Beklaagde] is samen te vatten als een public cloud first/mobile first 24/7 strategie.

[Beklaagde] maakt gebruik van het public cloud Azure-platform van Microsoft. Voor de Oplossingen [noot 1: Voor het woord toepassing mag ook 'Oplossing of Oplossing' worden gelezen.] wordt uitgegaan van compromisloze hosting binnen de tenant van [Beklaagde] op het Azure platform. Hierbij geldt vanuit het oogpunt van optimale functionele integratie en consistente usability over de informatievoorziening heen, dat het gebruik van standaard functionaliteiten uit het Microsoft ecosysteem de voorkeur geniet. Tevens ontstaat daarmee de mogelijkheid om licenties qua functionaliteitsgebruik meervoudig in te zetten.

De komende periode worden de bestaande systeemlandschappen van de afzonderlijke gemeenten ([A] en [B]) stapsgewijs uitgefaseerd c.q. verplaatst naar het Azure platform.

Definitie van SaaS

[Beklaagde] definieert het verschil tussen clouddiensten in termen van de verdeling van verantwoordelijkheden tussen de Opdrachtnemer en [Beklaagde]. In onderstaande figuur zijn de definities van On-Premises, IaaS, PaaS en SaaS gevisualiseerd.

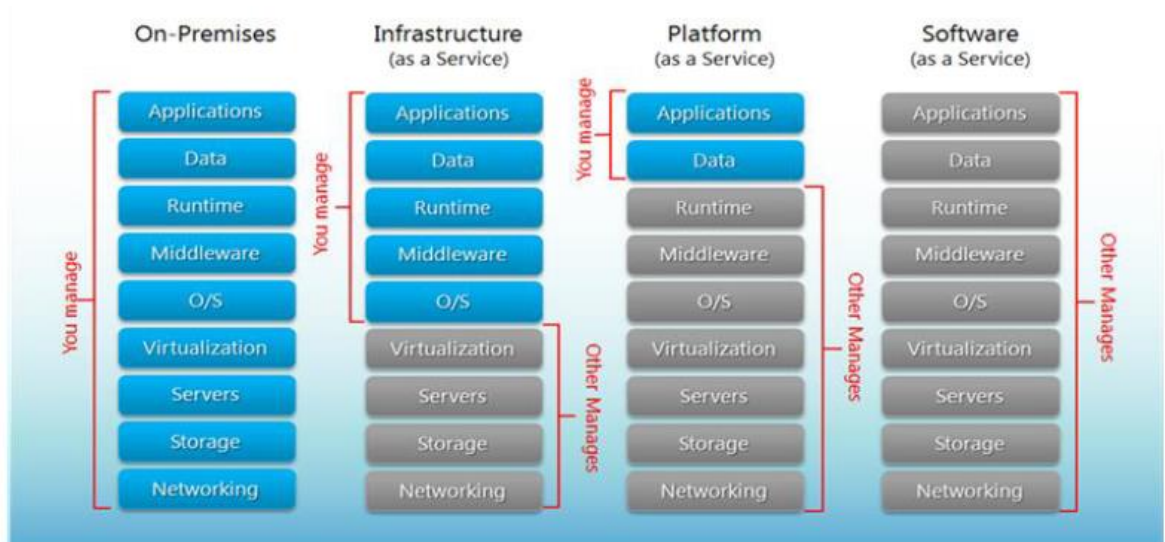
SaaS: in onderstaande figuur is onder de kop 'Software' weergegeven voor welke lagen in de architectuur de Opdrachtnemer verantwoordelijk is in termen van techniek, beheer, licenties en bijbehorende kosten. Ten aanzien van de laag 'networking' blijft de verantwoordelijkheid van Inschrijver beperkt tot de netwerkaspecten binnen haar eigen infrastructuur. Het configureren van een veilige verbinding tussen de infrastructuur van [Beklaagde] en die van Inschrijver is een gezamenlijke verantwoordelijkheid. [Beklaagde] is ten aanzien van de SaaS-Oplossing uitsluitend verantwoordelijk voor het functionele beheer.

[Beklaagde] hanteert bij iedere Oplossing die aangeschaft, vernieuwd of gebouwd moet worden, op basis van volgorde het volgende afwegingsschema:

1. "On premise" op Azure platform (combi met IaaS);
2. IaaS (Azure);

2. PaaS (Azure);
4. SaaS in hosting bij de leverancier van de toepassing.

Onder deze definitie passen ook systemen die door de Opdrachtnemer worden gehost.



Mobile first 24/7

Het begrip 'mobile first' geeft [Beklaagde] invulling door de volgende eisen te stellen:

1. (Cloud) Oplossingen koppelen met de Active Directory of de Azure Active Directory om toegang te regelen en single sign-on mogelijk te maken.
2. Oplossingen moeten device onafhankelijk aangeboden kunnen worden aan de gebruikers (Windows, iOS, Android).
3. De vormgeving van de Oplossingen moet responsive zijn. Dat wil zeggen dat de schermopbouw zich technisch en functioneel aanpast aan de schermresolutie van het device.
4. De cliënt Oplossingen hebben zero-impact op het besturingssysteem van het device.
5. (Cloud) Oplossingen zijn 24/7 bereikbaar en operationeel.

Voor het bijhouden van de gemeentelijke basisregistratie en de interne en externe datadistributie stelt [Beklaagde] de eis dat koppelingen en koppelvlakken minimaal gebaseerd zijn op standaard berichten verkeer conform de GEMMA-architectuur.

Generieke functionaliteit

[Beklaagde] heeft de laag met generieke functionaliteit ingevuld met de volgende producten:

- Kantoor automatisering: Microsoft Office365 (Office Suite (2016), Exchange Online, OneDrive for Business, SharePoint Online).
- Communicatie: Het Unified Communication platform (UC) Skype for Business voor (video) telefonie, chat & presence.
- Klantgericht werken: In de digitale dienstverlening van de gemeente staat het 360° klantdossier centraal. Dit klantgericht werken wordt ondersteunt met zaakgericht werken elementen. De klantdossier functionaliteit wordt vorm gegeven op basis van Microsoft Dynamics 365.
- Zaakgericht werken: Binnen de gemeente wordt zaakgericht werken functionaliteit ingezet ter ondersteuning van de verschillende processen en het

klantgericht werken op basis van het klantdossier. Deze functionaliteit is vorm gegeven in relatie tot het klantgericht werken en op basis van SharePoint en passend binnen de architectuur van [Beklaagde].

- Documentmanagement (DMS): [Beklaagde] hanteert SharePoint als DMS/RMA platform voor het opslaan van bestanden conform archiefrichtlijnen. Vanuit de Oplossing gegeneerde bestanden moeten hier dus op eenvoudige wijze in opgenomen kunnen worden.
- Documentcreatie: Voor de documentcreatie moet nog de keuze gemaakt worden tussen de huidige in gebruik zijnde tools Smartdocuments en iWriter. De documentcreatie tool is aangesloten op Office365.
- Management- en sturingsinformatie: Voor management- en sturingsinformatie realiseert Molenlanden een Business Intelligence omgeving (Cognos en Power BI).

Medewerkers van [Beklaagde] benaderen hun Oplossingen en content primair via hun laptop in het Virtueel Kantoor [Beklaagde], welke vormgegeven en ingericht is op het Azure platform. Toegang tot het Virtueel Kantoor geschied op basis MFA [noot 2: MFA: Multi-factor authenticatie.] Medewerkers kunnen in het Virtueel Kantoor tijd- en locatieonafhankelijk werken.

De door Inschrijver aangeboden Oplossing dient ontsloten te worden in het Virtueel Kantoor via Citrix. Medewerkers kunnen deze Oplossingen anytime, anywhere en anydevice benaderen via de gemeentelijke portal. Daarbij gelden de volgende eisen:

- De door Inschrijver aangeboden Oplossing moet binnen het Virtueel Kantoor ontsloten worden op basis van het SSO-principe [noot 3: SSO: Single sign on.].
- De door Inschrijver aangeboden Oplossing wordt ook beschikbaar gesteld via deze portal. Er mag géén noodzaak tot of directe afhankelijkheid van lokale hardware zijn voor de werking van de Oplossing.
- Vanwege de techniek zijn aanpassingen in het OS van client devices niet toegestaan. Het zero footprint principe is daarbij een belangrijke aspect.
- In verband met de integratie van functionaliteit op het platform, dient de aangeboden toepassing bij voorkeur UC-aware⁴ te zijn.

De laptops (CYOD), standaard of 2-in-1, zijn voorzien van Windows 10. Daarnaast wordt gebruik gemaakt van smartphones (CYOD), gebaseerd op Android of iOS. Alle useraccounts bestaan in de Active Directory en de Azure Active Directory (AAD). Voor de mobile (Windows)apparatuur worden de instellingen verzorgd middels MS-Intune.

(...)

2.1.2 Generiek overzicht koppelingen

Koppelingen dienen gebaseerd te zijn op de door VNG Realisatie met de leveranciers afgesproken standaarden. Deze koppelingen dienen op het StUF Testplatform met goed gevolg op compliancy getest te zijn. Onderstaand het overzicht van vereiste koppelingen, waar van toepassing, binnen de architectuur van [Beklaagde].

2.1.3 Generieke technische eisen

Nr.	Omschrijving
(...)	(...)
151	[Beklaagde] eist een Oplossing welke compromisloos binnen de tenant van [Beklaagde] op het Azure platform geïmplementeerd/geïntegreerd

	kan worden. "On-premise" installatie binnen Azure is vereist.
(...)	(...)

(...)

2.2 Specifieke technische eisen

2.2.1 Specifieke eisen koppelingen

(...)

2.2.2 Integratie met andere systemen

(...)

2.3 Eisen onderhoud, beheer en doorontwikkeling

Nr.	Omschrijving
(...)	(...)
191	Opdrachtnemer verklaart zich bereid om op eerste verzoek van opdrachtgever een of meer service level agreements (SLA's) te sluiten, waarin concrete Service Levels ter zake van het onderhoud en hosting worden vastgelegd en waarin maatregelen zijn opgenomen ter zake van het al dan niet halen van de afgesproken Service Levels. (GIBIT 8.6 t/m 8.8)
(...)	(...)

(...)'

1.4. In de eerste Nota van Inlichtingen van 28 mei 2018 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.4.1. Vraag 76: 'In artikel 3.8, 3.9, 8.1 en 11.4 wordt gesproken over Hostingdiensten. In het PvE, eis 151, wordt gesproken over 'on-premise installatie'. Het lijkt daarmee dat de artikel 3.8, 3.9, 8.1 en 11.4 kunnen vervallen? Of wilt u wel de software als SaaS (in hosting) afnemen? Kunt u dan toelichten wat u met eis 151 precies bedoelt?'

Antwoord: 'Een SaaS-oplossing is niet toegestaan. De geboden Oplossing dient geïnstalleerd te worden binnen de tenant van [Beklaagde] op het Azure platform.'

1.4.2. Vraag 78: 'U stelt: De eenmalige kosten, zoals zijn geoffreerd door opdrachtnemer, mogen tot maximaal 70% op basis van nacalculatie gefactureerd worden en tot 30% na de integrale acceptatie. Hiervoor geldt tevens artikel 9 lid 2 sub i van de Gibit 2016.

Deze betalingsregeling is zeer sterk geent op een on premise oplossing. Gaat aanbestedende dienst akkoord met gangbare betalingscondities voor deze SaaS dienstverlening, te weten 45% bij opdracht, 45% bij start werkzaamheden op locatie en 10% bij oplevering?'

Antwoord: 'Niet akkoord, allereerst betreft de Oplossing geen SaaS, maar een on-premise Oplossing. Daarbij is de weging zoals opgenomen in de conceptovereenkomst redelijk nu af zal hangen van de integrale acceptatie op de Oplossing voldoet aan hetgeen is geëist. Indien niet, en de opdrachtgever zou meegaan met uw voorstel, heeft opdrachtgever veel risico gelopen met factureren. Gelet daarop zal het percentage gehandhaafd moeten worden.'

- 1.4.3. Vraag 79: 'In dit artikel wordt verwezen naar de GIBIT Artikel 9 lid 2. Deze betalingswijze is geent op een on premise oplossing en minder geschikt voor een SaaS. Bent u bereid dit artikel te laten vervallen?'

Antwoord: 'Een Saas-oplossing is niet toegestaan. Het artikel is derhalve correct en van toepassing.'

- 1.4.4. Vraag 93: 'U stelt: De facturering van de vergoedingen vindt, tenzij anders overeengekomen, als volgt plaats:

i) Implementatie- of ontwikkelingskosten: van de totale vergoeding is 30% eerst opeisbaar na integrale Acceptatie, over de resterende 70% kunnen in de Overeenkomst nadere afspraken worden gemaakt; onze voorwaarde stellen;

Gaat aanbestedende dienst akkoord met gangbare betalingscondities, te weten 45% bij opdracht, 45% bij levering en 10% bij oplevering?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 78.'

- 1.4.5. Vraag 131: 'Deze eisen zijn alleen geent op een on premise oplossing en niet van toepassing op SaaS.
Wij verzoeken u deze eisen te laten vallen indien er een SaaS oplossing wordt aangeboden.'

Antwoord: 'De eis is expliciet voor de aanbidding van een on premis oplossing op Azure binnen de tenant van [Beklaagde]. Een SaaS Oplossing is daarmee expliciet uitgesloten.'

- 1.4.6. Vraag 132: 'Hoe verhoudt deze eis zich tot een SAAS oplossing en de afspraken die hierover zijn opgenomen in de GIBIT? Gaat de Opdrachtgever er mee akkoord dat de Opdrachtnemer in geval van een SAAS Oplossing wel verantwoordelijk is voor herstel bij Calamiteiten, maar het onderdeel over installatie en de-installatie vervalt.'

Antwoord: 'De eis is expliciet voor de aanbidding van een on premis oplossing op Azure binnen de tenant van [Beklaagde]. Een SaaS Oplossing is daarmee expliciet uitgesloten.'

- 1.4.7. Vraag 134: 'Leverancier begrijpt en onderschrijft dat de aangeboden Oplossing moet passen binnen de architectuur van [Beklaagde], maar is van mening dat hiervoor On Premise installatie niet vereist is. Als zodanig toont u ook in uw iStrategie en bijbehorende architectuurplaat de mogelijkheid van SaaS oplossingen. Zou u de eis kunnen aanpassen naar "[Beklaagde] eist een Oplossing welke compromisloos binnen de architectuur van [Beklaagde] kan worden geïntegreerd"?

Zo nee, kan [Beklaagde] dan toelichten in hoeverre deze verplichting, in lijn met artikel 1.4, lid 2 van de Aanbestedingswet 2012, bijdraagt aan het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen die zij inzet bij het aangaan van een overeenkomst?'

Antwoord: 'De eis wordt niet aangepast. Het aanbieden van een Saas-oplossing expliciet uitgesloten.

Het is de verantwoordelijkheid van [Beklaagde] om de maatschappelijke waarde te bepalen uitgaande van haar ambities en visie op dienstverlening voor de inwoners van [Beklaagde].'

1.4.8. Vraag 144: 'In deze Eis 191 geeft Opdrachtnemer aan dat de Leverancier bereid moet zijn om concrete Service Level afspraken te maken omtrent hosting. Dit suggereert dat het leveren van een Saas oplossing dus wel is toegestaan. Mag de Leverancier dit ook als dusdanig aannemen?'

Antwoord: 'Nee. Eis is over het hoofd gezien en zal komen te vervallen aangezien Hosting buiten de temnant van [Beklaagde] niet is toegestaan.'

1.4.9. Vraag 149: 'Hoe verhoudt [eis 225] zich tot een SAAS oplossing en de afspraken die hierover zijn opgenomen in de GIBIT? (Artikel 8.11 & 31.4)'

Antwoord: 'Een Saas-oplossing is niet toegestaan. De geboden Oplossing dient geïnstalleerd te worden binnen de tenant van [Beklaagde] op het Azure platform.'

1.4.10. Vraag 154: 'Komt deze eis te vervallen als het een SAAS-oplossing is?'

Antwoord: 'Een Saas-oplossing is niet toegestaan. De geboden Oplossing dient geïnstalleerd te worden binnen de tenant van [Beklaagde] op het Azure platform.'

1.4.11. Vraag 155: 'Hoe verhoudt [eis 142] zich tot een SAAS oplossing en de afspraken die hierover zijn opgenomen in de GIBIT? Gaat Opdrachtgever er mee akkoord dat de Opdrachtnemer in geval een SAAS Oplossing wel verantwoordelijk is voor herstel bij Calamiteiten, maar het onderdeel over installatie en de-installatie vervalt.'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 154.'

1.4.12. Vraag 156: 'Leverancier levert haar dienstverlening uitsluitend als SAAS oplossing, passend binnen het op pagina 14 genoemde overzicht. In eis 151 staat nu echter dat "On premise" installatie binnen Azure verplicht is. Dit betreft de cloud oplossing van MS, wat in ogen van leverancier (potentieel) schending van de patriot act zou betekenen, aangezien data dan niet gegarandeerd binnen Europa blijft.Hoe kijkt aanbestedende dienst hiertegenaan?'

Als de leverancier wel koppelt met de andere applicaties binnen het gemeentelijk domein, kunt u dan onderbouwd aangeven waarom dit een eis is? Wij verzoeken u deze eis te laten vervallen.'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 154, de eis komt derhalve niet te vervallen.'

1.5. In de tweede Nota van Inlichtingen van 8 juni 2018 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.5.1. Vraag 29: '..... Saas-oplossing is niet toegestaan. De geboden Oplossing dient geïnstalleerd te worden binnen de tenant van [Beklaagde] op het Azure platform.....Is de opdrachtgever zich bewust van het feit dat door het innemen van dit standpunt weinig tot geen aanbieders kunnen inschrijven op de aanbesteding?'

Antwoord: 'De opdrachtgever is zich ervan bewust dat er partijen zijn die met hun oplossing niet aan deze eis kunnen voldoen.'

1.5.2. Vraag 30: 'U geeft met onder meer eis 151 en met uw antwoorden op de vragen 76, 78, 79, 93, 131, 132, 134, 144, 149, 154, 155 en 156 expliciet aan dat het aanbieden van een SAAS oplossing is uitgesloten en dat een 'on premise' installa-

tie binnen Azure is vereist. De belemmering om een SaaS-oplossing aan te bieden c.q. deze eis is niet rechtmatig. Zij is namelijk in strijd met het gelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te realiseren voor de inzet van de publieke middelen en met de verplichting om objectieve technische specificaties te stellen (resp. artikelen 1.8, 1.10 lid 1, 1.4 lid 2 en 2.75 lid 2 Aanbestedingswet 2012), Mede gelet op uw iStrategie en de bijkomende architectuurplaat, de voorziene aanzienlijke duur van de overeenkomst van maximaal 10 jaar en uw wens om een toekomstbestendige oplossing te verkrijgen, achten wij het uitsluiten van een SAAS-oplossing onbegrijpelijk. Wij kunnen de eis dan ook niet anders duiden dan te zijn gericht op een bijzondere (in feite verouderde) werkwijze, die kenmerkend is voor de producten en diensten van bepaalde ondernemers. Wij verzoeken u met klem om de mogelijkheid te openen een functioneel gelijkwaardige SAAS-oplossing aan te bieden.'

Antwoord: 'Aanbestedende diensten hebben het recht hun opdrachten zo in te richten dat daarmee maximaal aan hun behoeften wordt tegemoetgekomen. Dit wordt bevestigd door het hof Arnhem-Leeuwarden (uitspraak: ECLI:NL:GHARL:2015:122). [Beklaagde] heeft om haar moverende redenen (zie het antwoord op vraag 31) gekozen voor een on-premise oplossing en niet voor een SaaS oplossing.'

- 1.5.3. Vraag 31: 'Kunt u leverancier duidelijk maken welke functionaliteit ontbreekt in een SaaS oplossing die u wel meent te hebben in een on premise oplossing?'

Antwoord: 'De grondslag om principieel niet te kiezen voor SaaS is niet zozeer gelegen in het feit dat er functionaliteit zou kunnen ontbreken. Dat is iets wat opdrachtgever op voorhand binnen een willekeurig mogelijke SaaS-oplossing kan beoordelen. Het werken met SaaS-oplossingen binnen de gemeentelijke informatiehuishouding leidt naar mening van [Beklaagde] onder andere tot onnodig en ongewenst veel (VPN) verbindingen welke (extra) beveiligd en beheerd moeten worden. Dat is niet in het belang van [Beklaagde]. Door als eis te stellen, dat de verschillende applicaties onpremise binnen de Azure tenant van [Beklaagde] geïnstalleerd dienen te worden, wordt dit voorkomen.'

- 1.6. Op 13 juni 2018 heeft advocate van klager de volgende klachtbrief aan C verzonden:

'(...)

Namens cliënte dien ik door middel van deze brief een formele klacht in tegen de eis van een on premise oplossing.

Achtergrond klacht

Cliënte is gespecialiseerd in SaaS-oplossingen en heeft zich daarin bewezen. SaaS is goedkoper, beter en toekomstbestendiger dan een on premise oplossing. Een on premise oplossing is verouderd en kostbaar in onderhoud. Zeker voor een overeenkomst met een potentiële looptijd van 10 jaar is een on premise oplossing geen voor de hand liggende keuze. Cliënte kan die keuze en de daarop gerichte eis 151 niet anders duiden dan als bedoeld om bepaalde leveranciers, met name de zittende leveranciers, in het zadel te houden.

De eis van een on premise oplossing en de beantwoording van vragen over deze eis

Eis 151 van het Programma van Eisen luidt:

"[Beklaagde] eist een Oplossing welke compromisloos binnen de tenant van [Beklaagde] op het Azure platform geïmplementeerd kan worden. "On premise" installatie binnen Azure is vereist."

In de nota van inlichtingen van 8 juni jl. heeft [Beklaagde] de vragen over (lees: bezwaren tegen) deze eis als volgt beantwoord:

[Zie de antwoorden op vragen 29, 30 en 31 in de tweede Nota van Inlichtingen in 1.5.1, 1.5.2 en 1.5.3 hiervoor, Commissie]

Deze antwoorden doen geen recht aan de bezwaren van cliënte.

Eis on premise oplossing is in strijd met artikel 2.75 lid 6 Aanbestedingswet 2012

Artikel 2.75 lid 6 Aw 2012 luidt:

"De technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging."

[Beklaagde] bewerkstelligt met haar eis een ongerechtvaardigde belemmering van de mededinging. Zij geeft daarvoor geen objectieve redenen aan, die de inbreuk op de mededinging zouden kunnen rechtvaardigen.

[Beklaagde] verklaart in het antwoord op vraag 29 doodleuk dat zij zich ervan bewust is dat er partijen zijn die met hun oplossing niet aan de eis (van een on premise oplossing) kunnen voldoen. Dat zij hiermee de hoofddoelstelling van de Europese aanbestedingsrichtlijnen – de bevordering van de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging – miskent, neemt zij op de koop toe. De mededinging wordt in dit geval – in strijd met artikel 2.75 lid 6 Aw 2012 – zonder objectieve rechtvaardiging belemmerd.

Aan het in het antwoord op vraag 30 aangehaalde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 13 januari 2015 probeert [Beklaagde] vergeefs steun te ontleenen voor haar exclusieve keuze voor een on premise oplossing.

Het arrest ziet niet op een vergelijkbare situatie. Het ging daar om de eigenschappen van een apparaat, specifiek om de vraag of bij het vragen van meerdere functionaliteiten voor een multifunctional sprake was van één opdracht of van een onnodige samenvoeging van meerdere opdrachten (clustering). Anders dan [Beklaagde] blijktbaar meent, kan uit dit arrest geen vrijbrief worden afgeleid om een SaaS-oplossing categorisch uit te sluiten van mededinging. Een SaaS-oplossing kan even goed, zelfs beter, goedkoper en toekomstbestendiger voorzien in haar behoeften dan een on premise oplossing. Dat [Beklaagde] 'om haar moverende redenen' heeft gekozen voor een on premise oplossing is geen deugdelijke motivering.

Met de zinsnede in het antwoord op vraag 31 ("De grondslag om principieel niet te kiezen voor SaaS is niet zozeer gelegen in het feit dat er functionaliteit zou kunnen ontbreken") bevestigt [Beklaagde] in feite dat een SaaS-oplossing een functioneel gelijkwaardige oplossing is.

Als reden om geen SaaS-oplossing te willen, geeft [Beklaagde] in het antwoord op vraag 31 vervolgens aan:

"Het werken met SaaS-oplossingen binnen de gemeentelijke informatiehuishouding leidt naar mening van de gemeente onder andere leidt tot onnodig en onge-

wenst veel (VPN) verbindingen welke (extra) beveiligd en beheerd moeten worden."

Dit zou worden voorkomen door als eis te stellen dat de verschillende applicaties op premise binnen de Azure tenant van de gemeente geïnstalleerd dienen te worden.

Ook deze stellingen zijn ongefundeerd en onjuist. Er zijn geen extra beveiligingen nodig en er zijn zelfs geen VPN verbindingen nodig bij een SaaS-oplossing. Vereiste verbindingen, zoals CORV, GGK (iWMO en iJW) en VIR heeft cliënte reeds beveiligd gerealiseerd. Het vergt daarmee zelfs minder onderhoud voor [Beklaagde], doordat gebruik gemaakt kan worden van koppelvlakken die al door tientallen andere gemeenten gebruikt worden. Hierbij liggen beheer en onderhoud van deze koppelingen bij opdrachtnemer.

Dit antwoord van [Beklaagde] op vraag 31 komt neer op "wat de boer niet kent, dat lust ie niet". Voor zover cliënte bekend, is er voorafgaand aan de aanbesteding geen marktconsultatie uitgevoerd, zodat de vraag rijst of [Beklaagde] zich wel voldoende op de hoogte heeft gesteld van wat de markt vandaag de dag kan leveren en van de beveiligings- en beheermogelijkheden van een SaaS-oplossing.

Het is aan [Beklaagde] om de bewuste eis, op grond waarvan een SaaS-oplossing categorisch verboden is, met objectieve redenen te rechtvaardigen. Met de beantwoording van de hiervoor geciteerde vragen over c.q. bezwaren tegen de bewuste eis gebeurt dat in elk geval niet.

De eis is bovendien in strijd met het gelijkheidsbeginsel en met de verplichting zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de in te zetten publieke middelen te realiseren. Ik licht dat hierna toe.

Eis on-premise oplossing is in strijd met het gelijkheidsbeginsel

Ingevolge artikel 1.8 Aanbestedingswet 2012 dient [Beklaagde] ondernemers te behandelen op gelijke en niet-discriminerende wijze.

Dit betekent dat zij de ene onderneming die inschrijft op de onderhavige aanbesteding op dezelfde wijze moet behandelen als de andere onderneming die inschrijft. Voor alle mededingers moeten dus dezelfde voorwaarden gelden. Dit betekent ook dat opdrachtgever de opdracht niet zodanig mag specificeren dat daardoor de markt beperkt wordt tot alleen bepaalde leveranciers.

Door de eis van een on-premise oplossing wordt cliënte benadeeld en worden bepaalde (de zittende) leveranciers bevoordeeld. Als een SaaS-oplossing als oplossing zou mogen worden aangeboden, zou cliënte in aanmerking kunnen komen voor het sluiten van de overeenkomst met [Beklaagde]. Thans wordt zij door eis 151 uitgesloten van mededinging.

Eis on-premise oplossing is in strijd met de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te realiseren

Ingevolge artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012 dient [Beklaagde] zorg te dragen voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen die zij inzet bij het aangaan van een overeenkomst.

Door een oplossing te verlangen die anno 2018 in feite achterhaald en bovendien onnodig kostbaar is, handelt [Beklaagde] ook in strijd met deze verplichting.

Conclusie

De eis van een on-premise oplossing is in strijd met het aanbestedingsrecht. Cli-ente wordt hierdoor uitgesloten van mededinging. (...)

1.7. Op 18 juni 2018 heeft C als volgt op de brief van klager gereageerd:

'(...)

1. De klacht

(...)

De Klacht is feitelijk opgedeeld in drie (3) 'deelklachten':

1. (De keuze van de aanbestedende dienst voor de) Eis on premise oplossing is in strijd met artikel 2.75 lid 6 Aanbestedingswet 2012;
2. (De keuze van de aanbestedende dienst voor de) Eis on premise oplossing is in strijd met het gelijkheidsbeginsel;
3. (De keuze van de aanbestedende dienst voor de) Eis on premise oplossing is in strijd met de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te realiseren.

2. Klachtafhandeling

2.1 Behandeling van de klachten

(...)

2.2 Algemeen: Wie bepaalt de (inkoop-)behoefte van de aanbestedende dienst?

De klacht in verband met de eis van een on premise oplossing betreft feitelijk ook de vraag, wie de concrete (inkoop-)behoefte van de aanbestedende dienst bepaalt? De Klacht suggereert namelijk als zou(-den) het aanbestedingsrecht en de daaruit voortvloeiende aanbestedingsregels en/of een ondernemer zulks (kunnen) bepalen.

De aanbestedingsregels zijn (echter) in beginsel slechts procedure- c.q. coördinatierregels. Zie daartoe bijvoorbeeld Overweging 1 van Richtlijn 2014/24/EU:

Wanneer door of namens overheden van de lidstaten overheidsopdrachten worden gegend, moeten de beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) worden geëerbiedigd, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten met een waarde boven een bepaald drempelbedrag moeten echter bepalingen worden opgesteld die nationale procedures voor aanbestedingen coördineren om te waarborgen dat deze beginselen in de praktijk worden geëerbiedigd en dat overheidsopdrachten worden opgesteld voor mededinging.

De aanbestedingsregels gaan dus niet over 'de inhoud' van de concrete (inkoop-) behoefte van de aanbestedende dienst.

De aanbestedingsregels stellen de concrete (inkoop-) behoefte van de aanbestedende dienst wel voorop. Op diverse plaatsen in Richtlijn 2014/24/EU kan dat namelijk worden gelezen. Als kenmerkend voorbeeld, zie artikel 32 lid 2 sub a Richtlijn 2014/24/EU:

[...] De inschrijving wordt ongeschikt bevonden als zij niet relevant is voor de opdracht, omdat zij, zonder ingrijpende wijzigingen, kennelijk niet voorziet in de in de aanbestedingsstukken omschreven behoeften en eisen van de aanbestedende dienst. [...]

En dat de (inkoop-) behoefte van de aanbestedende dienst leidend is, volgt bijvoorbeeld ook uit Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, pag. 59:

[...] Voorop staat dat de aanbestedende dienst zich bij het omschrijven van de opdracht dient te laten leiden door de behoefte aan het werk, het product of de dienst waarop de opdracht betrekking heeft [...]

Verder vermeldt artikel 1 leden 1 en 2 van Richtlijn 2014/24/EU:

1. Bij deze richtlijn worden regels vastgesteld betreffende procedures voor aanbesteding door aanbestedende diensten met betrekking tot overheidsopdrachten en prijsvragen waarvan de geraamde waarde niet minder bedraagt dan de in artikel 4 vastgestelde drempels.
2. Aanbesteding in de zin van deze richtlijn is de aankoop door middel van een overheidsopdracht van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet.

In welk verband en mede gelet op de definitie van de 'overheidsopdracht', de universeel geldende '*contracteringsvrijheid*' (ook) betekent, dat de concrete (inkoop-) behoefte bepaald wordt door de aanbestedende dienst, aangezien (juist) de aanbestedende dienst een '*aanbesteding*' ('*aankoop door middel van een overheidsopdracht*') initieert.

Een en ander wordt (ook) ondersteund door jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld in divers verband:

HvJEU 11 december 2014 in zaak C/440/13 (Croce Amica One Italia Srl):

- 35 Bijgevolg verzet het Unierecht zich er niet tegen dat de lidstaten in hun wettelijke regeling voorzien in de mogelijkheid om een besluit tot intrekking van een aanbesteding vast te stellen. Een dergelijk besluit kan zijn ingegeven door redenen [...] dat [...] de behoeften van de betrokken aanbestedende dienst zijn gewijzigd. [...]

Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122:

- 3.13 [...] Het behoort naar het oordeel van het hof tot de vrijheid van de Universiteit als aanbestedende dienst om de door haar gewenste functionaliteiten van de aan te besteden [...] te formuleren en haar behoeftes aan verschillende functionaliteiten te willen bundelen [...] Het is aan de Universiteit als aanbestedende dienst om de eigenschappen van het door haar gewenste [...] te kiezen. [...] Daarbij behoort het eveneens tot de vrijheid van de Universiteit als aanbestedende dienst om te verlangen dat [...] Dat zulks mogelijk leidt tot een situatie dat Xafax niet kan inschrijven [...] maakt dat niet anders. [...] Het aanbestedingsrecht bevat geen regels of normen die aanbestedende diensten verplichten om zich met de onderlinge concurrentie tussen mogelijke aanbidders te bemoeien [...]

Rechtbank Noord-Nederland 11 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BY8197:

- 4.6. [...] Indien echter de aanbestedende dienst geen behoefte heeft aan andere diensten en zaken dan in de gebrekkige procedure waren gevraagd, levert het slechts op 'cosmetische' wijze aanbrengen van veranderingen geen wezenlijke wijziging in de specificaties van de opdracht op; met het aldus nader inrichten van een opdracht is niemand gebaat. [...] Nu de gemeente Groningen zich kennelijk bevindt in bedoelde positie van een nauw omschreven, niet anders te formuleren behoefte [...]

Rechtbank Assen 30 mei 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW7185:

- 4.3. Geldende aanbestedingsregels zijn neergelegd in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna: BAO). Het BAO is een implementatie van de Europese Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG. Uitgangspunt van de richtlijn en het BAO is dat een aanbestedingsprocedure een inkoopproces is, waarbij de aanbestedende dienst zijn behoefte definieert, zodat de markt een bij die behoefte aansluitend aanbod kan doen. Anders gezegd: de Richtlijn en het BAO bestrijken niet de behoeften van marktpartijen, maar beperken zich tot behoeftes van overheidsdiensten. [...]

Het is daarmee niet het aanbestedingsrecht en de daaruit voortvloeiende aanbestedingsregels, noch Klager, dat (die) de concrete (inkoop-) behoefte van de aanbestedende dienst ([Beklaagde]) bepaalt.

Als de concrete (inkoop-) behoefte van een aanbestedende dienst, om wat voor reden (-en) dan ook (denk bijvoorbeeld aan: behoud werkgelegenheid, mogelijkheid tot individueel maatwerk, veiligheid, (informatie-) beveiliging, schaalvoordelen, voorkomen van internet- en leveranciersafhankelijkheid, integratie (-voordelen) e.d.), een 'on premise oplossing' is, dan is dat dus (hoe dan ook) een (vaststaand) 'gegeven'.

2.3 De (deel-) klacht ter zake "(De keuze van de aanbestedende dienst voor de) Eis on premise oplossing is in strijd met artikel 2.75 lid 6 Aanbestedingswet 2012"

Anders dan Klager (pag. 3) veronderstelt, is ter zake '*de hoofddoelstelling van de Europese aanbestedingsrichtlijnen*' al jaren relevant:

Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken:

[...]

Overwegende dat bij de gelijktijdige verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in de Lid-Staten voor rekening van de Staat, van de territoriale en van de andere publiekrechtelijke lichamen, niet alleen de beperkingen moeten worden opgeheven, maar dat tevens de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken gecoördineerd moeten worden;

[...]

Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken:

[...]

Overwegende dat bij de gelijktijdige verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten

voor de uitvoering van werken in de Lid-Staten voor rekening van de Staat, van de territoriale en van de andere publiekrechtelijke instellingen, niet alleen de beperkingen moeten worden opgeheven, maar dat tevens de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken moeten worden gecoördineerd;
[...]

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten:

- (2) Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. Bijgevolg moeten deze coördinatiebepalingen overeenkomstig voornoemde regels en beginselen alsmede overeenkomstig de andere Verdragsregels worden uitgelegd.

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG:

- (1) Wanneer door of namens overheden van de lidstaten overheidsopdrachten worden gegund, moeten de beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) worden geëerbiedigd, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten met een waarde boven een bepaald drempelbedrag moeten echter bepalingen worden opgesteld die nationale procedures voor aanbestedingen coördineren om te waarborgen dat deze beginselen in de praktijk worden geëerbiedigd en dat overheidsopdrachten worden opengesteld voor mededinging.
- (2) Overheidsopdrachten spelen in de Europa 2020-strategie, zoals uiteengezet in de mededeling van de Commissie van 3 maart 2010 met als titel „Europa 2020 - Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groeiën” („Europa 2020-strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei”), een belangrijke rol en zijn een van de marktinstrumenten die kunnen worden ingezet om een slimme, duurzame en inclusieve groei te bereiken en tegelijkertijd overheidsmiddelen zo efficiënt mogelijk te besteden. Met het oog daarop moeten de bestaande aanbestedingsregels, die zijn vastgesteld krachtens Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad, worden herzien en gemoderniseerd met het oog op een doelmatiger besteding van overheidsmiddelen, in het bijzonder door de deelneming van het midden- en kleinbedrijf (mkb) aan overheidsopdrachten te bevorderen, en om aanbesteders in staat te stellen overheidsopdrachten beter te gebruiken ter ondersteuning van gemeenschappelijke maatschappelijke doelen. Ook moeten basisbegrippen en -concepten worden verduidelijkt met het oog op de rechtszekerheid en om een aantal aspecten van de vaste rechtspraak

dienaangaande van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de wetgeving op te nemen.

[...]

- (4) De toenemende diversiteit van het overheidsoptreden maakt het noodzakelijk het begrip overheidsopdracht zelf duidelijker te definiëren. Deze verduidelijking mag echter het toepassingsgebied van deze richtlijn niet uitbreiden ten opzichte van dat van Richtlijn 2004/18/EG. De aanbestedingsregels van de Unie zijn niet bedoeld om alle vormen van besteding van overheids-geld te bestrijken, maar hebben uitsluitend betrekking op die vormen welke gericht zijn op de verkrijging van werken, leveringen of diensten tegen betaling door middel van een overheidsopdracht. [...]

En als gevolg van jurisprudentie geldt ter zake onder meer:

HvJEU 1 maart 2018 in zaak C-9/17 (Tirkkonen), r.o. 29:

Er zij evenwel aan herinnerd dat het doel van richtlijn 2004/18 erin was gelegen het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van welke opdracht ook, de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden. [...]

HvJEU 8 mei 2014 in zaak C-15/13 (Datenlotsen Informationssysteme GmbH):

- 22 Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof is het hoofddoel van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten de openstelling voor onvervals- te mededinging in alle lidstaten op het gebied van de uitvoering van werken, de levering van producten en de verrichting van diensten, hetgeen impliceert dat elke aanbestedende dienst de relevante Unierechtelijke regels moet toe- passen wanneer is voldaan aan de daarin gestelde voorwaarden (zie in die zin arrest Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punt 44).

HvJEG 13 december 2007 in zaak C-337/06 (Bayerischer Rundfunk e.a.):

- 38 Het Hof heeft geoordeeld dat de coördinatie op gemeenschapsrechtelijk ni- veau van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten ertoe strekt belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat geves- tigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden (reeds aangehaalde ar- resten University of Cambridge, punt 16, en Commissie/Frankrijk, punt 41).
- 39 Meer in het bijzonder met betrekking tot overheidsopdrachten voor dienst- verlening heeft het Hof de nadruk gelegd op ditzelfde hoofddoel, te weten het vrije verkeer van diensten en de openstelling voor een onvervalste en zo groot mogelijke mededinging in de lidstaten (zie in die zin arrest van 11 ja- nuari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punten 44 en 47).

Hetgeen dus (echt) iets anders is dan "de bevordering van de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging" als genoemd op pag. 3 van de Klacht.

Klager motiveert en/of onderbouwt verder ook niet, dat in kwestie de 'vrije ver- keer-bepalingen' in het geding en/of geschonden zijn.

In welk verband een beroep op '*de hoofddoelstelling van de Europese aanbeste- dingsrichtlijnen*' Klager in kwestie niet kan baten.

Artikel 2.75 lid 6 Aanbestedingswet 2012 luidt verder als volgt:

De technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging.

Artikel 2.75 lid 6 Aanbestedingswet 2012 voornoemd implementeert artikel 42 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU:

De technische specificaties bieden inschrijvers gelijke toegang tot de aanbestedingsprocedures en mogen er niet toe leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen.

In welk verband, en mede gelet op de *daadwerkelijke* hoofddoelstelling van de Europese aanbestedingsrichtlijn, '*gelijke toegang*' en '*ongerechtvaardigde belemmeringen*' betrekking hebben op situaties waarin het risico bestaat, dat een aanbestedende dienst bij het plaatsen van een opdracht, de voorkeur geeft aan nationale inschrijvers boven in andere lidstaten gevestigde ondernemers.

In kwestie geeft de aanbestedende dienst ([Beklaagde) niet de voorkeur aan nationale inschrijvers als vorenbedoeld. En Klager toont dat (ook) niet aan in zijn Klacht.

In welk verband een beroep op artikel 2.75 lid 6 Aanbestedingswet 2012 Klager in kwestie (ook) niet kan baten. De Klacht is op dit punt (dan ook) ongegrond.

Overigens (terzijde) betreft het voorschrijven (eisen) van een 'on-premise oplossing' niet het voorschrijven van merken, typen, ondernemers e.d. als bedoeld in onder meer artikel 2.76 lid 3 Aanbestedingswet 2012:

Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

Hetgeen trouwens Unie-rechtelijk niet eens per definitie en in alle gevallen verboden is, gelet op bijvoorbeeld het bepaalde in artikel 2.76 lid 4 Aanbestedingswet 2012.

2.4 De (deel-) klacht ter zake "(De keuze van de aanbestedende dienst voor de) Eis on-premise oplossing is in strijd met het gelijkheidsbeginsel"

Artikel 1.8 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf behandelt ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze.

Het gaat daarbij om '*Afdeling 1.2.2. Beginselen bij Europese aanbestedingen*' uit de Aanbestedingswet 2012. Ter zake is relevant, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 440, nr. 3, pag. 51 (bij toen nog artikel 1.5 Voorstel van wet):

Dit artikel bevat zowel het non-discriminatiebeginsel als het gelijkheidsbeginsel. Het artikel implementeert artikel 2 van richtlijn nr. 2004/18/EG en artikel 10 van richtlijn nr. 2004/17/EG. Deze twee beginselen zijn in hetzelfde artikel

opgenomen omdat de beginselen nauw aan elkaar verwant zijn. Het non-discriminatiebeginsel verbiedt onderscheid op grond van nationaliteit. Dit beginsel is eveneens neergelegd in artikel 18 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden. In het arrest *Succhi di Frutta* (HvJEG van 29 april 2004, *Succhi di Frutta*, zaak C-496/99, Jur. 2004, blz. I-03801) stelt het HvJEG dat het gelijkheidsbeginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen waarbij alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen.

De aanbestedende dienst maakt in kwestie geen 'onderscheid naar nationaliteit'. En dat is in kwestie ook niet aangetoond door Klager.

Verder zal de aanbestedende dienst 'gelijke gevallen, gelijk behandelen'. En (ook) inschrijvers gelijk behandelen. Van 'inschrijvers' is in dit stadium van de Aanbestedingsprocedure echter (nog) geen sprake. En een ondernemer die *geen* 'on premise oplossing' kan aanbieden, is niet gelijk aan (geen 'gelijk geval' als) een ondernemer die *wel* een 'on premise oplossing' kan aanbieden.

Verder is voor wat betreft '*de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging waarbij alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen*' relevant, dat in dit stadium van de Aanbestedingsprocedure (nog) geen sprake is van 'inschrijvers'. Alsmede het bepaalde in paragraaf 2.3 hierboven in verband met de daadwerkelijke hoofddoelstelling van de Europese aanbestedingsrichtlijn. '*Gelijke toegang*' en '*ongerechtvaardigde belemmeringen*' zien bijvoorbeeld op situaties waarin het risico bestaat, dat een aanbestedende dienst bij het plaatsen van een opdracht, de voorkeur geeft aan nationale inschrijvers boven in andere lidstaten gevestigde ondernemers.

In kwestie geeft de aanbestedende dienst niet de voorkeur aan nationale inschrijvers als vorenbedoeld. En Klager toont dat (ook) niet aan.

Blijkbaar wordt Klager 'door eis 151 uitgesloten van mededinging' (pag. 4 Klacht).

Er zijn mogelijk ook ondernemers die wellicht (ook) worden 'uitgesloten' door de in de Aanbestedingsprocedure geldende uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en/of gunningscriteria.

Echter, (ook) dat past in het (transparantie- en gelijkheidsbeginsel van het) aanbestedingsrecht.

In welk verband een beroep op het gelijkheidsbeginsel c.q. artikel 1.8 Aanbestedingswet 2012 Klager in kwestie (ook) niet kan baten. De Klacht is op dit punt ongegrond.

2.5 De (deel-) klacht ter zake "(De keuze van de aanbestedende dienst voor de) Eis on premise oplossing is in strijd met de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te realiseren"

Artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.

Ter zake is onder meer relevant:

Amendement Koppejan, Tweede Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 32 440, nr. 46 (toelichting):

[...] Met ruim € 100 miljard aan jaarlijkse uitgaven waarop de Aanbestedingswet van toepassing is, is er sprake van een groot maatschappelijk belang om deze publieke middelen zo goed mogelijk te besteden waardoor zo veel mogelijk maatschappelijke waarde wordt gecreëerd. Voorbeelden in andere landen laten zien dat hier met gericht overheidsbeleid op het gebied van aanbestedingen, belangrijke besparingen zijn te realiseren voor de overheid.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 32 440, nr. 48 (Koppejan, pag. 14 en 15):

“Anderzijds dient deze wet te bevorderen dat bij een overheidsaanbesteding met de beperkte overheidsmiddelen een maximaal maatschappelijke waarde wordt gecreëerd voor de samenleving. Kortom: de beste prijs-kwaliteitverhouding voor hetgeen met belastinggeld van de burger wordt ingekocht.”

“Even voor de helderheid, mensen in dit land betalen belastinggeld en willen dat de overheid voor hen de diensten zo goed mogelijk uitvoert, met de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Een goed aanbestedende overheid probeert de beste aanbesteding te kiezen. Deze kan worden aangeboden door een midden- of kleinbedrijf of door een groot bedrijf; kortom, door wie het beste aanbod heeft.”

Tweede Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 32 440, nr. 49 (pag. 4 (minister) en pag. 25 minister/Koppejan):

“Alleen dan krijgt de overheid de kans om de beste kwaliteit voor de beste prijs in te kopen.”

“Ik denk dat de heer Koppejan in zijn eerste termijn heel duidelijk heeft aangegeven dat het hem gaat om de prijs-kwaliteitverhouding.”

“Ik kan alleen maar beamen dat de minister de juiste duiding aan mijn amendement heeft gegeven.”

Eerste Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 32 440, C (pag. 10):

“Met artikel 1.4, tweede lid, wordt één van de doelstellingen van het wetsvoorstel gecodificeerd. Deze doelstelling is het zo goed mogelijk besteden van de publieke middelen waardoor zo veel mogelijk maatschappelijke waarde wordt gecreëerd. Dit betekent dat de aanbestedende dienst de beste kwaliteit voor de beste prijs inkoop. Wat in het concrete geval de beste kwaliteit voor de beste prijs is, is maatwerk. De aanbestedende dienst moet hierin bij iedere aanbesteding opnieuw een afweging maken.”

Desondanks toont Klager in zijn Klacht niet aan, dat een ‘on premise oplossing’ niet leidt tot de beste prijs-kwaliteitsverhouding in de voor de aanbestedende dienst ([Beklaagde]) geldende specifieke (maatwerk-) omstandigheden van het geval.

Klager noemt (pag. 4) slechts ‘in feite achterhaald’ en ‘onnodig kostbaar’. Zonder dit concreet nader te motiveren en/of te onderbouwen in de voor de aanbestedende dienst ([Beklaagde]) geldende specifieke (maatwerk-) omstandigheden

van het geval in relatie tot de 'maatschappelijke waarde' ex artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

In welk verband een beroep op de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te realiseren c.q. artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012 Klager in kwestie (ook) niet kan baten. De Klacht is op dit punt ongegrond.

3. Conclusie

Gelet op het vorenstaande acht [C] de Klacht van Klager, die feitelijk is opgedeeld in de drie (3) 'deelklachten':

1. (De keuze van de aanbestedende dienst voor de) Eis on premise oplossing is in strijd met artikel 2.75 lid 6 Aanbestedingswet 2012;
2. (De keuze van de aanbestedende dienst voor de) Eis on premise oplossing is in strijd met het gelijkheidsbeginsel;
3. (De keuze van de aanbestedende dienst voor de) Eis on premise oplossing is in strijd met de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te realiseren.

Ongegrond.

Een en ander mede omdat de concrete (inkoop-) behoefte van de aanbestedende dienst in beginsel wordt bepaald door de aanbestedende dienst. En (dus) in beginsel niet door het aanbestedingsrecht en de daaruit voortvloeiende aanbestedingsregels. En/of ook niet door (een) ondernemer (s).

De aanbestedende dienst behoeft de eis van een on premise oplossing niet te laten vallen.

(...)'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde handelt in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel door inschrijvers die willen inschrijven met een SaaS-oplossing op voorhand uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure.

2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde draagt in strijd met artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 niet zorg voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van de onderhavige overeenkomst, door inschrijvers die willen inschrijven met een SaaS-oplossing uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klager merkt ter inleiding op de klachtonderdelen het volgende op.

3.1.1. Klager kan aan alle eisen voldoen en kan de oplossing leveren en onderhouden binnen de gestelde bandbreedte van het prijzenblad (vergelijkbaar met concurrenten die een on-premise oplossing aanbieden), maar wordt door de 'on-premise'-eis buitengesloten.

3.1.2. Op verzoeken om dit aan te passen heeft beklaagde negatief gereageerd. De door beklaagde gegeven onderbouwing van haar standpunt is niet objectief en niet correct. De verwijzingen naar jurisprudentie dekt de lading niet en is qua situatie niet vergelijkbaar.

3.2. Klachtonderdeel 1

3.2.1. Ter onderbouwing van dit klachtonderdeel verwijst klager naar de vragen 29, 30 en 31 van de tweede NvI van 8 juni 2018 (zie 1.5 hiervoor). In de antwoorden van beklaagde op die vragen wordt volgens klager duidelijk dat beklaagde principieel kiest voor een on-premise oplossing.

3.2.2. Uit die antwoorden blijkt volgens klager dat beklaagde denkt dat een SaaS-oplossing tot onnodig en ongewenst veel (VPN)verbindingen zal leiden die extra beveiligd moeten worden.

3.2.3. Klager is van mening dat dit standpunt van beklaagde pertinent onjuist is. Klager heeft alle benodigde koppelvlakken al liggen en daarnaast heeft zij de oplossing waar beklaagde om vraagt al bij vele tientallen gemeenten draaien. Bovendien heeft klager ook reeds eerder op eigen kosten en in eigen beheer beveiligde koppelingen gerealiseerd. Klager zal daarom in het kader van onderhavige opdracht eveneens deze beveiligde koppelingen aanbieden en onderhouden, op basis van landelijke standaarden.

3.2.4. Het is niet nodig dat beklaagde die koppelingen bouwt of onderhoudt en evenmin dat de koppelingen zullen leiden tot meer kosten of (tijd)investeringen van beklaagde. Klager voert aan dat bij andere gemeenten geen enkele VPN-verbinding ligt, terwijl daar dezelfde scope qua dienstverlening kan worden geboden. Volgens klager is de motivatie van beklaagde dan ook pertinent onjuist.

3.2.5. Klager stelt dat zelfs het tegenovergestelde waar is, namelijk dat door het aanbieden van een SaaS-oplossing de leverancier koppelvlakken kan inzetten volgens beveiligde standaarden die zij al bij andere gemeenten inzet, waardoor er juist minder beheer, onderhoud en kosten noodzakelijk zijn voor beklaagde. Bovendien is er volgens klager sprake van een uitstekend beveiligingsniveau omdat beveiliging en locatie van haar dataopslag volledig voldoet aan de eisen van TIER IV en de Baseline Informatievoorziening Gemeenten ten aanzien van privacy- en informatiebeveiliging. Dit geldt niet alleen voor klager maar ook voor andere leveranciers van SaaS-oplossingen, die met bovengenoemd criterium direct worden uitgesloten.

3.2.6. Volgens klager gaat beklaagde hier geheel aan voorbij. Klager deelt de visie van beklaagde zoals beschreven in haar reactie op de klacht van 18 juni 2018 waarin beklaagde aangeeft dat zij zelf mag bepalen *wat* zij inkoopt en hoe zij dit omschrijft. Klager merkt daar echter bij op dat volgens de aanbestedingsregels geldt dat een aanbestedende dienst óók waar mogelijk eisen formuleert in termen van wat de doelstellingen moeten zijn en indien mogelijk geen gebruik maakt van specifieke typering die alleen leiden tot uitsluiting van partijen.

3.2.7. Klager stelt dat zij dus niet tornt aan de 'wat-vraag' en onderkent dat beklaagde de scope van de opdracht dient te bepalen, maar klager maakt bezwaar tegen de specifieke invulling die door beklaagde wordt aangebracht en die naar mening van klager geen meerwaarde biedt voor de uitkomsten, borging, zekerheidsstelling of anderszins van de opdracht. Hiermee beperkt beklaagde volgens klager de markt, zonder dat het bijdraagt aan het beoogde kwaliteitsniveau en resultaat.

- 3.2.8. Het argument van beklagde ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel, dat een ondernemer die geen on-premise oplossing kan aanbieden, niet gelijk is aan een ondernemer die wel een on-premise oplossing kan aanbieden is volgens klager eveneens beredeneerd vanuit de invulling van *wat* beklagde nodig heeft. Dit draagt naar de mening van klager niet bij aan de beoogde doelstellingen en resultaten zoals geformuleerd in het aanbestedingsdocument (zie 1.2 hiervoor).
- 3.2.9. Klager voegt daar aan toe dat zij, zoals zij eerder in haar brief van 13 juni 2018 beargumenteerd heeft (zie 1.6 hiervoor), van mening is dat een SaaS-oplossing beter bijdraagt aan de doelstelling van beklagde. Het argument van beklagde dat klager zich niet op het gelijkheidsbeginsel kan beroepen omdat zij een SaaS-oplossing biedt is volgens klager een onjuist argument.
- 3.2.10. In het kader van het gelijkheidsbeginsel verwijst beklagde naar veel jurisprudentie om haar standpunt te onderbouwen dat de daadwerkelijke hoofddoelstelling daarvan is om te voorkomen dat nationale inschrijvers niet worden bevoordeeld ten opzichte van inschrijvers uit andere lidstaten. Klager heeft hier echter helemaal niet over geklaagd. Klager heeft het sterke vermoeden dat beklagde aanstuurt op het behouden van één van de zittende leveranciers.
- 3.2.11. Dat beklagde het gelijkheidsbeginsel van artikel 1.8 Aw 2012 zo interpreteert dat dat artikel hoofdzakelijk dan wel alleen bedoeld is om te voorkomen dat nationale leveranciers worden voorgetrokken boven internationale leveranciers is hún interpretatie. Volgens klager geldt echter de generieke interpretatie dat in algemene zin geen enkele leverancier mag worden voorgetrokken. Dat is volgens klager de kapstok van alle nationale én internationale wet- en regelgeving. Klager is van mening dat er geen eisen gesteld mogen worden waardoor de markt wordt ingeperkt en specifieke leveranciers (nationaal of internationaal) worden bevoordeeld zonder dat dit bijdraagt aan de doelstellingen van de aanbesteding. Hier gaat beklagde naar de mening van klager volledig aan voorbij.

3.3. Klachtonderdeel 2

- 3.3.1. Beklagde selecteert met de aanbesteding een leverancier die tot tien jaar de applicatie kan leveren. Klager is bereid om deze opdracht binnen de door beklagde gevraagde bandbreedte uit te voeren. Hiermee biedt klager naar eigen zeggen niet alleen de implementatie en oplossing voor dezelfde prijs, maar tevens verzorgt zij de hosting, het beheer, het onderhoud, de uitwijk, de beveiliging en de back-up voor beklagde. Het uitsluiten van inschrijvers met enkel een SAAS-oplossing staat naar de mening van klager dan ook haaks op de verplichting voor aanbestedende diensten om voor een oplossing te kiezen die de meeste waarde voor de publieke middelen creëert. Zeker nu het een opdracht voor de duur van tien jaar betreft (zie 1.2 hiervoor).
- 3.3.2. Beklagde gaat volgens klager niet inhoudelijk in op dit klachtonderdeel maar draait de argumentatie om. Klager verwijst daartoe naar de brief van beklagde van 18 juni 2018 waarin beklagde aangeeft dat klager niet heeft onderbouwd waarom een on-premise oplossing onnodig kostbaar is en beklagde het argument dat niet wordt gezocht naar het creëren van maatschappelijke waarde voor de publieke middelen verwerpt. Klager stelt dat zij ten eerste in alle eerdere communicatie heeft aangegeven binnen de gestelde bandbreedtes van de opdracht te willen blijven en daarnaast heeft klager al eerder aangegeven dat zij daar zelfs meer voor wil doen (hosten, beheer van koppelingen, onderhoud, etc.). De conclusie van beklagde is daarmee volgens klager volledig ongegrond.

4. Reactie beklagde

4.1. Beklaagde verwijst allereerst naar haar brief van 18 juni 2018 waarin zij reeds uitvoerig is ingegaan op de klacht (zie 1.7 hiervoor). In het navolgende vult zij haar argumenten aan.

4.2. Klachtonderdeel 1

4.2.1. Met haar stelling dat beklagde met het uitsluiten van een SaaS-oplossing in strijd handelt met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel weigert klager volgens beklagde in te zien dat (citaat uit haar brief van 18 juni 2018, zie 1.7 hiervoor):

'Als de concrete (inkoop-)behoefte van een aanbestedende dienst, om wat voor reden (-en) dan ook (denk bijvoorbeeld aan: behoud werkgelegenheid, mogelijkheid tot individueel maatwerk, veiligheid, (informatie-)beveiliging, schaalvoordelen, voorkomen van internet- en leveranciersafhankelijkheid, integratie(-voordelen) e.d.), een 'on premise oplossing' is, dan is dat dus (hoe dan ook) een (vaststaand) 'gegeven'.'

4.2.2. En hiermee miskent klager volgens beklagde ook de (i-)strategie en de concrete inkoopbehoefte van beklagde zoals is opgenomen in het tot de aanbestedingsdocumenten behorende PvE (zie 1.3 hiervoor).

4.2.3. De betreffende keuze is volgens beklagde gebaseerd op het professionele en veelzijdige karakter van het cloud Azure-platform. Robuustheid, schaalbaarheid, veiligheid (GDPR-gecertificeerd), toekomstbestendigheid, veelzijdigheid, integreerbaarheid zijn allemaal aspecten op een schaal en kwalitatief niveau die bij eigen realisatie door beklagde niet betaalbaar zou zijn.

4.2.4. In welk verband natuurlijk, en klager weet dat volgens beklagde ook, of zou dat moeten of althans hebben kunnen weten, bij aandachtige bestudering van de aanbestedingsdocumenten, de antwoorden in de Nota van Inlichtingen die zien op '(VPN) verbindingen' en 'beveiliging' gelezen en geplaatst moeten worden.

4.2.5. Naar de mening van beklagde is van 'willekeur' zeker geen sprake en in dat kader wijst zij op het afwegingsschema dat is opgenomen in het PvE (zie 1.3 hiervoor):

'[Beklaagde] hanteert bij iedere Oplossing die aangeschaft, vernieuwd of gebouwd moet worden, op basis van volgorde het volgende afwegingsschema:

1. "On premise" op Azure platform (combi met IaaS);
2. IaaS (Azure);
2. PaaS (Azure);
4. SaaS in hosting bij de leverancier van de toepassing.'

Daar zit volgens beklagde dus wel degelijk 'beleid' achter.

4.2.6. Daarnaast heeft beklagde de afgelopen jaren de nodige ervaring opgedaan met SaaS-oplossingen. Die ervaring heeft meegespeeld in de huidige keuze om in kwestie juist géén SaaS-oplossing uit te vragen. De betreffende gemeentelijke ervaring leert namelijk dat in een landschap met SaaS-oplossingen deze verbonden moeten worden met het centrale gemeentelijke cloud-platform op basis van VPN-verbindingen of vergelijkbaar. Die verbindingen moeten vervolgens minimaal beveiligd worden met certificaten, hetgeen de nodige beheerhandelingen en beheerkosten en risico's met zich meebrengt. De betreffende *externe* verbindingen, in essentie potentiële informatiebeveiligingsrisico's, moeten immers ade-

quaar beheerd en beveiligd worden evenals alle bijbehorende certificaten en de administratie daaromtrent. Dat beheer kost tijd/inzet, geld en oplettendheid (bijv. ter zake het voorkomen van het verlopen van certificaten e.d.).

- 4.2.7. Beklaagde is dan ook van mening dat de in de aanbestedingsprocedure gestelde eis ten aanzien van de on-premise oplossing duidelijk en transparant is. En dat er dus ook zeker geen sprake is van willekeur.
- 4.2.8. Hierbij merkt beklagde nog op dat zij overigens, voor zover verder nog nodig, voldaan heeft aan het bepaalde in art. 3:46 Awb (motiveringsbeginsel) en art. 3:2 Awb (zorgvuldigheidbeginsel).
- 4.2.9. Klager tornt verder blijkbaar niet aan de 'WAT-vraag', maar blijkbaar wel aan de 'HOE-vraag'. Klager lijkt daarmee een wettelijke verplichting te veronderstellen voor 'functioneel specificeren'. Zo'n wettelijke verplichting bestaat volgens beklagde (echter) niet.
- 4.2.10. Beklaagde verwijst ter onderbouwing van haar standpunt in deze kwestie, al dan niet naar analogie, naar een uitspraak van het Hof Amsterdam 19 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2024, r.o. 3.8:

'Het hof volgt Medtronic ook niet in haar betoog dat door het hanteren van de topsegmenteis, al dan niet in samenhang met de plafondprijs, het gelijkheidsbeginsel is geschonden en het *level playing field* tussen concurrenten is verstoord. Vooropgesteld zij dat deze eisen, ook in combinatie met elkaar, voor alle deelnemende producenten op gelijke wijze gelden. Op zichzelf is voorstelbaar dat (zoals Medtronic stelt) producenten die - vergeleken met andere producenten - meer doorontwikkelde ICD's leveren en hogere innovatiekosten hebben, hogere verkoopprijzen zullen hanteren en daardoor het effect van de combinatie tussen topsegmenteis en plafondprijs sterker zullen ervaren. Die bestaande ongelijkheid tussen de potentiële inschrijvers (die VUmc in beginsel niet regardeert) maakt nog niet dat deze eisen strijdig zijn met het gelijkheidsbeginsel. (...)'
- 4.2.11. Verder is het beklagde die bepaalt wat meerwaarde biedt voor de uitkomsten, borging, zekerheidsstelling of anderszins invulling van de opdracht en niet klager.
- 4.2.12. Ten slotte is beklagde van mening dat er geen sprake is van toeschrijving naar de zittende leverancier. Volgens beklagde blijkt dat ook niet uit de vier inschrijvingen die zij op 18 juni 2018 heeft ontvangen. Beklaagde voegt hier aan toe dat het 'sterke vermoeden' van klager op geen enkele wijze door klager wordt onderbouwd.
- 4.2.13. Hetzelfde geldt naar mening van beklagde voor het door klager veronderstelde 'voortrekken' van leveranciers, wat echter niet juist is vanwege de hierboven genoemde (i-)strategie en de concrete inkoopbehoefte van de gemeente.
- 4.2.14. 'Generieke interpretaties' en 'kapstukken' zijn voor rekening van klager (zie 3.2.11 hiervoor). Volgens beklagde worden zij niet ondersteund door het relevante Europese aanbestedingsrecht in kwestie. Hetzelfde geldt ook voor de niet nader gemotiveerde persoonlijke ideeën van klager omtrent 'de markt' in kwestie. Die ideeën onderschrijft beklagde dus niet.

4.3. Klachtonderdeel 2

- 4.3.1. In tegenstelling tot hetgeen klager in 3.4.1 hiervoor aangeeft, is beklagde van mening dat zij juist wel (juridisch) inhoudelijk op de klacht in gaat. Dat klager

een en ander blijkbaar niet zint, of begrijpt, doet niets af aan het gegeven 'dat wie stelt, moet aannemelijk maken/moet bewijzen'.

- 4.3.2. Ten slotte suggereert beklagde dat de opstelling van klager ook a) aangeeft dat het eigenlijk (veel) te vergezocht is om de betreffende bepaling in kwestie aan te halen (in dat kader verwijst beklagde naar Rechtbank Amsterdam 8 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1504, r.o. 4.8).

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 2 mei 2018 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de levering en implementatie van een registratiesysteem Sociaal Domein. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. De Commissie wijst er op dat zij vandaag in een soortgelijke zaak Advies 475 heeft uitgebracht.
- 5.3. Klachtonderdeel 1
- 5.3.1. Alvorens over te gaan tot inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 1, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 5.3.2. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt. Bovendien dient een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant te handelen.
- 5.3.3. Op grond van artikel 1.10 Aw 2012 mogen aanbestedende diensten slechts eisen stellen aan de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
- 5.3.4. Op grond van artikel 1.10a Aw 2012 mag een aanbestedende dienst geen overheidsopdracht ontwerpen met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van Deel 2, 2a of 3 van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging is kunstmatig beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.
- 5.3.5. De hiervoor genoemde verplichtingen zijn onder andere uitgewerkt in artikel 2.75, lid 6, en 2.76, lid 1, 3 en 4, Aw 2012 waarin artikel 42, lid 2, 3 en 4, Richtlijn 2014/24/EU zijn geïmplementeerd:

'Artikel 2.75

(...)

6. De technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging.

Artikel 2.76

1. Een aanbestedende dienst formuleert de technische specificaties:
- a. door verwijzing naar technische specificaties en achtereenvolgens naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, Europese technische beoordelingen, gemeenschappelijke technische specificaties, internationale

normen, andere door Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentie-systemen of, bij ontstentenis daarvan, nationale normen, nationale technische goedkeuringen dan wel nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, berekenen en uitvoeren van werken en het gebruik van leveringen,

- b. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen, (...) waarbij de eisen zodanig nauwkeurig zijn bepaald dat de inschrijvers het voorwerp van de overheidsopdracht kunnen bepalen en de aanbestedende dienst de overheidsopdracht kan gunnen,
- c. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen als bedoeld in onderdeel b, waarbij onder vermoeden van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar specificaties, bedoeld in onderdeel a, of
- d. door verwijzing naar de specificaties, bedoeld in onderdeel a, voor bepaalde kenmerken, en verwijzing naar de prestatie-eisen en functionele eisen, bedoeld in onderdeel b, voor andere kenmerken.

(...)

- 3. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit voor door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.
- 4. Een aanbestedende dienst kan de melding of verwijzing, bedoeld in het derde lid, opnemen in de technische specificaties indien:
 - a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht door toepassing van het eerste lid niet mogelijk is en
 - b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden «of gelijkwaardig».

5.3.6. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. Daarbij zal hij zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden of zijn eisen functioneel moeten specificeren (zie 2.76, lid 1, Aw 2012 en onder meer Advies 442, overweging 5.3.3; Advies 430, overweging 5.4.5 en Advies 424, overweging 6.3.6).

5.3.7. Bovendien is inherent aan een (technische) eis dat ondernemingen die daaraan niet kunnen voldoen, worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Dat een aanbestedende dienst een (technische) eis stelt waar een of meer ondernemingen niet aan kunnen voldoen, betekent derhalve nog niet per definitie dat de aanbestedende dienst handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling.

5.3.8. Naar het oordeel van de Commissie is in het onderhavige geval geen sprake van een technische specificatie in de zin van artikel 2.76, lid 3, Aw 2012.

5.3.9. Klager heeft gesteld dat als gevolg van de 'on premise'-eis de mededinging ongerechtvaardigd wordt belemmerd, doordat SaaS-oplossingen van de aanbestedingsprocedure worden uitgesloten. Nu beklaagde in beginsel vrij is te bepalen wat zij wil inkopen en artikel 2.76, lid 1, Aw 2012 haar niet verplicht om de opdracht functioneel te specificeren, mag beklaagde naar het oordeel van de Commissie in beginsel kiezen voor een 'on-premise'-oplossing. Dit is slechts anders indien de mededinging ongerechtvaardigd wordt belemmerd in die zin dat er als gevolg van deze keuze onvoldoende mededinging overblijft. Dat er bij de keuze

voor een 'on-premise'-oplossing onvoldoende mededinging resteert, is gesteld noch gebleken.

- 5.3.10. Van strijd met het transparantiebeginsel is de Commissie evenmin gebleken.
- 5.3.11. Tot slot overweegt de Commissie dat er in de ICT sprake lijkt te zijn van een ontwikkeling waarbij uiteindelijk vrijwel alle organisaties zullen overstappen op een SaaS-oplossing voor hun applicaties. Die overstap hoeft niet van de ene op de andere dag ('big bang') te worden gemaakt, maar kan ook min of meer geleidelijk in een aantal fasen (bijvoorbeeld via IaaS en PaaS) worden gerealiseerd. Het is aan de aanbestedende dienst om zelf het tempo te bepalen waarin hij die mogelijke migratie uitvoert.
- 5.3.12. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 ongegrond.

5.4. Klachtonderdeel 2

- 5.4.1. Op grond van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 dient een aanbestedende dienst zorg te dragen voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten.
- 5.4.2. Naar het oordeel van de Commissie richt dit artikel zich niet slechts op de wijze waarop de economisch meest voordelige inschrijving wordt bepaald (vgl. Rb. Midden-Nederland 8 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:104, JAAN 2016/58, r.o. 4.90 en 4.91; Advies 410, de aanbeveling in overweging 7; Advies 397, overweging 5.6; Advies 307, overweging 5.2.1 en Advies 48, overweging 6.2.5). Ook de keuze voor een bepaald product en het uitsluiten van andere producten, valt naar het oordeel van de Commissie onder het toepassingsbereik van artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 (vgl. Advies 397, overweging 5.6 en Advies 48, overweging 6.2.5).
- 5.4.3. Naar het oordeel van de Commissie heeft klager haar standpunt dat met de 'on-premise'-eis – en daarmee uitsluiting van SaaS-oplossingen – in strijd wordt gehandeld met artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 onvoldoende onderbouwd (vgl. Advies 48, overweging 6.2.5 en Advies 375, overweging 5.5.4). De enkele stellingen dat een SaaS-oplossing goedkoper, beter en toekomstbestendiger is dan een 'on-premise'-oplossing en dat een 'on-premise'-oplossing verouderd en kostbaar in onderhoud is, is voor een geslaagd beroep op artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 onvoldoende. Het had op de weg van klager gelegen deze stellingen verder uit te werken. Datzelfde geldt voor hetgeen is aangevoerd over koppelingen (zie 3.2.4 en 3.2.5 hiervoor).
- 5.4.4. Overigens benadrukt klager in dit kader dat de overeenkomst een potentiële looptijd heeft van 10 jaar. De initiële looptijd van de overeenkomst is echter vier jaar, met meerdere opties tot verlenging (zie paragraaf 2.1 van het Aanbestedingsdocument in 1.2 hiervoor). Het is dus niet gezegd dat beklagde gedurende een periode van 10 jaar voor een 'on-premise'-oplossing zal (blijven) kiezen.
- 5.4.5. Daarmee acht de Commissie ook klachtonderdeel 2 ongegrond.

6. **Advies**

De Commissie acht beide klachtonderdelen **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie kan zich voorstellen dat een aanbestedende dienst goede redenen heeft om voor een 'on-premise'-oplossing te kiezen. De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om bij kritische vragen van potentiële inschrijvers een goede onderbouwing voor haar keuze te geven. Dit zou immers begrip in de markt voor die keuze kunnen vergroten.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr.ir. D.C.G. de Rooij die als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 27 juli 2018

w.g.:
Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid