

Advies 628 | Samenvatting

Klacht

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor diensten voor een SaaS Student Informatie Systeem (SIS). In die procedure eist aanbesteder recente ervaring met het succesvol implementeren van een SIS, waarbij 'recent' betekent dat zowel gunning van de opdracht alsook de afgeronde implementatie van het systeem binnen de afgelopen 3 jaren heeft plaatsgevonden.

Ondernemer klaagt dat de gestelde referentie-eis disproportioneel is en dat slechts één partij aan de eis kan voldoen.

Onder verwijzing naar een in de stukken opgenomen rechtsverwerkingsclausule stelt aanbesteder zich op het standpunt dat de klacht niet in behandeling mag worden genomen.

Oordeel Commissie

De Commissie laat in het midden in hoeverre de hier gehanteerde rechtsverwerkingsclausule toelaatbaar is, aangezien zij aansluit bij haar eerdere oordeel dat een clausule als hier gehanteerd niet aan het indienen van een klacht bij de Commissie in de weg staat.

De Commissie is van oordeel dat de eis dat zowel gunning als afgeronde implementatie binnen de afgelopen drie jaar moeten hebben plaatsgevonden onnodig zwaar is en niet in redelijke verhouding staat tot de onderhavige opdracht. De Commissie verklaart de klacht **gegrond**.

Overwegingen ten overvloede inzake rechtsbeschermingsclausules en aanbeveling

De Commissie wijdt een aantal overwegingen ten overvloede aan de toelaatbaarheid van een rechtsbeschermingsclausule en formuleert dienaangaande een aanbeveling: aanbestedende diensten doen er in het kader van een effectieve rechtsbescherming goed aan bij het hanteren van een rechtsbeschermingsclausule de aard en omvang van de opdracht en, daarmee veelal samenhangend, de aard en omvang van de inschrijvers te betrekken.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 628

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 19 juni 2020 een Aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf gepubliceerd. In deze aankondiging wordt onder meer het volgende vermeld:

'II.1.4) Korte beschrijving

[Aanbesteder] heeft het voornemen om een overeenkomst te sluiten voor een voor MBO ingericht Studenten Informatie Systeem (SIS). Vanwege het grote afbreukrisico kiest [Aanbesteder] voor een aantoonbaar betrouwbaar en stabiel SIS, waarbij als eis gesteld is dat van dit SIS in de laatste 3 jaren tenminste 1 succesvolle implementatie bij een vergelijkbare MBO instelling is afgerond.

(...)

V.2.4) Inlichtingen over de waarde van de opdracht/het perceel/de concessieovereenkomst (exclusief btw)

Aanvankelijk geraamde totale waarde van de opdracht/het perceel/de concessieovereenkomst: 400 000,00

Totale waarde van de opdracht/het perceel/de concessie: 400 000,00

Munt: EUR

(...)

D4.3) Verklaring

Verklaar duidelijk en volledig waarom gunning van de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie wettig is. Geef de relevante feiten en, indien van toepassing, de rechtsbeslissingen in overeenstemming met de betreffende richtlijn:

De overeenkomst voor het Student Informatie Systeem (SIS) loopt binnenkort ten einde. Met nadruk wordt vermeld dat, vanwege het grote afbreukrisico, [Aanbesteder] voor haar MBO scholen behoefte heeft aan een aantoonbaar betrouwbaar en stabiel SIS met bewezen functionaliteit binnen het MBO.

Uit onderzoek binnen het inkoopcollectief van de Nederlandse MBO-instellingen en een gerenommeerd onderwijs-inkoopadviesbureau is gebleken dat [X] op dit moment een unieke positie heeft voor levering van een op de MBO-omgeving ingericht SIS. De laatste drie jaren heeft geen enkele andere leverancier een dergelijk systeem met succes geïmplementeerd binnen een vergelijkbare MBO instelling. Ook bij een recent uitgeschreven aanbesteding door een andere MBO instelling, waarbij de eis gesteld is dat de inschrijver in de laatste 3 jaren tenminste 1 succesvolle implementatie bij een MBO instelling moet hebben gedaan, bleek [X] de enige inschrijver. Er bestaat derhalve geen redelijk alternatief of substituut voor het SIS van [X].

Een interne impactanalyse heeft bovendien uitgewezen dat overstappen naar een nieuw, nog op de MBO-omgeving in te richten, systeem zou leiden tot aanzienlijke risico's voor de bedrijfsvoering en een grote impact zou hebben voor de organisatie, zowel op het gebied van personeel als financiën.

Gezien het bovenstaande is [Aanbesteder] voornemens om, gebruik makend van artikel 2.32 sub b onderdeel 2^o Aanbestedingswet, de opdracht een op een te gunnen aan de leverancier van [X]. Genoemd artikel stelt de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking open voor gevallen waarbij slechts één onderneming de opdracht kan uitvoeren.

Marktpartijen kunnen gedurende 20 dagen na publicatie van deze aankondiging opkomen tegen deze voorgenomen gunning door middel van het aanhangig maken van een kort geding bij de rechtbank [locatie], op straffe van verval van recht.'

- 1.2. Ondernemers A en B brengen samen een SIS applicatie op de markt en zijn geïnteresseerd in de opdracht.
- 1.3. Op 29 juni 2020 heeft de advocaat van ondernemer B per brief bezwaar gemaakt tegen de voorgenomen onderhandse gunning van de opdracht en aangekondigd hiertegen een kort geding aanhangig te zullen maken. In zijn brief schrijft de advocaat onder meer het volgende:

'Cliënte levert momenteel bij diverse MBO-instellingen een MBO-SIS, waarbij de succesvolle implementatie binnen de laatste 3 jaren heeft plaatsgevonden.

(...)

Aldus voldoet cliënte wel aan de eis dat in de laatste 3 jaren tenminste één succesvolle implementatie moet zijn uitgevoerd bij een vergelijkbare MBO-instelling. Bovendien is binnen deze markt algemeen bekend dat ook andere partijen (behalve [X]) aan deze eis kunnen voldoen, dit nog los van het feit dat ook buitenlandse partijen naar verwachting aan deze eis zouden kunnen voldoen. De Aanbestedende dienst heeft (mede in het licht van de gemotiveerde betwisting van cliënte) niet aannemelijk gemaakt, laat staan bewezen dat geen enkele andere partij (behalve [X]) zou kunnen voldoen aan de gestelde eis en dat derhalve (feitelijk) alleen [X] de Opdracht zou kunnen uitvoeren.'

- 1.4. Aanbesteder heeft naar aanleiding van dit bezwaar het voornemen ingetrokken en op 26 november 2020 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor diensten voor de levering, de volledige implementatie/migratie (optioneel), het onderhoud, het technisch beheer en de ondersteuning van het gebruik van een SaaS Student Informatie Systeem (SIS).
- 1.5. In de Aanbestedingsleidraad van 25 november 2020 is, onder meer, het volgende bepaald:

'1. Inleiding

(...)

1.2.3 Vereiste kerncompetenties bij de aan te besteden opdracht

Voor uitvoering van de opdracht zijn een aantal competenties relevant waarover Inschrijvers dienen te beschikken. De vereiste kerncompetenties zijn:

- Recente ervaring met het leveren en onderhouden van een SaaS systeem met functionaliteit voor student registratie in het Middelbaar Beroepsonderwijs (MBO), met VAVO, educatie en contractonderwijs.
- Recente ervaring met het migreren van alle relevante data uit een in gebruik zijnd (ander) SIS-systeem naar het aangeboden systeem.

- Recente ervaring met het succesvol implementeren van een SaaS systeem met functionaliteit voor student registratie bij een MBO instelling met tenminste 10.000 studenten, met VAVO, educatie en contractonderwijs.
 - Recent betekent dat zowel gunning van de opdracht alsook de afgeronde implementatie van het systeem binnen de afgelopen 3 jaren heeft plaatsgevonden.
 - Succesvol is volledige implementatie binnen de oorspronkelijke planning zonder overschrijding van de oorspronkelijke prijs voor implementatie.

Inschrijver voegt bij de inschrijving een, door de referent ondertekende, referentiebeschrijving toe die, naar oordeel van Opdrachtgever, onomstotelijk aantoonbaar is dat Inschrijver beschikt over de vereiste kerncompetentie(s). De referentie mag niet ouder zijn dan drie jaar op het moment van inschrijven. Per competentie dient er één referentie te worden ingediend. Meerdere competenties mogen ook in één referentie worden voldaan, mits duidelijk en ondubbelzinnig beschreven. Meerdere referenties mogen niet gecombineerd worden om aan één competentie te voldoen.

(...)

1.2.6 Te sluiten Overeenkomst

De aanbesteding leidt tot een overeenkomst met een looptijd van maximaal 10 jaar. De overeenkomst is door de aanbestedende dienst na een initiële contractperiode van drie jaar tussentijds te beëindigen met een opzegtermijn van zes maanden. De overeenkomst is na een initiële periode van 8 jaar door Opdrachtnemer op te zeggen. Hiervoor geldt een opzegtermijn van 24 maanden.

Het is voor Opdrachtgever mogelijk de functionaliteit van het systeem gedurende de looptijd uit te breiden/nieuwe functionaliteiten af te nemen. De financiële consequenties van de uitbreiding bedragen maximaal 30% van de prijs voor gebruik van het systeem per jaar, op basis van het aantal studenten in 2020 en de geïndexeerde prijs per student per jaar op het moment van uitbreiden.

(..)

2. Procedure

(...)

2.6 Onvolkomenheden in de aanbestedingsdocumenten

Dit document is met zorg opgesteld. Het is echter mogelijk dat, in de ogen van Inschrijvers, fouten en onvolkomenheden in het document zijn gesloten. Een geconstateerde fout of onvolkomenheid kan direct na constatering worden gemeld aan de opgegeven contactpersoon. Binnen vijf werkdagen wordt op de melding gereageerd. Als naderhand blijkt dat dit document onvolkomenheden bevat en deze niet door de Inschrijver zijn opgemerkt, zijn deze voor risico van de Inschrijver. Door in te schrijven op de aanbesteding verklaart Inschrijver zich akkoord met de inhoud van de documenten en de gevolgde procedure.

2.7 Vragen

Onduidelijkheden, tegenstrijdigheden of aspecten van de aanbestedingsprocedure waar gegadigden het niet mee eens zijn dienen aan de orde te worden gesteld door middel van het stellen van vragen. Vragen over de aanbesteding kunnen voor de in de planning genoemde datum via aanbestedingskalender.nl worden geüpload

middels het daarvoor bestemde vragenformulier (bijlage 4). Het vragenformulier dient in een Excel bestand, in bewerkbare vorm, aangeleverd te worden. Vragen dienen voorzien te zijn van een verwijzing naar de bron van de vraag. Na sluiting van de vragentermijn worden vragen geanonimiseerd beantwoord in de Nota van Inlichtingen. Naar aanleiding van de Nota van Inlichtingen kunnen op dezelfde wijze verduidelijkingsvragen worden gesteld, tot uiterlijk de in de planning genoemde datum, maar alleen als die vragen betrekking hebben op de in de 1e Nota van Inlichtingen gegeven antwoorden. Nieuwe vragen worden derhalve niet in behandeling genomen.

Indien een gegadigde zich niet kan verenigen met het antwoord op een vraag dan dient de betreffende gegadigde een kort geding procedure aanhangig te hebben gemaakt door middel van een aan de aanbestedende dienst betekende dagvaarding uiterlijk een week nadat de tweede Nota Van Inlichtingen is verzonden aan inschrijvers en dus voorafgaand aan inschrijving op de opdracht. Deze termijn is een vervaltermijn hetgeen betekent dat een partij na ommekomst van deze termijn zijn rechten heeft verwerkt om nog over deze aspecten te klagen en zijn rechten heeft verwerkt tot het instellen, al dan niet in een bodemprocedure, van een vordering tot schadevergoeding.

(...)

3. Eisen ten aanzien van Inschrijvers

(...)

3.2.2 Geschiktheidseisen met betrekking tot technische en beroepsbekwaamheid

De volgende geschiktheidseisen zijn van toepassing. De eisen houden verband met de vereiste competenties voor uitvoering van de opdracht:

- Inschrijver voldoet aan de kerncompetenties zoals eerder in dit document genoemd.
- Inschrijver beschikt over een gecertificeerd gedocumenteerd kwaliteitsmanagementsysteem.
- Inschrijver beschikt over een gecertificeerd gedocumenteerd dataveiligheidssysteem.
- Inschrijver beschikt over een vastgestelde en gecertificeerde beheersing van uitbestedde processen.

(...)'

1.6. In de 1^e Nota van Inlichtingen van 21 december 2020 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.6.1. Vraag 72: 'In de eerder uitgeschreven aanbesteding van aanbestedende dienst betreffende dezelfde type opdracht gepubliceerd op 19 juni 2020 (...) heeft aanbestedende dienst gelijktijdig met de publicatie de opdracht gegund. In uw motivering stelt u in bijlage D4 dat (citaat) "De laatste drie jaren heeft geen enkel andere leverancier een dergelijk systeem met succes geïmplementeerd binnen een vergelijkbare MBO instelling". In de gids Proportionaliteit paragraaf 3.4 wordt van de aanbestedende dienst vereist dat ze de geschiktheid en proportionaliteit per aanbestedingsprocedure beoordeelt. Deze beoordeling bevat ook het aantal potentiële inschrijvers. Op basis van de door aanbestedende dienst aangegeven vereisten en uw bekendheid dat de afgelopen drie jaren geen enkele andere leverancier voldoet zal deze aanbestedingsprocedure geen concurrentie opleveren. En hierdoor is de door aanbestedende dienst geëiste definitie van "Recent", te weten "...gunning van de opdracht alsook de afgeronde implementatie van het systeem binnen de

afgelopen 3 jaren heeft plaatsgevonden" niet proportioneel. Wij vragen aanbestedende dienst de periode van 3 jaren te wijzigen in 6 jaren. Gaat aanbestedende dienst hiermee akkoord? Zo neen, waarom niet.'

Antwoord: 'In reactie op de aankondiging waar u naar verwijst hebben diverse partijen zich verzet tegen de uitzonderingsgrond waar Opdrachtgever destijds een beroep op deed (artikel 2.32 Aanbestedingswet). Die partijen stelden zich onder andere op het standpunt dat zij wel succesvolle implementaties zouden hebben gerealiseerd in de afgelopen 3 jaren. [Aanbesteder] heeft daarom aanleiding gezien om die aankondiging in te trekken en deze aanbesteding te starten en heeft dus voldoende grond om aan te nemen dat een termijn van 3 jaren als definitie van het begrip "Recent" voldoende concurrentie zou moeten borgen.'

- 1.7. Vraag 126: 'Inschrijver is van mening dat ze met haar kennis en ervaring met vergelijkbare implementaties in het onderwijsveld bij instellingen van dezelfde of grotere omvang ruimschoots kan aantonen deze opdracht succesvol te kunnen uitvoeren. Inschrijver heeft een SIS dat volledig toegesneden is op het MBO (met functionaliteit voor VAVO, educatie en contractonderwijs) en het HO (universiteiten en hogescholen). In het HO is ons SIS al vele jaren succesvol en naar volle tevredenheid van onze opdrachtgevers in productie en kunnen wij referenties aanleveren. Voor het MBO kunnen wij dat op dit moment nog niet een referentie aanleveren (omdat ons SIS nog niet bij een MBO in productie is, maar dat zal op korte termijn wel het geval zijn). Inschrijver verzoekt het aanpassen van de referentie-eis zodanig dat referenties uit andere delen van het onderwijsveld worden toegestaan (bijvoorbeeld het Hoger Onderwijs). Bent u hiermee akkoord?'

Antwoord: 'Nee, een SIS kent een groot afbreukrisico voor de bedrijfsvoering van een MBO. Opdrachtgever acht het van groot belang een systeem aan te schaffen dat zich reeds binnen het MBO-veld succesvol bewezen heeft. Een SIS voor het MBO kent specifieke kenmerken en functionaliteiten waar u zelf al aan refereert in uw vraag (VAVO, educatie en contractonderwijs). Daarom hecht Opdrachtgever waarde aan een SIS dat reeds in productie is bij een MBO en acht zij het ook proportioneel om dat te verlangen van inschrijvers.'

- 1.8. In de 2^e Nota van Inlichtingen van 25 januari 2021 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

Vraag 13: 'In het antwoord op vraag 72 van de eerste Nota van Inlichtingen houdt Aanbestedende Dienst vast aan de referentie eis waarbij Inschrijvers in de laatste drie jaar een succesvolle implementatie moeten kunnen aantonen. Tevens lijkt Aanbestedende Dienst vast te houden aan de eis dat ook de gunning in de laatste drie jaar moet hebben plaatsgevonden. Ter motivatie haalt Aanbestedende Dienst het verzet van diverse partijen aan tegen de uitzonderingsgrond waar Opdrachtgever destijds een beroep op deed (artikel 2.32 Aanbestedingswet). In voornoemd verzet werd gesteld dat er wel degelijk succesvolle implementaties zouden zijn gerealiseerd in de afgelopen 3 jaar. Die veronderstelling is inderdaad juist. Maar door nu in de huidige opdracht zowel de gunning alsook een succesvolle en afgeronde implementatie als eis te stellen, is de kans zeer groot dat er veel potentiële Inschrijvers af vallen. Getuige ook vraag 126 uit de eerste Nota van Inlichtingen. Inschrijver snapt dat Aanbestedende Dienst op zoek is naar een systeem dat zich reeds binnen het MBO-veld succesvol heeft bewezen om de beroepsbekwaamheid aan te tonen, maar wil Aanbestedende Dienst er wel op wijzen dat wanneer zowel de gunning alsook de afgeronde implementatie binnen de afgelopen drie jaar moet vallen, dat er slechts één Inschrijver ([X]) aan deze kerncompetentie kan voldoen. Hierdoor is er de facto sprake van een voorgeschreven aanbesteding, staat de gestelde eis niet in verhouding tot de aard en omvang van de opdracht en wordt het proportionaliteitsbeginsel van het aanbestedingsrecht in onderhavige aanbesteding

niet gerespecteerd. Daarnaast is een dergelijke eis zeer ongebruikelijk in onze branche en dus niet marktconform. Doordat er slechts 1 partij kan inschrijven op onderhavige aanbesteding is er bovendien geen sprake van concurrentiestelling wat ten nadele is van de Aanbestedende Dienst. Inschrijver stelt daarom voor dat Aanbestedende Dienst in paragraaf 1.2.3 de tekst onder de derde kerncompetentie dusdanig aanpast, zodat de betekenis van "recent" als volgt wordt aangepast: "Recent betekent dat de afgeronde implementatie van het systeem binnen de afgelopen 3 jaren heeft plaatsgevonden." Kan Aanbestedende Dienst aangeven of zij hiermee akkoord gaat? Mocht u hier onverhoopt niet mee akkoord gaan, verzoeken we u gemotiveerd aan te geven hoe de gestelde eis voldoet aan het proportionaliteitsbeginsel.'

Antwoord: 'Aanbestedende dienst is niet akkoord met de voorgestelde aanpassing van het begrip "recent" zoals gedefinieerd in paragraaf 1.2.3. van de Aanbestedingsleidraad. De essentie van de kerncompetentie die is uitgevraagd is nu juist dat een inschrijver in de afgelopen drie jaar een geheel implementatietraject heeft doorlopen, zodat de ervaring van die inschrijver voldoende actueel is om de aanbestedende dienst een bepaalde mate van zekerheid te bieden dat die inschrijver nog steeds met succes een dergelijk implementatietraject kan uitvoeren. Als enkel het moment van de afronding van de implementatie leidend zou zijn, dan zou een inschrijver die een groot deel van de implementatie reeds langer dan drie jaar geleden heeft verricht alsnog mee kunnen dingen en wordt juist voorbij gegaan aan de doelstelling van de kerncompetentie om inschrijvers met recente ervaring te selecteren. U beweert dat er slechts één inschrijver zou kunnen meedingen door de formulering van deze kerncompetentie en dat deze eis niet marktconform zou zijn. In de eerdere bezwaren tegen de keuze voor een beroep op de uitzondering van artikel 2.32, werd echter door een gegadigde beweerd dat "binnen deze markt algemeen bekend [is] dat ook andere partijen (behalve [X]) aan deze eis kunnen voldoen, dit nog los van het feit dat ook buitenlandse partijen naar verwachting aan deze eis zouden kunnen voldoen". Bovendien zijn er ook andere MBO instellingen geweest die vergelijkbare eisen hebben gehanteerd. Daarom is de Aanbestedende Dienst van mening dat genoemde eis wel degelijk proportioneel is.'

1.9. Op 3 februari 2021 hebben ondernemers bij een organisatie waarbij aanbesteder is aangesloten een klacht ingediend over de kerncompetenties.

1.10. Op 9 februari 2021 is deze klacht ongegrond verklaard, met de onderstaande motivering:

'Om aan de passende kwaliteitsnorm te kunnen voldoen heeft de aanbestedende dienst gesteld dat zowel de gunning als de implementatie in de afgelopen drie jaren moet hebben plaatsgevonden. Gelet op de impact van een implementatie van een School Informatie Systeem op het onderwijs en de bedrijfsprocessen in een onderwijsinstelling kan deze voor een onderwijsinstelling aangemerkt worden als een bedrijfskritische applicatie. Daarnaast volgen de technologische ontwikkelingen in deze markt elkaar snel op. Voor een onderwijsinstelling is het dan ook van essentieel belang om geschiktheidseisen op te stellen waarmee leveranciers aan kunnen tonen dat zij over recente ervaring beschikken. Artikel 2.93 lid 1sub b Aanbestedingswet 2012 geeft aan dat een termijn van ten hoogste drie jaar gehanteerd dient te worden waaraan de Aanbestedende Dienst zich geconformeerd heeft. Door de Aanbestedende Dienst kan worden afgeweken van deze termijn op basis van lid 4 van artikel 2.93 indien dit noodzakelijk is om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen. Echter aangezien dit een kan bepaling betreft hoeft aanbestedende dienst hier geen gehoor aan te geven.'

1.11. Uitsluitend X heeft uiteindelijk een inschrijving ingediend. Op 9 maart 2021 heeft aanbesteder een Aankondiging van een gegunde opdracht in TenderNed

gepubliceerd. In die aankondiging wordt vermeld dat de opdracht is gegund aan X en dat er één inschrijving is ontvangen.

1.12. Vervolgens hebben ondernemers op 17 maart 2021 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 2 hierna).

1.13. Aanbesteder heeft op 25 maart 2021 een reactie ingediend (zie paragraaf 3 hierna).

2. Beschrijving en onderbouwing klacht

2.1. Aanbesteder stelt onredelijke eisen aan de kerncompetenties, waardoor slechts één onderneming in staat is in te schrijven.

Onderbouwing

2.2. Aanbesteder heeft een opdracht gepubliceerd met daarin normen voor de vereiste kerncompetenties van de leverancier. De normen (gunning en implementatie in drie jaren) zijn zodanig dat slechts één leverancier kan voldoen aan de vereiste kerncompetenties. Wij hebben dit in eerste instantie proberen te wijzigen middels de gebruikelijke vragenrondes tijdens de procedure. In beide Nota's van Inlichtingen heeft aanbesteder besloten om de vereiste kerncompetenties niet aan te passen. Ondernemers hebben na de 2 NvI-rondes - buiten de gestelde procedure - tot twee keer aan toe bij aanbesteder bezwaar gemaakt zonder succes.

2.3. Zowel door aanbesteder als de Klachtencommissie wordt verwezen naar artikel 2.93 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012. Deze bepaling geeft een termijn aan van ten hoogste drie jaar. Desondanks zijn ondernemers van mening dat aanbesteder ook de verplichting heeft om paragraaf 3.4 van de Gids Proportionaliteit na te leven en dient te beoordelen of er voldoende concurrentie is. De enige leverancier die kan voldoen voldoet uiteindelijk ook nog maar globaal anderhalve maand aan de gestelde eisen. Gezien het beperkte aantal aanbestedingen is vasthouden aan artikel 2.93 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012 niet reëel. Ondernemers hebben in alle voorgaande aanbestedingen de referentie-eis beoordeeld en deze specifieke eis wordt niet gesteld.

2.4. Aanbesteder had ervoor moeten kiezen om - bijvoorbeeld - de combinatie van gunning en afgeronde implementatie niet toe te passen maar alleen te kiezen voor afgeronde implementatie. Met deze aanpassing zou meer dan 1 inschrijver mogelijk zijn en daarmee concurrentie geborgd.

2.5. Ter onderbouwing van vraag 13 van de 2e Nota van Inlichtingen hebben ondernemers een analyse uitgevoerd op basis van publiek vrij toegankelijke informatie, waaronder TenderNed. Hieronder het (limitatief) overzicht van hun analyse van vergelijkbare SIS aanbestedingen binnen de sector MBO gedurende de afgelopen jaren:

Naam leverancier	Naam applicatie	Onderwijsinstelling	Datum gunning	Live?
[X']	[P]	ROC [1]	2015-02-08	Ja
[A] en [B]	[Q]	ROC [2]	2016-07-08	Ja
[A] en [B]	[Q]	ROC [3]	2016-07-19	Ja
[X']	[P]	ROC [4]	2016-12-22	Ja

[A] en [B]	[Q]	ROC [5]	2017-03-17	Ja
[X']	[P]	[6]	2018-04-10	Ja
[C]	[R]	[7] (+8)	2018-12-17	Neen
[X]	[P]	ROC [8]	2020-01-13	Neen
[X]	[P]	[9]	2020-06-25	Ja - voortzetting

- 2.6. Bovenstaand overzicht laat volgens ondernemers zien dat alleen [X] voldoet aan de door aanbesteder geëiste kerncompetenties (*Commissie: met X' is de rechtsvoorganger van X aangeduid*).

3. Reactie aanbesteder

- 3.1. Op pagina 49 van de Gids Proportionaliteit wordt kort stilgestaan bij de termijnen uit artikel 2.93 lid 1 van de Aanbestedingswet. De wet gaat uit van een referentietermijn van maximaal 5 jaar voor werken en 3 jaar voor leveringen en diensten; korter mag, langer in beginsel niet. Een langere periode is alleen mogelijk als er anders onvoldoende gegadigden zijn die aan de referentie-eisen kunnen voldoen. Het is uiteindelijk aan de aanbestedende dienst om daar een besluit over te nemen.
- 3.2. De aanbestedende dienst zal uit de mogelijkheden van artikel 2.93 van de Aanbestedingswet een keuze moeten maken welke eisen hij in een concreet geval stelt. In de Gids Proportionaliteit is voorgeschreven dat de aanbestedende dienst voor het toetsen van de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties dient vast te stellen, die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht. Afwijking hiervan heeft motivering. In dat kader dient de aanbestedende dienst te bepalen welke ervaring essentieel is en die geïdentificeerde kerncompetenties dienen vertaald te worden naar benodigde eisen van technische bekwaamheid.
- 3.3. Ondernemers doen het voorkomen alsof het proportionaliteitsbeginsel enkel dient om voldoende concurrentie te waarborgen. Dat is een te eenzijdige voorstelling van zaken. Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat dat de keuzes die een aanbestedende dienst maakt en de eisen en voorwaarden die hij stelt bij een aanbesteding, in redelijke verhouding staan tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht.
- 3.4. In de kern is een toets aan het proportionaliteitsbeginsel dus te allen tijde een afweging van verschillende belangen. Een eis moet enerzijds niet te eng worden geformuleerd om voldoende concurrentie te waarborgen, maar anderzijds mag een eis ook niet te ruim worden geformuleerd, omdat de kans dan bestaat dat de eis niet meer voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht. Dat laatste wordt ook in het kader van geschiktheidseisen erkend in de toelichting bij voorschrift 3.5B van de Gids Proportionaliteit:
- 'Belangrijk is dat de minimale eisen die aan een onderneming en eventuele onderaannemer worden gesteld, direct terug te voeren zijn op de betreffende opdracht, en inspelen op competenties die concreet nodig zijn om de betreffende opdracht goed te kunnen uitvoeren.'
- 3.5. Na een afweging van die verschillende belangen is aanbesteder tot de conclusie gekomen dat zijn belang bij een inschrijver die voldoende recente ervaring heeft met het implementeren van een dergelijk systeem groter is dan het ontvangen van

zoveel mogelijk inschrijvingen; dat laatste is geen doel op zich. Daarbij had aanbesteder overigens meerdere redenen om te veronderstellen dat er meer dan één inschrijving zou zijn.

- 3.6. Uit de brief van de advocaat van B (zie 1.3 hiervoor) volgt dat ondernemers zelf meenden dat er meer potentiële gegadigden voor de opdracht zouden zijn dan alleen X en ondernemers. Er wordt zelfs concreet benoemd dat buitenlandse partijen zouden kunnen voldoen. Aanbesteder ging er dus vanaf dat moment van uit dat meerdere partijen zouden kunnen voldoen aan een dergelijke ervaringseis, waaronder ook ondernemers. Pas tijdens de aanbesteding zelf werd door ondernemers aangegeven dat men toch niet zou kunnen voldoen aan de kerncompetentie.
- 3.7. Ondernemers hebben in hun klacht een overzicht gegeven van de aanbestedingen die het afgelopen jaar door MBO-instellingen zijn gestart. De aanbesteding van een aantal samenwerkende MBO-instellingen met als penvoerder mboRijnland (gepubliceerd op 24 april 2018 en gegund op 10 april 2018) is gewonnen door C. Die partij zou de implementatie van die opdracht moeten hebben afgerond voor de start van het schooljaar 2020/2021. Als Bijlage 4 wordt een deel van het Programma van Eisen van die aanbesteding bijgevoegd. Eis 7.2.3 luidt als volgt:

"De implementatie vindt gefaseerd plaats waarbij alle instellingen uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 over een geïmplementeerd SIS beschikken."
- 3.8. Ten tijde van het opstellen van de aanbestedingsstukken had aanbesteder dus aanleiding om te veronderstellen dat naast X en ondernemers in ieder geval ook C mee zou kunnen dingen naar de opdracht. Dat C die implementatie uiteindelijk niet tijdig heeft afgerond illustreert het belang van de eis die aanbesteder heeft gesteld: blijkbaar is het lastig voor een partij die met name ervaring heeft met SIS-systemen voor HBO-instellingen (C) om een succesvolle implementatie af te ronden voor een MBO-instelling.
- 3.9. Toen de aanbesteding eenmaal was gestart, bleek nog steeds dat er de nodige interesse was voor de opdracht. X en ondernemers waren niet de enige partijen die interesse toonden in deze aanbesteding. Meer partijen stelden vragen en toonden interesse en die interesse was zelfs dusdanig concreet dat één partij al uitsprak dat zij voornemens was in te schrijven, hetgeen blijkt uit een bijlage die vertrouwelijk is ingediend.
- 3.10. Aanbesteder had dus voorafgaand én tijdens de aanbesteding diverse redenen om aan te nemen dat er meer dan één inschrijving zou worden gedaan. Dat er vervolgens toch maar één inschrijving is ingediend, kan met allerlei redenen verband houden, die niets met de kerncompetentie te maken hebben. Dat er slechts één inschrijving is gedaan maakt dus nog niet dat het proportionaliteitsbeginsel geschonden is.
- 3.11. Tot slot merkt aanbesteder op dat ondernemers hun rechten hebben verwerkt. Immers, uit de Aanbestedingsleidraad volgt dat indien een gegadigde zich niet kan verenigen met het antwoord op een vraag uit de Nota van Inlichtingen de betreffende gegadigde een kort geding procedure aanhangig dient te maken door middel van een aan de aanbestedende dienst betekende dagvaarding uiterlijk een week nadat de tweede Nota Van Inlichtingen is verzonden aan inschrijvers en dus voorafgaand aan inschrijving op de opdracht. Deze termijn is een vervaltermijn.

4. Beoordeling

4.1. De Commissie stelt vast dat aanbestedder op 26 november 2020 een Europese openbare heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (2^e herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).

- *Rechtsverwerking?*

4.2. Aanbestedder stelt dat ondernemer zijn recht heeft verwerkt te klagen op grond van het bepaalde onder 2.7 van de aanbestedingsleidraad (zie 1.5 bovenstaand). De klacht zou daarom niet in behandeling mogen worden genomen. De Commissie oordeelt dat een beroep op die clause niet slaagt en neemt de klacht in behandeling.

- *Toelichting in behandeling nemen*

4.2.2. De Commissie heeft in Adviezen 487 (ov. 6.3.7), 426-I (ov. 5.3.7) en 396 (ov. 5.7) overwogen dat een clause in de aanbestedingsstukken die de inschrijver verplicht om vóór inschrijving een kort geding aanhangig te maken tegen voorwaarden van de aanbesteding waartegen hij bezwaar heeft disproportioneel en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.

4.2.3. Voorts heeft de Commissie in Advies 472 (ov. 6.2.4) overwogen dat indien in een dergelijke situatie er geen kort geding aanhangig is gemaakt, dit niet in de weg staat aan het indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. De verplichting proactief te handelen strekt niet zo ver dat ondernemer reeds voor inschrijving een klacht bij de Commissie had moeten indienen. Evenmin volgt die verplichting uit (de objectieve uitleg van) de bewoordingen van de bepaling die is opgenomen onder 2.7 van de aanbestedingsleidraad (zie 1.5 bovenstaand).

4.2.4. In dit geval hebben ondernemers, na eerst vragen te hebben gesteld, bezwaar gemaakt tegen de referentie-eis, die inhoudt dat zowel gunning als afgeronde implementatie binnen de afgelopen drie jaar moeten hebben plaatsgevonden.

4.2.5. De Commissie kan dan ook in het midden laten in hoeverre de bepaling die is opgenomen onder 2.7 van de aanbestedingsleidraad (zie 1.5 bovenstaand) toelaatbaar is, aangezien zij aansluit bij haar eerdere oordeel dat een clause als hier gehanteerd niet aan het indienen van een klacht bij de Commissie in de weg staat. De klacht kan daarom in behandeling genomen worden.

- *Ten overvloede: toelaatbaarheid rechtsbeschermingsclausule*

4.2.6. De Commissie wijst ten overvloede op een recente uitspraak van het Hof Den Haag (arrest van 25 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:890, r.o. 8.4 en 8.5). Vanwege het belang van de verdere verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk en het teweegbrengen van een leereffect, hecht de Commissie eraan om de in het kader van dit advies belangrijkste overwegingen van dat arrest op hoofdlijnen weer te geven.

4.2.7. Het hof overweegt allereerst dat de wetssystematiek (artikel 2.127 e.v. Aw) er niet *zonder meer* aan in de weg staat dat een rechtsbeschermingsclausule inhoudt dat bezwaren tegen de opzet van een aanbesteding in een vroeg stadium naar voren moeten worden gebracht op straffe van verval van recht. Wanneer immers bezwaren in een vroeg stadium worden ingediend, worden de belangen van zowel de aanbestedende dienst als de belangen van de andere inschrijvers gediend. Ook is een dergelijke bepaling, waarin nadrukkelijk is opgenomen dat al voor inschrijving of gunning een bezwaar tegen de opzet van de aanbesteding aan de rechter moet

worden voorgelegd, naar het oordeel van het hof niet in strijd met de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Het hof baseert zich daarbij op het Lämmerzahl-arrest (HvJ EU 11 oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:597), waarin het Hof van Justitie EU de toelaatbaarheid van een vervalbeding toetst aan twee rechtsregels, namelijk dat een dergelijk beding redelijk moet zijn (r.o. 50) en dat dit beding de uitoefening van het recht om bezwaar te maken in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken (r.o. 53).

- 4.2.8. Met het hof is de Commissie van oordeel dat de toelaatbaarheid van een vervalbeding waarbij de bezwaartermijn afloopt vóór datum van inschrijving afhankelijk is van omstandigheden die de aard en de omvang van de opdracht en de aard en de omvang van de potentiële inschrijvers betreffen. Het hof geeft in zijn arrest een aantal handvatten met betrekking tot de toelaatbaarheid van een vervalbeding waarbij de bezwaartermijn afloopt vóór datum van inschrijving (r.o. 8.4 en 8.5 van voornoemd arrest):
- a. Aanbestedingsprocedure voor een opdracht met een beperkte waarde waarop wordt ingeschreven door MKB'ers: een dergelijk vervalbeding lijkt in die situatie eerder niet toelaatbaar te zijn.
 - b. Aanbestedingsprocedure voor een grote opdracht waarop wordt ingeschreven door bedrijven met een zekere omvang: een dergelijk vervalbeding lijkt in die situatie eerder toelaatbaar te zijn. De kosten van een kort geding zijn dan in verhouding tot opdracht en omvang inschrijvers niet zo zwaar dat dit onoverkomelijk of disproportioneel moet worden geacht.
 - c. Aanbestedingsprocedure met subjectieve en daarmee minder goed controleerbare criteria: een dergelijk vervalbeding lijkt in die situatie eerder niet toelaatbaar te zijn. Indien er namelijk wordt getoetst aan subjectieve en daarmee minder goed controleerbare criteria zal de vrees bestaan dat een kort geding de verhoudingen onder druk zet en dat dit in een latere beoordeling zal kunnen doorwerken.
 - d. Aanbestedingsprocedure met objectief toetsbare en controleerbare beoordelingscriteria: een dergelijk vervalbeding lijkt in die situatie eerder toelaatbaar te zijn.
- 4.2.9. Aanbestedende diensten doen er in het kader van een effectieve rechtsbescherming goed aan bij het hanteren van een rechtsbeschermingsclausule de aard en omvang van de opdracht en, daarmee veelal samenhangend, de aard en omvang van de inschrijvers te betrekken.
- 4.2.10. Tot slot constateert de Commissie dat de rechtsverwerkingsclausule zoals in de onderhavige aanbestedingsprocedure is opgenomen (zie 1.5 hiervoor) zich ook uitstrekt tot een bodemprocedure. In beginsel lijkt het disproportioneel een clausule, die ertoe strekt dat bezwaren tegen een aanbesteding vóór inschrijving aan de rechter moeten worden voorgelegd, niet alleen betrekking te laten hebben op verval van het recht een kort geding aanhangig te maken, maar ook op verval van recht ten aanzien van een bodemprocedure. Kortom: hoe groter de reikwijdte van de rechtsverwerkingsclausule is, hoe eerder die clausule ontoelaatbaar kan zijn.

Beknopt oordeel

- 4.3. De Commissie is van oordeel dat de eis dat zowel gunning als afgeronde implementatie binnen de afgelopen drie jaar moeten hebben plaatsgevonden onnodig zwaar is en niet in redelijke verhouding staat tot de onderhavige opdracht. De Commissie verklaart de klacht **gegrond**.

Toelichting

- 4.3.1. Aanbesteder stelt dat hij mede op basis van mededelingen van de advocaat van ondernemer B (zie 1.3) heeft aangenomen dat er marktpartijen zijn die in de afgelopen drie jaar een SIS-applicatie in het MBO hebben geïmplementeerd en dat hij de kerncompetenties daarop heeft afgestemd.
- 4.3.2. Uit de brief van de advocaat van ondernemer B van 29 juni 2020 valt echter niet op te maken dat er toen marktpartijen waren die aan de gecombineerde referentie-eis van gunning én succesvolle implementatie konden voldoen. De brief spreekt immers enkel over de realisatie van succesvolle implementatie in de afgelopen drie jaar.
- 4.3.3. De vraag is of – nadat in vragen van ondernemers er nadrukkelijk op gewezen is dat alleen X aan de vereiste kerncompetenties kan voldoen – aanbesteder minder strenge eisen aan die kerncompetenties had moeten stellen, teneinde de opdracht open te stellen voor voldoende mededinging. Het was immers mogelijk dat door tijdverloop marktpartijen die aanvankelijk wel een recente implementatie hadden gedaan dat ten tijde van de aanbesteding niet meer recent genoeg hebben gedaan.
- 4.3.4. In dit verband wijst de Commissie op de verplichtingen die op aanbesteder rusten op grond van artikel 1.10 en 1.10a Aw 2012, welke artikelen ertoe verplichten uitsluitend eisen te stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht en verbieden de mededinging kunstmatig te beperken door bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen. De Commissie is van oordeel dat dit laatste artikel bovendien ertoe dient om elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst uit te bannen, zoals het Hof van Justitie EU heeft overwogen in het kader van het transparantiebeginsel in zijn arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta (HvJ EU 29 april 2004, C-496/99 P, r.o. 111).
- 4.3.5. Aanbesteder heeft eerst geprobeerd onderhands te gunnen aan X. Vervolgens is bij onderhavige aanbesteding slechts één inschrijving ontvangen (van X). Onder die omstandigheden, in combinatie met de stellingen van ondernemers, oordeelt de Commissie dat mogelijk sprake was van een onredelijke eis, althans dat bevoordeling van X en benadeling van andere ondernemers niet kan worden uitgesloten, wat strijdig is met artikelen 1.10 en 1.10a Aw 2012.

- *Waarom geen langere referentieperiode?*

- 4.3.6. Zoals aanbesteder aangeeft (zie 3.9), kan volgens de tekst op pagina 49 van de Gids Proportionaliteit gekozen worden voor een langere referentieperiode dan drie jaar "als er anders onvoldoende gegadigden zijn die aan de referentie-eisen kunnen voldoen." Aanbesteder stelt hierover: "Het is uiteindelijk aan de aanbestedende dienst om daar een besluit over te nemen." De Commissie is van oordeel dat die stelling op zich juist is, maar dat aanbesteder in dit geval onvoldoende aandacht lijkt te hebben besteed aan de doelmatigheid van het besluit te eisen dat zowel gunning van de opdracht alsook de afgeronde implementatie van het systeem binnen de afgelopen 3 jaren moet hebben plaatsgevonden.
- 4.3.7. Daarbij merkt de Commissie op dat een opdracht als de onderhavige niet eindigt met de implementatie, maar juist begint ná afronding van de implementatie omdat de leverancier zolang de applicatie in gebruik is ondersteuning zal moeten bieden, fouten moet herstellen, nieuwe functionaliteit zal moeten aanbrengen, enz. Dus ook na afronding van de implementatie zal de leverancier nog steeds ervaring opdoen met het ter beschikking stellen en actueel houden van een SIS-applicatie. Ook die ervaring is naar de mening van de Commissie relevant en dit kan dus een argument zijn om een langere referentieperiode dan drie jaar toe te staan.

4.3.8. In dit verband wijst de Commissie op de looptijd van maximaal 10 jaar van de overeenkomst (zie 1.5) met de mogelijkheid om het systeem "uit te breiden/nieuwe functionaliteiten af te nemen". Wanneer SIS-applicaties gedurende zulke lange looptijden in gebruik zijn, zullen nieuwe implementaties niet heel frequent plaatsvinden, wat een bijkomend argument kan zijn om een langere referentieperiode toe te staan.

- *Waarom combinatie met gunningsbeslissing in afgelopen drie jaar?*

4.3.9. De Commissie wijst erop dat artikel 2.93 lid 1, aanhef en onder a, Aw 2012 enkel spreekt over een lijst van in de afgelopen periode van ten hoogste drie jaar eerder verrichte leveringen of diensten.

4.3.10. De Commissie is van oordeel dat het vereisen van zowel een gunningsbeslissing als een afgeronde implementatie binnen die periode de mogelijkheid voor een ondernemer om zijn technische bekwaamheid aan te tonen beperkt en dat die beperking, indien de noodzaak daarvoor ontbreekt, in strijd kan komen met de wet.

4.3.11. Aanbesteder heeft naar het oordeel van de Commissie niet aannemelijk gemaakt dat het noodzakelijk is dat ook de gunningsbeslissing binnen de afgelopen drie jaar moet hebben plaatsgevonden.

4.3.12. De eis dat de gunning in de afgelopen drie jaar heeft plaatsgevonden is naar het oordeel van de Commissie een eis die onnodig en onredelijk is. Onnodig omdat de kern van de opdracht is het gedurende een groot aantal jaren beschikbaar stellen en actueel houden van een applicatie. Door te eisen dat het moment van gunning van de referentieopdracht in de afgelopen drie jaar plaats heeft gehad, worden opdrachten die langer geleden zijn gegund, maar nog steeds tot tevredenheid van de opdrachtgevers worden uitgevoerd, uitgesloten, wat naar het oordeel van de Commissie onredelijk is.

- *Slotsom*

4.3.13. De Commissie is van oordeel dat de eis dat zowel gunning als afgeronde implementatie binnen de afgelopen drie jaar moeten hebben plaatsgevonden onnodig zwaar is en niet in redelijke verhouding staat tot de onderhavige opdracht.

4.3.14. De klacht is derhalve **gegrond**.

5. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

6. Aanbeveling

Aanbestedende diensten doen er in het kader van een effectieve rechtsbescherming goed aan bij het hanteren van een rechtsbeschermingsclausule de aard en omvang van de opdracht en, daarmee veelal samenhangend, de aard en omvang van de inschrijvers te betrekken.

Den Haag, 27 augustus 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. drs. T.H. Chen

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid