

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 699

1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. Dit advies gaat over de vraag of een opdracht tot het leveren van een stadspas met bijbehorende SaaS-software onder de scope valt van een raamovereenkomst die aanbesteder na een Europese openbare procedure met een softwarebroker heeft gesloten en aanbesteder bijgevolg de opdracht via de raamovereenkomst mocht plaatsen.

2. Hoe luidt het advies?

- 2.1. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de opdracht tot het leveren van een stadspas met bijbehorende SaaS-software als 'standaardsoftware' is aan te merken en daarmee onder de scope van de Raamovereenkomst Softwarebroker valt. De Commissie verklaart de klacht gegrond.
- 2.2. De Commissie overweegt ten overvloede dat de voorwaarden waaronder overheidsopdrachten worden gegund onvoldoende bepaald zijn in de raamovereenkomst die aanbesteder met een softwarebroker heeft gesloten. Aanbesteder heeft daarmee in strijd gehandeld met artikel 2.142 Aw 2012.

3. Wat zijn de relevante feiten?

- 3.1. Aanbesteder heeft in 2022 na een Europese openbare procedure een raamovereenkomst gesloten met leverancier X voor het leveren van softwarelicenties en onderhoudscontracten en aanverwante diensten (hierna 'de Raamovereenkomst Softwarebroker'). De Raamovereenkomst Softwarebroker heeft een looptijd van twee jaar en kan krachtens een optie een keer met twee jaar door aanbesteder worden verlengd.
- 3.2. In de gewijzigde versie van de inschrijfleidraad van 25 november 2021, op basis waarvan de Raamovereenkomst Softwarebroker is gegund is, onder meer, het volgende bepaald:

'3.1 Doelstelling

Doel van deze aanbesteding is het sluiten van een raamovereenkomst met een looptijd van twee (2) jaar, met eenzijdig voor de gemeente de mogelijkheid om één keer met twee (2) jaar te verlengen. Er wordt een raamovereenkomst gesloten die zowel ziet op het leveren van een breed assortiment aan (gemeentelijke) standaardsoftware en het leveren van adviesdiensten. Wij zoeken een partner die het geheel monitort en meedenkt richting de toekomst. Maatwerkprogrammatuur valt buiten de scope van de aanbesteding.

(...)

3.3 Gewenste situatie

Wij willen een strategische kanteling maken van het afzonderlijk, direct inkopen van allerlei verschillende soorten programmatuur naar het contracteren van een full service partner die in een breed assortiment aan (gemeentelijke)

standaardsoftware kan voorzien, hieromheen hoogwaardig advies kan geven en voor het geheel verantwoordelijk is.

(...)

3.5 Levering van standaardsoftwarelicenties (COTS) en onderhoudscontracten

Wij hebben voor onze standaardsoftware momenteel verschillende licenties in gebruik van verschillende leveranciers tegen tal van verschillende condities. Ten behoeve van deze licenties zijn vernieuwingen, vervangingen of onderhoud benodigd gedurende de termijn dat de gemeente deze gebruikt. Dit kunnen alle in gebruik zijnde licenties betreffen of licenties die wij willen gaan gebruiken en nu nog niet gebruiken, zolang het geen maatwerkprogrammatuur betreft. Onder de raamovereenkomst valt de levering van licenties en onderhoud voor in ieder geval de producten van Microsoft en waar door de gemeente gewenst alle andere standaardsoftwareproducten die de opdrachtnemer kan leveren. Hieronder verstaan wij uitdrukkelijk ook alle standaard software die te verkrijgen is.

3.6 Adviesfunctie

Op basis van de kennis die opdrachtnemer in huis heeft en specifiek opdoet bij ons, wordt verwacht dat opdrachtnemer adviseert over de juiste licenties, licentievormen, modellen en aantallen. Uitgangspunt is dat wij steeds compliant zijn. Ook het proactief informeren over ontwikkelingen in de markt (o.a. Cloud ontwikkelingen) met betrekking tot (gemeentelijke) standaardsoftware op een leveranciersafhankelijke wijze behoort nadrukkelijk bij het leveren van advies.

(...)

3.8 Werking van de raamovereenkomst

Binnen deze raamovereenkomst wordt voor wat betreft de levering van COTS-software onderscheid gemaakt tussen; het functioneren als LSP voor de Microsoft-licenties. De gemeente verplicht zich op basis van de raamovereenkomst de leveringen en diensten hieromtrent af te nemen van opdrachtnemer vanaf juni 2022 tot het aflopen van de raamovereenkomst. De exacte aantallen en type licenties kunnen variëren op basis van wijzigingen in de behoefte, al dan niet ingegeven door advies van de opdrachtnemer.

3.9 Levering van overige COTS-software, inclusief onderhoud

Het leveren van andere (gemeentelijke) standaardsoftwarelicenties dan Microsoft-licenties, waaronder begrepen wordt alle standaardsoftware (COTS) die toepasbaar zijn of worden in een gemeentelijke omgeving. In ieder geval moet de opdrachtnemer naast Microsoft-licenties, Oracle en Adobe kunnen leveren. De breedte van het overige assortiment is, voor zover relevant in een gemeentelijke omgeving, onderdeel van het gunningscriterium. Ook COTS-software die op het moment van aanbesteden nog niet verkrijgbaar is, maar dit gedurende de looptijd van de raamovereenkomst wel wordt, valt onder de scope van de raamovereenkomst. Onder de levering van licenties worden ook implementatie en onderhoud verstaan. Nadrukkelijk geldt dus dat al het aanbod van (gemeentelijke) standaardsoftware dat de opdrachtnemer kan leveren, onder de raamovereenkomst geleverd kan worden, ook als deze niet expliciet is benoemd.

(...)

3.11 Contractduur

De ingangsdatum van de overeenkomst is 1 maart 2022. De einddatum van de overeenkomst is 29 februari 2024. De overeenkomst kan 1 keer met 2 jaar worden verlengd.

De overeenkomst loopt van rechtswege af als:

- de overeenkomst niet wordt verlengd en/of
- de maximaal geraamde waarde wordt bereikt.

Maximaal geraamde waarde

De gemeente verwacht gedurende de totale looptijd van de overeenkomst maximaal € 8.000.000,00 uit te geven.

- Dit is een raming, u kunt hier geen rechten aan ontlennen.

(...)

7 Gunningscriteria

In dit hoofdstuk vindt u een toelichting op de Gunningscriteria en de wijze van beoordelen.

Wij gunnen de Opdracht aan de Inschrijver die inschrijft met de hoogste aantal punten op kwaliteit en percentage.

(...)

Wij hanteren de volgende kwalitatieve subgunningscriteria:

Subgunningscriteria	Maximale score
1. Plan van aanpak	250
2. Dienstverlening	250
3. Marktconformiteit en inkoopcondities	200
4. Prijs/percentages	300

(...)

7.4 Prijs

Wij beoordelen de door u opgegeven prijzen en/of tarieven als volgt:

De kwantitatieve beoordeling van de ontvangen Inschrijvingen zal geschieden op basis van: Per 0,5 % vast opslagpercentage op de inkoopprijs van Opdrachtnemer wordt uw behaalde score vastgesteld;

Het minimum opslagpercentage bedraagt 0% het maximum opslagpercentage bedraagt 2,0% voor categorie 1.

Het minimum opslagpercentage bedraagt 0% het maximum opslagpercentage bedraagt 3,0% voor categorie 2.

Het minimum opslagpercentage bedraagt 0% het maximum opslagpercentage bedraagt 5,0% voor categorie 3.

De opslag percentages zijn vast gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst en dekken de volledige dienstverlening zoals beschreven in hoofdstuk 2.3.

Categorie 1, levering incl. contractbeheer van licenties Microsoft en Adobe;

Categorie 2, t/m levering incl. contractbeheer van vooraf bekende en door Opdrachtgever geselecteerde software;

Categorie 3, t/m levering incl. contractbeheer van software welke in overleg via Opdrachtnemer geselecteerd wordt.'

- 3.3. In bijlage 2 bij de inschrijfleidraad, Programma van Eisen, versie NvI 3, is, onder meer, het volgende bepaald:

Nadere offerteaanvragen		
14.	De Opdrachtnemer levert op nadere offerteaanvragen van Opdrachtgever per e-mail offertes voor de levering van softwarelicenties. Het in het Inschrijfbiljet opgenomen percentage geldt hierbij als vaste opslag op de inkoop prijs van Opdrachtnemer. Onderdeel van de offerte is de originele digitale offerte van de softwareproducent aan de Opdrachtnemer.	
15.	Na een (nadere) offerteaanvraag is de doorlooptijd voor het aanleveren van een offerte maximaal 5 werkdagen. Na een verzoek om een spoedofferte vindt aanlevering van een offerte plaats binnen 3 werkdagen. Deze termijnen zijn van toepassing tenzij anders vermeld in de nadere offerteaanvraag.	
16.	De prijsopgave in een (spoed-)offerte is bindend en heeft een geldigheidsduur van ten minste 30 dagen.	

(...)

Eis	Onderwerp	Voldoet Ja/Nee
Commerciële bepalingen		
31.	Opdrachtnemer zal gedurende de looptijd van de overeenkomst een vast opslagpercentage (mark-up fee) doorberekenen aan Opdrachtgever bovenop de door de softwareproducent afgegeven licentieprijzen. Het vaste opslagpercentage dient ingevuld te worden op het Inschrijfbiljet.	
32.	Opdrachtnemer garandeert minimaal gelijke prijzen en overige condities welke zijn/worden onderhandeld voor of door lokale overheden. Deze onderhandelde speciale condities zullen kunnen gelden op de eerstvolgende vervaldag van het gebruiksrecht van de software op advies van Opdrachtnemer en in overleg met Opdrachtgever.	
33.	Opdrachtgever heeft het recht om in overleg met Opdrachtnemer de onderhandeling met softwareproducent / distributeur en/of externe reseller (deels) zelf uit te voeren.	

3.4. Op 30 mei 2022 heeft de projectleider van aanbesteder contact opgenomen met ondernemer om informatie te verkrijgen over de mogelijkheden die ondernemer aanbiedt om een bestaande faciliteit ten gunste van personen met een laag besteedbaar inkomen te digitaliseren, de zogenaamde 'stadspas'. Op 27 juni 2022 heeft een kennismakingsgesprek tussen partijen plaatsgevonden.

3.5. Ondernemer heeft in september 2022 op verzoek van leverancier X, met wie aanbesteder zoals gezegd de Raamovereenkomst Softwarebroker heeft gesloten, informatie over de door hem aangeboden oplossing verstrekt aan zowel leverancier X als aanbesteder.

3.6. Op 31 januari 2023 heeft op uitnodiging van aanbesteder een gesprek plaatsgevonden tussen ondernemer en personen van aanbesteder. In de uitnodiging voor dit gesprek is opgenomen:

'Zoals vorige week telefonisch besproken nodig ik [...] graag bij ons op locatie uit om dieper in te gaan op de uitvraag van [...] voor een Stadspas gericht op minima. Doel van dit gesprek is het nader concretiseren van de scope en behoefte van [...], zodat jullie een gericht aanbod kunnen doen.'

3.7. Ondernemer heeft op 14 februari 2023 een offerteaanvraag van leverancier X ontvangen, waaronder een document getiteld 'Inschrijfleidraad', gedateerd op 16 februari 2021. Volgens de inhoudsopgave bevat dit document vier hoofdstukken, waarvan hoofdstuk 4 is getiteld 'Gunningscriteria'. Dit hoofdstuk ontbreekt evenwel in de inschrijfleidraad.

- 3.8. Ondernemer heeft naar aanleiding van de offerteaanvraag schriftelijk contact opgenomen met de projectleider van aanbesteder. Het bericht van ondernemer luidt:
- 'Gistermiddag hebben we deze ontvangen. Vanmiddag heb ik nog even contact met [...] ivm het ontbreken van de gunningcriteria. Deze staan er niet in vermeld. Waar gaat erop gegund worden? Is dat de prijs of functionaliteit en hoe wordt deze beoordeeld? Welke matrix hanteren jullie?'
- 3.9. Ondernemer heeft vervolgens een gewijzigde inschrijfleidraad ontvangen. Dit document bevat geen hoofdstuk met gunningscriteria.
- 3.10. Ondernemer heeft een offerte bij leverancier X ingediend. Leverancier X heeft ondernemer telefonisch geïnformeerd dat de opdracht niet aan hem zou worden gegund.
- 3.11. Op 18 april 2023 heeft leverancier X ondernemer per e-mail het volgende bericht:
- Beste [...],
- Zoals reeds telefonisch en op locatie bij [...] toegelicht deel ik mee dat jullie niet in aanmerking komen voor gunning van de aanvraag [...].
Graag bedanken wij jullie voor de gedane inspanning.'
- 3.12. Op 24 april 2023 heeft aanbesteder op basis van de Raamovereenkomst Softwarebroker een deelopdracht aan leverancier X verstrekt voor het leveren van een stadspas met bijbehorende SaaS-software. Leverancier X heeft op zijn beurt een opdracht verstrekt aan leverancier Y.
- 3.13. Ondernemer heeft op 22 mei 2023 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 4 hierna).
- 3.14. Aanbesteder heeft op 1 juni 2023 een reactie ingediend (zie paragraaf 4 hierna).

4. Waar komt de klacht in de kern op neer?

- 4.1. Ondernemer meent dat aanbesteder in strijd handelt met de op hem rustende aanbestedingsplicht. Aanbesteder is een aanbestedende dienst. De opdracht omvat een 'overheidsopdracht voor diensten' waarvan de geraamde waarde de toepasselijke drempelwaarde overschrijdt. Een grond om de opdracht onderhands te gunnen ontbreekt. De opdracht valt tot slot buiten de scope van de door aanbesteder met leverancier X gesloten Raamovereenkomst Softwarebroker.
- 4.2. Aanbesteder betoogt dat de opdracht het leveren van standaardsoftware omvat en daarom onder de scope van de met leverancier X gesloten Raamovereenkomst Softwarebroker valt. Er is sprake van maatwerk-software als de programmatuur specifiek voor aanbesteder is ontwikkeld. Daar is in dit geval geen sprake van. De aangeschafte software moet weliswaar in de ICT-infrastructuur van aanbesteder worden geïmplementeerd, de noodzakelijke koppelingen met andere applicaties moeten worden aangebracht en gebruikers moeten worden getraind, maar dat zijn gebruikelijke opstartwerkzaamheden en maken van de aangeschafte software geen maatwerksoftware. Aanbesteder mocht op basis van de Raamovereenkomst Softwarebroker een deelopdracht verstrekken aan leverancier X en hoefde voor de opdracht geen afzonderlijke aanbestedingsprocedure te houden.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder de Raamovereenkomst Softwarebroker in 2022 na een Europese openbare aanbesteding heeft gesloten. De aankondiging van de opdracht van deze aanbesteding is op 25 november 2021 geplaatst. Op het plaatsen van overheidsopdrachten via de Raamovereenkomst Softwarebroker zijn onder meer de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en Afdeling 2.4.1 van Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

Valt de opdracht tot het leveren van een stadspas met bijbehorende SaaS-software onder de scope van de Raamovereenkomst?

- 5.2. De centrale vraag in dit advies is of het leveren van een stadspas met bijbehorende SaaS-software als 'standaardsoftware' is aan te merken en daarmee onder de scope valt van de Raamovereenkomst Softwarebroker die aanbesteder met leverancier X heeft gesloten. Als deze vraag positief wordt beantwoord, was aanbesteder in principe gerechtigd op basis van die Raamovereenkomst Softwarebroker een deelopdracht aan leverancier X te verstrekken voor het leveren van een stadspas met bijbehorende SaaS-software en hoefde hij voor deze opdracht geen afzonderlijke aanbestedingsprocedure te organiseren. Voor de beantwoording van die vraag moet het begrip 'standaardsoftware' uit de Raamovereenkomst worden uitgelegd.
- 5.3. Voor de uitleg van het begrip 'standaardsoftware' zijn de bewoordingen in de aanbestedingsdocumenten, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld. Dit betekent dat bij de uitleg van de aanbestedingsstukken de niet in die stukken tot uitdrukking gebrachte opvatting van de opstellers van de aanbestedingsstukken over de uitleg daarvan buiten beschouwing dient te worden gelaten. Dat geldt niet alleen gedurende de aanbestedingsprocedure, maar ook tot aan het einde van de fase van uitvoering van de opdracht (zie voor nadere vindplaatsen: Advies 688, ov. 5.4 en 5.5, Advies 686, ov. 4.12 en Advies 691, ov. 6.5).
- 5.4. De Commissie stelt vast dat de Leidraad geen omschrijving bevat van het begrip 'standaardsoftware'. In de Leidraad wordt dit begrip afgezet tegen het begrip 'maatwerkprogrammatuur', dat van de scope van de Raamovereenkomst Softwarebroker is uitgesloten, maar ook dit begrip is niet omschreven. De Commissie overweegt dat het onder die omstandigheden aan aanbesteder is aannemelijk te maken dat een stadspas met bijbehorende SaaS-software moet worden gezien als 'standaardsoftware'.
- 5.5. Volgens aanbesteder onderscheidt 'maatwerkprogrammatuur' zich van 'standaardsoftware', doordat 'maatwerkprogrammatuur' (geheel of gedeeltelijk) voor aanbesteder is ontwikkeld en 'standaardsoftware' niet. Aanbesteder stelt dat de opdracht tot het leveren van een stadspas met bijbehorende SaaS-software op basis van dit criterium als 'standaardsoftware' is aan te merken.
- 5.6. De Commissie beschouwt deze omschrijving van het begrip 'standaardsoftware' als een niet in de aanbestedingsstukken tot uitdrukking gebrachte opvatting van de opstellers die buiten beschouwing moet worden gelaten. Het komt de Commissie bovendien aannemelijk voor dat de vraag of op de markt al software beschikbaar is die aan de eisen en wensen van aanbesteder voldoet, mede afhankelijk is van die eisen en wensen en bovendien per leverancier kan verschillen. Aanbesteder heeft op dit punt niets gesteld.
- 5.7. De Commissie overweegt dat in dit geval een strikte uitleg van het begrip 'standaardsoftware' voor de hand ligt, omdat een ruime uitleg van dat begrip kan leiden

tot oneigenlijk gebruik van de Raamovereenkomst. De Commissie gaat daarom op grond van een strikte uitleg uit van de veronderstelling dat het leveren van een stadspas met bijbehorende SaaS-oplossing niet behoort tot de scope van de Raamovereenkomst. De opdracht is niet genoemd in de aanbestedingsstukken en evenmin is in de aanbestedingsstukken nader beschreven dat de levering van een stadspas tot de categorie opdrachten behoort die in de toekomst onder de werking van de Raamovereenkomst zou worden vergeven. Aanbesteder heeft in het licht hiervan onvoldoende gesteld en naar het oordeel van de Commissie onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de opdracht tot het leveren van een stadspas met bijbehorende SaaS-software als 'standaardsoftware' is aan te merken en daarmee onder de scope van de Raamovereenkomst Softwarebroker valt (zie over de uitleg van de bepalingen van de Raamovereenkomst ook overwegingen 5.10 e.v. van dit Advies). Voor zover de opdracht mede het leveren van een fysieke (betaal)pas omvat, wat de Commissie op basis van de ontvangen stukken niet met zekerheid kan vaststellen, valt dit gedeelte van de opdracht in elk geval niet onder de scope van de Raamovereenkomst Softwarebroker.

5.8. De Commissie concludeert dat aanbesteder onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij de opdracht tot het leveren van een stadspas met bijbehorende SaaS-software via de Raamovereenkomst mocht gunnen. De Commissie verklaart de klacht daarom **gegrond**.

5.9. Overigens vraagt de Commissie zich af of de kale begrippen 'standaard-software' en 'maatwerksoftware' om de hiervoor genoemde redenen überhaupt geschikt zijn om de scope van een raamovereenkomst af te bakenen, in die zin dat voor een redelijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver duidelijk is wat hiermee wordt bedoeld. Nu de klacht van ondernemer hiertegen niet is gericht en op dit punt geen debat heeft plaatsgevonden, laat de Commissie deze vraag rusten.

Ten overvloede: zijn de voorwaarde waaronder overheidsopdrachten onder de Raamovereenkomst worden geplaatst voldoende bepaald?

5.10. De Commissie merkt ten overvloede het volgende op over de voorwaarden waaronder via de Raamovereenkomst Softwarebroker overheidsopdrachten worden geplaatst.

5.11. Het object van een aanbesteding moet bepaalbaar zijn (zie HR 25 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6097, BR 2002/152 m.nt. H. Nijholt, r.o. 3.2-3.3.2; Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2016, JAAN 2016/71 m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 3.5.1-3.5.3) en, onder meer, Advies 497, overweging 5.2.1, Advies 480, overweging 5.3.10 en Advies 545, overweging 5.2.2).

5.12. Afdeling 2.4.1 Aw 2012 bevat regels voor het plaatsen van een overheidsopdracht via een raamovereenkomst. In artikel 2.139 Aw 2012 is, onder meer, bepaald dat een aanbestedende dienst die een raamovereenkomst sluit na toepassing van een Europese openbare aanbesteding, op basis van die raamovereenkomst overheidsopdrachten kan plaatsen overeenkomstig de procedures, bedoeld in artikel 2.142 of artikel 2.143 Aw 2012. Artikel 2.142 omschrijft een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten op basis van een raamovereenkomst die is gesloten met één ondernemer, artikel 2.143 Aw 2012 voorziet in een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten op basis van een raamovereenkomst die met meerdere ondernemers is gesloten.

5.13. In de artikelen 2.140 en 2.142 Aw 2012 is, onder meer, het volgende bepaald:

'Artikel 2.140

1. De procedures, bedoeld in de artikelen 2.142 en 2.143, kunnen uitsluitend worden toegepast tussen een aanbestedende dienst die daartoe uitdrukkelijk is aangewezen in de aankondiging en de ondernemers die oorspronkelijk bij de raamovereenkomst partij zijn.

2. Bij de plaatsing van overheidsopdrachten die op een raamovereenkomst zijn gebaseerd, mogen de partijen geen substantiële wijzigingen aanbrengen in de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden.

(...)

Artikel 2.142

1. Indien een raamovereenkomst is gesloten met een enkele ondernemer worden de op die raamovereenkomst gebaseerde overheidsopdrachten gegund volgens de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden.

2. Overheidsopdrachten op basis van raamovereenkomsten met een enkele ondernemer kunnen worden gegund door die ondernemer schriftelijk te raadplegen en hem indien nodig te verzoeken zijn inschrijvingen aan te vullen.'

- 5.14. De Commissie stelt vast dat de Raamovereenkomst Softwarebroker in beperkte mate invulling geeft aan de voorwaarden waaronder overheidsopdrachten worden geplaatst. In de Raamovereenkomst Softwarebroker is niet bepaald welke softwareproducten kunnen worden ingekocht. In tegendeel, in de inschrijfleidraad is aangegeven dat (gemeentelijke) standaardsoftware die niet expliciet is benoemd ook onder de scope van de Raamovereenkomst Softwarebroker valt. Verder bevat de Raamovereenkomst Softwarebroker geen product specifieke eisen en ook de voor de software(licenties) verschuldigde prijzen ontbreken. In de Raamovereenkomst Softwarebroker is enkel de opslag vastgelegd die leverancier X bij aanbesteder in rekening mag brengen voor het leveren van software, bovenop de prijs die leverancier X voor de software aan de betreffende softwareproducent heeft betaald.
- 5.15. Een raamovereenkomst die met een enkele ondernemer wordt aangegaan moet alle voorwaarden voor de te plaatsen overheidsopdrachten bevatten (Broesterhuizen en Ter Mors, in: T&C Aanbestedingsrecht, artikel 2.142 Aanbestedingswet 2012, aant. 2; Advies 545, overweging 5.10). Artikel 2.142 lid 2 Aw 2012 biedt de aanbesteder weliswaar ruimte om de ondernemer schriftelijk te raadplegen en hem indien nodig te verzoeken zijn inschrijvingen aan te vullen, maar een dergelijk verzoek mag er, mede gelet op het bepaalde in artikel 2.140 lid 2 Aw 2012, niet toe leiden dat de essentiële elementen voor de te plaatsen overheidsopdrachten, zoals producteisen en prijzen, pas na het aangaan van de raamovereenkomst worden ingevuld. Bij de door aanbesteder met leverancier X gesloten Raamovereenkomst Softwarebroker is dit, gelet op het hiervoor in punt 5.10 overwogene, wel het geval. De Commissie is dan ook van oordeel dat de voorwaarden waaronder overheidsopdrachten worden geplaatst onvoldoende in de Raamovereenkomst Softwarebroker zijn bepaald. Aanbesteder heeft daarmee in strijd gehandeld met artikel 2.142 Aw 2012.
- 5.16. Daarnaast is het de vraag of de aanbesteding van de Raamovereenkomst Softwarebroker tot gunning aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving heeft geleid. Aanbesteder heeft bij de beoordeling van inschrijvingen op 'prijs' alleen opslagen in aanmerking genomen. De opslagen vormen echter slechts een klein gedeelte van de prijzen die aanbesteder uiteindelijk aan leverancier X verschuldigd is voor het leveren van software en het verrichten van aanverwante diensten. Niet uit te sluiten valt dat een inschrijver die een hogere opslag in rekening brengt software voor een lagere prijs kan aanbieden. Een beoordelingssystematiek die het risico in zich herbergt dat de opdracht niet wordt gegund aan de

inschrijver die de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan, is in strijd met artikel 2.114 lid 1 Aw 2012 (Advies 659, overweging 4.8.1-4.8.3).

- 5.17. Daar komt bij dat vanuit het in de Raamovereenkomst Softwarebroker opgenomen prijsmodel, waarbij de vergoeding van leverancier X bestaat uit een opslag op de inkoopprijs, een prikkel uitgaat voor leverancier X om duurere producten aan te bieden en een zo hoog mogelijke prijs met de softwareproducent overeen te komen (Advies 545, overweging 5.14). Leverancier X hoeft na gunning van de Raamovereenkomst Softwarebroker niet meer te concurreren met andere ondernemers, door welke concurrentie de genoemde prikkel zou kunnen worden afgezwakt.
- 5.18. Op basis van eis 32 van het programma van eisen moet leverancier X gelijke prijzen en condities garanderen die 'zijn/worden onderhandeld voor of door lokale overheden'. Deze eis heeft mogelijk als doel de hiervoor bedoelde knelpunten te ondervangen. De vraag rijst echter of eis 32 van het programma van eisen te handhaven is. Ten eerste is aannemelijk dat aanbesteder en leverancier x niet bekend zijn met de voorwaarden die zijn bedongen voor of door (alle) andere lokale overheden. Ten tweede is de garantie op gelijke prijzen en condities aan voorwaarden verbonden die naar het oordeel van de Commissie aan duidelijkheid te wensen overlaten. Zo is het hanteren van gelijke prijzen en condities blijkens het gebruik van de woorden 'zullen kunnen gelden' kennelijk geen automatisme en vindt het doorvoeren van door of voor andere lokale overheden bedongen prijzen en condities plaats 'op advies van Opdrachtnemer en in overleg met Opdrachtgever', zonder dat duidelijk is wanneer die prijzen of condities doorgevoerd worden en wanneer niet. De garantie is naar het oordeel van de Commissie in strijd met het transparantiebeginsel.

6. Advies

De Commissie oordeelt dat aanbesteder de opdracht tot het leveren van een stadspas met bijbehorende SaaS-software niet via de Raamovereenkomst mocht gunnen aan leverancier X. De Commissie verklaart de klacht gegrond.

7. Aanbeveling

De Raamovereenkomst Softwarebroker eindigt volgens de Leidraad op 29 februari 2024 en kan krachtens een optie met twee jaar worden verlengd. De Commissie adviseert aanbesteder de overwegingen uit dit advies mee te nemen in zijn beslissing om al dan niet gebruik te maken van de in de Raamovereenkomst Softwarebroker opgenomen verlengingsmogelijkheid.

Den Haag, 20 november 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. M.C. Pinto Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Voorzitter

Vicevoorzitter Commissielid