

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 668 | Samenvatting

De klacht ziet op een functionele uitvraag onder een raamovereenkomst voor het leveren van een SaaS zegel ondertekendienst, inclusief implementatie.

Klachtonderdeel 1

Ondernemer klaagt dat aanbesteder een discriminatoir subgunningscriterium hanteert.

De Commissie oordeelt dat Subgunningscriterium Kwaliteit 1 – PKI Overheid niet verenigbaar is met artikel 1.8 Aw 2012. De voor aanbesteder relevante uitgangspunten van het PKIoverheid-certificaat hadden in de aanbestedingsstukken moeten worden opgesomd, of aanbesteder had moeten bepalen dat het bewijs van voldoen aan de relevante eisen van PKIoverheid met elk passend middel kon worden geleverd. Door uitsluitend het beschikbaar stellen van het PKIoverheid-certificaat beter te waarderen, wordt geen gelijke toegang geboden aan ondernemingen die een functioneel gelijkwaardige oplossing aanbieden. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom **gegrond**.

Klachtonderdeel 2

Ondernemer klaagt dat het gebruik van brokers bij een aanbesteding een oneigenlijke constructie is.

De Commissie oordeelt dat ondernemer onvoldoende documenten heeft aangedragen voor de inhoudelijke behandeling van dit klachtonderdeel. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegron**d.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 668

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 11 maart 2022 een Functionele Uitvraag (FU) gedaan onder de Raamovereenkomst Europese Aanbesteding Standaard Programmatuur 2019 (EASP-2019). De FU ziet op het leveren van een SaaS zegel ondertekendienst, inclusief implementatie.

Relevante passages

- 1.2. De via Negometrix gepubliceerde FU bevat, onder meer, de volgende passages:

'1.3 Opdracht

Omschrijving van de opdracht

1.3.1. De opdracht betreft het leveren van een SaaS zegel ondertekendienst, inclusief implementatie.

Voor de omvang van de opdracht gaan we uit van onderstaande kengetallen:

- Aantal identiteiten: maximaal 2 gekwalificeerde zegels en bijbehorend test-zegel
- Aantal zegel ondertekeningen: 3.000.000 - 6.000.000 per jaar
- Piek belasting: 5 per seconde

(...)

Huidige situatie

1.3.2. [Aanbesteder] werkt de openbare registers bij op basis van (elektronisch) ontvangen stukken (o.a. hypotheek- en overdrachtsakten). De aangeboden stukken worden door onder andere notarissen en gerechtsdeurwaarders voorzien van een gekwalificeerde persoonsgebonden handtekening. De notarissen en deurwaarders ondertekenen de stukken lokaal met een gekwalificeerd PKIoverheid beroeps-certificaat. PKIoverheid is de Public Key Infrastructure van de Nederlandse overheid. (...) De uitgaande retour berichten worden volledig automatisch voorzien van een ondertekening op basis van een gekwalificeerd zegel van het bestuursorgaan bewaarder.

(...)

Voor de zegel ondertekening maakt de ADSS Signing Creation Application (SCA) nu gebruik van Hardware Security Modules (HSM's) als 'bron' voor het automatisch ondertekenen van uitgaande berichten met het zegel van het bestuursorgaan Bewaarder. De HSM's zijn de Qualified signature/seal creation device (QSCD's) waarop de gegevens voor het aanmaken van elektronische zegels worden bewaard. In de huidige situatie worden de HSM's geheel door [Aanbesteder] beheerd.

(...)

[Aanbesteder] is voornemens deze interne HSM's te vervangen door een externe SaaS zegel ondertekendienst.

(...)

1.5 Gunningscriteria

Beoordelingsmethodiek kwaliteitscriteria

1.5.1. Instructies en vormvereisten

Voor het gunningscriterium Kwaliteit zijn een 5-tal sub-criteria opgesteld:

K1 - PKI Overheidscertificaat (10 punten)

K2 - Wensen (10 punten)

K3 - Implementatieplan (20 punten)

K4 - Ondersteuning en Service Level Agreement (20 punten)

K5 - Demo aansluiting testomgeving (40 punten)

Bij ieder kwaliteitscriterium staat beschreven waaraan uw uitwerking of demo moet voldoen en op welke onderwerpen de beoordelingscommissie beoordeelt. U beschrijft in het maximaal toegestane aantal woorden hoe u invulling geeft aan het gevraagde kwaliteitscriterium.

Het beoordelingsteam beoordeelt alle inschrijvingen volgens het consensusmodel. Dat houdt in dat elk lid van het beoordelingsteam een individuele beoordeling uitvoert en dat het beoordelingsteam in een bespreking op basis van deze individuele beoordelingen tot een gezamenlijke beoordeling komt van ieder onderdeel. Daarna vindt de weging plaats.

De beschrijving dient SMART te zijn weergegeven. Hiermee wordt bedoeld dat de beschrijving Specifiek, Meetbaar, Acceptabel, Realistisch en Tijdgebonden zijn. Naar mate een beoordelingsproduct beter aansluit aan de doelstellingen en meer SMART is weergegeven wordt deze als beter beoordeeld.

Voor de beoordeling van de antwoorden wordt een meetinstrument gehanteerd dat gebruik maakt van een vijftrap, behalve op het gunningscriterium K1 - PKI Overheidscertificaat en K2 Wensen. De volgende grondslag geldt als richtlijn voor het toekennen van de punten:

1 = 0% van de punten: In het geval dat door inschrijver géén beschrijving is gegeven.

2 = 25% van de punten: In het geval er door inschrijver een onvoldoende uitwerking wordt gegeven, of dat deze niet aansluit bij hetgeen verlangd wordt.

3 = 50% van de punten: Indien het beoordelingsteam de uitwerking voldoende passend beoordeelt en het voldoet aan het gestelde in de gunningscriteria zonder enige meerwaarde.

4 = 75% van de punten: Indien het beoordelingsteam de uitwerking ruim voldoende beoordeelt en wanneer aannemelijk is gemaakt dat het gestelde te realiseren is op de aangegeven wijze.

5 = 100% van de punten: Indien het beoordelingsteam de uitwerking volledig vindt aansluiten bij de wensen, het de verwachtingen zelfs overtreft en deze als uitstekend beoordeelt.

(...)

Sub-gunningscriterium Kwaliteit 1 - PKI Overheid

1.5.2. Indien u als leverancier geen PKI Overheidszegel beschikbaar stelt voor de zegel ondertekeningen krijgt u 0 punten. Indien u als leverancier een PKI Overheidszegel beschikbaar stelt voor de zegel ondertekeningen krijgt u 5 punten.

Indien u zowel een PKI Overheidszegel als een gekwalificeerd niet PKI Overheidszegel beschikbaar stelt in de zegel ondertekendienst krijgt u 10 punten.

U heeft van bovenstaande kennisgenomen en vinkt de van toepassing zijnde situatie aan in de tabel

- PKI Overheidszegels en een gekwalificeerd niet PKI Overheidszegel beschikbaar
- PKI Overheidszegel beschikbaar
- Geen PKI Overheidszegel beschikbaar'

1.3. Het bij de FU behorende Programma van Eisen bevat, onder meer, de volgende passages:

1. Programma van eisen

1.1 Inleiding

Elektronische vertrouwensdiensten zijn diensten die het vertrouwen in online transacties bij bedrijven en consumenten vergroten. Hiervoor geldt een Europees overheidsbesluit, de eIDAS verordening. Zo kunnen veilig online diensten worden afgenomen of zaken met overheden worden geregeld. Binnen Nederland en binnen de Europese Unie (EU).

[Aanbesteder] ondertekent [zijn] uitgaande berichten in het akten verwerkingsproces met elektronische zegels. Bij vertrouwensdiensten wordt onderscheid gemaakt tussen gekwalificeerde en niet-gekwalificeerde diensten. Aan het aanbieden van gekwalificeerde vertrouwensdiensten worden onder de eIDAS-verordening zwaardere eisen gesteld dan aan niet-gekwalificeerde diensten. Deze gekwalificeerde dienstverlening biedt daarom extra garanties. Dit programma van eisen gaat in op de gestelde eisen aan de eis die worden gesteld aan gekwalificeerde zegel ondertekendienst. De eisen inzake functionele geschiktheid van de SaaS zegelondertekendienst zijn hierna opgenomen.

1.2 Eisen ten aanzien van de functionele geschiktheid

Num- mer	Omschrijving
	<i>Vereisten t.a.v. functionaliteit automatische onderteke- nen met zegels</i>
(...)	(...)
FSS3.	De zegel ondertekeningdienst is (mede) gecertificeerd en voldoet aan de eIDAS vereisten voor het "unattended" geautomatiseerd zetten van gekwalificeerde eIDAS zegel ondertekeningen.

(...)

1.5 Eisen ten aanzien van leverancier

Num- mer	Omschrijving
(...)	(...)
LEV2.	De leverancier kan aantonen dat zij per 1 april 2022 in haar zegel ondertekendienst beschikt over gekwalificeerde zegels afkomstig van een QTSP die met de vertrouwensdienst "Qualified certificate for electronic seal" is opgenomen op EU vertrouwenslijst volgens Verordening (EU) Nr.

Num- mer	Omschrijving
---------------------	---------------------

910/2014.

- 1.4. Ondernemer heeft in een Negometrix-bericht van 22 maart 2022 (kennelijk ontvangen door aanbestedder op 25 maart 2022) geklaagd over verschillende aspecten van de uitvraag. Aanbestedder heeft op 30 maart 2022 op die klacht gereageerd. Op 1 april 2022 heeft ondernemer deze klacht ingediend bij de Commissie. De Commissie heeft de klacht in behandeling genomen als spoedklacht, omdat de termijn waarbinnen inschrijvingen kunnen worden ingediend nog niet is verstreken. Aanbestedder heeft op 15 april 2022 gereageerd op de klacht en heeft op verzoek van de Commissie besloten de aanbesteding op te schorten tot 5 werkdagen na ontvangst van het (voorlopige) oordeel van de Commissie.

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1. Klachtonderdeel 1

- 2.1.1. Ondernemer verkoopt en implementeert oplossingen van een 'eIDAS gecertificeerde Certificate Authority'. De oplossing die ondernemer verkoopt, kan volgens hem technisch, functioneel en concurrerend voldoen aan de gevraagde toepassing. Ondernemer stelt dat de uitvraag strijdig is met de eIDAS wet- en regelgeving op grond waarvan certificaten van alle eIDAS gecertificeerde Certificate Authorities zijn gelijkgesteld. Lidstaten zouden, volgens ondernemer, niet mogen discrimineren naar herkomst van de certificaten.
- 2.1.2. Aanbestedder kent in zijn aanbesteding in het kader van subgunningscriterium Kwaliteit 1 – PKI Overheid aan Nederlandse Certificaten (PKIoverheid) een betere score toe dan aan buitenlandse certificaten, waardoor de door ondernemer beoogde oplossing, naar zijn mening, wederrechtelijk wordt gediscrimineerd.
- 2.1.3. Aanbestedder stelt dat Logius (BZK) de PKIoverheidscertificaten beleidsmatig hoger waardeert en dat aanbestedder dit beleid heeft overgenomen. De argumentatie voor dit beleid is volgens ondernemer niet te verdedigen en hij vermoedt dat aan het beleid oneigenlijke voorkeuren ten grondslag liggen; in ieder geval wordt het beleid geenszins door eIDAS wetgeving gedragen.

2.2. Klachtonderdeel 2

Aanbestedder laat de onderhavige aanbesteding verrichten door 2 'brokers'. Ondernemer heeft de indruk dat de brokers het recht hebben verworven alle 'standaard software' te mogen leveren aan aanbestedder, ongeacht wat voor soort software en ongeacht voor welke toepassing de software is bedoeld. Ondernemer acht het gebruik van brokers bij een aanbesteding een oneigenlijke constructie.

3. Reactie aanbestedder

3.1. Klachtonderdeel 1

Eis is in lijn met eIDAS

- 3.1.1. Naar eigen zeggen, handelt aanbestedder niet in strijd met de 'eIDAS verordening' (Verordening 910/2014), omdat hij een *eis* stelt die daarmee in lijn is. Een aanbieder van een leverancier uit een andere lidstaat wordt het volgens aanbestedder niet onmogelijk gemaakt of verhinderd deel te nemen door de gestelde eis: elk

gekwalficeerd zegel kan worden aangeboden worden en meedingen naar de opdracht.

Subgunningscriterium is wens die verder gaat dan eIDAS, maar proportioneel

3.1.2. Aanbesteder verwijst naar randnummer 54 van de considerans bij de verordening:

'De grensoverschrijdende interoperabiliteit en erkenning van gekwalificeerde certificaten vormt een noodzakelijke voorwaarde voor grensoverschrijdende erkenning van gekwalificeerde elektronische handtekeningen. Derhalve dienen voor gekwalificeerde certificaten geen dwingende vereisten te gelden die strenger zijn dan de in deze verordening vastgestelde vereisten. Op nationaal niveau moet het evenwel mogelijk zijn specifieke kenmerken, zoals unieke identificatiegegevens, in gekwalificeerde certificaten te doen opnemen, mits die specifieke kenmerken de grensoverschrijdende interoperabiliteit en erkenning van gekwalificeerde certificaten en elektronische handtekeningen niet hinderen.'

3.1.3. Door een PKI overheidszegel te vragen als gunningscriterium en dus niet als 'dwingend vereiste' op te nemen, 'hindert' aanbesteder de grensoverschrijdende interoperabiliteit volgens hem niet. Aanbesteder spreekt slechts een *wens* uit om een product af te nemen met sterkere/strengere beveiligingseisen, zonder daarmee de interstatelijke markt te verhinderen deel te nemen aan deze aanbesteding, aldus aanbesteder. Aanbesteder stelt de wens een PKI overheidszegel te ontvangen om hem moverende redenen (mede als gevolg van door Logius vastgesteld beleid). Deze wens heeft de vorm gekregen van het hierboven (onder 1.2) geciteerde subgunningscriterium Kwaliteit 1 – PKI Overheid. Aanbesteder acht dit subgunningscriterium proportioneel en niet in strijd met enig beginsel van het aanbestedingsrecht, dan wel met de genoemde eIDAS verordening.

Marktpartijen kunnen toetreden tot PKIoverheid

3.1.4. Aanbesteder licht verder toe dat PKIoverheid een afsprakenstelsel is, dat is georganiseerd voor en door de Nederlandse staat, waarbij het beheer de facto door Logius (agentschap van Ministerie van BZK) wordt gedaan. Het stelsel bestaat uit regelgeving waaronder de eIDAS verordening maar stelt ook additionele eisen aan Trust Service Providers (hierna: TSP) die namens de overheid certificaten willen uitgeven. Het is, volgens aanbesteder, een publiek-private samenwerking en niet een gesloten systeem, waarmee PKIoverheid niet beperkend zou zijn ten opzichte van de eIDAS verordening. TSP kunnen ervoor kiezen om onderdeel uit te maken van PKIoverheid. Aanbesteder stelt dat daarvoor procedures beschikbaar zijn. Het gehanteerde is qua eisen breder dan slechts de eIDAS verordening.

Gewicht subgunningscriterium beperkt

3.1.5. Ten slotte stelt aanbesteder dat voor het subgunningscriterium 10 punten van de in de totaal 100 punten te behalen zijn en dat de prijs/kwaliteitverhouding is gezet op 50% / 50%. Het gewenste PKIoverheid is daarmee volgens aanbesteder geen doorslaggevend onderdeel om de opdracht te kunnen verwerven.

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. In de optiek van aanbesteder voert het te ver in deze procedure de rechtmatigheid van de Rijksbrede mantelovereenkomst EASP-2019 aan de orde te stellen. Tal van ZBO's, Ministeries en overige aanbestedende diensten enerzijds en een aantal brokers anderzijds maken, dag in, dag uit, gebruik van de mantelovereenkomst en hebben zich daaraan juridisch gebonden. De onderhavige dienstverlening valt als SaaS binnen de scope van de mantelovereenkomst en dus heeft aanbesteder, zijns

inziens, terecht gebruikt gemaakt van deze raamovereenkomst. Aanbesteder meent dat hij daarmee juist zijn (contractuele) verantwoordelijkheid richting de gecontracteerde brokers neemt.

4. Beoordeling

4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder onder de EASP-2019 een uitvraag heeft georganiseerd voor het leveren van een SaaS zegel ondertekendienst, inclusief implementatie. Op de procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (derde herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

4.2. Klachtonderdeel 1

4.3. Ondernemer klaagt dat aanbesteder een discriminatoir subgunningscriterium hanteert.

Beknopt oordeel

4.4. De Commissie oordeelt dat Subgunningscriterium Kwaliteit 1 – PKI Overheid niet verenigbaar is met artikel 1.8 Aw 2012. De voor aanbesteder relevante uitgangspunten van het PKIoverheid-certificaat hadden in de aanbestedingsstukken moeten worden opgesomd, of aanbesteder had moeten bepalen dat het bewijs van voldoen aan de relevante eisen van PKIoverheid met elk passend middel kon worden geleverd. Door uitsluitend het beschikbaar stellen van het PKIoverheid-certificaat beter te waarderen, wordt geen gelijke toegang geboden aan ondernemingen die een functioneel gelijkwaardige oplossing aanbieden. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom **gegrond**.

Toelichting

Toetsingskader

4.4.1. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt. Deze verplichting houdt naar het oordeel van de Commissie onder andere in dat de door een aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken opgenomen beoordelings- en gunningssystematiek de tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen gelijke toegang tot de opdracht moeten bieden. (zie Advies 396, overweging 5.8.1 en 5.8.2). In algemene zin moeten gunningscriteria het discriminatieverbod eerbiedigen (zie HvJ EU 17 september 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, r.o. 82).

Criterium is ontoelaatbaar

4.4.2. Analoog aan het oordeel van het Europese Hof in het Max Havelaar-arrest (HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, r.o. 93–97) oordeelt de Commissie dat Subgunningscriterium Kwaliteit 1 – PKI Overheid niet verenigbaar is met artikel 1.8 Aw 2012.

Keurmerk als gunningscriterium

4.4.3. In de Max Havelaar-zaak oordeelde het Europese Hof, samengevat, dat aan producten met een zeker keurmerk meer punten kunnen worden toegekend in het kader van een gunningscriterium, indien de uitgangspunten van het keurmerk zijn opgesomd of indien is bepaald dat een bewijs dat een product aan de criteria van een keurmerk voldoet met elk passend middel kan worden geleverd.

PKIoverheid als gunningscriterium

- 4.4.4. De Commissie overweegt dat, voor zover hier relevant, het toekennen van meer punten aan een PKIoverheid-certificaat in het kader van een gunningscriterium vergelijkbaar is met het toekennen van meer punten aan een keurmerk. De voor aanbestede relevante uitgangspunten van het PKIoverheid-certificaat hadden daarom in de aanbestedingsstukken moeten worden opgesomd, of aanbestede had moeten bepalen dat het bewijs van voldoen aan de relevante eisen van PKIoverheid met elk passend middel kon worden geleverd. Door uitsluitend het beschikbaar stellen van het PKIoverheid-certificaat beter te waarderen, wordt geen gelijke toegang geboden aan ondernemingen die een functioneel gelijkwaardige oplossing aanbieden.

Gering gewicht gunningscriterium

- 4.4.5. Daarbij is overigens niet relevant dat aanbestede, in eigen optiek, een gering gewicht heeft toegekend aan het betreffende subgunningscriterium. Ook een geringe bevoordeling of benadeling kan discriminatoir zijn. Bovendien kan het werkelijke gewicht van een subgunningscriterium achteraf groter blijken dan in eerste instantie kan worden gedacht op basis van percentages of scores genoemd in de aanbestedingsstukken, bijvoorbeeld indien inschrijvingen voor het overige dicht bij elkaar lagen en de overige subgunningscriteria daarom nauwelijks onderscheidend waren.

- 4.4.6. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **gegrond**.

4.5. Klachtonderdeel 2

- 4.6. Ondernemer klaagt dat het gebruik van brokers bij een aanbesteding een oneigenlijke constructie is.

Beknopt oordeel en toelichting

De Commissie oordeelt dat ondernemer onvoldoende documenten heeft aangedragen voor de inhoudelijke behandeling van dit klachtonderdeel. De Commissie verklaart dit klachtonderdeel **ongegron**d.

5. Advies

De Commissie verklaart het eerste klachtonderdeel **gegrond** en het tweede klachtonderdeel **ongegron**d.

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

Den Haag, 28 april 2022

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

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid