

Advies 584 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor het sluiten van raamovereenkomsten met één of meerdere ondernemers voor de levering van standaardprogrammatuur en bijbehorende dienstverlening. De opdracht is verdeeld in twee percelen. Het is toegestaan op beide percelen in te schrijven. Een inschrijver kan echter hoogstens één perceel gegund krijgen.

In klachtonderdeel 1 wordt geklaagd over de toepassing van artikel 2.10 lid 3 Aw 2012 dat het aanbesteder toestaat om te bepalen dat een inschrijver hoogstens één perceel gegund kan krijgen. Volgens ondernemers belemmert dit de marktwerking, terwijl volgens aanbesteder de marktwerking juist bevorderd wordt.

De Commissie overweegt dat inherent aan artikel 2.10 lid 3 Aw 2012 is dat niet altijd een perceel gegund wordt aan de economisch meest voordelige inschrijving. Verder overweegt de Commissie dat de marktwerking in ieder geval na gunning van drie raamovereenkomsten in perceel 2 nog aanwezig blijft en dat het niet uitgesloten lijkt dat de marktwerking op bepaalde onderdelen belemmerd en op andere onderdelen bevorderd wordt. Omdat de Commissie niet kan vaststellen welke partij gelijk heeft op het punt van de marktwerking, wordt dit klachtonderdeel ongegrond verklaard.

In klachtonderdeel 2 stellen ondernemers dat de door aanbesteder gevraagde kortingspercentages niet gebruikelijk zijn in de markt. In klachtonderdeel 3 maken ondernemers bezwaar tegen het voorschrijven door aanbesteder van de ARBIT-voorwaarden en stellen zij voor toe te staan dat de licentievoorwaarden van de vendors van toepassing worden verklaard. In klachtonderdeel 4 maken ondernemers bezwaar tegen het door aanbesteder voorschrijven van een model-verwerkersovereenkomst. In klachtonderdeel 5 keren ondernemers zich tegen de eis dat bij minicompetities onder de raamovereenkomst van perceel 2 een maximale prijs is voorgeschreven die gelijk is aan de listprijs/verifieerbare prijs van de vendors.

De Commissie overweegt bij klachtonderdelen 2 tot en met 5 dat aanbesteder op grond van het gelijkheidsbeginsel voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moet hanteren. Ondernemers hadden op grond van Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit concrete voorstellen kunnen indienen voor aanpassing van die voorwaarden. Dat hebben zij echter niet gedaan en niet gesteld noch gebleken is dat de voorwaarden van aanbesteder op zich disproportioneel zouden zijn. Er is geen sprake van een onmogelijkheid om aan die voorwaarden te voldoen, maar veeleer van onwil. Omdat het om een opdracht met een zeer grote geraamde waarde gaat, neemt de Commissie aan dat de vendors in dit geval wel bereid zullen zijn om 'water bij de wijn' te doen. Dit wordt bevestigd doordat er meerdere inschrijvingen zijn ontvangen en in totaal aan vier inschrijvers (waaronder in perceel 2 aan één van de klagende ondernemers) raamovereenkomsten zijn gegund. De Commissie verklaart de onderdelen 2 tot en met 5 eveneens ongegrond.

Advies 584

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 24 maart 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor het sluiten van raamovereenkomsten met één of meer ondernemers voor de levering van standaardprogrammatuur en daaraan gerelateerde dienstverlening ten behoeve van aanbesteder en een aantal publiekrechtelijke instellingen.
- 1.2. In het Beschrijvend Document van 24 maart 2020 is, onder meer, het volgende bepaald:

1.6 Gewenste situatie

In de gewenste situatie wordt het inkoopvolume van de Deelnemers beter benut. Daarbij hecht de Aanbestedende dienst aan marktwerking bij (functionele) uitvragen op de markt van resellers van Standaardprogrammatuur, waarbij waar mogelijk rekening wordt gehouden met de belangen van het midden- en kleinbedrijf. Marktwerking creëert een open en op concurrentie gebaseerde omgeving waarin nieuwe diensten kunnen worden ontwikkeld en ruimte wordt geboden om partners in de keten te vervangen indien zij slecht presteren. Dit wordt gerealiseerd door zoveel mogelijk partijen te laten deelnemen aan de onderdelen van de raamovereenkomsten en zo monopolyvorming en/of vendor lock-in te voorkomen.

Zodoende heeft de Aanbestedende dienst besloten de onderhavige Opdracht in twee Percelen te verdelen met een potentieel van in totaal vier te vergeven Overeenkomsten.

(...)

Met de gekozen opzet wordt enerzijds de relevante markt (ondernemers die Standaardprogrammatuur beschikbaar stellen aan organisaties met een omvang zoals die van de Deelnemers) optimaal in de gelegenheid gesteld om (al dan niet als samenwerkingsverband) in te schrijven. Anderzijds wordt met de opzet aangesloten bij de Rijksbrede centralisatie van de inkoop van producten en diensten die efficiënter en effectiever centraal kunnen worden aanbesteed. Het terugdringen van het aantal aanbestedingen voor Standaardprogrammatuur beperkt voor het Rijk de kosten die daarmee zijn gemoeid en sluit aan op het streven naar standaardisatie (zoals met de Rijkswerkplek), interoperabiliteit en onderlinge uitwisselbaarheid van Standaardprogrammatuur. Deze opzet is mogelijk omdat de behoefte van de Deelnemers een grote mate van overeenstemming vertoont en op zichzelf geen reden vormt voor verdere opdeling van de Opdracht.

Het vanuit één punt aanbesteden van Standaardprogrammatuur - zonder alle opdrachten in één keer aan te besteden - heeft voor de markt als voordeel dat de aanbesteding van Standaardprogrammatuur door het Rijk wordt gestandaardiseerd. Het Rijk kan op haar beurt meer specifieke deskundigheid van en ervaring met het aanbesteden van Standaardprogrammatuur opbouwen dan wanneer op meerdere plekken binnen het Rijk wordt aanbesteed. Omdat nauwelijks of geen drempel voor inschrijving wordt opgeworpen voor marktpartijen die voorheen inschreven op aanbestedingen voor Standaardprogrammatuur is bovendien geen

sprake van een onnodige beperking van de toegang tot de te vergeven opdrachten. De in dit Beschrijvend document gestelde geschiktheidseisen zijn bovendien zo laagdrempelig dat ondernemers in staat worden geacht om zelfstandig dan wel in een samenwerkingsverband in aanmerking te komen voor gunning van de Opdracht. Aan de inschrijvers worden door de Aanbestedende dienst voorts geen eisen gesteld die een combinatievorming van ondernemingen op enigerlei wijze verhinderen of beperken. Het is dan ook de inschatting van de Aanbestedende dienst dat er in deze aanbesteding voldoende potentiële Inschrijvers zijn om de mededinging te kunnen waarborgen.

De huidige opzet waarborgt naar de inschatting van de Aanbestedende dienst dat voldoende omvang wordt aanbesteed om te kunnen profiteren van schaalvoordelen ten aanzien van prijzen en voorwaarden.

Een factor van belang vormt ten slotte de complexiteit van de materie (licentiecontracten, licentiebeheer, etc.). De omstandigheid dat meerdere Inschrijvers voor gunning in aanmerking komen, geeft Opdrachtgever toegang tot kennis en ervaring van meerdere leveranciers. Wanneer het Rijk deze kennis centraal kan vergaren en kan aanwenden ten behoeve van de verwerving van Standaardprogrammatuur voor de Deelnemers / het hele Rijk kan ook efficiënter en effectiever contractmanagement, contractbeheer en leveranciersmanagement worden gevoerd. De Aanbestedende dienst hecht wel aan een zekere beperking van het aantal contractpartijen, onder meer om te voorkomen dat daardoor het licentiebeheer complexer wordt. Er wordt om die reden in de aanbesteding extra aandacht besteed aan de registratie van licenties.

(...)

1.7 Doel van de aanbesteding

Tegen de in de vorige paragrafen beschreven (organisatorische) achtergrond bestaat deze aanbesteding uit twee Percelen.

- Perceel 1: Levering van Standaardprogrammatuur en Dienstverlening van Microsoft en Oracle + open source toepassingen gerelateerd aan de pakketten Standaardprogrammatuur van deze Vendors
- Perceel 2: Levering van overige Standaardprogrammatuur en Dienstverlening van overige Vendors + open source

Het doel van deze aanbesteding is om voor:

- Perceel 1: met één Opdrachtnemer;
- Perceel 2: met drie Opdrachtnemers;

een Overeenkomst aan te gaan voor de levering van de voor het desbetreffende Perceel gewenste Standaardprogrammatuur en Dienstverlening.

(...)

1.9 Omvang aanbesteding en gebruikersorganisatie

Bij de Deelnemers werken in totaal circa 45.000 medewerkers, verdeeld over diverse locaties in Nederland.

Er zijn circa 20 bestelpunten. De installed base bevat een veelvoud Standaardprogrammatuur pakketten van meer dan 100 Vendors.

Onverminderd de genoemde voorbehouden wordt de totale waarde van de Raamovereenkomst geschat op € 65 miljoen exclusief BTW per jaar. Per Perceel is de verwachte omzet per jaar ca.:

- Perceel 1: € 25 miljoen (excl. BTW)
- Perceel 2: € 40 miljoen (excl. BTW)

(...)

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat de geraamde waarde een indicatie betreft van het volume dat per Perceel door de Deelnemers zal worden afgenomen. Omdat de uiteindelijke afname (mede) afhankelijk is van politieke-, beleids- en/of organisatorische ontwikkelingen kunnen hier geen rechten aan worden ontleend. De politieke-, beleids- en/of organisatorische ontwikkelingen kunnen met zich brengen dat de werkelijke afname lager dan wel hoger is dan de geraamde afname. De maximale afname is vastgesteld op 150 % van de geraamde waarde.

Dit resulteert in de volgende maximale waarde per Perceel per jaar:

Perceel 1: € 37.500.000,- exclusief BTW per jaar

Perceel 2: € 60.000.000,- exclusief BTW per jaar

Totaal per jaar: € 97.500.000,- exclusief BTW.

Dit betekent dat over vier jaar voor maximaal € 390.000.000,- exclusief BTW kan worden afgenomen.

(...)

1.14 Privacy

Voor de Opdracht geldt dat er sprake kan zijn van het verwerken van persoonsgegevens volgens de per 25 mei 2018 geldende Algemene Verordening Gegevensbescherming (Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van de Richtlijn 95/46/EG). De Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: AVG) harmoniseert de regels die in de Europese Unie gelden voor de verwerking van persoonsgegevens. De AVG schrijft onder meer voor dat de uitvoering van de verwerking door een verwerker wordt geregeld in een verwerkersovereenkomst.

Bij Offerteaanvragen dienen Opdrachtnemers melding te maken van alle informatie die vanuit de (reeds bestaande) aangeboden Standaardprogrammatuur aan ieder ander dan Opdrachtnemer wordt verstrekt. Mede aan de hand van deze informatie beoordeelt Deelnemer/Opdrachtgever of er sprake is van het verwerken van persoonsgegevens in de zin van de AVG.

Indien er onder een Nadere overeenkomst voor Standaardprogrammatuur en Dienstverlening sprake gaat zijn van het verwerken van persoonsgegevens in de zin van de AVG wordt er bij het sluiten van de Nadere overeenkomst ook een verwerkersovereenkomst gesloten met de verwerker van die persoonsgegevens. Dat kan zowel de Reseller (bijlage 7d Model verwerkersovereenkomst) of de Vendor (bijlage 7e Model verwerkersovereenkomst met derde) zijn. De verwerker is daarnaast gehouden om met eventuele in te zetten onderaannemers (derden) eenzelfde (sub)verwerkersovereenkomst te sluiten. Opdrachtnemer is verantwoordelijk voor het door de verwerker laten ondertekenen van de door Deelnemer/Opdrachtgever opgestelde verwerkersovereenkomst.

Verwerking van persoonsgegevens onder (mede)verantwoordelijkheid van de Softwaredienstverlener

In de vorige alinea is de situatie beschreven waarin de Reseller/ Vendor persoonsgegevens verwerkt ten behoeve van de Opdrachtgever. Daarnaast kan de Reseller/ Vendor in het kader van een opdracht echter ook voor eigen doeleinden persoonsgegevens verwerken. Zo verzamelen sommige Vendors bijvoorbeeld gegevens van gebruikers om hen gepersonaliseerde advertenties te kunnen sturen of om deze gegevens door te verkopen.

Als Opdrachtnemer een oplossing aanbiedt waarmee in het kader van de betreffende opdracht onder verwerkingsverantwoordelijkheid (in de zin van de AVG) van Reseller/ Vendor persoonsgegevens worden verwerkt dan dient Opdrachtnemer daar melding van te maken in de zijn Nadere Offerte. Opdrachtgever moet immers onder meer weten welke persoonsgegevens waar worden verwerkt en voor welke doeleinden dit gebeurt om zijn rol en verantwoordelijkheden te kunnen bepalen.

Zijn Opdrachtgever en Reseller/ Vendor gezamenlijk verwerkingsverantwoordelijk dan eist de AVG dat partijen hun respectieve verantwoordelijkheden schriftelijk vastleggen. Deze afspraken worden vastgelegd in de als bijlage 7f bijgesloten: 'model Verwerkersovereenkomst onderlinge regeling'. Is Opdrachtgever noch gegevensverantwoordelijk, noch verwerker dan staat dat er niet aan in de weg dat Opdrachtgever aanvullende voorwaarden verbindt aan de door Reseller/ Vendor uit te voeren verwerking.

De model Verwerkersovereenkomsten zijn reeds opgenomen in bijlage 7d 'Model Verwerkersovereenkomst (ARBIT)', bijlage 7e 'Model Verwerkersovereenkomst met derde', en bijlage 7f 'model Verwerkersovereenkomst onderlinge regeling'. Voor iedere Inschrijver geldt dat ondertekening van Bijlage 1: Inschrijfformulier betekent dat akkoord wordt gegaan met de voorwaarden in de model verwerkersovereenkomsten alsmede dat Inschrijver om niet zijn volledige medewerking zal verlenen (waaronder, maar niet uitsluitend, het uitvoeren van een privacy impact analyse) teneinde zo spoedig mogelijk na gunning van een Offerteaanvraag bedoelde nader ingevulde verwerkersovereenkomst van kracht te laten worden. In alle gevallen is het getekend krijgen van een verwerkersovereenkomst randvoorwaardelijk aan de gunning van de Nadere overeenkomst. De Verwerkersovereenkomst wordt na ondertekening als bijlage bij de Nadere overeenkomst opgenomen.

(...)

2.10 Beoordeling Inschrijvingen

(...)

De Aanbestedende dienst heeft besloten om vanwege marktwerking en het bieden van kansen aan (een breed spectrum van) ondernemers, de twee Percelen aan verschillende Inschrijvers te gunnen en daarmee een Overeenkomst te sluiten. Om die reden kan Inschrijver slechts één Perceel gegund krijgen, ook in het geval Inschrijver op meerdere Percelen heeft ingeschreven. De Aanbestedende dienst heeft een ranking in de Percelen aangebracht. Daarbij wordt de volgende perceelrangorde gehanteerd van hoog naar laag:

1. Perceel 1
2. Perceel 2.

De invulling van de (voorlopig) winnende Inschrijvers vindt ook in bovengenoemde volgorde plaats:

Eerst wordt de winnende Inschrijver van Perceel 1 bepaald. Indien een winnende Inschrijver van Perceel 1 ook in Perceel 2 bij de drie hoogst scorende Inschrijvingen is geëindigd zal (voorlopige) gunning alleen plaatsvinden op het hoogst gerankte Perceel (dus Perceel 1). Indien deze situatie zich voordoet promoveert binnen Perceel 2 de eerstvolgende Inschrijver in de ranking naar een positie bij de winnende drie Inschrijvers in de plaats van de winnende Inschrijver die reeds gegund krijgt in Perceel 1.

(...)

5 Gunning; beoordeling eisen en wensen

(...)

5.4 Gunningscriteria

Onderhavige Opdracht wordt per Perceel gegund aan de Inschrijver(s) met de Economisch Meest Voordelige Inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding.

De Economisch meest voordelige Inschrijving is de Inschrijving met de hoogste 'Totale Score Inschrijving'. Inschrijver kan slechts één Perceel gegund krijgen, waardoor in voorkomende gevallen de eerstvolgende (of daaropvolgende) Inschrijving(en) als economisch meest voordelig wordt aangemerkt. Voor de beoordelingsprocedure en de toewijzing per Perceel, zie het gestelde in paragraaf 2.10.

Bij het bepalen van de Totale Score Inschrijving zijn de volgende subgunningscriteria relevant:

Perceel 1

- Kwaliteit:** Concreet betreft het hier de mate waarin en de wijze waarop wordt voldaan aan de gestelde inhoudelijke wensen (zie tabel hierna): 40% (totaal).
- Prijs:** Concreet betreft het hier de aangeboden gewogen maximale opslag (prijs) voor de bij het Perceel behorende Vendors op de netto inkoopprijs. De maximale totale opslag voor alle leveringen en daarbij behorende dienstverlening (op basis van de fictieve geraamde afname) zijn opgenomen als COM-W1: 60% (totaal).

Ingeval van gelijke geschiktheid van 2 of meer Inschrijvingen - dat wil zeggen de situatie waarbij twee of meer Inschrijvingen met exact dezelfde totaalscore op de 1e plaats zijn geëindigd - wordt de gunningsbeslissing op basis van de score op prijs bepaald. Aan de Inschrijver met de hoogste score op prijs, wordt in die situatie de Opdracht gegund. In geval er dan nog sprake is van gelijke score, vindt de gunningsbeslissing op basis van loting plaats.

Perceel 2

- Kwaliteit:** Concreet betreft het hier de mate waarin en de wijze waarop wordt voldaan aan de gestelde inhoudelijke wensen (zie tabel hieronder): 40% (totaal).
- Prijs:** Concreet betreft het hier de aangeboden gewogen minimale totaalkorting op de listprijs of andere verifieerbare prijs. De minimale totaalkortingen voor alle leveringen en daarbij behorende dienstverlening (op basis van de fictieve geraamde afname) zijn opgenomen als COM-W2: 60% (totaal).

Ingeval van gelijke geschiktheid van 2 of meer Inschrijvingen - dat wil zeggen de situatie waarbij twee of meer (gepromoveerde) Inschrijvingen met exact dezelfde totaalscore op de daaropvolgende plaats zijn geëindigd - zal de gunningsbeslissing op basis van de score op prijs worden bepaald. Aan de Inschrijver met de hoogste score op prijs, wordt in die situatie de Opdracht gegund. In geval er dan nog sprake is van gelijke score, vindt de gunningsbeslissing op basis van loting plaats.'

1.3. In de eerste Nota van Inlichtingen zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.3.1. Vraag 2: 'Wij maken met klem bezwaar tegen:
Het feit dat u de percelen samenvoegt in één aanbesteding, om vervolgens Het aantal percelen dat een inschrijver kan winnen te beperken. Er is geen enkele noodzaak voor de beperking. Immers, ook zonder de beperking wordt het door u

beoogde doel bereikt (innovatieve diensten en mogelijkheid tot vervanging), en doet het door u vermeende nadeel (monopolyvorming, vendor lockin) zich niet voor. Dit maakt dat u disproportioneel en in strijd met artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012 handelt. Tevens is dit in strijd met artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 die u verplicht tot inkoop tegen de beste prijsverhouding (immers, in het geval de winnaar van perceel 1 tevens één van de drie economisch meest voordelige inschrijvingen heeft gedaan op perceel 2 krijgt diegene perceel 2 niet gegund, en wordt er aan een economisch minder voordelige inschrijver gegund).

En het is ook anderszins niet proportioneel. Het nadeel dat de winnaar van perceel 1 (en overigens ook u) hierdoor lijdt staat niet in verhouding tussen het vermeende voordeel dat u hiermee denkt te bewerkstelligen.

Tot slot handelt u hierdoor in strijd met artikel 1.10a de mededinging wordt op kunstmatige wijze beperkt.

Wij verzoeken u dan ook ofwel de percelen afzonderlijk Europees aan te besteden, ofwel de beperking dat de winnaar van perceel 1 niet ook perceel 2 kan winnen te laten vervallen.'

Antwoord: 'De Aanbestedende dienst gaat hier niet mee akkoord.

Aan Aanbestedende dienst heeft een ruime mate van vrijheid bij het bepalen van de reikwijdte van de aan te besteden Raamovereenkomst.'

- 1.3.2. Vraag 35: 'Kunt u bevestigen dat het afgegeven kortingspercentage enkel ziet op listprijzen/verifieerbare prijzen aangaande de leveringen van Standaardprogrammatuur inclusief onderhoud en support (eerste drie bullets in paragraaf 1.8 BD), en niet op de overige in paragraaf 1.8 genoemde dienstverlening. Immers, deze staat niet op een listprijs/verifieerbare prijs, en wordt in de minicompentie uitgevraagd en beprijsd.'

Antwoord: 'Aanbestedende dienst bevestigt dit niet. De afgegeven kortingspercentages zien toe op alle leveringen en diensten.'

- 1.3.3. Vraag 37: 'Stel een Vendor is niet genoemd op de in te vullen prijslijst, en er vindt een minicompentie plaats voor het leveren van software, waarbij wij met deze Vendor willen inschrijven. Of stel een Vendor is wel genoemd op de in te vullen prijslijst, maar wij hebben deze in de onderhavige aanbesteding niet aangeboden. Kunt u bevestigen dat de prijs dan in de minicompentie wordt bepaald, en dat wij vrij zijn in het bepalen van de prijs?'

Antwoord: 'De maximale aan te bieden prijs is de listprijs.'

- 1.4. In de tweede Nota van Inlichtingen zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.4.1. Vraag 3: 'De vrijheid van de aanbesteder om opdrachten samen te voegen is niet onbeperkt (zie artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012). Aan de hierin genoemde voorwaarden wordt niet voldaan. Daarnaast is de vrijheid om het aantal te gunnen percelen te beperken op grond van artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 niet onbeperkt, gelet op de uit de EU-Verdragen voortvloeiende aanbestedingsbeginselen. De aanbesteder moet een gegronde reden hebben die de toepassing van de beperking in het aantal te gunnen percelen rechtvaardigt. Daarnaast moet het met de beperking na te streven doel niet met minder verdergaande maatregelen kunnen worden bereikt. Aan beide voorwaarden wordt niet voldaan. Wij verzoeken u dan ook met klem om de beperking te laten vervallen.'

Antwoord: 'Aanbestedende dienst gaat niet akkoord met uw verzoek.

In casu is geen sprake van het samenvoegen van opdrachten: de onderhavige opdracht dient als één opdracht te worden aangemerkt. Aanbestedende dienst verwijst in dat kader naar de motivering in de aanbestedingsstukken.

De beperking van het aantal te gunnen percelen per inschrijver heeft ten doel de marktwerking te vergroten en het bieden van kansen aan (een breed spectrum van) ondernemers. Dit temeer nu de markt voor resellers klein is en wordt beïnvloed door marktbeperkende voorschriften van softwareproducenten (bijv. één reseller per klant).'

- 1.4.2. Vraag 4: 'In tegenstelling tot hetgeen u lijkt te veronderstellen is de vrijheid van de aanbestedende dienst om de beperkingsmogelijkheid ex art. 2.10 Aanbestedingswet 2012 toe te passen wel degelijk beperkt. Zo mag deze alleen worden toegepast als (i) de aanbesteder hiervoor een gegronde reden heeft die de beperking rechtvaardigt (lees: het doel dat de aanbesteder heeft moet daadwerkelijk met de beperking worden bereikt) en (ii) het doel dat de aanbesteder heeft kan niet met minder vergaande maatregelen worden bereikt. Aan beide voorwaarden wordt in deze niet voldaan. Wij verzoeken u dan ook met klem om de beperking te laten vallen. U dient dit verzoek uitdrukkelijk aan te merken als een bezwaar tegen de samenvoeging van opdrachten in combinatie met de beperking.'

Antwoord: 'Aanbestedende dienst beschouwt dit als een vraag. Mocht vraagsteller echter met dit bezwaar een klacht hebben willen indienen dan verwijst Aanbestedende dienst naar paragraaf 2.6 van het Beschrijvend document.

Zie het antwoord op vraag 3 BD NvI2.'

- 1.4.3. Vraag 8: 'U blijft in de onderhavige aanbesteding vasthouden aan uw eigen verwerkersovereenkomst. Zoals wij hebben aangegeven is er een aantal - grote - Vendoren (zoals bijvoorbeeld X) die aangemerkt worden als verwerker (en dus zelf een verwerkersovereenkomst moeten sluiten) en vast blijven houden aan hun eigen verwerkersovereenkomst, en weigeren uw verwerkersovereenkomst te tekenen. Dit geldt voor alle resellers/raamcontractanten, ongeacht status/certificering. In de praktijk - bij andere vergelijkbare raamcontracten met de Staat - lost dit zich met de Deelnemers veelal wel op. Zij zien ook in dat zij de beoogde software niet geleverd krijgen als zij vasthouden aan de eigen verwerkersovereenkomst, en staan een alternatief die voldoet aan de AVG toe (ook al hebben de raamcontractanten met de betreffende Vendoren ingeschreven op de aanbesteding voor de raamovereenkomst - niet met de betreffende Vendoren inschrijven betekent namelijk automatisch dat er überhaupt geen raamovereenkomst gegund wordt). Het is evenwel onbegrijpelijk dat u als inkoper van het IUC geen oog voor de realiteit lijkt te hebben, en vasthoudt aan een leverplicht (V&A 3 en 31 PvE) en verplichting om ervoor zorg te dragen dat de Vendor uw model verwerkersovereenkomst tekent (V&A 17 BD). Wij verzoeken u met klem om op zijn minst inschrijvers de mogelijkheid te geven om bij een nadere uitvraag te verzoeken om afwijking van het model nadere overeenkomst, en indien dit onverhoopt niet wordt toegestaan, een no-bid in te dienen.'

Antwoord: 'Het is toegestaan dat Opdrachtnemer de verwerkersovereenkomst tekent en dat Opdrachtnemer zelf met de Vendor een subverwerkersovereenkomst sluit.'

- 1.4.4. Vraag 11 (over vraag en antwoord 35 NvI1): 'Uw antwoord spoort niet met V&A 10, en is daarnaast niet in overeenstemming met de huidige praktijk onder vergelijkbare raamcontracten met de Staat. Installatie/configuratie/trainingen worden veelal verzorgd door consultants. De Vendor geeft de reseller geen korting op deze

inhuur. Uw antwoord betekent dat de raamcontractant deze diensten met verlies zou moeten leveren aan de Staat. Dit is disproportioneel. Wij verzoeken u dan ook met klem om uw antwoord te herzien. U dient dit verzoek te beschouwen als een bezwaar.'

Antwoord: 'Aanbestedende dienst beschouwt dit als een vraag. Mocht vraagsteller echter met dit bezwaar een klacht hebben willen indienen dan verwijst Aanbestedende dienst naar paragraaf 2.6 van het Beschrijvend document.

Aanbestedende dienst ziet geen discrepantie tussen de beantwoording van vraag 10 en 35.

Installatie en configuratie van Standaardprogrammatuur (zgn. 'werkend krijgen van software', waaronder updates en upgrades) en Trainingen en opleidingen worden in minicompetitie uitgevraagd.

Consultancy is buiten scope van de Opdracht.'

- 1.4.5. Vraag 12 (over vraag en antwoord 37 NvI1): 'Uw antwoord komt er op neer dat ten allen tijde maximaal de listprijs moet worden aangeboden, tenzij de raamcontractant met een kortingspercentage op de listprijs heeft ingeschreven (dan geldt als maximale prijs 'listprijs minus kortingspercentage'). Dit is disproportioneel. Er zijn tal van Vendoren die geen korting op de listprijs aanbieden. Dit betekent dat de raamcontractant tegen de listprijs inkoop bij de Vendor. En tegen de listprijs moet doorverkopen aan de Staat. Dit betekent dat de Staat de door de raamcontractant alsdan te leveren diensten dus niet vergoedt, de raamcontractant moet deze diensten dus gratis leveren, en levert de software dus onder de kostprijs. Wij verzoeken u dus met klem om te bevestigen dat de raamcontractant vrij is in het bepalen van zijn prijs. De minicompetitie geeft u de garantie dat er op prijs wordt geconcurrerd. U dient dit verzoek als bezwaar te beschouwen.'

Antwoord: 'Aanbestedende dienst beschouwt dit als een vraag. Mocht vraagsteller echter met dit bezwaar een klacht hebben willen indienen dan verwijst Aanbestedende dienst naar paragraaf 2.6 van het Beschrijvend document.

Aanbestedende dienst wijzigt zijn antwoord niet.'

- 1.4.6. Vraag 13 (over vraag en antwoord 37 NvI1): 'Uw antwoord dat ten allen tijde maximaal de listprijs moet worden aangeboden gaat eraan voorbij dat een groot aantal Vendoren geen listprijs hanteren. De enige verifieerbare bron is de inkoopfactuur bij de vendor. Wij verzoeken u dus met klem om te bevestigen dat de raamcontractant vrij is in het bepalen van zijn prijs. De minicompetitie geeft u de garantie dat er op prijs wordt geconcurrerd. U dient dit verzoek als bezwaar te beschouwen.'

Antwoord: 'Aanbestedende dienst beschouwt dit als een vraag. Mocht vraagsteller echter met dit bezwaar een klacht hebben willen indienen dan verwijst Aanbestedende dienst naar paragraaf 2.6 van het Beschrijvend document.

Aanbestedende dienst bevestigt dit niet. Wanneer er geen sprake van een listprijs is, is de maximale prijs een andere verifieerbare prijs.'

- 1.4.7. Vraag 15 (over vraag en antwoord 35 NvI1): 'Deze vraag is niet correct geformuleerd door de betreffende vragensteller. Kunt u bevestigen dat de afgegeven kortingspercentages geen betrekking hebben op de door gewenste (betaalde) dienstverlening binnen bullet 8 (Installatie, Configuratie, Trainingen en Opleidingen). Eigenlijk zoals in lijn met alle andere EASP aanbestedingen. Dit betreffen immers uurtarieven waar géén korting op wordt gegeven, niet op een prijslijst staan en

tevens ook géén listprijs hebben. Sterker nog, vaak worden deze tarieven rechtstreeks tussen deelnemer en fabrikant kortgesloten. Graag uw bevestiging.'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 11 BD NvI2.'

1.5. In de derde Nota van Inlichtingen zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.5.1. Vraag 1 (over vraag en antwoord 11 en 15 NvI2): 'Deze "discussie" is binnen o.a. EASP2014 en EASP2015 reeds uitgebreid gevoerd. Tot onze verbazing wordt deze discussie nu toch weer op opgerakeld. Nogmaals.... Ja, wij begrijpen én gaan akkoord met het feit dat "Installatie en configuratie van Standaardprogrammatuur (zgn. 'werkend krijgen van software', waaronder updates en upgrades) & Trainingen en opleidingen in minicompetitie worden uitgevraagd. So far so good... Echter, wij kunnen voor deze onderdelen op geen enkele manier de kortingen (conform bijlage 6) hanteren. U vraagt (en wilt er nu dus iets doorheen drukken/afdwingen) waar we als inschrijver helemaal niets mee kunnen. En Nee, ook wij zitten niet te wachten om dit op welke manier dan ook richting de klachtencommissie kenbaar/aanhangig te maken. Wij willen u hierom nogmaals vriendelijk (doch dringend) verzoeken om uw antwoord op de gestelde vragen Nr. 11 en Nr. 15 te herzien. En wellicht kunt u één en ander eerst even bij contractmanagement [Aanbesteder] voor EASP verifiëren. Want het lijkt er sterk op dat dit berust op één groot misverstand. Graag uw onderbouwde reactie?'

Antwoord: 'Dienstverlening bestaande uit:

o Installatie en configuratie van Standaardprogrammatuur (zgn. 'werkend krijgen van software', waaronder updates en upgrades) wordt altijd aangevraagd in combinatie met de aanschaf van Standaard Programmatuur. Dit onderdeel wordt in minicompetitie uitgevraagd en beprijsd.

Voor de aanschaf van de licenties, onderhoud en beheer gelden de minimale kortingen zoals aangeboden in Bijlage 6 Prijsopgavetabel.'

1.6. Op 19 mei 2020 heeft de advocaat van twee ondernemers onderstaande klacht ingediend bij het Klachtenmeldpunt van aanbesteder:

'(...)

De aanbesteding bestaat uit twee percelen (paragraaf 1.7 Beschrijvend Document):

1. Perceel 1: Levering van Standaardprogrammatuur en Dienstverlening van Microsoft en Oracle + open source toepassingen gerelateerd aan de pakketten Standaardprogrammatuur van deze Vendors (€ 25 miljoen per jaar (excl. BTW)) (1 raamcontractant);
2. Perceel 2: Levering van overige Standaardprogrammatuur en Dienstverlening van overige Vendors + open source(€ 40 miljoen per jaar (excl. BTW)) (3 raamcontractanten).

De looptijd van de raamcontracten bedraagt 4 jaar met een vaste periode van 2 jaar. Na deze vaste periode van 2 jaar heeft opdrachtgever de mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos op te zeggen met een opzegtermijn van 1 maand.

Indien de Staat een opdracht wenst te verstrekken die ziet op de levering van Standaardprogrammatuur en/of Dienstverlening van Microsoft en/of Oracle, dan zal zij de opdracht gunnen aan de raamcontractant van perceel 1.

Indien de Staat een opdracht wenst te verstrekken die ziet op de levering van Standaardprogrammatuur en/of Dienstverlening van een andere Vendor, dan zal

zij de opdracht merkgericht in minicompentie uitzetten bij de 3 raamcontracten van perceel 2.

Indien de Staat een functionele uitvraag wenst te houden, waarbij de raamcontractanten zelf mogen kiezen met welke Vendor zij aanbieden, dan zal de Staat een minicompentie houden 'over de percelen heen', en dus bij de 4 raamcontractanten van beide percelen. Hierbij mag de raamcontractant die perceel 1 gegund heeft gekregen enkel Microsoft of Oracle aanbieden, en mogen de raamcontracten die perceel 2 gegund hebben gekregen enkel andere Vendors aanbieden. (paragraaf 1.3 Bijlage 5)

Cliënten, ondernemer A en ondernemer B, behoren tot hetzelfde concern. Cliënten hebben raamcontracten gesloten met de Staat op grond van eerdere vergelijkbare aanbestedingen. Ondernemer B heeft veelal perceel 1 (specifiek genoemde Vendors) gewonnen, en ondernemer A heeft in alle gevallen perceel 2 (overige Vendors) gewonnen:

(...)

Cliënten wensen een juridische fusie aan te gaan. Het behoeft dan ook - gelet op de voornoemde huidige raamcontracten die zij in bezit hebben - geen betoog dat zij veel interesse in het gegund krijgen van beide percelen.

Cliënten hebben een aantal bezwaren tegen de onderhavige aanbesteding. Ondernemer A heeft deze bezwaren aan de Staat kenbaar gemaakt. Overigens heeft ondernemer A deze bezwaren in (nagenoeg) elk van de voornoemde aanbesteding aan de Staat (en soms zelfs meermaals) kenbaar gemaakt. De Staat weigert hier evenwel gehoor aan te geven.

Cliënten zien dan ook geen andere mogelijkheid dan het indienen van de onderhavige klacht. Deze bestaat uit vijf klachten, die zien op:

1. De samenvoeging van de opdrachten in één aanbesteding in combinatie met de mogelijkheid om slechts 1 perceel gegund te krijgen;
2. Het feit dat het minimum kortingspercentage Subscriptions wordt bepaald door het gemiddelde van 'minimum kortingspercentage aanschaf' en 'minimum kortingspercentage onderhoud en support';
3. De verplichting voor inschrijver om akkoord te gaan met de Verwerkersovereenkomst terwijl de Vendor de Verwerker is.;
4. De verplichting om maximaal de listprijs/verifieerbare prijs aan te bieden;
5. (...)

Ik licht de klachten hierna toe.

Klacht 1: De samenvoeging van de opdrachten in één aanbesteding in combinatie met de mogelijkheid om slechts 1 perceel gegund te krijgen is in strijd met het aanbestedingsrecht

De Staat heeft de opdrachten tot het leveren van alle merken software (hierna: 'Vendors') samengevoegd in één aanbesteding, en vervolgens de aanbesteding onderverdeeld in twee percelen. Een onderneming mag op beide percelen inschrijven. Echter, de Staat heeft besloten de twee percelen aan verschillende inschrijvers te gunnen en daarmee een overeenkomst te sluiten. Eerst wordt de winnende inschrijver voor perceel 1 bepaald. Indien de winnende inschrijver van perceel 1 ook in perceel 2 bij de drie hoogst scorende inschrijvingen is geëindigd zal gunning alleen plaatsvinden op perceel 1. Deze inschrijver komt dan niet meer in aanmerking voor gunning van perceel 2. (zie paragraaf 2.10 ad 4 (p. 30 Beschrijvend document))

Als motivering voor de beperking dat de winnaar van perceel 1 niet ook in aanmerking komt voor gunning van perceel 2 heeft de Staat aangevoerd: "vanwege marktwerking en het bieden van kansen aan (een breed spectrum van) ondernemers" (zie paragraaf 2.10 ad 4 Beschrijvend Document).

Cliënten kunnen zich hierin niet vinden.

Samenvoeging opdrachten is in strijd met artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012

De Staat heeft in de onderhavige aanbesteding opdrachten tot het leveren van verschillende typen software en bijbehorende dienstverlening samengevoegd in één aanbesteding:

- Er is sprake van verschillende soorten softwareproducten (en bijbehorende diensten). Het gaat hier niet om inwisselbare producten.
- Elk softwareproduct/dienst wordt gefabriceerd door een afzonderlijke Vendor.
- Elk softwareproduct/dienst heeft een eigen specifieke eigenschap (broncode).
- Elk softwareproduct/dienst heeft een eigen listprijs/verifieerbare prijs die door de Vendor wordt bepaald (uitzonderingen daargelaten, zie klacht 4).
- Elk softwareproduct wordt afzonderlijk aan een Deelnemer geleverd (eventueel samengevoegd met een bijbehorende dienst). Projecten vallen buiten scope (zie 1.10 Beschrijvend document). Het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 13 januari 2015 (ECLI:NL:GHARL:2015:122) is in deze niet van toepassing. In die casus ging het om het samenvoegen van verschillende functionaliteiten (betaalfunctionaliteit/printfunctionaliteit/etc.) in één product (multifunctionele printer). De raamovereenkomst zag op het leveren van dit ene product. Het gerechtshof oordeelde dat de aanbestedende dienst de vrijheid heeft om de verschillende functionaliteiten te bundelen in één apparaat (product) (en papier in dit product). In casu gaat het niet om het sluiten van een raamovereenkomst tot levering van één product (met verschillende functionaliteiten), maar om het leveren van (een groot aantal) verschillende producten.

De samenvoeging van alle opdrachten van alle typen software in één aanbesteding is onnodig:

- Dit blijkt reeds uit het feit dat de Staat de opdracht heeft onderverdeeld in meerdere percelen, waarop afzonderlijk kan worden ingeschreven, en die verschillende opdrachtnemers kunnen winnen.
- Het is ook goed mogelijk om elk van de specifieke opdrachten voor de levering (en onderhoud) van standaardsoftware afzonderlijk Europees aan te besteden. Het afzonderlijk uitvragen van een specifiek merk software gebeurt ook met enige regelmaat, zo blijkt uit het Europese Publicatieblad. En ook het afzonderlijk functioneel uitvragen van software gebeurt met enige regelmaat, zo blijkt uit het Europese Publicatieblad.
- De samenvoeging van de opdrachten beperkt de mededinging. De relevante markt bestaat uit Vendoren en resellers. De samenvoeging is van invloed op de toegang tot de opdracht. Door de samenvoeging kunnen Vendoren niet meer zelfstandig inschrijven op een opdracht. Door de samenvoeging kunnen ook kleine resellers niet zelfstandig inschrijven.
- De verschillende typen software hangen veelal niet met elkaar samen.

In ieder geval is de samenvoeging van de opdrachten tot levering van enerzijds Microsoft en Oracle (perceel 1) en anderzijds de opdrachten tot levering van Overige Vendoren (perceel 2) in één aanbesteding onnodig.

- Zie de voorgaande argumenten.
- De samenvoeging van de opdrachten beperkt de mededinging. Als de Staat de twee percelen afzonderlijk Europees zou aanbesteden, dan is de marktwerking per raamovereenkomst groter dan de situatie die de Staat thans voor ogen

heeft. Indien de Staat drie afzonderlijke Europese aanbestedingen zou houden, dan is de marktwerking nog groter: 1. Microsoft, 2. Oracle en 3. Overige Vendoren. Dit zou kansen bieden aan (een breder spectrum van) ondernemers dan de Staat thans voor ogen heeft.

- o Alle geschikte ondernemingen (Vendoren, grote resellers en kleine resellers) zouden dan immers kunnen meedingen naar de raamovereenkomsten voor zowel Microsoft als Oracle, en in aanmerking kunnen komen voor gunning van elk van deze raamovereenkomsten. En daarnaast zouden alle geschikte resellers kunnen meedingen naar de raamovereenkomst van de Overige Vendoren.
- o In het geval de Staat dan een opdracht voor levering en/of dienstverlening van Microsoft of Oracle wenst te gunnen plaatst zij de opdracht bij de winnaar van de betreffende aanbesteding voor Microsoft c.q. Oracle. Dit is niet anders dan dat de Staat thans voor ogen heeft.
- o In het geval de Staat dan een opdracht voor levering en/of dienstverlening van standaardprogrammatuur van een Overige Vendor wenst te gunnen plaatst zij de opdracht bij de winnaar van de betreffende aanbesteding. Dit is niet anders dan dat de Staat thans voor ogen heeft.
- o In het geval de Staat een functionele uitvraag wenst te doen plaatst zij deze opdracht eveneens bij de winnaars van deze aanbesteding voor Overige Vendoren. Deze winnaars zijn (enkel) in dat geval gerechtigd om ook Microsoft en Oracle aan te bieden. Alle Vendoren komen dan, via deze raamcontractanten, in aanmerking voor gunning van een functioneel uitgevraagde opdracht. De marktwerking tussen de raamcontractanten (3) is dan maximaal. Ook de marktwerking tussen de Vendoren is dan dus maximaal. Zeker indien de betreffende raamcontractanten verplicht worden meerdere inschrijvingen in te dienen, en zeker indien de betreffende raamcontractanten verplicht worden minimaal Microsoft en Oracle aan te bieden. Dit is niet anders dan dat de Staat thans voor ogen heeft, behoudens dat de Staat dan niet van 4 verschillende raamcontractanten een offerte ontvangt, maar van 3 verschillende raamcontractanten. Dit kan onmogelijk als bezwaarlijk worden beschouwd. De opdrachten (Microsoft/Oracle enerzijds, en Overige Vendoren anderzijds) hangen niet met elkaar samen. Onder de scope valt immers enkel de levering van de uitgevraagde standaardsoftware. Het gaat hier niet om het leveren van geïntegreerde softwareoplossingen of projecten.

Kortom, de samenvoeging is in strijd met artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012. Niet valt in te zien waarom - als de Staat voor afzonderlijke Europese aanbestedingen zou hebben gekozen - geen sprake zou zijn van maximale marktwerking. De motivering van de keuze van de Staat om de percelen samen te voegen kan deze beslissing dan ook niet dragen.

Gebruik van artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 is in deze in strijd met het aanbestedingsrecht

Nu de Staat besloten heeft de aanbesteding onder te verdelen in twee percelen levert de samenvoeging als zodanig evenwel geen bezwaar op voor cliënten. Door elk van de percelen te gunnen aan de winnaar(s) van het betreffende perceel wordt immers hetzelfde bereikt dan als dat de Staat de raamovereenkomsten afzonderlijk Europees op de voornoemde wijze zou hebben aanbesteed. Er zou dan maximale marktwerking zijn.

Daar kiest de Staat evenwel niet voor. De Staat schrijft voor dat een inschrijver die perceel 2 wint niet tevens in aanmerking kan komen voor gunning van perceel 1 en perceel 2. Hierdoor is sprake van minder marktwerking. Dit is inherent aan de door de Staat gekozen aanbestedingssystematiek waarbij de winnaar van een

perceel niet meer in aanmerking kan komen voor gunning van een ander perceel. Dat de percelen allemaal Europees in de markt worden gezet doet hier niet aan af.

Tegen het gebruik van artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 in de onderhavige aanbesteding hebben cliënten dan ook bezwaar.

Artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 biedt de Staat weliswaar de mogelijkheid om het aantal aan één inschrijver te gunnen percelen te beperken. Echter, het is de Staat niet onder alle omstandigheden toegestaan gebruik te maken van de mogelijkheden die artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 (beperking aantal gegunde percelen) biedt.

- Het gebruik maken van artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 moet gerechtvaardigd zijn;
- Het gebruik maken van artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 mag niet in strijd met andere wetsartikelen in de Aanbestedingswet 2012 zijn.

En aan deze voorwaarden wordt niet voldaan.

Gebruik maken van artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 is in deze niet gerechtvaardigd.

- Het betreft hier een uitzondering op de verplichting in de aanbestedingsrichtlijnen (en dus de Aanbestedingswet 2012) dat de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving de opdracht gegund moet krijgen (artikel 2.114 Aanbestedingswet 2012).
- Zoals voor elke uitzondering in de aanbestedingsrichtlijnen en dus de Aanbestedingswet 2012 geldt moet een aanbestedende dienst deze restrictief toepassen. Dit is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie.
- Oftewel: de beperking moet gerechtvaardigd zijn (m.a.w. de voordelen van de beperking (gebruik artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012) moeten groter dan zijn de nadelen van de beperking (gebruik artikel 2.114 Aanbestedingswet 2012).
- Artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 is een implementatie van artikel 46 Richtlijn 2014/24/EU. Dit artikel is in de Richtlijn opgenomen om 'de concurrentie veilig te stellen of met het oog op de betrouwbaarheid van de levering', oftewel om te voorkomen dat de aanbestedende dienst te sterk afhankelijk wordt van één leverancier. Dat de betrouwbaarheid van de levering van software en gerelateerde dienstverlening in het geding zou zijn heeft de Staat niet gesteld en ligt overigens ook niet in de rede. Deze rechtvaardiging doet zich in deze dan ook niet voor.
- De Staat stelt dat er in de door haar beoogde situatie sprake is van meer marktwerking, dan in het geval dat de winnaar van perceel 1 ook perceel 2 gegund zou krijgen (naast de twee andere raamcontractanten van perceel 2). Dit is evenwel niet het geval. Natuurlijk is het zo dat in geval van een functionele uitvraag er dan 4 resellers 'strijden' om het verwerven van de opdracht, in plaats van 3 resellers, maar 'overall' kijkende is niet sprake van meer marktwerking. Immers, de vergrote marktwerking die enkel geldt bij een functionele nadere uitvraag (4 ipv 3 resellers) valt in het niet ten opzichte van de verminderde marktwerking die aan de voorkant ontstaat door in de onderhavige Europese aanbesteding een beperking (het niet gunnen van perceel 2 aan de winnaar van perceel 1) op te nemen.
 - De vergrote marktwerking (4 ipv 3 resellers) wordt overschat. De concurrentie vindt in geval van een functionele uitvraag met name plaats op Vendor-niveau. Ook in geval van 3 resellers zal er dus net zo hard worden geconcurrereerd om de verwerving van de opdracht dan als dit 4 resellers zouden zijn. Indien de gecontracteerde reseller verplicht wordt per gewonnen perceel een offerte in te dienen (Microsoft/Oracle in geval van perceel 1, en een andere Vendor in geval van perceel 2), dan vindt de

- concurrentie (marktwerking) op Vendor-niveau maximaal plaats. Dit is niet minder dan in de door de Staat beoogde situatie.
- o Dus ook in geval van contractering van 3 ondernemingen in plaats van 4 ondernemingen is de Staat verzekerd van de economisch meest voordelige inschrijving op de functionele uitvraag.
 - o Uit een inventarisatie van het aantal functionele uitvragen dat zich per raamcontract heeft voorgedaan blijkt overigens dat een functionele uitvraag over de percelen heen slechts zeer sporadisch voorkomt. De meeste Deelnemers die een functionele uitvraag doen, zetten - in afwijking van hetgeen in de aanbesteding van de raamovereenkomst is voorgeschreven - de uitvraag niet weg over de percelen heen. Zij zetten de functionele uitvraag enkel weg in het perceel 'Overige Vendors'. In die sporadische gevallen dat er wel over de percelen heen functioneel wordt uitgevraagd wint de raamcontractant van het perceel Overig in nagenoeg alle gevallen. Met andere woorden: de Vendors Microsoft en Oracle (en dus de raamcontractant van perceel 1) bieden weinig concurrentie ten opzichte van de Overige Vendors (en dus de raamcontractanten van perceel 2).
 - o Het gebrek aan verminderde marktwerking wordt eveneens overschat. Het perceel 'Overige Vendors' heeft in vornoemde vergelijkbare aanbestedingen veelal slechts geleid tot gunning aan 2 inschrijvers (ondernemer A en ondernemer C), terwijl dit er 3 hadden kunnen zijn als de winnaar van perceel 1 ook perceel 2 gegund zou hebben gekregen. Kortom, er zou dan meer marktwerking zijn geweest in - in ieder geval - perceel 2, en mogelijk ook over de percelen heen.
 - o Als de Staat perceel 1 gunt aan onderneming X, en perceel 2 gunt aan onderneming X, Y en Z, dan valt op geen enkele wijze in te zien dat de Staat gedurende de looptijd van de raamovereenkomsten afhankelijk is van raamcontractant X (behoudens voor de levering van de programmatuur van Vendors in perceel 1, maar dat is ook thans bij de huidige aanbestedingssystematiek het geval). Ook valt niet in te zien dat de Staat na ommekomst van de looptijd van de raamovereenkomsten afhankelijk is geworden van raamcontractant X, en dat andere ondernemingen hierdoor niet meer in aanmerking kunnen komen voor gunning in het geval van opvolgende Europese aanbestedingen. Dit is dan ook geen rechtvaardiging voor de beperking.
 - o De beperkende maatregel van de Staat leidt er evenmin toe dat het mkb meer kansen krijgt om de opdrachten te verwerven. Zou de Staat de beperking laten vallen, dan leidt dit er niet toe dat minder mkb-ondernemingen inschrijven, of dat deze minder kans op gunning hebben. Een mkb- rechtvaardiging doet zich in deze dan ook niet voor.
 - o Op geen enkele wijze valt in te zien dat nieuwe diensten niet zouden worden ontwikkeld als de beperking ex art. 2.10 Aanbestedingswet 2012 niet zou zijn opgenomen. Er vindt immers nog steeds concurrentie plaats tussen 3 resellers. Afgezien daarvan is de Staat niet de enige opdrachtgever van de resellers. Het betreft hier de levering van software. Vanuit vraagzijde bezien betreft de markt waarop de inschrijvers actief zijn 'alle aanbestedende diensten én alle ondernemingen (in Nederland en daarbuiten)'. Dit is dan ook geen rechtvaardiging voor de beperking.
 - o Op geen enkele wijze valt in te zien dat er geen ruimte zou zijn om partners in de keten te vervangen indien zij slecht presteren. Dit is dan ook geen rechtvaardiging voor de beperking. Of er nou 3 raamcontractanten in totaal zijn, of 4 raamcontractanten maakt niet uit. Ook in het geval van 3 raamcontractanten kan een wanpresterende raamcontractant worden vervangen. Uiteraard zal dit vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt niet mogelijk zijn zonder het houden van een Europese aanbesteding. Alle ondernemingen krijgen dan een kans (ook de 4de inschrijver die in de oorspronkelijke Europese aanbesteding buiten de boot valt als er geen beperking geldt). Dat de 4de inschrijver niet op deze nieuwe aanbesteding zou willen inschrijven valt niet in te zien. Immers, de

markt is groot, waardoor de 4de inschrijver nog steeds actief is op de markt (het wel of niet actief zijn op de markt hangt niet af van het wel of niet winnen van de onderhavige EASP aanbesteding noch van het wel of niet winnen van andere Europese aanbestedingen van de Staat). Een kortdurende overbruggingsovereenkomst kan eveneens worden gesloten met de 4de inschrijver, of met de overgebleven raamcontractanten. Zelfs in het geval dat de inschrijver die 2 percelen gegund gekregen heeft wegvalt houdt de Staat nog steeds 2 raamcontractanten over. Ook dat is voldoende concurrentie.

- Kortom: Het doel dat de Staat beoogt 'het vergroten van de marktwerking en het bieden van kansen aan (een breed spectrum van) ondernemers' wordt niet bereikt met de beperking. Er is juist sprake van meer marktwerking (en dus concurrentie) als de Staat het aantal percelen dat een inschrijver gegund kan krijgen niet zou beperken. In ieder geval is er niet gebleken dat (i) er geen concurrentie meer is als de Staat de mogelijkheid in artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 niet zou toepassen en dat (ii) er dus een noodzaak is de concurrentie veilig te stellen door het aantal gegunde percelen te beperken met toepassing van artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012.

Het gebruik van artikel 2.10 lid 3 en lid 4 Aanbestedingswet 2012 mag tevens niet in strijd zijn met andere uit hoofde van de Aanbestedingswet 2012 op de Staat rustende verplichtingen. En dat doet het hier wel.

Het gebruik van artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 is in deze in strijd met artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

- Artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat de Staat zorg moet dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst. Dit betekent volgens de wetsgeschiedenis en vaste jurisprudentie (Vzr. Rb. Noord-Nederland, 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100; Vzr. Rb. Den Haag, 3 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10442; Vzr. Rb. Overijssel, 30 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3761) dat de Staat de beste kwaliteit voor de beste prijs moet inkopen. Aan deze voorwaarde wordt niet voldaan.
- De winnaar van perceel 1 krijgt niet perceel 2 gegund, zelfs als haar inschrijving is aan te merken als de economisch meest voordelige op het betreffende perceel/de betreffende percelen. Aldus koopt de Staat niet de beste kwaliteit voor de beste prijs op perceel 2 in.
- Ook voor perceel 1 koopt de Staat niet de beste kwaliteit voor de beste prijs in: Inschrijvers (resellers zoals cliënten) maken een keuze: welk perceel wil ik het liefst gegund krijgen. Indien dit perceel 2 is, dan is er een vervolgkeuze: ga ik wel of niet ook inschrijven op perceel 1. De betreffende inschrijver zal enkel op perceel 1 inschrijven als dit met een dusdanig hoog opslagpercentage is dat perceel 1 (bij winst) dusdanig lucratief is dat het verlies van perceel 2 (dat de winst van perceel 1 automatisch tot gevolg heeft) wordt goedge maakt. Kortom: op perceel 1 vindt in dat geval niet de maximale marktwerking plaats. De Staat krijgt op dit perceel namelijk minder inschrijvingen, en/of minder gunstige inschrijvingen, dan als de Staat niet zou hebben bepaald dat de winnaar van perceel 2 niet meer voor gunning van perceel 1 in aanmerking komt. Aldus koopt de Staat niet de beste kwaliteit voor de beste prijs in op perceel 1.

Het gebruik van artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 is in deze in strijd met artikel 1.10 Aanbestedingswet 2012.

- Het proportionaliteitsbeginsel ex artikel 1.10 Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat de door de Staat te stellen voorwaarden in redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht. Of anders gezegd: de Staat mag geen verdergaande maatregel treffen om haar doel te bereiken. Artikel 1.10

Aanbestedingswet 2012 ziet ook op het opdelen en verdelen van percelen en het toepassen van artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012.

- De Staat dient bij de inrichting van haar aanbesteding de in de EU-Verdragen neergelegde beginselen van proportionaliteit en evenredigheid in acht te nemen. Artikel 1.10 Aanbestedingswet 2012 is een implementatie van deze Europese beginselen (die overigens ook rechtstreeks van toepassing zijn op de Staat).
- Voor zover het Klachtenmeldpunt (m.i. ten onrechte) tot het oordeel zou komen dat artikel 1.10 Aanbestedingswet 2012 minder ver gaat dan de EU-Verdragen, dan dient het Klachtenmeldpunt de klacht mede in het licht van de EU-Verdragen te beschouwen. M.a.w. dan is de klacht van cliënten mede gegrond op strijd met de EU-Verdragen.
- Uit artikel 1.10 lid 2 Aanbestedingswet 2012 blijkt dat het in lid 1 neergelegde proportionaliteitsbeginsel 'in ieder geval' ziet op de in lid 2 genoemde elementen. Dit is niet limitatief. Ook hieruit blijkt dus dat artikel 1.10 lid 1 ziet op de gehele inrichting van haar aanbesteding, en dus ook op het al of niet samenvoegen van opdrachten, het opdelen en verdelen van percelen, en het beperken van het aantal percelen dat een inschrijver gegund krijgt.
- Dit wordt nog eens bevestigd door het feit dat in artikel 1.10 lid 2 Aanbestedingswet 2012 expliciet onder a. staat 'het al of niet samenvoegen van opdrachten'.
- De Staat kan haar doel (dat op een nadere functionele uitvraag ook software wordt aangeboden van Microsoft en Oracle) ook op een andere (minder vergaande - en dus proportionelere) wijze bereiken, te weten:
 1. Door - indien de raamcontractant van perceel 2 ook perceel 1 heeft gewonnen - deze raamcontractant te verplichten om offertes in te dienen van Microsoft en/of Oracle, en daarnaast minimaal andere offerte; of
 2. Door de functionele uitvraag enkel weg te zetten in perceel 2, en de raamcontractant van perceel 1 niet te beperken qua Vendorkeuze; of
 3. Door de betreffende uitvraag afzonderlijk (Europees) aan te besteden (conform het voorbehoud in paragraaf 1.11 van het Beschrijvend document).

Voor zover de Staat zou betogen dat de invloed van haar handelswijze verwaarloosbaar is, omdat het aantal functionele uitvragen sporadisch voorkomt kan reeds nu worden opgemerkt dat dit standpunt niet juist is.

- De invloed van haar handelswijze is dat cliënten indien zij perceel 2 gegund krijgen, niet ook perceel 1 gegund kunnen krijgen, zelfs zou zouden zij hier met de beste prijs- kwaliteitverhouding inschrijven. In dat geval lopen cliënten dus forse omzet op perceel 1 mis bij in ieder geval de merkgerichte uitvragen in perceel 1 (die veelvuldig voorkomen).
- Dat deze situatie niet ondenkbaar is, blijkt reeds uit het feit dat [ondernemer B] in het kader van de andere EASP-aanbestedingen veelal perceel 1 heeft gewonnen (...).
- Als er al een rechtvaardiging voor de Staat zou zijn in het licht van een functionele uitvraag over de percelen heen (waarbij dan 4 raamcontractanten een kans krijgen in plaats van 3 raamcontractanten), quod non, dan valt deze rechtvaardiging - gelet op het feit dat dit slechts zeer sporadisch voorkomt - in het niet ten opzichte van het verlies dat cliënten leiden als zij perceel 1 niet gegund krijgen ook al zouden zij met de beste prijs-kwaliteitverhouding hebben ingeschreven.

Voorstel tot oplossing van klacht 1:

Al met al is er juist sprake van meer marktwerking (en dus concurrentie) als de Staat het aantal percelen dat een inschrijver gegund kan krijgen niet zou beperken. In ieder geval is er niet gebleken dat (i) er geen concurrentie meer is als de Staat de mogelijkheid in artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 niet zou toepassen en dat (ii) er dus een noodzaak is de concurrentie veilig te stellen door het aantal gegunde

percelen te beperken met toepassing van artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012. De beperking is dus niet gerechtvaardigd (het door de Staat beoogde doel wordt immers niet bereikt met de beperking), in strijd met artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012 en in strijd met artikel 1.10 Aanbestedingswet 2012.

De Staat dient de beperking van het aantal percelen dat een inschrijver gegund kan krijgen dan ook te laten vallen.

Cliënten hebben bovenstaande reeds aangekaart bij de Staat. Echter, de Staat geeft geen gehoor aan het verzoek van cliënten. Zie V&A 2 NvI1 en V&A 3 en 4 NvI2.

Klacht 2 Perceel 2: Minimum kortingspercentage Subscriptions wordt bepaald door het gemiddelde van 'minimum kortingspercentage aanschaf' en 'minimum kortingspercentage onderhoud en support'. Dit is in strijd met het aanbestedingsrecht.

Het prijzenblad voor perceel 2 voorziet in het afgeven van een kortingspercentage voor de aanschaf van software enerzijds (weging 40%), en het afgeven van een kortingspercentage voor onderhoud en support anderzijds (weging 60%).(bijlage 6)

Het prijzenblad stemt niet overeen met hetgeen gebruikelijk is in de markt

Vendoren zijn veelal bereid om voor een aanschaf van een softwarelicentie een ander kortingspercentage aan de inschrijver af te geven, dan voor 'onderhoud en support' van de reeds aangeschafte softwarelicentie. Dit maakt dat de inschrijver op de onderhavige aanbesteding een ander percentage voor 'aanschaf' kan invullen in het prijzenblad dan voor 'onderhoud en support'.

In de softwaremarkt komt naast het 'aanschaf/ onderhoud en support-model' ook het 'subscription licentiemodel' voor. Een subscription licentiemodel onderscheidt zich van het 'aanschaf/ onderhoud en support'-model, doordat bij subscriptionlicenties geen sprake is van aanschaf, maar van de huur van licenties inclusief onderhoud en support voor een jaar. Er wordt jaarlijks betaald. Daarmee is er een flexibiliteit om de subscriptionlicenties jaarlijks te verlengen of op te zeggen.

Vendoren zien een subscriptionlicentie als een afzonderlijke kortingscategorie 'subscriptionlicenties'.

- De korting is niet gelijk aan die voor aanschaf van gewone licenties. Dat subscriptionlicenties mogelijk worden 'geboekt' als 'aanschaf' betekent nog niet dat daarvoor ook hetzelfde kortingspercentage geldt. Dit is niet het geval.
- De korting is ook niet gelijk aan die voor onderhoud en support (oftewel: verlenging) van gewone licenties.
- En de korting die een Vendor afgeeft voor subscriptionlicenties staat eveneens los van de verhouding 'aanschaf' / 'onderhoud en support'. Anders gezegd: het is niet zo dat als deze verhouding 10%/90% is, het kortingspercentage voor subscriptionlicenties automatisch ook gelijk is aan $(10\% \times \text{kortingspercentage aanschaf}) + (90\% \times \text{kortingspercentage onderhoud en support})$. En dus ook niet als deze verhouding 40/60 is. Dit kortingspercentage staat er volkomen los van.

Kortom: Vendoren hanteren 3 kortingscategorieën:

1. Aanschaf gewone licenties
2. Onderhoud en support (verlenging) gewone licenties
3. Subscriptionlicenties

(...)

Dit betekent automatisch dat bij een nadere uitvraag voor een subscriptionlicentie de reseller niet hetzelfde kortingspercentage aan de Staat kan aanbieden als in het geval van een aanschaf of in het geval van een onderhoud en support (verlenging) van een gewone licentie.

Ook is het niet zo dat het kortingspercentage dat de reseller de Staat kan aanbieden voor een subscriptionlicentie per definitie overeenkomt met $(40\% \times \text{kortingspercentage aanschaf}) + (60\% \times \text{kortingspercentage onderhoud+support})$. Dit zal eerder hier niet mee overeenkomen.

De Staat verlangt evenwel van inschrijvers dat zij in het prijzenblad per Vendor enkel een minimum kortingspercentage opgeven voor (i) 'aanschaf' en (ii) 'onderhoud en support'.

- De Staat geeft de inschrijvers géén mogelijkheid om een kortingspercentage op te geven voor de aanschaf en verlenging van een subscriptionlicentie.
- De Staat gaat ervan uit dat het gemiddelde (60%-40%) van het minimum kortingspercentage dat is opgegeven voor 'aanschaf' en van het kortingspercentage dat is opgegeven voor 'onderhoud en support' te gelden heeft als minimum 'kortingspercentage op subscription' (zowel aanschaf als verlenging).
- De aannames van de Staat dat het kortingspercentage voor een subscriptionlicentie overeenkomt met (i) het gemiddelde (60%-40%) van de kortingspercentages voor 'aanschaf' en 'onderhoud en support' althans met (ii) de verhouding aanschaf / onderhoud en support op gewone licenties op basis van de spendgegevens van de Staat, is evenwel niet juist.
- Hierbij aansluiting zoeken klinkt wellicht heel logisch (in beide gevallen gaat het om software), maar heeft evenveel causaal verband als aansluiting zoeken bij het percentage regendagen/zondagen over een jaar bezien (géén enkel causaal verband dus).

Deze gunningssystematiek deugt dan ook niet.

De Staat handelt in strijd met artikel 1.4 artikel 1.4 lid I Aanbestedingswet 2012 en artikel 2.114 lid 1 Aanbestedingswet 2012 en disproportioneel

Inschrijvers zullen een mogelijk verlies als gevolg van de voornoemde gunningssystematiek (die niet overeenkomt met de wijze van inkoop door de reseller bij de Vendor) proberen te voorkomen door correcties toe te passen op de geboden kortingspercentages voor 'aanschaf' en 'onderhoud en support'.

- Door een 'subscription' te beschouwen als een gemiddelde van 'aanschaf' en 'onderhoud en support' (en bij wijze van voorbeeld: uitgaande dat het kortingspercentage voor aanschaf en voor onderhoud substantieel hoger ligt dan voor een subscription) zal de inschrijver dus op de onderhavige aanbesteding bij 'aanschaf' en 'onderhoud' in moeten schrijven met een lager kortingspercentage dan zij zou hebben gedaan als het hier in te vullen kortingspercentage niet van invloed zou zijn op 'subscription'. Doet zij dit niet, dan loopt de inschrijver een onaanvaardbaar groot prijsrisico ten aanzien van het aanbieden van subscription licenties in een nadere uitvraag. Het gemiddelde minimumkortingspercentage komt door de middeling (van het hoge kortingspercentage voor aanschaf en het lage kortingspercentage voor onderhoud en support) immers hoger uit dan het kortingspercentage dat zij kan aanbieden voor een subscription.
- Voorbeeld (...).Dit verlies kan enkel worden voorkomen door in de onderhavige aanbesteding met 15% in te schrijven op 'aanschaf' en ook door met 15% in te schrijven op 'onderhoud en support'. (NB. Bij een nadere uitvraag voor gewone licenties kan dan uiteraard wel 40% worden aangeboden. Het is immers altijd mogelijk om in een nadere uitvraag een hoger kortingspercentage aan te bieden, echter het is niet mogelijk om een lager kortingspercentage aan te bieden. De Staat levert dit bij de nadere uitvragen dan ook geen nadeel op. Zij ontvangt

voor de gewone licenties dan immers nog steeds het hogere kortingspercentage.)

- Kortom: Om de Staat een kortingspercentage te kunnen bieden dat ten allen tijde gestand kan worden gedaan gelet op het kortingspercentage dat de Vendor de reseller biedt wordt de inschrijver verplicht om correcties door te voeren op de posten 'aanschaf' en 'onderhoud en support', terwijl deze posten vanuit de inkoop van de subscriptions door de reseller niets van doen hebben met de post 'subscriptions'. Het kortingspercentage dat de Vendor biedt voor subscription licenties heeft immers niets te maken met de verhouding aanschaf/onderhoud en support.

Hierdoor contracteert de Staat in de onderhavige Europese aanbesteding niet de beste prijs tegen de beste kwaliteit en evenmin de economisch meest voordelige inschrijving. Dit is in strijd met artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 en artikel 2.114 Aanbestedingswet 2012.

- In voorgaand voorbeeld wordt een inschrijver die niet het risico op verlies wil nemen, verplicht om onnodig met een laag kortingspercentage (van bij dit voorbeeld 15% i.p.v. 40%) in te schrijven.
- De opdracht wordt (uitgaande van een gelijke score op kwaliteit) niet gegund aan de inschrijver die voor 'aanschaf', 'subscription', én 'onderhoud en support' daadwerkelijk de hoogste kortingspercentages kan bieden.
- Dat de betreffende inschrijver in een minicompetitie mogelijk wel de beste aanbidding zou aanbieden doet hier niet aan af, door de onderhavige gunningssystematiek kan het immers zo zijn dat de betreffende beste aanbieder niet wordt toegelaten tot raamovereenkomst (en andere - economisch minder voordelige - inschrijvers die van de fabrikant voor aanschaf, onderhoud en support én subscriptions slechts 15% korting op listprijs aangeboden krijgen, en dat aanbieden in de onderhavige Europese aanbesteding van de raamovereenkomst, wel). En daar komt cliënte tegen op.

En voor zover de Staat van de inschrijver verwacht dat hij hier wel een prijsrisico kan nemen, omdat de Staat er (ten onrechte) van uitgaat dat het tarief dat de 60/40-middeling van het daadwerkelijke kortingspercentage op aanschaf en het daadwerkelijke kortingspercentage op onderhoud een kortingspercentage oplevert dat overeenkomt met het kortingstarief dat de reseller van de Vendor ontvangt voor een subscription, is dit disproportioneel te noemen. Zij hebben hier ook geen invloed op. Zij zijn afhankelijk van de Deelnemers of die gaan voor 'aanschaf en onderhoud/support' of voor 'subscription', en zijn afhankelijk van de Vendor welke korting zij verkrijgen.

Dat alle inschrijvers met ditzelfde probleem worden geconfronteerd (en dus in zoverre geen sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel) doet hier niet aan af. Het is aan de Staat om een deugdelijke gunningssystematiek te hanteren die recht doet aan de werkelijkheid, en leidt tot contractering van de inschrijvers die daadwerkelijk de beste prijs tegen de beste kwaliteit kunnen aanbieden c.q. de economisch meest voordelige inschrijving in kunnen dienen.

In 2017 heeft [ondernemer A] reeds een klacht ingediend bij uw klachtenmeldpunt
De onderhavige klacht is niet in tegenspraak met de in 2017 ingediende klacht.

- In 2017 heeft [ondernemer A] een relatief groot aantal klachten bij het klachtenmeldpunt ingediend in het kader van de toenmalige EASP aanbesteding. Eén van de klachten betrof het ontbreken van een afzonderlijke categorie voor 'subscriptions' (de Staat beschouwde 'subscriptions' als 'aanschaf'). Het indienen van de klachten leidde voor cliënte niet tot het gewenste resultaat. Haar restte

toen helaas geen andere mogelijkheid dan het aanhangig maken van een kort geding.

- In randnummer 8.5 van de dagvaarding gaf cliënte het volgende aan: "Fabrikanten zien een verlenging van een subscriptionlicentie niet als een aanschaf van een licentie. Het af te geven kortingspercentage voor een verlenging van een subscriptionlicentie is veelal beduidend lager dan bij een aanschaf van een gewone licentie. Het kortingspercentage komt meestal ongeveer overeen met het kortingspercentage voor onderhoud en support." [onderstreping toegevoegd] Ook uit andere alinea's in de dagvaarding blijkt dat sprake is van een afzonderlijke categorie.
- Om zoveel mogelijk de systematiek van de Staat in stand te laten (kortingspercentage voor aanschaf enerzijds en korting voor onderhoud en support anderzijds) stelde cliënte in randnummer 8.16 van de dagvaarding als oplossing voor: "De door de Aanbestedende dienst gehanteerde gunningssystematiek leidt tot de economisch meest voordelige inschrijving als de Aanbestedende dienst verlenging van subscription licenties beschouwt als 'onderhoud en support', conform hetgeen in de markt gebruikelijk is.". Immers, het toevoegen van een afzonderlijke categorie voor subscriptions zou meer inbreuk maken op de systematiek van de Staat.

Cliënte is niet in 2017 akkoord gegaan met de onderhavige handelswijze van de Staat.

- Na lezing van de dagvaarding en overleg met de landsadvocaat heeft de Staat toen besloten om gehoor te geven aan nagenoeg alle klachten van cliënte.
- De Staat heeft evenwel geen gehoor gegeven aan de oplossing die cliënte aandroeg in het kader van de klacht met betrekking tot 'subscriptions'. De Staat heeft een kleine wijziging aangebracht en voorgeschreven dat het minimum kortingspercentage voor subscriptions werd bepaald door het gemiddelde van 'minimum kortingspercentage aanschaf' en 'minimum kortingspercentage onderhoud en support'.
- Cliënte kon zich hier niet in vinden. De Staat wist dat. Cliënte had immers reeds in randnummer 8.13 van de dagvaarding onderbouwd kenbaar gemaakt: "Het in de onderhavige aanbesteding mixen van de hogere kortingspercentages voor 'aanschaf' met de lagere kortingspercentages voor 'verlenging' om tot één kortingspercentage te komen is onmogelijk."
- Cliënte stond voor de keuze 'kort geding doorzetten' of 'kort geding niet doorzetten en hiermee in het kader van die aanbesteding door inschrijving akkoord gaan'. Gelet op het feit dat de Staat een belangrijke cliënte voor cliënte is, en de Staat nu eenmaal ook degene is die haar inschrijving zou beoordelen, heeft cliënte voor dit laatste gekozen.
- Dit betekent evenwel niet dat cliënte met deze handelswijze daadwerkelijk akkoord is. Dat is cliënte niet. En dat heeft cliënte in elke Europese aanbesteding voor de levering van standaardsoftware van de Staat die daarop volgende meermaals kenbaar gemaakt aan de Staat (EASP2018: V&A77NvI1, V&A25NvI2; EASP2019: V&A57NvI2; EASP2020: klacht). De Staat gaf evenwel aan de bezwaren en verzoeken van cliënte geen gehoor.
- Het is verbazingwekkend dat de Staat geen oog voor de bezwaren van cliënte heeft. De handelswijze van de Staat spoort eenvoudigweg niet met de handelswijze van de Vendors, die subscriptions ook zien als een afzonderlijke categorie naast 'aanschaf' en naast 'onderhoud en support'. De vraag bij de Staat om subscriptions komt steeds vaker voor. Cliënten lopen door de handelswijze van de Staat dus een steeds groter prijsrisico dan dat zij in 2017 nog liepen. Door middel van het indienen van deze klacht hoopt cliënte dat de Staat eindelijk tot inkeer komt.
- Zelfs al zou cliënte in 2017 wel akkoord zijn gegaan, quod non, dan heeft zij hiermee niet haar recht verwerkt om hiertegen in de onderhavige aanbesteding op te komen.

- NB. Cliënten krijgen, getuige (i) het feit dat vrijwel alle bezwaren die cliënte en ook andere potentiële inschrijvers tijdens de nota's van inlichtingen aan de Staat kenbaar maken worden afgewezen en (ii) de reactie op de klacht, inmiddels sterk het gevoel dat de Staat enkel tot inzicht komt als er een dagvaarding op haar deurmat ligt. De Staat beseft kennelijk niet dat het indienen van een klacht, laat staan het aanhangig maken van een kort geding, en dus al helemaal het doorzetten van een kort geding een grote stap is voor inschrijvers. M.a.w. uit het feit dat cliënte destijds het kort geding heeft ingetrokken noch uit het feit dat andere inschrijvers geen klachten indienen kan de Staat afleiden dat inschrijvers zich kunnen vinden in de handelwijze van de Staat.

Voorstel tot oplossing van klacht 2:

De Staat dient inschrijver de mogelijkheid te geven om zelf een minimum kortingspercentage in te dienen voor 'subscriptions'. De Staat zal ook dit kortingspercentage voor subscriptions mee moeten laten wegen bij de beoordeling op het gunningscriterium Prijs.

Thans telt het minimumkortingspercentage aanschaf mee voor 40% en het minimumkortingspercentage onderhoud en support telt mee voor 60%. Deze percentages zullen dus moeten worden aangepast om ruimte te maken voor het minimumkortingspercentage subscriptions. De weging dient overeen te komen met de reëel te verwachte verhouding tussen (i) aanschaf, (ii) onderhoud en support, en (iii) subscriptions.

Cliënten hebben voorgaande reeds aangekaart bij de Staat. De Staat is hiermee niet akkoord. Zie V&A 134 Nv11.

Klacht 3: De verplichting voor inschrijver om akkoord te gaan met de Verwerkersovereenkomst terwijl de Vendor de Verwerker is. Dit is in strijd met het aanbestedingsrecht.

De volgende situaties kunnen zich voordoen:

1. De raamcontractant is een bewerker van persoonsgegevens en dus Verwerker
2. De Vendor is een bewerker van persoonsgegevens en dus Verwerker
3. Zowel de Vendor als de raamcontractant zijn bewerker van persoonsgegevens en dus Verwerker

De Staat vereist dat in alle gevallen het getekend krijgen van een Verwerkersovereenkomst conform het door de Staat voorgeschreven model Verwerkersovereenkomst randvoorwaardelijk is aan de definitieve gunning van de Nadere overeenkomst. Voor elk van de voornoemde situaties heeft de Staat een afzonderlijk model voorgeschreven, zie bijlagen 7d (voor situatie 1), 7e (voor situatie 2) en 7f (voor situatie 3). (zie 1.14 Beschrijvend Document)

Indien de Vendor de verwerker is vereist de Staat dus dat de raamcontractant een door de Vendor ondertekende Verwerkersovereenkomst conform het door de Staat voorgeschreven model 7e overlegt voordat tot definitieve gunning wordt overgegaan.

Cliënten hebben hier bezwaar tegen.

In een ideale wereld lukt dit. De praktijk is evenwel weerbarstiger.

- Vendoren handelen (uiteraard) in lijn met de AVG. Vendoren zijn dan ook bereid om een Verwerkersovereenkomst te sluiten.
- De meeste Vendoren hanteren een eigen model Verwerkersovereenkomst. Deze zijn volledig afgestemd op de eigen interne processen om te voldoen aan de AVG.

- Een aantal Vendoren wil niet afwijken van zijn eigen model. Het gaat hier om voor de Staat belangrijke Vendoren. Zie bijgaande bewijsstukken.
- In het geval van een merkgerichte uitvraag voor een dergelijke Vendor lopen alle raamcontractanten tegen hetzelfde aan. De Vendor handelt immers richting alle raamcontractanten op dezelfde wijze als het om de Verwerkersovereenkomst gaat. Dit betekent dat geen van de raamcontractanten een aanbieding kan doen. Dit is voor zowel de Staat als de raamcontractanten een onwenselijke situatie.
- In het geval van een functionele uitvraag is sprake van de volgende situatie. Vendor A is bereid een Verwerkersovereenkomst te sluiten die voldoet aan de AVG (model Staat) en Vendor B is eveneens bereid een Verwerkersovereenkomst te sluiten die voldoet aan de AVG (eigen model). Beide Verwerkersovereenkomsten bieden de Staat dezelfde waarborgen (te weten de waarborgen die de AVG vereist). Kortom, er is sprake van een gelijke situatie. Echter, de raamcontractant mag wel software aanbieden van Vendor A, maar niet van Vendor B die de functioneel uitgevraagde software kan leveren tegen een betere prijs-kwaliteitverhouding. Dit is in strijd met artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012. En is daarnaast in strijd met het gelijkheidsbeginsel ten opzichte van de Vendoren.

Cliënten hebben bij de Staat aangekaart dat een aantal Vendoren niet wil afwijken van zijn eigen model. Cliënten hebben verzocht om in geval van situatie 2 de eis te laten vallen en te vervangen door de eis dat in geval van situatie 2 een Verwerkersovereenkomst moet worden getekend die aan alle waarborgen op grond van de AVG voldoet. (V&A 17 en 41 Nvl1) De Staat weigert hiermee akkoord te gaan.

Ook hebben cliënten verzocht om in geval van een nadere offerteuitvraag waarbij situatie 2 zich voordoet de raamcontractanten de mogelijkheid te geven om te verzoeken om afwijking van het voorgeschreven model van de Verwerkersovereenkomst in bijlage 7e (V&A 8 Nvl2). De Staat weigert hiermee akkoord te gaan.

De Staat geeft als alternatief, dat de raamcontractant zelf een Verwerkersovereenkomst sluit, en met de Vendor een Subverwerkersovereenkomst (V&A 8 Nvl2). De Staat gaat er hierbij aan voorbij dat in geval van situatie 2 de Staat op grond van artikel 28 AVG een Verwerkersovereenkomst met de 'Verwerker' moet sluiten. Het sluiten van een Verwerkersovereenkomst met een ander dan de 'Verwerker' (te weten: de raamcontractant die geen verwerker is) is in strijd met artikel 28 AVG en gaat voorbij aan de ratio van artikel 28 AVG. Het door de Staat gegeven alternatief is dan ook in strijd met artikel 28 AVG.

De Staat handelt disproportioneel door in geval van situatie 2:

1. het model Verwerkersovereenkomst voor te schrijven in plaats van functioneel voor te schrijven dat de Vendor een Verwerkersovereenkomst moet ondertekenen die voldoet aan artikel 28 AVG en die dezelfde waarborgen biedt aan de Staat.
2. Niet in de nadere offerteuitvraag de raamcontractant de mogelijkheid te bieden om te verzoeken om afwijking van het voorgeschreven model.
3. (In strijd met artikel 28 AVG) voor te schrijven dat als de Vendor niet zelf een Verwerkersovereenkomst wenst te ondertekenen conform het voorgeschreven model 7e, de raamcontractant een Verwerkersovereenkomst moet ondertekenen, terwijl deze niet de Verwerker is.

In antwoord op vraag 41 geeft de Staat aan: *"De Staat is van mening dat de voorgestelde oplossing om slechts een inspanningsverplichting van opdrachtnemer te verlangen onacceptabel is. Opdrachtgever zou in voorkomend geval immers bij iedere minicompetitie verschillende verwerkersovereenkomsten moeten beoordelen op AVG-conformiteit, en bij de geringste afwijking de offerte moeten afwijzen."* Het is correct en evident dat als de Verwerkersovereenkomst in strijd is

met de AVG de Staat de offerte moet afwijzen. 'In strijd met de AVG' is 'in strijd met de AVG' (of de afwijking nou gering is of niet). Deze situatie zal zich evenwel niet voordoen. Immers, de modellen die de Vendoren hanteren zijn eenvoudigweg AVG-proof. Elke Vendor kent het belang van een Verwerkersovereenkomst en het vereiste in artikel 28 AVG. Het is niet in het belang van een Vendor om een model te hanteren dat niet AVG-proof is.

Voorstel tot het oplossen van de klacht

Cliënten stellen voor dat de raamcontractant bij een nadere offerteuitvraag - voor wat betreft alle Vendoren (ook de gegarandeerde Vendoren, nu het daarvoor niet mogelijk is om een no-bid in te dienen, zie V&A 3 PvE NvI1) - de mogelijkheid heeft om de Staat (nader onderbouwd) te verzoeken om afwijking van het voorgeschreven model van de Verwerkersovereenkomst in bijlage 7e, in het geval dat de Vendor de verwerker is (situatie 2). En dat dit verzoek niet op onredelijke gronden wordt geweigerd.

Dit voorstel komt overeen met hetgeen cliënten in 2018 zijn overeengekomen met [Aanbesteder] in het kader van de onderhavige EASP-raamcontracten. Toen speelde de onderhavige discussie namelijk ook.

Klacht 4: Perceel 2 De verplichting om maximaal de listprijs/verifieerbare prijs aan te bieden. Dit is in strijd met het aanbestedingsrecht

Er zijn twee typen uitvragen:

1. Een merkgerichte uitvraag
2. Een functionele uitvraag

In alle gevallen moet de prijs die de raamcontractant in de minicompetitie aanbiedt voldoen aan de volgende voorwaarden:

1. De maximale aan te bieden prijs is (a) de listprijs minus de door de raamcontractant aangeboden korting, en bij gebreke van een aangeboden korting (b) de listprijs of een andere verifieerbare prijs (zie V&A 37 NvI1; V&A 12 en 13 NvI2); én
2. De maximale aan te bieden prijs is 2% op de inkoopprijs (zie 11.2 PvE en V&A 22 en 35 PvE NvI1).

Dit geldt ook voor de in paragraaf 1.8 genoemde dienstverlening, zoals installatie&configuratie en trainingen (V&A 35BD NvI1, V&A 11 en 15 NvI2 en V&A 1 NvI3).

Voorwaarde 1(b) is in de volgende gevallen disproportioneel (en in strijd met artikel 1.10 Aanbestedingswet 2012) (vgl. Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 30 oktober 2018, ECU: NL:GHSHE:2018:4534, ro. 6.15):

1. Niet alle Vendoren hanteren een listprijs of een prijs die op een andere toegankelijke verifieerbare bron staat (en die voor grootgebruikers op gelijke wijze door de Vendor wordt gehanteerd) hanteert. De enige verifieerbare prijs is de inkoopprijs waarvoor de raamcontractant bij de Vendor inkoop;
2. Niet alle Vendoren die een listprijs hanteren geven korting op de listprijs voor de te leveren software of de te leveren dienstverlening.
3. Voor de in paragraaf 1.8 genoemde dienstverlening geldt dat ofwel sprake is van ad 1 (geen listprijs/verifieerbare prijs) ofwel sprake is van ad 2 (geen korting).

Voor al deze gevallen geldt dus: In feite moet de raamcontractant doorleveren aan de Staat tegen maximaal zijn eigen de inkoopprijs. De raamcontractant heeft geen mogelijkheid om een marge van maximaal 2% op de inkoopprijs te zetten voor de eigen dienstverlening aan de Staat. De raamcontractant moet zijn dienstverlening gratis verrichten. De raamcontractant maakt geen winst op de opdracht, maar heeft wel (handling)kosten, en lijdt dus verlies.

Voornoemde 3 situaties zijn niet hypothetisch. Zie bijgaande voorbeelden.

Cliënten hebben de disproportionaliteit aangekaart. (zie V&A 35 en 37 Nvl1, V&A 11, 12, 13 Nvl2) De Staat geeft evenwel om onbegrijpelijke redenen geen gehoor.

Er vindt in perceel 2 concurrentie op de daadwerkelijke prijs waarvoor de software wordt geleverd plaats, dus de beste prijs (in combinatie met kwaliteit) geldt dan. En daarnaast geldt nog altijd voorwaarde 2. De Staat betaalt dan dus per definitie niet te veel.

In geval dat sprake is van een merkgerichte uitvraag én er slechts één raamcontractant (van de 3 (!)) is die de gevraagde producten en/of diensten kan leveren (en er dus geen concurrentie is) doet zich sporadisch voor. In dat geval geldt altijd nog voorwaarde 2. Dus ook dan betaalt de Staat sowieso niet disproportioneel veel.

Voorstel tot oplossing klacht:

In andere vergelijkbare aanbestedingen, die zijn genoemd op pagina 2/3 van de klacht, is het gebruikelijk dat de raamcontractanten geheel vrij zijn in het bepalen van de prijs voor wat betreft de Vendoren waarmee zijn niet hebben ingeschreven. Op deze wijze is in die aanbestedingen gewaarborgd dat opdrachtnemer niet tegen (of onder) kostprijs hoeft te leveren.

Cliënten stellen voor dat dit ook voor de onderhavige aanbesteding geldt. Voorwaarde 2 (die overigens niet geldt bij de andere aanbestedingen) voorkomt dat de Staat risico op misbruik loopt in geval geen concurrentie mogelijk is.

(...)

- 1.7. Op 29 mei 2020 heeft het Klachtenmeldpunt van aanbesteder de onderstaande reactie gegeven op de klacht:

'Geachte [naam],

Op 19 mei 2020 heeft u namens [ondernemer A] en [ondernemer B] (hierna: Klagers) bij het Klachtenmeldpunt Europees Aanbesteden van [Aanbesteder] een aantal klachten ingediend met betrekking tot de Europese aanbesteding 'Levering Standaardprogrammatuur en daaraan gerelateerde Dienstverlening t.b.v. [Aanbesteder] en een aantal publiekrechtelijke instellingen' (...).

(...)

Kort samengevat klagen klagers er over dat:

1. de aanbestedende dienst naar de mening van klagers in de onderhavige aanbesteding opdrachten onnodig heeft samengevoegd en voorts heeft besloten dat inschrijvers slechts aanspraak kunnen maken op 1 perceel;
2. het minimum kortingspercentage voor subscriptions wordt bepaald door het gemiddelde van het minimum kortingspercentage voor aanschaf en het minimum kortingspercentage voor onderhoud en support;
3. inschrijvers akkoord dienen te gaan met de Verwerkersovereenkomst, terwijl de Vendor de Verwerker is;
4. opdrachtnemers verplicht zijn om maximaal de listprijs/verifieerbare prijs aan te bieden;

(...)

Het klachtenmeldpunt heeft deze klacht voorgelegd bij de aanbestedende dienst met het verzoek om een zienswijze. De aanbestedende dienst heeft in reactie op

dit verzoek zijn zienswijze gedeeld en tevens aangegeven in de klacht geen aanleiding te zien voor het uit stellen van de inschrijvingstermijn.

Het klachtenmeldpunt merkt op dat de sluitingsdatum voor het indienen van inschrijvingen 26 mei 2020 9 uur was. Het klachtenmeldpunt heeft inmiddels vernomen dat een van de klagers, te weten: [ondernemer A] heeft ingeschreven op een van de percelen van de onderhavige opdracht. Het klachtenmeldpunt merkt daarbij op dat [ondernemer A] door ondertekening van het inschrijfformulier (bijlage 1) – onder meer – heeft verklaard in te stemmen met de bepalingen van de inschrijvingsprocedure, dat hij de inschrijving heeft gedaan met inachtneming van de bepalingen en de gegevens zoals deze zijn omschreven in de aanbestedingsstukken, dat hij voldoet aan c.q. instemt met alle gestelde eisen zoals opgenomen in het programma van eisen en dat de standaardprogrammatuur en dienstverlening welke onderwerp is van deze aanbesteding zal voldoen aan de door inschrijver ingediende beantwoording van de wensen.

De omstandigheid dat een van de klagers zich middels ondertekening van het inschrijfformulier akkoord heeft verklaard met de bepalingen uit de inschrijvingsprocedure, alsook het gestelde in de aanbestedingsstukken waaronder het programma van eisen staat – op zichzelf bezien – evenwel niet zonder meer een interne behandeling van de ingediende klacht in de weg.

Het klachtenmeldpunt is van mening dat de ingediende klacht – meer in het bijzonder de onderdelen 1 tot en met 4 – een herhaling betreft van een reeds eerder door klagers ingediende klacht. Het klachtenmeldpunt wijst daarbij op de door klagers ingediende klacht in het kader van de Europese aanbesteding 'Levering van Standaardprogrammatuur en daaraan gerelateerde Dienstverlening ten behoeve van [aanbestedende dienst D] met referentienummer (...). Het klachtenmeldpunt was destijds van oordeel dat deze door klagers ingediende klacht ongegrond moest worden verklaard en heeft dit ook uitgebreid gemotiveerd. Het klachtenmeldpunt ziet in de opbouw van de huidige klacht geen aanleiding om terug te komen op het eerder ingenomen standpunt en verklaart de klacht – voor wat betreft de klachtonderdelen 1 tot en met 4 – ongegrond. Het klachtenmeldpunt wijst voor de inhoudelijke motivering naar het advies van 9 april 2020 (...).

(...).'

- 1.8. Vervolgens heeft ondernemer op 22 juni 2020 de onderhavige klacht ingediend bij de Commissie.

2. Beschrijving klacht

- 2.1. De klacht vormt grotendeels een herhaling van de bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder ingediende klacht (zie 1.7 hiervoor). De klacht komt, zakelijk weergegeven, op het volgende neer.

2.2. Klachtonderdeel 1

- 2.2.1. De aanbestedende dienst heeft het leveren van alle merken software samengevoegd in één aanbesteding, vervolgens onderverdeeld in twee percelen, om daarna met een beroep op artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 te bepalen dat een onderneming maar maximaal één perceel gegund kan krijgen. Het beroep op artikel 2.10 Aanbestedingswet 2012 is niet gerechtvaardigd, in strijd met artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012, en in strijd met artikel 1.10 Aanbestedingswet 2012.

2.3. Klachtonderdeel 2

2.3.1. Het door een ondernemer voor perceel 2 in te dienen prijzenblad voorziet in het per Vendor (merk) afgeven van een kortingspercentage op de listprijs (prijslijst) voor de aanschaf van software enerzijds (weging 40%), en het afgeven van een kortingspercentage op de listprijs (prijslijst) voor onderhoud en support anderzijds (weging 60%). De aanbestedende dienst heeft bepaald dat het door een ondernemer per Vendor te offeren kortingspercentage gelijk staat aan het gemiddelde van de twee opgegeven kortingspercentages. Dit stemt niet overeen met hetgeen gebruikelijk is in de markt qua inkoop die een ondernemer moet doen bij de Vendors. De gunningssystematiek is in strijd met artikel 1.4 lid 2, artikel 2.114 lid 1 en disproportioneel.

2.4. Klachtonderdeel 3

2.4.1. Ondernemers zijn resellers van software die door de fabrikant (Vendor) wordt ontwikkeld. In het geval de aanbestedende dienst een gebruiksrecht wenst te verkrijgen op deze software zal de Staat akkoord moeten gaan met de licentievoorwaarden van de Vendor, die specifiek is geschreven voor de eindgebruiker van de software. Een aantal Vendors wil geen gebruiksrecht verstrekken aan de Staat onder toepasselijkheid van de door de aanbestedende dienst van toepassing verklaarde ARBIT-voorwaarden. Het standpunt van de aanbestedende dienst om de raamcontractant (de reseller) te houden aan de leverplicht onder ARBIT is disproportioneel.

2.4.2. Ondernemers stellen voor dat er voor wat betreft de acceptatie van de ARBIT-voorwaarden op de raamcontractant enkel een inspanningsverplichting komt te rusten, en geen resultaatsverplichting. En dat zij de mogelijkheid krijgen om in geval van een nadere uitvraag gemotiveerd te verzoeken om afwijking van levering onder de ARBIT. En dat - als aanbesteder hiermee niet akkoord gaat - zij niet gehouden worden aan een leverplicht.. Dit is volgens ondernemers ook de bestende praktijk bij eerdere EASP-contracten.

2.5. Klachtonderdeel 4

2.5.1. De aanbestedende dienst eist dat voor gunning van een nadere overeenkomst een Verwerkersovereenkomst conform het voorgeschreven model wordt ondertekend. In het geval dat de Vendor de verwerker is, eist de aanbestedende dienst dus dat de raamcontractant een door de Vendor ondertekende verwerkersovereenkomst conform het voorgeschreven model overlegt voordat tot definitieve gunning wordt overgegaan. Vendors wensen dit model veelal niet te tekenen en hanteren hun eigen AVG-proof model. De aanbestedende dienst handelt disproportioneel door dit model niet te accepteren.

2.5.2. Ondernemers stellen voor dat er op de raamcontractant enkel een inspanningsverplichting komt te rusten om een door de Vendor ondertekend model over te leggen. En dat de raamcontractant de mogelijkheid krijgt om in het geval van een nadere uitvraag gemotiveerd te verzoeken om een verwerkersovereenkomst conform het eigen model van de Vendor over te leggen. En dat - als de aanbestedende dienst hier niet mee akkoord gaat - hij in dat geval niet gehouden wordt aan een leverplicht.

2.6. Klachtonderdeel 5

2.6.1. De aanbestedende dienst eist dat raamcontractanten in de minicompetitie maximaal de listprijs/verifieerbare prijs aanbieden. Dit is disproportioneel in de gevallen dat (i) de enige verifieerbare prijs de inkoopprijs is waarvoor de raamcontractant bij de Vendor inkoop, en (ii) de raamcontractant bij de Vendor inkoop tegen de listprijs. Immers, in dat geval moet de raamcontractant tegen inkoopprijs doorleveren, krijgt hij zijn eigen dienstverlening niet vergoed en lijdt hij dus verlies.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. De onderbouwing van de klachtonderdelen 1, 2 en 5 is identiek aan de onderbouwing van de bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder ingediende klacht (zie 1.7 hiervoor).
- 3.2. Wat klachtonderdeel 3 betreft (toepasselijkheid ARBIT-voorwaarden) onderbouwen ondernemers hun klacht als volgt.
- 3.3. Klachtonderdeel 3
 - 3.3.1. Eis JUR-E1 Programma van Eisen (p. 38) bepaalt: *"Inschrijver conformeert zich bij eventuele gunning van de Opdracht onvoorwaardelijk en volledig aan de (eventueel op o.b.v. de prebidfase aangepaste *) "model Overeenkomst," zoals opgenomen in Bijlage 7a. Dit betekent dat uitsluitend de door opdrachtgever gehanteerde algemene Rijksvoorwaarden bij IT- overeenkomsten (ARBIT-2018-DEF) (bijlage 7c), en de ABDO 2017 (Bijlage 7i) van toepassing zijn."*
 - 3.3.2. In paragraaf 2.7.1 onder s van het Beschrijvend document en artikel 8.1 van de Raamovereenkomst bepaalt de Staat dat *'algemene verkoopvoorwaarden, branchevoorwaarden en andere voorwaarden van inschrijver uitdrukkelijk worden uitgesloten'*.
 - 3.3.3. In antwoord op de door ondernemer A gestelde vraag 71 NvI1 geeft de Staat aan dat de ARBIT leidend zijn. In het antwoord op de door ondernemers gestelde vraag 6 NvI1 geeft de Staat aan dat hij in artikel 9 van het model van de Nadere Overeenkomst heeft voorzien in de mogelijkheid om – in afwijking van artikel 8.1 van de Raamovereenkomst en onverminderd het bepaalde in artikel 2.2 - tevens de licentievoorwaarden van een Vendor van toepassing te laten zijn op de Nadere Overeenkomst.
 - 3.3.4. In artikel 9 van dit model van de Nadere Overeenkomst (bijlage 7b) staat een aantal voorwaarden opgenomen waaraan in dat geval voldaan moet zijn. Van belang zijn de voorwaarden:
 - Het Overeengekomen gebruik daardoor niet wordt uitgesloten of beperkt en;
 - Wederpartij kan aantonen dat de rechten van Opdrachtgever uit hoofde van de Overeenkomst daardoor niet worden verminderd dan wel diens uit de Overeenkomst voortvloeiende verplichtingen daardoor niet onredelijk worden verzwaaard.
 - 3.3.5. In het geval de Staat een gebruiksrecht op de door een Vendor ontwikkelde software wenst te verkrijgen, zal hij akkoord moeten gaan met de licentievoorwaarden die de Vendor hanteert.
 - 3.3.6. Het kan zijn dat de licentievoorwaarden voor de Staat minder gunstig zijn dan de ARBIT-voorwaarden en dat er dus niet voldaan wordt aan de voornoemde voorwaarden in artikel 9.
 - 3.3.7. Ondernemers geven met een overzicht aan dat het merendeel van de vendors niet akkoord gaat met de ARBIT-voorwaarden.
 - 3.3.8. Ondernemers stellen dat het standpunt van de Staat om de raamcontractant (de reseller) te houden aan de leverplicht disproportioneel is in het geval een reseller wel degelijk geautoriseerd (en dus in staat) is om het gebruiksrecht van software van de betreffende Vendor aan de Staat te verstrekken (tegen voorwaarden van

de Vendor), en dus ook met deze Vendor kan inschrijven op de onderhavige aanbesteding ter verkrijging van de raamovereenkomst.

3.4. Klachtonderdeel 4

- 3.4.1. In aanvulling op de bij het klachtenmeldpunt ingediende klacht (zie 1.7 hiervoor) voeren ondernemers ter onderbouwing van klachtonderdeel 4 nog het volgende aan.
- 3.4.2. Het klachtenmeldpunt geeft de Staat in overweging om als mogelijkheid toe te staan, dat de raamcontractant zelf een Verwerkersovereenkomst sluit, en met de Vendor een Subverwerkersovereenkomst. Volgens ondernemers gaat het klachtenmeldpunt er hiermee aan voorbij dat in een door hen als situatie 2 aangeduid geval de Staat op grond van artikel 28 AVG een Verwerkersovereenkomst met de 'Verwerker' moet sluiten. Het sluiten van een Verwerkersovereenkomst met een ander dan de 'Verwerker' (te weten: de raamcontractant die geen verwerker is) is in strijd met artikel 28 AVG en gaat voorbij aan de ratio van artikel 28 AVG. Het door de Staat gegeven alternatief is volgens ondernemers dan ook in strijd met artikel 28 AVG.
- 3.4.3. Ondernemer A stelt voor, dat er voor wat betreft de acceptatie van het model Verwerkersovereenkomst in het geval de Vendor de verwerker is, op de raamcontractant enkel een inspanningsverplichting komt te rusten, en geen resultaatsverplichting. En dat hij de mogelijkheid krijgt om bij een nadere uitvraag gemotiveerd (bijvoorbeeld door het overleggen van een verklaring van de Vendor waaruit blijkt dat deze voor wat betreft geen enkele raamcontractant akkoord gaat met het tekenen van de Verwerkersovereenkomst conform het model van de Staat) te verzoeken om een Verwerkersovereenkomst conform het eigen model van de Vendor over te leggen. En dat – als de Staat hiermee niet akkoord gaat – hij in dat geval niet gehouden wordt aan een leverplicht, en dus ook niet in verzuim is als hij gemotiveerd een 'no-bid' indient, ook als de raamcontractant in de onderhavige aanbesteding heeft ingeschreven met de betreffende Vendor (en daarmee heeft aangegeven geautoriseerd is om de betreffende software te kunnen leveren tegen de geoffreerde kortingspercentages).

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Aanbesteder reageert als volgt op de onderhavige klacht van ondernemers. De onderhavige opdracht is verdeeld in een tweetal percelen. Ondernemer A heeft ingeschreven op perceel 2 en geen inschrijving ingediend voor perceel 1. Omdat er in totaal drie (geldige) inschrijvingen zijn ontvangen voor perceel 2 en aanbesteder dit perceel ook aan maximaal drie partijen wenst te gunnen, heeft aanbesteder besloten om dit deel van de aanbestede opdracht te gunnen.
- 4.2. Aanbesteder is voorts van mening dat de klacht die ondernemers hebben ingediend zich primair richt tegen het aanbestedingsbeleid en de hierop gebaseerde aanbestedingsstrategie van de aanbestedende dienst en om die reden niet in behandeling kan worden genomen.
- 4.3. Dit beleid en de hierop gebaseerde strategie zijn, zoals bij ondernemer bekend, ingegeven door het doel te voorkomen dat de Staat in vendor lock-in situaties terecht komt. Daarmee wordt bovendien beoogd de toegang van het mkb tot de opdracht te vergroten.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbestede op 24 maart 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor het sluiten van raamovereenkomsten met één of meer ondernemers voor de levering van standaardprogrammatuur en daaraan gerelateerde dienstverlening ten behoeve van aanbestede en een aantal publiekrechtelijke instellingen. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en voorschrift 3.9B Gids Proportionaliteit (2^e herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).
- 5.2. De Commissie zal eerst ingaan op de vraag of zij de klacht in behandeling kan nemen. Aanbestede stelt zich op het standpunt dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen omdat de klacht zich primair richt tegen het aanbestedingsbeleid en de daarop gebaseerde aanbestedingsstrategie van de aanbestedende dienst (meer in het bijzonder categoriemanagement standaard software) die – zoals bij ondernemers bekend – inhoudt dat een inschrijver van de twee aanbestede percelen, er slechts een gegund kan krijgen. In dat kader wijst aanbestede op het gestelde in artikel 9 lid 1, sub h, van het reglement van de Commissie.
 - 5.2.1. De Commissie neemt aan dat de door ondernemers met hun klacht bestreden voorwaarden en criteria door aanbestede worden gehanteerd als onderdeel van een bestendig beleid bij de verwerving van standaard software. Dat neemt niet weg dat ondernemers met hun klacht opkomen tegen de toepassing door aanbestede van de voorwaarden voor de levering van standaard software in het kader van de onderhavige, concrete aanbesteding. De Commissie neemt de klacht dan ook in behandeling.
- 5.3. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht.
- 5.4. Klachtonderdeel 1
 - 5.4.1. De Commissie constateert dat het bezwaar van ondernemers zich per saldo niet richt tegen de samenvoeging van meerdere leveringen in twee percelen, maar tegen het gebruik van de bevoegdheid die artikel 2.10 lid 3 Aw 2012 aan aanbestede geeft om het aantal aan één inschrijver te gunnen percelen te beperken. Aanbestede heeft in dit geval besloten om vanwege marktwerking en het bieden van kansen aan (een breed spectrum van) ondernemers de twee percelen aan verschillende inschrijvers te gunnen en daarmee een overeenkomst te sluiten. Om die reden kan een inschrijver slechts één perceel gegund krijgen, ook in het geval hij op meerdere percelen heeft ingeschreven (zie 1.2 hiervoor).
 - 5.4.2. Ondernemers stellen dat deze beperking ongunstig is voor de marktwerking. Aanbestede ontkent dit en stelt dat deze beperking juist wél gunstig is voor de marktwerking. Aanbestede heeft in ieder geval bewust gekozen voor het beperken van de mogelijkheid voor een inschrijver om beide percelen gegund te krijgen en denkt daarmee vendor lock-in situaties te voorkomen en de toegang van het mkb tot de opdracht te vergroten.
 - 5.4.3. De Commissie overweegt dat in Perceel 2, waarvoor met drie inschrijvers een raamovereenkomst is gesloten, in ieder geval marktwerking kan optreden bij de gunning van nadere opdrachten onder de raamovereenkomst.
 - 5.4.4. Verder overweegt de Commissie dat het inherent is aan de uitzondering van artikel 2.10 lid 3 Aw 2012 dat niet altijd voor ieder perceel aan de economisch meest voordelige inschrijving wordt gegund.

- 5.4.5. De Commissie kan niet vaststellen welke van de tegenstrijdige stellingen van partijen juist is. Daarnaast constateert de Commissie dat het denkbaar is dat beide stellingen gedeeltelijk juist en gedeeltelijk onjuist zijn: het is immers ook mogelijk dat bepaalde onderdelen van de marktwerking worden bevorderd en andere worden belemmerd.
- 5.4.6. Onder die omstandigheden kan de Commissie dit klachtonderdeel niet gegrond verklaren.
- 5.4.7. Het eerste klachtonderdeel is derhalve ongegrond.
- 5.4.8. Ten overvloede overweegt de Commissie nog het volgende.
- 5.4.9. Op basis van artikel 1.5, lid 3, Aw 2012 dient een aanbestedende dienst een opdracht in beginsel te verdelen in percelen. Ratio van deze regeling is overheidsopdrachten zo mogelijk op een wijze in de markt te zetten dat ook het mkb daarnaar kan meedingen. Op basis van artikel 2.10, lid 3, Aw 2012 mag een aanbestedende dienst het aantal aan één inschrijver te gunnen percelen beperken. Naar het oordeel van de Commissie zijn de bescherming van de belangen van het mkb, het in stand houden van concurrentie in de markt en het niet te sterk afhankelijk willen worden van één onderneming valide argumenten voor een aanbestedende dienst om te bepalen dat een inschrijver een maximaal aantal percelen gegund kan krijgen. Om te voorkomen dat met de wijze van inrichting van een concern de maximalisering kan worden omzeild mag een aanbestedende dienst naar het oordeel van de Commissie ook bepalen dat het maximaal aantal percelen per concern geldt. Een dergelijke bepaling gaat oneerlijke concurrentie tegen (zie Advies 426-I, overweging 5.6.19).
- 5.4.10. Het is een bewuste keuze van de ondernemers, die naar zij stellen tot hetzelfde concern behoren, om een juridische fusie met elkaar aan te gaan. Het is in dit geval immers vanwege die fusie, die overigens de marktwerking vermindert, dat zij geconfronteerd worden met voornoemde beperking dat één inschrijver niet beide percelen gegund kan krijgen.

5.5. Klachtonderdeel 3

- 5.5.1. Hoewel ondernemers klachtonderdeel 3 inzake de ARBIT-voorwaarden in het kader van deze concrete aanbesteding niet eerst aan aanbesteder hebben voorgelegd, zal de Commissie zich ook over dit klachtonderdeel uitlaten omdat het op één lijn valt te stellen met klachtonderdeel 4 inzake de model verwerkingsovereenkomst.

5.6. Klachtonderdelen 2 tot en met 5

- 5.6.1. Voor al deze onderdelen geldt dat ondernemers stellen dat sommige vendors niet bereid zijn de voorwaarden van aanbesteder te accepteren, dat het disproportioneel is van aanbesteder om vast te houden aan de eigen voorwaarden en niet de door vendors verlangde afwijkingen toe te staan.
- 5.6.2. Niet gesteld wordt en ook overigens is niet gebleken dat de voorwaarden van aanbesteder op zichzelf disproportioneel zouden zijn.
- 5.6.3. Zoals bepaald in Voorschrift 3.9 B Gids Proportionaliteit hebben ondernemers de kans gehad om concrete voorstellen te doen voor aanpassingen aan de concept-overeenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden. Ondernemer had bijvoorbeeld kunnen voorstellen om de model verwerkersovereenkomst op bepaalde punten aan te passen. Het voorstel om pas bij de uitvraag van nadere opdrachten onder de raamovereenkomst voorstellen voor afwijkingen van de model

verwerkersovereenkomst in te dienen, valt naar het oordeel van de Commissie niet onder Voorschrift 3.9 B. De Commissie ziet ook niet in waarom het pas bij concrete uitvragen mogelijk zou zijn dergelijke voorstellen in te dienen en het niet mogelijk zou zijn om dat al in de fase van de aanbesteding van de raamovereenkomsten te doen.

- 5.6.4. Ondernemers wensen dat aanbesteder toestaat om een inschrijving te doen waarbij de voorwaarden van een aantal vendors van toepassing mogen worden verklaard. De voorwaarden van die vendors kunnen bijvoorbeeld exoneratieclausules bevatten die per vendor verschillend zullen zijn. Wanneer aanbesteder zou toestaan om in een inschrijving de voorwaarden van vendors van toepassing te verklaren, zou hij handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel, dat immers bepaalt dat alle inschrijvingen onder dezelfde voorwaarden moeten worden ingediend.
- 5.6.5. De Commissie begrijpt dat vendors die wereldwijd vele duizenden klanten hebben ernaar streven om hun voorwaarden zoveel mogelijk uniform en op gelijke wijze overal van toepassing te laten zijn. Het managen van duizenden contracten wordt inderdaad gecompliceerd wanneer elk contract zijn eigen voorwaarden kent.
- 5.6.6. De Commissie constateert echter dat het niet onmogelijk is om de voorwaarden van aanbesteder te accepteren, maar dat er veeleer sprake lijkt te zijn van onwil om dat te doen. Bij een aanbesteding met een geringe contractwaarde zal het veelal onmogelijk zijn om de vendors te dwingen zich te schikken naar de eisen van de aanbestedende dienst. In dit geval gaat het echter om een opdracht met een geraamde waarde van maximaal € 390 miljoen (zie 1.2 hiervoor). De Commissie schat in dat vendors voor een contract met een dergelijke grote omvang wel bereid zullen zijn om 'water bij de wijn' te doen en afwijkingen van hun standaardvoorwaarden te accepteren.
- 5.6.7. Kennelijk is dit gebeurd, want aanbesteder heeft in TenderNed een Aankondiging van een gegunde opdracht gepubliceerd waaruit blijkt dat er bij perceel 1 twee inschrijvingen zijn ontvangen en bij perceel 2 drie inschrijvingen. Ondernemer A heeft een van de drie raamovereenkomsten van perceel 2 gegund gekregen.
- 5.6.8. De klachtonderdelen 2 tot en met 5 zijn derhalve ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht alle vijf onderdelen van de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 16 april 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid