

Advies 682 | Samenvatting

Klacht

De klacht betreft een Europese openbare procedure voor een overeenkomst voor het beheer en support van een telefonieplatform. Ondernemer klaagt dat aanbesteder onvoldoende maatregelen heeft getroffen ter borging van het gelijke speelveld, omdat overige inschrijvers meer prijscomponenten moeten invullen dan de zittende aanbieder.

Beoordeling Commissie

De Commissie overweegt dat de enkele omstandigheid dat sommige inschrijvers migratiekosten moeten maken en andere niet, niet zonder meer maakt dat sprake is van een schending van het gelijke speelveld. In dit geval lijkt de vage omschrijving van de looptijd van de overeenkomst de verschillen tussen de inschrijvers op het punt van migratiekosten te kunnen vergroten. Omdat de Commissie niet kan vaststellen welke maatregelen aanbesteder heeft getroffen ter borging van het gelijke speelveld, kan de Commissie niet beoordelen of die maatregelen afdoende zijn. De Commissie **staakt de behandeling** van de klacht.

In dit advies licht de Commissie in overweging 4.8 toe waarom geen aanvullende informatie bij partijen is opgevraagd.

Tevens maakt de Commissie onder 4.9 t/m 4.11 nog een overweging ten overvloede ten aanzien van de vage bepaling van de looptijd van de overeenkomst. Onder 4.12 en 4.13 bespreekt de Commissie ten overvloede de disproportionele rechtsbeschermingsbepaling die is opgenomen in de aanbestedingsstukken.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 682

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 25 augustus 2022 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een Overeenkomst met één ondernemer voor het beheer en support van een telefonieplatform.
- 1.2. In de Aanbestedingsleidraad van 25 augustus 2022 is, onder meer, het volgende bepaald:

1.2 Aan te besteden opdracht

De doelstelling van de aan te besteden opdracht is het voorzien in doorlopende hosting, beheer, support en software assurance van het bestaande platform voor vaste telefonie.

1.2.1 Doelstelling van de opdracht

De aan te besteden opdracht wordt als volgt gedefinieerd:

- Migratie (indien nodig) en hosting van het bestaande telefonieplatform [naam huidige telefonieplatform];
- Technisch beheer en derdelijns support op het bestaande telefonieplatform;
- Optreden als Single Point of Contact bij alle storingen op het gebied van vaste telefonie;
- Software Assurance en technische ondersteuning van [naam huidige telefonieplatform].

De licentie voor de [naam huidige telefonieplatform] oplossing is in bezit van [aanbesteder].

1.2.2 Omvang van de aan te besteden opdracht

De omvang van de opdracht is circa € 45.000 exclusief btw per jaar.

(...)

1.2.6 Te sluiten overeenkomst

De aanbesteding leidt tot een overeenkomst voor opdracht met een looptijd van een jaar. Daarna wordt de overeenkomst voortgezet voor onbepaalde duur, met voor opdrachtgever de mogelijkheid de overeenkomst tussentijds te beëindigen met een tussentijdse opzegtermijn van een maand.

In de praktijk zal de overeenkomst maximaal één of twee jaar doorlopen na het initiële contractjaar. [Aanbesteder] beraadt zich op een nieuwe oplossing voor telefonie.

(...)

2.2 Toepasselijke procedure

Op basis van de Aanbestedingswet en het inkoopbeleid van [aanbesteder] wordt een Europese aanbestedingsprocedure gestart.

Op basis van de Aanbestedingswet wordt een openbare procedure gevolgd.

(...)

2.6 Onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken

Dit document is met zorg opgesteld. Toch kunnen er onduidelijkheden, onvolkomenheden of tegenstrijdigheden in dit document voorkomen. Potentiële inschrijvers melden deze z.s.m. bij de aanbestedende dienst via de vragenmodule van TenderNed. De sluitingsdatum voor het melden van onduidelijkheden, onvolkomenheden, tegenstrijdigheden en het stellen van vragen over dit aanbestedingsdocument en bijbehorende documenten is in de planning aangegeven. Na deze termijn is het niet meer mogelijk vragen in te dienen.

Is uw vraag niet voldoende of naar tevredenheid behandeld? Dan maakt inschrijver dit voor het verstrijken van de inschrijftermijn kenbaar bij de contactpersoon van deze aanbesteding. Doet inschrijver dit niet, dan vervalt het recht om eventuele schendingen van het (aanbestedings-)recht, voor zover daarvan sprake zou zijn in de aanbestedingsdocumenten, door de rechter te laten toetsen en worden de inschrijvers geacht onverkort en onvoorwaardelijk met de inhoud van die documenten te hebben ingestemd.

Is de inschrijftermijn verstreken? Dan is het niet meer mogelijk om vragen te stellen of klachten in te dienen over eventuele onrechtmatigheden in de aanbestedingsdocumenten.

Na de inschrijftermijn verwerpen (potentiële) inschrijvers het recht om bezwaar te maken tegen eventuele schendingen van (aanbestedings-) recht.

Door een inschrijving te doen gaat inschrijver akkoord met de eisen en voorwaarden zoals beschreven in de aanbestedingsdocumenten.

De Aanbestedende dienst is op geen enkele wijze aansprakelijk voor de gevolgen van eventuele onduidelijkheden, onvolkomenheden of tegenstrijdigheden in de aanbestedingsdocumenten.

(...)

2.15 Klachten

Klachten over deze aanbesteding kunnen worden gericht aan de contactpersoon voor klachten in deze aanbesteding.

Naam: Klachtenmeldpunt [aanbesteder]

Emailadres: inkoop@[aanbesteder].nl

(...)

4.1 Eisen ten aanzien van de opdracht

Deze paragraaf bevat de uitvoeringseisen ten aanzien van de opdracht. De eisen staan in relatie tot de opdracht. Inschrijver moet aan alle eisen voldoen.

(...)

Hosten van de oplossing

3. De oplossing is en blijft gehost in een datacenter bij [naam huidige telecom-provider], in verband met de verbindingen die [aanbesteder] bij [naam huidige telecom-provider] gecontracteerd heeft. Migreren naar een andere server in het datacenter is mogelijk.

(...)

De SLA

(...)

7. Het vervangen van hardware ten behoeve van de hosting is onderdeel van de opdracht voor hosting. De in het datacenter in te zetten apparatuur blijft eigendom van Opdrachtnemer. Vervangende apparatuur op locaties van Opdrachtgever wordt aangeschaft en betaald door Opdrachtgever, en geïnstalleerd en werkend opgeleverd door Opdrachtnemer.

(...)

5.4 Beoordeling van prijs

(...)

Prijselement	Eenheid	prijs	Weging
Migratie van de oplossing binnen het datacenter	Prijs eenmalig		1
Hosting van de oplossing	Prijs per jaar (prijs per maand is 1/12 deel van een jaar)		2
Technisch beheer en support conform SLA	Prijs per maand op basis van de opgegeven contractduur		24
Software assurance voor de bestaande oplossing	Prijs per jaar (prijs per maand is 1/12 deel van een jaar)		2
Tarief netwerk engineer	Per uur, voor werkzaamheden die niet in de SLA zitten		20
Tarief consultant	Per uur, voor werkzaamheden die niet in de SLA zitten		20
Voorrijdkosten	Per uur, voor werkzaamheden die niet in de SLA zitten		10
Remote werkzaamheden	Per half uur, voor werkzaamheden die niet in de SLA zitten		100

(...)

5.5 Rangschikking

Prijs	Kwaliteit
70%	30%

De totale scores van de inschrijvingen worden gerangschikt van hoog naar laag. De scores voor prijs en kwaliteit opgeteld bepalen de totaalscore.

(...)

1.3. In de Nota van Inlichtingen 1 van 13 september 2022 en de Nota van Inlichtingen 2 van 20 september 2022 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.3.1. Vraag 1 Nota van inlichtingen 1: 'Kunt u ons voorzien van een email of bericht waarin [aanbesteder] aangeeft dat Inschrijvers gemachtigd zijn alle relevante [naam huidige telefonieplatform] gegevens op te vragen bij fabrikant [naam huidige telefonieplatform]? Op dat moment is een actueel overzicht beschikbaar van aantallen en type licenties, inclusief software-releases. Ook kunnen we dan zien of Software Assurance actief is en tot wanneer deze geldig is. Indien dit niet mogelijk is, kunt u alle actuele aantallen, type licenties, software release en software assurance informatie met ons delen?'

Antwoord: 'Wij denken dat we alle informatie verstrekt hebben. Software assurance loopt af met het einde van het contract. Indien specifieke informatie essentieel is horen we dat graag in de vragen voor de tweede nota'.

1.3.2. Vraag 7 Nota van Inlichtingen 1: 'Wordt op dit moment gebeld via de huidige [naam huidige telefonieplatform] Partner en ontvangt u hiervoor maandelijks een factuur of ontvangt u de kosten van het maandelijks abonnement inclusief verbruik rechtstreeks van de Operator?'

Antwoord: 'Van onze huidige [naam huidige telefonieplatform] partner ontvangen wij een factuur voor de afgesloten SLA, de [naam huidige telefonieplatform] Software assurance en de [naam huidige telefonieplatform] Hosting. Voor de eerste twee is dat een jaar factuur. De laatste is op basis van een maandelijks facturatie. Van de telefonie operator krijgen wij iedere maand een factuur tbv Local access, Voip connect en VPN'.

1.3.3. Vraag 8 Nota van Inlichtingen 1: 'Worden de huidige vaste kosten van het Datacenter in rekening gebracht door de huidige [naam huidige telefonieplatform] Partner of worden deze in rekening gebracht door [naam telecomprovider]?'

Antwoord: 'Van onze huidige [naam huidige telefonieplatform] partner ontvangen wij een factuur voor de afgesloten SLA, [naam huidige telefonieplatform] Software assurance en de [naam huidige telefonieplatform] Hosting. Voor de eerste twee is dat een jaar factuur. De laatste is op basis van een maandelijks facturatie. Van de telefonie operator krijgen wij iedere maand een factuur tbv Local access, Voip connect en VPN'.

1.3.4. Vraag 10 Nota van Inlichtingen 1: 'Op welke hardware draait de bestaande omgeving in het [naam telecomprovider] Datacenter?'

Antwoord: 'VMware - In datacenter huidige leverancier'.

- 1.3.5. Vraag 22 Nota van Inlichtingen 1: 'Het is inschrijver nog niet helemaal duidelijk hoe het hosten van de [naam huidige telefonieplatform] oplossing nu precies is vormgegeven.
In 4.1.3 staat dat de [naam huidige telefonieplatform] oplossing draait in een datacenter bij [naam telecomprovider].
Vraag: Kan Aanbestedende dienst wat uitvoeriger uiteenzetten hoe de hosting nu precies is geregeld?

Toelichting en vraag:

Uit 4.7 SLA interpreteert inschrijver dat de servers eigendom zijn van aanbestedende dienst en wordt er bij [naam telecomprovider] rackspace gehuurd?

Vraag: Is deze aanneming juist en factureert de huidige beheerpartij de hostingkosten (rackspace, stroom, etc) bij [naam telecomprovider] aan aanbestedende dienst'.

Antwoord: 'Zie antwoord vraag 7 en 8'.

- 1.3.6. Vraag 31 Nota van inlichtingen 2: 'Omdat de servers eigendom zijn van de huidige leverancier is het van belang dat inschrijver beschikking krijgen over copy's van alle virtuele machines en de snapshots van de servers op het moment van de transitie naar de inschrijver. Inschrijver stelt deze vraag in het kader van een gelijk speelveld. Kan opdrachtgever aangeven of deze aan inschrijver ter beschikking worden gesteld?'

Antwoord: 'Ja'.

- 1.3.7. Vraag 32 Nota van inlichtingen 2: 'Mag de huidige leverancier ook een inschrijving doen? Inschrijver stelt deze vraag in het kader van een gelijk speelveld, omdat huidige leverancier (waarschijnlijk) geen nieuwe servers hoeft te implementeren waardoor de eenmalige onboardingskosten altijd lager zouden (kunnen) zijn. Kan opdrachtgever hier een toelichting op geven?'

Antwoord: 'De huidige leverancier kan inschrijven. Het is mogelijk dat hij lagere kosten heeft. Een van de doelstellingen van het aanbestedingsrecht is dat publieke middelen doelmatig besteed worden. Om die reden gaan we niet verplichten alles te vervangen, ook als dat niet nodig is'.

- 1.3.8. Vraag 33 Nota van inlichtingen 2: 'De servers waar de huidige [naam huidige telefonieplatform] omgeving op draait zijn dus eigendom van de huidige leverancier. Dit betekent dat inschrijver een nieuwe virtuele omgeving moet bouwen om de [naam huidige telefonieplatform] omgeving van de opdrachtgever te kunnen hosten. Inschrijver dient deze servers als onderdeel van de dienst te realiseren en te verdisconteren in de hostingkosten, zoals beantwoord in antwoord 7 en 8. Is deze interpretatie juist?'

Antwoord: 'Ja'.

- 1.4. In de gunningsbeslissing van 11 oktober 2022 is, onder meer, het volgende opgenomen:

'In de onderstaande tabel staan de scores weergegeven.

Onderdeel gunningscriterium	Maximale score	Score [ondernemer]	Score [winnaar]
Vraag 1	30,00	22,50	22,50
Prijs	70,00	62,89	70,00
Totaal	100,00	85,39	92,50

Uw inschrijving is gerangschikt op de tweede plaats.

(...)

U bent in de gelegenheid om tot en met 31 oktober 2022 bezwaar aan te tekenen tegen ons besluit. Bezwaar aantekenen kan bij de Commissie van Aanbestedings-experts, te bereiken via: Commissie van Aanbestedingsexperts p/a Pianoo Postbus 20401 (ALP K/040) 2500 EK Den-Haag
Ook kan bezwaar worden gemaakt door starten van een kort geding bij de Recht-bank te Utrecht.

U wordt verzocht de contactpersoon van Aanbestedende dienst te informeren over het aantekenen van bezwaar. Contactpersoon is [naam aanbesteder] van [aanbesteder], bereikbaar via [post@\[aanbesteder\].nl](mailto:post@[aanbesteder].nl).

Indien u ervoor kiest bezwaar aan te tekenen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts en tegelijkertijd een kort geding aanspant, adviseren wij u de Voorzeningenrechter te verzoeken het kort geding aan te houden totdat de Commissie van Aanbestedingsexperts uitspraak heeft gedaan.'

- 1.5. Vervolgens heeft ondernemer op 12 oktober 2022 per mail een reactie op de gunningsbeslissing gegeven aan aanbesteder waarin, onder meer, het volgende is opgenomen: '(...)

Is het correct dat [huidige opdrachtnemer] haar dienstverlening op dezelfde locatie, in het datacenter van [naam telecomprovider], voorzet?

Afhankelijk van het antwoord zal [ondernemer] zich beraden om tegen de voorgenomen gunning bezwaar te maken.
Inzake de doorlooptijd van de bezwaarperiode zien wij deze vraag dan ook binnen een korte termijn beantwoord'.

- 1.6. Aanbesteder heeft op deze mail op 12 oktober 2022 gereageerd waarin, onder meer, de volgende informatie is opgenomen:

'Wij hebben [naam winnaar] niet gevraagd of zij het datacenter van waaruit zij hun diensten gaan verlenen gaan vervangen. Wij hebben op die vraag dan ook geen antwoord. [Naam winnaar] zal aan alle eisen moeten voldoen en dat is wat ons betreft afdoende. De eis om de oplossing in het datacenter van [naam telecomprovider] te hosten hebben wij laten vervallen en we hebben daar dan ook geen invloed meer op.'

- 1.7. Ondernemer heeft hierop dezelfde dag per mail een reactie gegeven waarin, onder meer, de volgende informatie is opgenomen:

'[Ondernemer] doelt in haar vraag niet op vervanging van hardware maar op de eenmalige implementatie, toen nog in het datacenter van [naam telecomprovider], dus uren die gemaakt moeten worden om de omgeving van [aanbesteder] te kunnen laten draaien.'

- 1.8. Op deze reactie heeft aanbesteder op 18 oktober 2022 per mail als volgt gereageerd:

'Wij hebben door toe te staan de diensten vanuit een ander datacenter dan vooraf bedacht een gelijk speelveld gecreëerd waar dat eerder mogelijk verstoord was. De niet beschikbaarheid van ruimte in het datacenter van [naam telecomprovider] was ons niet bekend op het moment dat we de opdracht publiceerden. Blijkend uit het aantal inschrijvingen hebben we het, door aanpassing van die eis, verschillende partijen mogelijk gemaakt een inschrijving te doen. Daaruit blijkt dat uiteindelijk een gelijk speelveld is ontstaan. Het creëren van een gelijk speelveld houdt in dat we geschikte inschrijvers de mogelijkheid geven in te schrijven. Het betekent niet dat we voordelen die inschrijvers kunnen bieden allemaal moeten wegnemen.

Zoals eerder gesteld is het verhuizen naar een ander datacenter [anders – CvAE] dan eerder voorgeschreven geen eis geweest in de aanbesteding. We gaan daarover dan ook geen verantwoording afleggen aan afgewezen inschrijvers.'

- 1.9. Op 18 oktober 2022 heeft ondernemer een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 2 hierna).
- 1.10. Aanbesteder heeft op 15 november 2022 een reactie op de klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 3 hierna).

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

2.1. Klacht

Een van de aspecten van het gelijkheidsbeginsel, het level playing field, is onvoldoende geborgd door aanbesteder.

- 2.1.1. 'De huidige leverancier heeft een bevoordeelde positie omdat zij als enige in het huidige datacenter de dienstverlening kan verrichten (blijven voortzetten). Andere ondernemers dan de huidige leverancier moeten drie extra prijscomponenten invullen om de dienstverlening te kunnen gaan verrichten, te weten:

1) Huidige leverancier hoeft geen inspanningen te verrichten voor eenmalige onboarding kosten van de dienstverlening (ongeacht welk datacenter);

2) Huidige leverancier hoeft geen inspanningen te verrichten voor de verhuizing van de [naam telecomprovider] infrastructuur;

3) Huidige leverancier hoeft geen kosten door te berekenen die [naam telecomprovider] eenmalig in rekening brengt voor de verhuizing van de infrastructuur.'

- 2.1.2. 'Het is de verplichting van de aanbestedende dienst om in dit kader passende maatregelen te treffen als sprake is van een reëel risico dat het gelijke speelveld wordt verstoord.' Naast het voordeel dat de huidige leverancier al een kennisvoorsprong heeft omdat zij de omgeving kent, wordt dit vermeerderd met de onder 2.1.1. genoemde drie extra voordelen t.o.v. andere inschrijvers.'

- 2.1.3. Ondernemer hecht er ten slotte aan om te benadrukken dat 'om inschrijvers prijstechnisch gelijkwaardig te kunnen beoordelen het niet zo kan zijn dat een inschrijver drie prijscomponenten (zie 2.1.1.) niet heeft t.o.v. de andere inschrijvers. Dat is per definitie ongelijk en kan niet anders dan leiden tot de Economisch Meest Voordelige Inschrijving.'

3. Reactie aanbesteder

- 3.1.1. 'Het is juist dat de zittende leverancier, als gevolg van zijn kennis van aanbesteder en het gegeven dat hij beschikt over capaciteit in het datacenter mogelijk een voordeel heeft ten opzichte van nieuwe inschrijvers. Het kennisvoordeel is weggenomen door alle relevante informatie zoveel mogelijk op voorhand en als antwoord op vragen in de nota's te delen met de markt.'
- 3.1.2. 'In het aangepaste prijzenblad is tevens ruimte gegeven aan inschrijvers om de kosten voor migratie en het opnieuw realiseren van verbindingen op te nemen. Daarmee is voor potentiële inschrijvers die nog geen capaciteit beschikbaar hebben in het aangewezen datacenter, de mogelijkheid gecreëerd om in te schrijven en is er een gelijk speelveld gecreëerd. Ook inschrijvers die nog geen capaciteit hebben in het genoemde datacenter kunnen immers inschrijven en ook de kosten die eerder niet in het prijzenblad waren opgenomen opgeven.'
- 3.1.3. Aanbesteder stelt dat het verder wegnemen van het mogelijke voordeel van het beschikken over capaciteit in het datacenter waar de benodigde verbindingen al beschikbaar zijn, niet mogelijk is. Een kostencomponent die voor inschrijvers mogelijk verschillend is buiten beschouwing te laten werkt strategisch inschrijven in de hand. Door een prijscomponent in zo'n situatie niet te beoordelen is het voor inschrijvers immers mogelijk een groot deel van de kosten op die post te laten rusten om de prijzen voor overige elementen, die wel in het oordeel voor de prijs betrokken worden, te verlagen. Daarmee wordt de opdracht mogelijk niet gegund aan de economisch meest voordelige inschrijving. Daarnaast leert de ervaring dat er inschrijvers zijn die op een dergelijke post, die dus niet in de beoordeling betrokken wordt, enorm hoge en ongefundeerde bedragen opgeven, zonder dat aanbesteder iets kan doen, anders dan betalen.'
- 3.1.4. 'Het fictief optellen van een bepaald bedrag bij de inschrijfprijs van de zittende leverancier leidt tot ongelijke behandeling van inschrijvers en ook het verplichten van alle inschrijvers om over te stappen naar een ander datacenter leidt mogelijk tot het ongelijk behandelen van inschrijvers. Een inschrijver die al zijn activiteiten heeft geconcentreerd in één datacenter, dat toevallig het datacenter is dat aanbesteder uitsluit omdat de zittende leverancier er gebruik van maakt, zou niet in staat worden gesteld in te schrijven, of hij nu wel of niet de zittende leverancier is.'
- 3.1.5. Vervolgens erkent Aanbesteder dat er (vrijwel altijd) een verschil bestaat in de uitgangssituatie van inschrijvers. Dat geldt ook bij de onderhavige aanbesteding. Aanbesteder hecht er echter aan om te benadrukken dat de verschillen tussen inschrijvers waarop aanbesteder invloed had, zoveel als mogelijk weggenomen zijn (zie 3.1.1 en 3.1.2).
- 3.1.6. Ten slotte geeft aanbesteder aan dat 'het aanbestedingsrecht doelmatige besteding van publieke middelen tot doel heeft, waarbij inschrijvers een eerlijke kans moeten krijgen op een overheidsopdracht. Die doelstelling is gediend met een

goede voorbereiding en uitvoering van de aanbesteding. Het gegeven dat verschillende inschrijvers als gevolg van keuzes in het verleden verschillende voor of nadelen ondervinden bij een aanbesteding doet daar niets aan af.'

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 25 augustus 2022 een Europees openbare procedure 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 (3^e herziene versie, 1 januari 2022).
- 4.2. Ondernemer klaagt dat aanbesteder onvoldoende maatregelen heeft getroffen ter borging van het gelijke speelveld, omdat overige inschrijvers meer prijscomponenten moeten invullen dan de zittende aanbieder.

Beknopt oordeel

- 4.3. De Commissie overweegt dat de enkele omstandigheid dat sommige inschrijvers migratiekosten moeten maken en andere niet, niet zonder meer maakt dat sprake is van een schending van het gelijke speelveld. In dit geval lijkt de vage omschrijving van de looptijd van de overeenkomst de verschillen tussen de inschrijvers op het punt van migratiekosten te kunnen vergroten. Omdat de Commissie niet kan vaststellen welke maatregelen aanbesteder heeft getroffen ter borging van het gelijke speelveld, kan de Commissie niet beoordelen of die maatregelen afdoende zijn. De Commissie **staakt de behandeling** van de klacht.

Toelichting

Vooraf – vervallen eis en aangepast prijzenblad

- 4.4. De Commissie heeft de indruk dat eis 3, op grond waarvan de aangeboden oplossing zou moeten worden gehost in het huidige datacenter, op enig moment is komen te vervallen. Beide partijen refereren aan de wijziging van de eis (zie 1.6, 1.7 en 1.8). Wanneer de eis is gewijzigd en op welke wijze aanbesteder daarover heeft gecommuniceerd, kan door de Commissie niet worden vastgesteld. De eis lijkt voorafgaand aan de datum van inschrijving te zijn vervallen. De Commissie heeft niet onderzocht of de geëcarteerde eis maakt dat sprake is van een wezenlijk gewijzigde opdracht, bijvoorbeeld door een wijziging van de kring van geadigden. Een rectificatie of nieuwe aankondiging van de opdracht is niet aan de Commissie verstrekt.
- 4.5. Daarnaast begrijpt de Commissie dat een wijziging zou zijn aangebracht in het prijzenblad. Het is de Commissie niet duidelijk wat de inhoud is van die wijziging.
 - 4.5.1. Het door ondernemer ingediende prijzenblad komt exact overeen met de tabel die is opgenomen onder 5.4 van de Aanbestedingsleidraad van 25 augustus 2022 (zie 1.2 bovenstaand).
 - 4.5.2. In eis 3 was oorspronkelijk bepaald dat de oplossing enkel kon worden gemigreerd *binnen* het huidige datacenter. Het prijzenblad sloot aan op die – kennelijk vervallen – eis. De tabel uit de Aanbestedingsleidraad en het daaraan identieke prijzenblad dat ondernemer heeft ingediend, bevatten het prijselement 'Migratie van de oplossing binnen het datacenter'. Na het vervallen van de eis zou dat

prijselement in het prijzenblad aanpassing behoeven: migratie zou vanaf dat moment immers ook naar een locatie *buiten* het huidige datacenter kunnen plaatsvinden.

- 4.6. De Commissie veronderstelt dat eis 3 voorafgaand aan inschrijving is vervallen en dat de aanpassing in het prijzenblad eveneens voorafgaand aan inschrijving heeft plaatsgevonden. Uit de stellingen van partijen en uit de ter hand gestelde stukken kan de Commissie niet afleiden wanneer en op welke wijze het prijzenblad is aangepast. Denkbaar is dat inschrijvers is toegestaan de post 'Migratie van de oplossing binnen het datacenter' betrekking te laten hebben op kosten van migratie buiten het datacenter. Ook denkbaar is een verandering in de weging van de verschillende posten, of de opname van een aanvullende post. Welke aanpassing ook is doorgevoerd, het door ondernemer ingediende prijzenblad is identiek aan de tabel die is opgenomen onder 5.4 van de Aanbestedingsleidraad.

Gevolg onduidelijkheid wijzigingen

- 4.7. In de kern klaagt ondernemer dat de maatregelen die aanbesteder heeft getroffen ter borging van het gelijke speelveld niet afdoende zijn. Omdat de Commissie niet kan vaststellen op welke wijze het prijzenblad is aangepast, kan zij niet beoordelen welke maatregelen aanbesteder heeft getroffen. Daarmee kan de Commissie niet beoordelen of die maatregelen al dan niet afdoende zijn. De Commissie ziet zich daarom genoodzaakt de behandeling van de klacht te **staken**.

Geen aanvullende informatie opgevraagd door de Commissie

- 4.8. De Commissie licht toe waarom zij geen aanvullende informatie heeft opgevraagd bij ondernemer of aanbesteder over de aanpassing van het prijzenblad.
- 4.8.1. In artikel 10 lid 8 van haar Reglement is bepaald dat de Commissie aanvullende informatie kan opvragen:
- 'De Commissie kan aanvullende informatie opvragen bij de klager en/of de beklagde. Het is echter de verantwoordelijkheid van partijen om uit eigen beweging die informatie aan de Commissie te verstrekken die van belang kan zijn bij de klachtbehandeling.'
- 4.8.2. De Commissie maakt met de grootst mogelijke terughoudendheid gebruik van die bevoegdheid. Een objectief kader voor het opvragen van aanvullende informatie door de Commissie ontbreekt, waardoor de Commissie de schijn van willekeur tegen kan hebben indien zij bij de behandeling van de ene klacht wel informatie opvraagt en bij een andere klacht niet.
- 4.8.3. Bovendien acht de Commissie in voorkomend geval noodzakelijk dat zowel ondernemer als aanbesteder de mogelijkheid krijgt zich uit te laten over de verschaftte aanvullende informatie. Het toestaan van aanvullende uitlatingen gedurende de behandeling, verhoudt zich slecht met de snelle en laagdrempelige behandeling van klachten die de Commissie zich ten doel stelt (artikel 2 lid 1 Reglement – de Commissie realiseert zich overigens dat in dit geval geen sprake is geweest van snelle behandeling).
- 4.8.4. In de regel behandelt de Commissie de klacht dan ook aan de hand van de door partijen verstrekte informatie – zoals hier is gedaan – en vraagt zij in beginsel geen aanvullende informatie op.

Ten overvloede: vage bepaling looptijd

- 4.9. In dit geval acht de Commissie onduidelijk binnen welke tijd de migratiekosten kunnen worden terugverdiend. Aanbesteder gunt een overeenkomst met een looptijd van een jaar die daarna wordt voortgezet voor onbepaalde duur en door aanbesteder maandelijks opzegbaar is. In het Aanbestedingsdocument heeft aanbesteder aanvullend opgemerkt dat de overeenkomst in de praktijk maximaal één of twee jaar zal doorlopen na het initiële contractjaar. Aanbesteder tracht aldus enerzijds de mogelijkheid open te laten de opdracht voor onbepaalde tijd aan te gaan en anderzijds te verduidelijken dat de overeenkomst een maximale looptijd heeft van drie jaar.
- 4.9.1. Nog afgezien van de overige kanttekeningen die zich hierbij laten plaatsen, overweegt de Commissie dat deze vage omschrijving van de looptijd van de overeenkomst de gelijkheid van het speelveld nadelig kan beïnvloeden en ervoor kan zorgen dat wordt gegund aan een ondernemer waarvan achteraf blijkt dat hij niet de beste prijs-kwaliteitverhouding heeft geboden.
- 4.9.2. Inschrijvers die *wel* migratiekosten moeten maken, zullen op basis van de omschrijving van de looptijd rekenen met een terugverdienperiode van de migratiekosten van maximaal drie jaar. Dat leidt tot het offeren van (hogere) migratiekosten. Zouden de migratiekosten over een langere periode kunnen worden terugverdiend, dan zouden de kosten immers over vele jaren kunnen worden 'uitgesmeerd'. Het is denkbaar dat een inschrijver die migratiekosten moet maken – bezien over een langere looptijd – goedkoper is dan een inschrijver die geen migratiekosten moet maken, maar minder kans heeft op gunning, omdat hij zich genooddaakt zag relatief hoge migratiekosten op te voeren vanwege de beperkte verwachte looptijd. De vage bepaling over de looptijd kan het verschil tussen inschrijvers die *wel* en inschrijvers die *geen* migratiekosten hoeven te maken dus groter maken dan zij werkelijk is.
- 4.10. Het verschil tussen het wel en niet rekenen van migratiekosten lijkt hier hoe dan ook relatief groot, getuige de stelling van aanbesteder dat 'de verschillen tussen inschrijvers op de verschillende kostencomponenten erg groot zijn' en de omvang van de post 'migratie van de oplossing' ten opzichte van de totaalprijs van ondernemer: meer dan 9% van de door hem geboden totaalprijs. Het verschil tussen de totaalprijs van ondernemer en de winnaar (de zittende aanbieder) laat zich berekenen aan de hand van de gehanteerde prijsformule en bedraagt minder dan 7% van de door ondernemer aangeboden totaalprijs.
- 4.11. De Commissie overweegt dat, voor zover zij kan vaststellen, aanbesteder onvoldoende oog lijkt te hebben gehad voor de ongelijkheid die de vage bepaling van de looptijd in de hand kan werken. De Commissie kan zich in ieder geval voorstellen dat de vage bepaling van de looptijd in het voordeel is van de zittende aanbieder en in het nadeel van nieuwe aanbieders. Dat kan niet tot gegrondheid van de klacht leiden, omdat de Commissie niet kan vaststellen welke maatregelen aanbesteder heeft getroffen ter borging van het gelijke speelveld en daarom niet kan beoordelen of die maatregelen afdoende zijn.

Ten overvloede: disproportionele beperking rechtsbescherming

- 4.12. Hoewel daarover niet is geklaagd, merkt de Commissie op dat aanbesteder onder 2.6 van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 bovenstaand) de mogelijkheid tot

rechtsbescherming disproportioneel beperkt. Pagina 70 van de Gids Proportionaliteit bevat de volgende passage over bepalingen die de mogelijkheid van rechtsbescherming beperken:

'Een bepaling in de aanbestedingsdocumentatie die de mogelijkheid tot rechtsbescherming dan wel het aanhangig maken van een (bodem-)procedure onredelijk beperkt is disproportioneel.'

- 4.13. Onder 2.6 van de Aanbestedingsleidraad is bepaald dat (potentiële) inschrijvers het recht bezwaar te maken tegen eventuele schendingen van (aanbestedings-)recht na de inschrijftermijn verwerken. Na de inschrijftermijn verwerken (potentiële) inschrijvers dus niet alleen het recht in kort geding op te komen tegen een gunningsbeslissing, maar ook het recht in een bodemprocedure een eventuele schending van (aanbestedings-)recht aan de kaak te stellen. Uit de stukken blijkt niet waarom die vergaande beperking van de mogelijkheid tot rechtsbescherming in deze aanbesteding geboden zou zijn. De Commissie acht deze bepaling uit de Aanbestedingsleidraad dan ook disproportioneel.

5. Advies

De Commissie **staakt de behandeling** van de klacht.

Den Haag, 8 mei 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. M.C. Pinto

Voorzitter

Vicevoorzitter