

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 475

### 1. Feiten

1.1. Beklaagde, een samenwerkingsverband van gemeenten [A], [B], [C] en [D], heeft op 29 maart 2018 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de levering en implementatie van één (ingerichte) toekomstgerichte backoffice applicatie voor het Sociaal Domein (Wmo, Jeugdzorg en Participatie), gekoppeld met [Regiesysteem X]. [E] begeleidt de aanbestedingsprocedure.

1.2. In de aankondiging van 29 maart 2018 is, onder meer, bepaald:

**'II.2.10) Inlichtingen over varianten**

Varianten worden geaccepteerd: neen

**II.2.11) Inlichtingen over opties**

Opties: ja

Beschrijving van opties:

1. De overeenkomst kent een vaste contractperiode van vier jaar. Daarna gelden er drie optieperioden van twee jaar die eenzijdig door de opdrachtgever ingeroepen kunnen worden.

2. Er wordt bij deze aanbesteding uitgegaan van een on premise oplossing. Als optie moet de inschrijver aangeven wat het kost om de gevraagde oplossing als SaaS-oplossing (of hosted) af te nemen.'

1.3. In het Aanbestedingsdocument 'Backoffice Applicatie Sociaal Domein – [Beklaagde]' van 28 maart 2018 (hierna: het Aanbestedingsdocument) is, onder meer, bepaald:

**'1 Inleiding**

(...)

**1.3 Huidige situatie**

Het domein Samenleven voert binnen [Beklaagde] taken uit op het gebied van het sociaal domein voor de gemeenten [A], [B], [C] en [D]. Op dit ogenblik gebruikt [Beklaagde] meerdere applicaties om de Participatiewet, de Jeugdwet en de Wmo uit te voeren. Om de Participatiewet uit te voeren gebruikt [Beklaagde] een viertal applicaties: voor [A] en [D] zijn dat [applicatie Y] van [ondernemer K] en voor [C] en [B] worden [applicaties Z] van [Ondernemer L] gebruikt. Voor het uitvoeren van de Jeugdwet en de Wmo gebruikt [Beklaagde] [applicatie Y] van [ondernemer K]. Echter, een deel van de historische gegevens voor de uitvoering van de Jeugdwet en de Wmo zit nog in [applicaties Z] van [Ondernemer L] (van resp. de gemeenten [C] en [B]) en in [applicatie Y] van [ondernemer K] (van resp. de gemeenten [A] en [D]). Daarnaast maakt [Beklaagde] voor de regiefunctie (Jeugdwet, Wmo en op termijn ook de Participatiewet) gebruik van [Regiesysteem X].

**1.4 Gewenste situatie**

Er wordt een aanbesteding gehouden, om via een tender de voor [Beklaagde] meest optimale oplossing te vinden: één (ingericht) toekomstgerichte geïntegreerde backoffice applicatie voor de uitvoering van de Participatiewet, de

Jeugdwet en de Wmo en die gekoppeld is met het regiesysteem MensCentraal. Het dient een beproefd systeem te zijn wat elders al draait. Het systeem dient tevens managementinformatie beschikbaar te stellen.

Algemene eisen applicatie:

- De applicatie moet voor de uitvoering eenvoudig in gebruik zijn;
- Eenmalige registratie en opslag van gegevens, meermalig gebruik (dus gebruik maken van de basisregistraties en geen meermalige invoer van dezelfde gegevens);
- het uitdraaien van managementinformatie moet eenvoudig door de opdrachtgever zelf te onderhouden zijn;
- De applicatie houdt rekening met eisen vanuit informatieveiligheid en privacy;
- De applicatie moet door middel van standaard koppelvlakken kunnen worden aangesloten op de Servicebus van [Beklaagde] en op die wijze worden gekoppeld met andere systemen;
- Meer-gemeentefunctionaliteit is vereist;
- De applicatie moet worden onderhouden door de leverancier.

Doel is om de nieuwe applicatie vanaf medio juli 2018 te kunnen implementeren.

Algemene eisen techniek:

- Bij uw inschrijving en de beoordeling daarvan gaan wij uit van een on-premise oplossing.
- Optioneel kunt u in het beoordelingsformulier aangeven wat de kosten zijn als gekozen wordt voor een Software as a Service (SaaS) omgeving of een oplossing in een gehoste omgeving.  
(...)

Doel is om het nieuwe systeem incl. koppelingen, uitgevoerde conversies en gegeven opleidingen per 14-01-2019 volledig gebruiksklaar te hebben voor [Beklaagde].

(...)

## **2 De procedurele aspecten van de aanbesteding**

(...)

### **2.18 Varianten**

Het staat inschrijver niet vrij om, naast een inschrijving conform het aanbestedingsdocument, een variant(-en) in te dienen.

(...)

### **2.20 Overige**

(...)

### **Diversen**

Tijdens deze aanbestedingsprocedure geldt dat in geval van tegenstrijdigheden in opgestelde nota's van inlichtingen en de overige onderdelen van het aanbestedingsdocument, de nota's van inlichtingen in rangorde voorgaan op de overige onderdelen van het aanbestedingsdocument.

Indien nota's van inlichtingen onderlinge tegenstrijdigheden bevatten, prevaleert een later opgestelde nota van inlichtingen boven de eerder opgestelde nota van inlichtingen.

(...)'

- 1.4. In excelbestand 'Bijlage E Conformiteitenlijst PvEW\_Backoffice Applicatie Sociaal Domein – [Beklaagde]' is in het vierde en vijfde tabblad onder meer het volgende bepaald:

**4. Koppelingen**

<b>Nr.</b>	<b>Presentatie server</b>	<b>E/W</b>	<b>Weging</b>	<b>Akkoord</b>	<b>Toelichting</b>
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
21	De backoffice applicatie is gekoppeld met de SAAS-omgeving [Regiesysteem X] van [Leverancier M] om binnenkomende aanvragen Wmo en jeugdwet in behandeling te kunnen nemen.	Eis		K.O.	
22	De backoffice applicatie is gekoppeld met de SAAS-omgeving [Regiesysteem X] van [Leverancier M, zodat [Regiesysteem X] wordt gevoed met het klantbeeld vanuit de backoffice applicatie.	Eis		K.O.	

**5. Techniek: de applicatie moet kunnen draaien op de ICT-infrastructuur van de opdrachtgever zoals hieronder is gespecificeerd**

(...)

**Office omgeving**

<b>Nr.</b>	<b>Presentatie server</b>	<b>E/W</b>	<b>Weging</b>	<b>Akkoord</b>	<b>Toelichting</b>
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
8	Microsoft Office 2013 Standard (in de nabije toekomst Office 365 als SAAS)	Eis		K.O.	

- 1.5. In de eerste Nota van Inlichtingen van 25 april 2018 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

- 1.5.1. Vraag 22 (betreffende de eisen en criteria in tabblad 4. Koppelingen, zie 1.4 hiervoor): 'Kan opdrachtgever toelichting geven op deze eis? Is opdrachtgever akkoord om, onder de juiste voorwaarde, GGK berichtuitwisseling via de Servicebus van leverancier te laten verlopen?'

Antwoord: 'Nee, niet akkoord bij een on premise oplossing; in dat geval verloopt de berichtenuitwisseling (iWMO/iJW) met het GGK/Vecozo via de servicebus van de opdrachtgever. Echter, bij een SAAS oplossing gaat de opdrachtgever wel akkoord dat de uitwisseling van (uitsluitend) de iWMO en iJW berichten via de servicebus van de inschrijver verloopt.'

- 1.5.2. Vraag 118: 'Kunt u aangeven hoe de optie SaaS wordt opgenomen in de beoordeling?'

Antwoord: 'Bij de beoordeling gaan wij uit van een on-premise oplossing. In het beoordelingsformulier voor prijs mag aangegeven worden wat de kosten zijn als de opdrachtgever eventueel kiest voor een SAAS-oplossing.'

- 1.6. In de tweede Nota van Inlichtingen van 9 mei 2018 zijn, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 32: 'Hoe gaat opdrachtgever om met een oplossing die alleen in de vorm van SaaS kan worden aangeboden?'

Antwoord: 'Zoals gesteld in paragraaf 1.4 gaan wij bij uw inschrijving en de beoordeling uit van een on-premise oplossing. Een SAAS-oplossing mag wel optioneel worden aangeboden. Indien u geen on-premise oplossing kan leveren voldoet u niet aan onze vereisten.'

- 1.7. Op 18 mei 2018 heeft advocate van klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'(...)

[Beklaagde] geeft in par. 1.4 van het Aanbestedingsdocument aan: "*Bij uw inschrijving en de beoordeling daarvan gaan wij uit van een on-premise oplossing. Optioneel kunt u in het beoordelingsformulier aangeven wat de kosten zijn als gekozen wordt voor een Software as a Service (SaaS) omgeving of een oplossing in een gehoste omgeving.*"

Uit par. 1.3 van het Aanbestedingsdocument blijkt dat de in de [Beklaagde] samenwerkende gemeenten thans een versnipperd landschap kennen van applicaties die ofwel van [Ondernemer K] ofwel van [Ondernemer L] zijn en dat [Beklaagde] voor de regiefunctie (Jeugdwet, Wmo en op termijn ook de Participatiewet) gebruik maakt van [Regiesysteem X] (van [Keverancier M]).

Cliënte acht het op zich begrijpelijk dat [Beklaagde] op zoek is naar een geïntegreerde oplossing. Wat cliënte echter niet begrijpt, is dat [Beklaagde] anno 2018 aangeeft een 'on-premise' oplossing te wensen. Op vragen van cliënte in de inlichtingenronden antwoordt [Beklaagde] dat een SAAS-oplossing wel optioneel mag worden aangeboden, maar dat er niet wordt voldaan aan de eisen indien geen on-premise oplossing kan worden geleverd (Q/A 118 1<sup>e</sup> NvI d.d. 25 april 2018 en Q/A 32 2<sup>e</sup> NvI d.d. 9 mei 2018).

(...)

Namens cliënte maak ik door middel van deze brief uitdrukkelijk bezwaar tegen de 'eis' van een on-premise oplossing (...).

#### Achtergrond bezwaar

Cliënte is gespecialiseerd in SaaS-oplossingen en heeft zich daarin bewezen. SaaS is goedkoper, beter en toekomstbestendiger dan een on-premise oplossing. Een on-premise oplossing is verouderd en kostbaar in onderhoud. Zeker voor een overeenkomst met een potentiële looptijd van 10 jaar is een on-premise oplossing geen voor de hand liggende keuze. Cliënte kan die keuze, in combinatie met de in par. 3.2.3 van het Aanbestedingsdocument opgenomen, zeer specifieke en disproportionele ervaringseisen, niet anders duiden dan als bedoeld om de zittende leveranciers [K] en [L] in het zadel te houden.

Uit het PvE (4. Koppelingen en 5. Techniek) [zie 1.4 hiervoor, Commissie] blijkt dat de regieoplossing [X] wel een SaaS-omgeving is en dat [Beklaagde] voor de Office omgeving zal kiezen voor Office 365 als SaaS. Bovendien zal de door [Beklaagde] gezochte meest optimale oplossing: "één toekomstgerichte geïntegreerde backoffice applicatie voor de uitvoering van de Participatiewet, de Jeugdwet en de Wmo" volgens par. 1.4 van het Aanbestedingsdocument gekoppeld moeten worden met het SaaS-regiesysteem [X]. Dan ligt het alleszins in de rede om ook bij de geïntegreerde backoffice applicatie voor een SaaS-oplossing te kiezen en de mogelijkheid open te laten deze als oplossing aan te bieden, niet alleen als optie naast een on-premise oplossing.

Eis on-premise oplossing is in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel

Ingevolge artikel 1.8 Aanbestedingswet 2012 dient [Beklaagde] ondernemers te behandelen op gelijke en niet-discriminerende wijze.

Dit betekent dat [Beklaagde] de ene onderneming die inschrijft op de onderhavige aanbesteding op dezelfde wijze moet behandelen als de andere ondernemer die inschrijft. Voor alle mededingers moeten dus dezelfde voorwaarden gelden. Dit betekent ook dat [Beklaagde] de opdracht niet zodanig mag specificeren en de ervaringseisen niet zodanig mag inrichten dat daardoor de markt beperkt wordt tot alleen de zittende leveranciers. Voor zover cliënte bekend, heeft [Beklaagde] voorafgaand aan de aanbesteding geen marktconsultatie uitgevoerd, zodat de vraag rijst of zij zich voldoende op de hoogte heeft gesteld van wat de markt vandaag de dag kan leveren.

Door de eis van een on-premise oplossing, in combinatie met de in par. 3.2.3 gestelde ervaringseisen, wordt cliënte benadeeld en worden de zittende leveranciers bevoordeeld. Als een SaaS-oplossing als mogelijke oplossing, niet alleen als optie, zou mogen worden aangeboden, zou cliënte in aanmerking kunnen komen voor het sluiten van de overeenkomst met [Beklaagde]. Thans wordt zij door deze eis uitgesloten van mededinging.

Dat een on-premise oplossing moet worden aangeboden, is in het PvE overigens niet als eis, laat staan als knock-out eis, opgenomen. Het 'uitgangspunt' van een on-premise oplossing is opgenomen onder "Algemene eisen techniek" [zie paragraaf 1.4 ("Gewenste situatie), eerste bullet van het Aanbestedingsdocument in 1.3 hiervoor). Daarmee is onduidelijk of een aanbod met een SaaS-oplossing regelrecht tot ongeldigheid van de inschrijving leidt.

In zoverre handelt [Beklaagde] ook in strijd met het transparantiebeginsel (artikel 1.9 Aanbestedingswet 2012).

Eis on-premise oplossing is in strijd met de verplichting om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te realiseren

Ingevolge artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012 dient [Beklaagde] zorg te dragen voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen die zij inzet bij het aangaan van een overeenkomst.

Door een oplossing te verlangen die anno 2018 in feite achterhaald en bovendien onnodig kostbaar is, handelt [Beklaagde] in strijd met deze verplichting.

(...)

## Conclusie

De in par. 1.4 opgenomen algemene eis van een on-premise oplossing en (...) zijn in strijd met het aanbestedingsrecht. Cliënte wordt hierdoor uitgesloten van mededinging. (...)'

- 1.8. Naar aanleiding van de bezwaren van klager in haar brief van 18 mei 2018 (zie 1.7 hiervoor) heeft beklaagde op 8 juni 2018 een aangepast Aanbestedingsdocument gepubliceerd waarin, onder meer, het volgende is bepaald (de wijzigingen zijn zichtbaar in blauwe letters):

### **1 Inleiding**

(...)

#### **1.4 Gewenste situatie**

(...)

Algemene eisen techniek:

- Bij uw inschrijving en de beoordeling daarvan gaan wij uit van een on-premise oplossing. [Een on-premise-oplossing past op de huidige ICT-infrastructuur van \[Beklaagde\]. Kortgeleden is aanzienlijk geïnvesteerd in nieuwe hardware, waarop deze oplossing kan draaien. Het zou een desinvestering zijn als hier niet optimaal gebruik van gemaakt wordt. Daarnaast vindt de opdrachtgever het noodzakelijk volledig grip te hebben op de beveiliging en de locatie van de dataopslag van deze backoffice applicatie.](#)
- Optioneel kunt u in het beoordelingsformulier aangeven wat de kosten zijn als gekozen wordt voor een Software as a Service (SaaS) omgeving of een oplossing in een gehoste omgeving.

(...)'

- 1.9. E, de begeleider van de aanbestedingsprocedure, heeft op 25 juni 2018 als volgt op de brief van klager gereageerd:

'U hebt ons een brief gestuurd op 18 mei 2018, 13 juni 2018 en een e-mail op 28 mei 2018. Tussentijds hebben wij regelmatig aangegeven dat inhoudelijke beantwoording van uw brieven nog even op zich liet wachten, tot nu. De reden hiervoor is dat wij eerst zo goed als mogelijk wilde kijken op welke wijze aan uw bezwaren tegemoet kunnen komen. Dit hebben wij gedaan door middel van een rectificatie op TenderNed en TED met een vernieuwd aanbestedingsdocument op 8 juni 2018. Tevens zijn alle inschrijvers opnieuw in staat gesteld om vragen te stellen voor een extra nota van inlichtingen. Deze extra nota van inlichtingen is, zoals gepland, gepubliceerd op 19 juni 2018. In deze brief ga ik inhoudelijk in op uw aangedragen bezwaren.

Op 1 januari 2017 is [Beklaagde] van start gegaan. Dit is een gezamenlijke regeling waarin het overgrote deel van de ambtenaren van de gemeenten [A], [B], [C] en [D] werkzaam zijn. Alle vier de gemeenten moeten de wetgebieden WMO, Jeugdhulp en Participatie op een goede wijze invullen. U kunt zich voorstellen dat een dergelijke fusie ervoor zorgt dat werkprocessen van de vier gemeenten op elkaar worden afgestemd. Ook worden, zoals in elke organisatie, keuzes gemaakt over wat men nodig denkt te hebben om alle werkprocessen zo goed mogelijk in te richten. Dit heeft tot gevolg dat er keuzes gemaakt zijn, waar u namens uw cliënt bezwaar op maakt, namelijk:

(...)

- een on-premise-oplossing

(...)

De keuze voor een on-premise-oplossing is (...) gemotiveerd in het vernieuwde aanbestedingsdocument van 8 juni jl. Hierin staat namelijk het volgende:

*"Een on-premise-oplossing past op de huidige ICT-infrastructuur van [Beklaagde]. Kortgeleden is aanzienlijk geïnvesteerd in nieuwe hardware, waarop deze oplossing kan draaien. Het zou een desinvestering zijn als hier niet optimaal gebruik van gemaakt wordt. Daarnaast vindt de opdrachtgever het noodzakelijk volledig grip te hebben op de beveiliging en de locatie van de dataopslag van deze backoffice applicatie".*

In deze passage legt [Beklaagde] uit waarom zij tot de keuze van een on-premise-oplossing is gekomen. In uw brief van 13 juni jl. noemt u deze motivering geen objectieve rechtvaardiging om op voorhand niet te kiezen voor een SaaS-oplossing. Ook hiervoor geldt dat een aanbestedende dienst zelf mag bepalen hoe zij de ICT-infrastructuur inricht en wat voor soort applicaties zij daarvoor nodig heeft. Die keuze brengt geen ongerechtvaardigde belemmering van de mededinging mee. Daarmee is ook dit bezwaar afgehandeld.'

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

Beklaagde handelt in strijd met het transparantiebeginsel van artikel 1.9, lid 1, Aw 2012, doordat niet duidelijk is of vereist is dat een 'on-premise'-oplossing wordt aangeboden.

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

Beklaagde handelt in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel door inschrijvers die enkel willen inschrijven met een SaaS-oplossing op voorhand uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure.

### **2.3. Klachtonderdeel 3**

Beklaagde draagt in strijd met artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 niet zorg voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van de onderhavige overeenkomst, door inschrijvers die enkel willen inschrijven met een SaaS-oplossing uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure.

## **3. Onderbouwing klacht**

### **3.1. Klachtonderdeel 1**

Dat een 'on-premise'-oplossing moet worden geboden is volgens klager in het Programma van Eisen en Wensen (zie 1.4 hiervoor) niet opgenomen als eis, laat staan als knock-out eis. In paragraaf 1.4 van het Aanbestedingsdocument (zie 1.3 en 1.8 hiervoor) is het als 'uitgangspunt' opgenomen onder 'Algemene eisen techniek'. Daarmee is onduidelijk waarom een inschrijving gebaseerd op een SaaS ('in the cloud')-oplossing ongeldig zou zijn. In dit kader merkt klager op dat beklagde in haar brief van 25 juni 2018 (zie 1.9 hiervoor) niet op dit bezwaar van klager (zie haar brief van 18 mei 2018 in 1.7 hiervoor) heeft gereageerd.

### 3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. Klager stelt dat het uitsluiten van een SaaS-oplossing, die verder wel voldoet aan alle door beklaagde gevraagde eisen en doelstellingen, in strijd is met het gelijkheids- en transparantiebeginsel.
- 3.2.2. Beklaagde kan volgens klager niet onderbouwd aangegeven waarom zij wil dat inschrijvers enkel een 'on-premise'-oplossing aanbieden. Daarnaast leidt het eisen van een 'on-premise'-oplossing volgens klager tot willekeur omdat de oplossing wel gekoppeld moet worden aan andere 'in the cloud'-oplossingen, waaronder [regiesysteem X] en Office365 (zie het excelbestand 'Bijlage E Conformiteitslijst PvEW\_Backoffice Applicatie Sociaal Domein - [Beklaagde]', eisen 21 en 22 in het vierde tabblad ("Koppelingen") en eis 8 in het vijfde tabblad ("Techniek") in 1.4 hiervoor).
- 3.2.3. Ter onderbouwing van haar standpunt verwijst klager naar vraag 118 in de eerste Nota van Inlichtingen (zie 1.5.2 hiervoor), vraag 32 van de tweede Nota van Inlichtingen (zie 1.6 hiervoor), haar klachtbrief van 18 mei 2018 (zie 1.7 hiervoor) en de reactie daarop van beklaagde van 25 juni 2018 (zie 1.9 hiervoor).
- 3.2.4. Dat beklaagde het noodzakelijk vindt om volledig grip te hebben op de beveiliging en de locatie van de dataopslag van deze backoffice-applicatie (zie haar brief van 25 juni 2018 in 1.9 hiervoor), is volgens klager geen probleem. Klager stelt dat zij uit ervaring weet dat de beveiliging en locatie van de dataopslag ook optimaal voldoet bij een SaaS-oplossing. Dit blijkt volgens klager ook uit de praktijk. Het datacentrum van klager voldoet aan de hoogste TIER4 eisen. Daarnaast voldoet klager aan de eisen voor privacy en informatiebeveiliging van de Baseline Informatievoorziening Gemeenten. Klager voegt hier aan toe dat dit geldt voor alle SaaS-leveranciers, die als gevolg van de door beklaagde gevraagde 'on-premise'-oplossing direct worden uitgesloten.

### 3.3. Klachtonderdeel 3

- 3.3.1. Beklaagde selecteert met de aanbesteding een leverancier die tot 10 jaar de applicatie kan leveren. Klager is bereid om deze opdracht binnen de door beklaagde gevraagde bandbreedte uit te voeren. Hiermee biedt klager naar eigen zeggen niet alleen de implementatie en oplossing voor dezelfde prijs, maar tevens verzorgt zij de hosting, het beheer, het onderhoud, de uitwijk, de beveiliging en de back-up voor beklaagde.
- 3.3.2. Het uitsluiten van inschrijvers met enkel een SAAS-oplossing staat naar de mening van klager haaks op de verplichting voor aanbestedende diensten om voor een oplossing te kiezen die de meeste waarde voor de publieke middelen creëert. Zeker nu het een opdracht voor de duur van 10 jaar betreft (zie 1.2 hiervoor).
- 3.3.3. Naar de mening van klager is het argument van beklaagde dat zij kort geleden aanzienlijk heeft geïnvesteerd in nieuwe hardware (zie paragraaf 1.4 van het gewijzigde Aanbestedingsdocument van 8 juni 2018 in 1.8 hiervoor en haar brief van 25 juni 2018 in 1.9 hiervoor) een non-argument. De kosten voor de nieuwe hardware zijn immers al gemaakt en dat maakt het volgens klager nog niet noodzakelijk om te blijven kiezen voor een oplossing die ook tijdens de looptijd meer kost dan een SaaS-oplossing. Beklaagde handelt hiermee in strijd met haar verplichting om te zoeken naar de oplossing die de meeste maatschappelijke waarde creëert voor de publieke middelen.



#### **4. Reactie beklagde**

- 4.1. In reactie op de door klager bij de Commissie ingediende klacht heeft E namens beklagde de Commissie laten weten dat zij daar niet meer inhoudelijk op zal reageren.
- 4.2. E heeft daarbij opgemerkt dat zij in haar brief van 25 juni 2018 (zie 1.9 hiervoor) reeds uitgebreid op de klacht is ingegaan, zowel door het doen van aanpassingen in het aanbestedingsdocument als door toe te lichten waarom zij aan bepaalde bezwaren niet tegemoet kan komen.

#### **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde, een samenwerkingsverband van gemeenten [A], [B], [C] en [D], op 29 maart 2018 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de levering en implementatie van één (ingerichte) toekomstgerichte backoffice applicatie voor het Sociaal Domein (Wmo, Jeugdzorg en Participatie), gekoppeld met [Regiesysteem X]. [E] begeleidt de aanbestedingsprocedure. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. De Commissie wijst er op dat zij vandaag in een soortgelijke zaak Advies 476 heeft uitgebracht.
- 5.3. Klachtonderdeel 1
  - 5.3.1. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.
  - 5.3.2. De te beantwoorden vraag is of beklagde aan haar hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat zij het karakter van de gevraagde 'on-premise'-oplossing in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers dit karakter op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde wat dan het karakter is van de gevraagde 'on-premise'-oplossing, meer in het bijzonder: of de aanbestedingsdocumenten het aanbieden van een 'on-premise'-oplossing al dan niet vereisen. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
  - 5.3.3. In de aankondiging van 29 maart 2018 is bepaald dat bij deze aanbesteding wordt uitgegaan van een 'on-premise'-oplossing en dat de inschrijver als optie moet aangeven wat het kost om de gevraagde oplossing als SaaS-oplossing (of hosted) af te nemen (zie 1.2 hiervoor).
  - 5.3.4. Vervolgens is in het Aanbestedingsdocument 28 maart 2018 (zie 1.3 hiervoor), onder meer, bepaald (onderstreping door Commissie):

## **`1 Inleiding**

(...)

### **1.4 Gewenste situatie**

(...)

Algemene eisen techniek:

- Bij uw inschrijving en de beoordeling daarvan gaan wij uit van een on-premise oplossing.
  - Optioneel kunt u in het beoordelingsformulier aangeven wat de kosten zijn als gekozen wordt voor een Software as a Service (SaaS) omgeving of een oplossing in een gehoste omgeving.
- (...)

(...)

## **2 De procedurele aspecten van de aanbesteding**

(...)

### **2.18 Varianten**

Het staat inschrijver niet vrij om, naast een inschrijving conform het aanbestedingsdocument, een variant(-en) in te dienen.'

5.3.5. Daarna zijn in de eerste Nota van Inlichtingen van 25 april 2018, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen (zie 1.5 hiervoor):

5.3.6. Vraag 22 (betreffende de eisen en criteria in tabblad 4. Koppelingen, zie 1.4 hiervoor): 'Kan opdrachtgever toelichting geven op deze eis? Is opdrachtgever akkoord om ,onder de juiste voorwaarde, GGK berichtuitwisseling via de Servicebus van leverancier te laten verlopen?'

Antwoord: 'Nee, niet akkoord bij een on-premise oplossing; in dat geval verloopt de berichtenuitwisseling (iWMO/iJW) met het GGK/Vecozo via de servicebus van de opdrachtgever. Echter, bij een SAAS oplossing gaat de opdrachtgever wel akkoord dat de uitwisseling van (uitsluitend) de iWMO en iJW berichten via de servicebus van de inschrijver verloopt.'

5.3.7. Vraag 118: 'Kunt u aangeven hoe de optie SaaS wordt opgenomen in de beoordeling?'

Antwoord: 'Bij de beoordeling gaan wij uit van een on-premise oplossing. In het beoordelingsformulier voor prijs mag aangegeven worden wat de kosten zijn als de opdrachtgever eventueel kiest voor een SAAS-oplossing.'

5.3.8. Daarop zijn in de tweede Nota van Inlichtingen van 9 mei 2018, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen (zie 1.6 hiervoor):

Vraag 32: 'Hoe gaat opdrachtgever om met een oplossing die alleen in de vorm van SaaS kan worden aangeboden?'

Antwoord: 'Zoals gesteld in paragraaf 1.4 gaan wij bij uw inschrijving en de beoordeling uit van een on-premise oplossing. Een SAAS-oplossing mag wel optioneel worden aangeboden. Indien u geen on-premise oplossing kan leveren voldeet u niet aan onze vereisten.'

5.3.9. Naar aanleiding van de bezwaren van klager in haar brief van 18 mei 2018 (zie 1.7 hiervoor) heeft beklaagde op 8 juni 2018 een aangepast Aanbestedingsdocument gepubliceerd (zie 1.8 hiervoor) waarin, onder meer, het volgende is bepaald (de wijzigingen zijn zichtbaar in blauwe letters):

**`1 Inleiding**

(...)

**1.4 Gewenste situatie**

(...)

Algemene eisen techniek:

- Bij uw inschrijving en de beoordeling daarvan gaan wij uit van een on-premise oplossing. [Een on-premise-oplossing past op de huidige ICT-infrastructuur van \[Beklaagde\]. Kortgeleden is aanzienlijk geïnvesteerd in nieuwe hardware, waarop deze oplossing kan draaien. Het zou een desinvestering zijn als hier niet optimaal gebruik van gemaakt wordt. Daarnaast vindt de opdrachtgever het noodzakelijk volledig grip te hebben op de beveiliging en de locatie van de dataopslag van deze backoffice applicatie.](#)
- Optioneel kunt u in het beoordelingsformulier aangeven wat de kosten zijn als gekozen wordt voor een Software as a Service (SaaS) omgeving of een oplossing in een gehoste omgeving.'

(...).'

5.3.10. Ten slotte is in paragraaf 2.20 ("Overige") van het Aanbestedingsdocument bepaald dat in geval van tegenstrijdigheden de nota's van inlichtingen in rangorde voorgaan op de overige onderdelen van het aanbestedingsdocument en een later opgestelde nota van inlichtingen prevaleert boven de eerder opgestelde nota van inlichtingen (zie 1.3 hiervoor).

5.3.11. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers na het antwoord op vraag 32 in de tweede Nota van Inlichtingen het karakter van de gevraagde 'on-premise'-oplossing op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat het aanbieden van een 'on-premise'-oplossing een vereiste is.

5.3.12. Dit betekent dat klachtonderdeel 1 naar het oordeel van de Commissie op zichzelf ongegrond is.

5.3.13. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de aanbestedingsdocumenten op dezelfde wijze uitleggen, in die zin dat het aanbieden van een 'on-premise'-oplossing een vereiste is, laat onverlet dat de Commissie van oordeel is – hoewel daarover niet is geklaagd – dat beklaagde de aanbestedingsstukken onvoldoende transparant heeft geformuleerd. Het gaat hier meer specifiek om de bepalingen in de aanbestedingsstukken die betrekking hebben op het aanbieden en het beoordelen van een SaaS-oplossing in relatie tot het aanbieden van een 'on-premise'-oplossing. De Commissie licht een en ander hierna toe in 5.3.14 en 5.3.15.

5.3.14. Vooropgesteld kan worden dat uit hetgeen hiervoor in 5.3.3 t/m 5.3.9 is overwogen volgt dat een inschrijver in ieder geval een 'on-premise'-oplossing moet aanbieden. Of een inschrijver daarnaast ook een SaaS-oplossing mag of moet aan-

bieden, blijkt echter onvoldoende duidelijk uit de aanbestedingsstukken. De aankondiging wijst in de richting dat een SaaS-oplossing moet worden aangeboden, omdat daarin is bepaald dat de inschrijver als optie moet aangeven wat het kost om de gevraagde oplossing als SaaS-oplossing (of hosted) af te nemen (zie 1.2 hiervoor). Dat zou betekenen dat potentiële inschrijvers die wel in staat zijn een 'on-premise'-oplossing aan te bieden, maar geen SaaS-oplossing kunnen aanbieden, mogelijk van inschrijving hebben afgezien.

- 5.3.15. In het geval dat uit de aanbestedingsstukken echter zou volgen dat het aanbieden van een SaaS-oplossing – naast het aanbieden van een 'on-premise'-oplossing – géén vereiste is, maar slechts als een mogelijkheid heeft te gelden, ontstaat een ander probleem. De Commissie is van oordeel dat beklagde het aanbieden van een SaaS-oplossing in dat geval ten onrechte aanmerkt als een optie, in plaats van een variant. De SaaS-oplossing kan namelijk niet als aanvulling op de 'on-premise'-oplossing worden geboden, maar zou daarvoor in de plaats komen. De mogelijkheid tot het aanbieden van varianten moet bovendien in de aankondiging expliciet zijn bepaald, wat in het onderhavige geval niet is gebeurd. Sterker nog: beklagde heeft het aanbieden van varianten in de aanbestedingsstukken expliciet uitgesloten. Ook moet in het geval dat het aanbieden van een variant wel zou zijn toegestaan in de aanbestedingsstukken zijn bepaald aan welke minimumeisen deze moet voldoen en hoe deze zal worden beoordeeld. Dat laatste is evenmin gebeurd.
- 5.3.16. Afgezien van het voorgaande, signaleert de Commissie ook nog een probleem ten aanzien van de naleving van het beginsel van gelijke behandeling. Dat probleem doet zich voor ongeacht of het aanbieden van een SaaS-oplossing – naast een 'on-premise'-oplossing – in de aanbestedingsstukken als een eis dan wel als een mogelijkheid is bepaald. Dat probleem zal worden besproken in het kader van het volgende klachtonderdeel.

#### 5.4. Klachtonderdeel 2

- 5.4.1. Alvorens over te gaan tot inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 2, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 5.4.2. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt. Bovendien dient een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant te handelen.
- 5.4.3. Op grond van artikel 1.10 Aw 2012 mogen aanbestedende diensten slechts eisen stellen aan de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
- 5.4.4. Op grond van artikel 1.10a Aw 2012 mag een aanbestedende dienst geen overheidsopdracht ontwerpen met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van Deel 2, 2a of 3 van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging is kunstmatig beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.
- 5.4.5. De hiervoor genoemde verplichtingen zijn onder andere uitgewerkt in artikel 2.75, lid 6, en 2.76, lid 1, 3 en 4, Aw 2012 waarin artikel 42, lid 2, 3 en 4, Richtlijn 2014/24/EU zijn geïmplementeerd:

#### **'Artikel 2.75**

(...)

6. De technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging.

### **Artikel 2.76**

1. Een aanbestedende dienst formuleert de technische specificaties:
  - a. door verwijzing naar technische specificaties en achtereenvolgens naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, Europese technische beoordelingen, gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentie-systemen of, bij ontstentenis daarvan, nationale normen, nationale technische goedkeuringen dan wel nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, berekenen en uitvoeren van werken en het gebruik van leveringen,
  - b. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen, (...) waarbij de eisen zodanig nauwkeurig zijn bepaald dat de inschrijvers het voorwerp van de overheidsopdracht kunnen bepalen en de aanbestedende dienst de overheidsopdracht kan gunnen,
  - c. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen als bedoeld in onderdeel b, waarbij onder vermoeden van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar specificaties, bedoeld in onderdeel a, of
  - d. door verwijzing naar de specificaties, bedoeld in onderdeel a, voor bepaalde kenmerken, en verwijzing naar de prestatie-eisen en functionele eisen, bedoeld in onderdeel b, voor andere kenmerken.

(...)

3. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit voor door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.
4. Een aanbestedende dienst kan de melding of verwijzing, bedoeld in het derde lid, opnemen in de technische specificaties indien:
  - a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht door toepassing van het eerste lid niet mogelijk is en
  - b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden «of gelijkwaardig».

5.4.6. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. Daarbij zal hij zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden of zijn eisen functioneel moeten specificeren (zie 2.76, lid 1, Aw 2012 en onder meer Advies 442, overweging 5.3.3; Advies 430, overweging 5.4.5 en Advies 424, overweging 6.3.6).

5.4.7. Bovendien is inherent aan een (technische) eis dat ondernemingen die daaraan niet kunnen voldoen, worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Dat een aanbestedende dienst een (technische) eis stelt waar een of meer ondernemingen niet aan kunnen voldoen, betekent derhalve nog niet per definitie dat de aanbestedende dienst handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling.

5.4.8. Naar het oordeel van de Commissie is in het onderhavige geval geen sprake van een technische specificatie in de zin van artikel 2.76, lid 3, Aw 2012.

- 5.4.9. Zoals de Commissie in het kader van klachtonderdeel 1 ten overvloede reeds heeft overwogen in 5.3.13-5.3.15 hiervoor, is zij van oordeel dat beklagde de aanbestedingsstukken onvoldoende transparant heeft geformuleerd wat betreft de bepalingen in de aanbestedingsstukken die betrekking hebben op het aanbieden en het beoordelen van een SaaS-oplossing in relatie tot het aanbieden van een 'on-premise'-oplossing. In het verlengde van dit oordeel, overweegt de Commissie nog het volgende ten aanzien van het onderhavige klachtonderdeel 2.
- 5.4.10. Indien beklagde zou hebben beoogd in eerste instantie een 'on-premise'-oplossing af te nemen en daarnaast de mogelijkheid te willen hebben om gedurende de uitvoering van de opdracht over te schakelen op de door de winnende inschrijver aangeboden SaaS-oplossing, is de Commissie van oordeel dat dit onvoldoende duidelijk blijkt uit de aanbestedingsdocumenten (zie 1.2-1.6 hiervoor). Als beklagde dat voor ogen had, had zij dat duidelijk in de aanbestedingsdocumenten moeten bepalen.
- 5.4.11. De Commissie wijst er verder op dat – ongeacht of het aanbieden van een SaaS-oplossing, naast een 'on-premise'-oplossing – in de aanbestedingsstukken als een eis dan wel als een mogelijkheid is bepaald (zie 5.3.14-5.3.16 hiervoor), beklagde met de opzet van de aanbesteding de mogelijkheid heeft gecreëerd om bij de gunning van de overheidsopdracht te kiezen voor een SaaS-oplossing van een inschrijver die in staat is te voldoen aan de eis van het aanbieden van een 'on-premise'-oplossing. In het licht van die mogelijke uitkomst van de aanbestedingsprocedure is de Commissie van oordeel dat beklagde handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling door inschrijvers die alleen een SaaS-oplossing kunnen aanbieden, maar niet in staat zijn een 'on-premise'-oplossing aan te bieden, uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure.
- 5.4.12. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 2 gegrond.

## 5.5. Klachtonderdeel 3

- 5.5.1. Nu de Commissie in het kader van klachtonderdeel 1 ten overvloede heeft overwogen dat beklagde de aanbestedingsstukken onvoldoende transparant heeft geformuleerd wat betreft de bepalingen in de aanbestedingsstukken die betrekking hebben op het aanbieden en het beoordelen van een SaaS-oplossing in relatie tot het aanbieden van een 'on-premise'-oplossing, komt zij niet meer toe aan de beoordeling van klachtonderdeel 3.
- 5.5.2. Daarmee neemt de Commissie klachtonderdeel 3 niet in behandeling.
- 5.5.3. De Commissie merkt tot slot nog op dat zij in het vandaag eveneens uitgebrachte Advies 476 in een vergelijkbare zaak een gelijkloidend klachtonderdeel wel in behandeling heeft genomen.

## 6. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **ongegron**d, klachtonderdeel 2 **gegron**d en neemt klachtonderdeel 3 niet in behandeling.

De Commissie heeft zich ten behoeve van de beoordeling van klachtonderdelen 2 en 3 laten bijstaan door mr.ir. D.C.G. de Rooij die als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 27 juli 2018

w.g.:  
Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid