

**Advies 585 | Samenvatting**

Deze klacht gaat over de uitvoering van een overheidsopdracht voor de implementatie en het technisch beheer (inclusief innovatie) van een Studenten Informatie Systeem (SIS). Die opdracht is eind 2018 na een Europese openbare procedure aan ondernemer X gegund. De ondernemer die de klacht indient, heeft destijds ook aan die aanbestedingsprocedure deelgenomen. Hij klaagt er nu over dat de aanbesteders voornemens zijn de overheidsopdracht in strijd met artikel 2.163a Aw 2012 zonder heraanbesteding te wijzigen.

Tussen de klagende ondernemer en de aanbesteders staat niet ter discussie dat de opdracht waarschijnlijk zal moeten worden gewijzigd: de in de opdracht voorziene uiterste implementatiedatum van het SIS – 1 september 2020 – moet voor een aantal aanbesteders zeer waarschijnlijk naar achteren worden geschoven. Over de achterliggende oorzaak daarvan verschillen partijen echter van mening.

Volgens de klagende ondernemer hebben de aanbesteders en ondernemer X de vertraging aan zichzelf te wijten en moet de oorzaak enkel en alleen worden gezocht in de impact van een te lange ontwikkelfase van het SIS op de implementatie daarvan. De Commissie is van oordeel dat de ondernemer zijn stellingen in dit verband onvoldoende heeft onderbouwd en dat de aanbesteders die stellingen ook overigens voldoende hebben betwist. Daarmee komt de Commissie in haar advies niet verder toe aan een beoordeling van de aanbestedingsrechtelijke geoorloofdheid van een eventuele overschrijding van de uiterste implementatiedatum vanwege de door de klagende ondernemer vermeende impact van een vermeend te lange ontwikkelfase van het SIS op de implementatie daarvan.

De aanbesteders betogen op hun beurt dat de oorzaak van de vertraging moet worden gezocht in de impact van de (gevolgen van de) maatregelen van de overheid vanwege de Coronacrisis op de implementatie van het SIS. De Commissie is voorshands van oordeel dat de aanbesteders deze stelling voldoende aannemelijk hebben gemaakt en dat de klagende ondernemer daar onvoldoende tegenover heeft gesteld. Daarmee komt de Commissie vervolgens toe aan een beoordeling van de aanbestedingsrechtelijke geoorloofdheid van een eventuele overschrijding van de uiterste implementatiedatum vanwege de impact van de (gevolgen van de) maatregelen van de overheid vanwege de Coronacrisis.

De Commissie komt vervolgens tot het oordeel dat in het eventuele geval dat de implementatie van het SIS niet voor de uiterste datum van 1 september 2020 is gerealiseerd, als gevolg van de impact van de (gevolgen van de) maatregelen van de overheid vanwege de Coronacrisis op de implementatie, de aanbesteders de met ondernemer X overeengekomen implementatiedatum zullen kunnen wijzigen met een beroep op het bepaalde in artikel 2.163e, lid 1, Aw 2012: de behoefte aan de wijziging van de implementatiedatum is naar het oordeel van de Commissie het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien. De Commissie maakt de aanbesteders in een overweging ten overvloede tot slot nog attent op het bepaalde in artikel 2.163e, lid 2, Aw 2012.

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 585

### 1. Feiten

- 1.1. Op 25 april 2018 hebben 9 mbo-instellingen – hierna: aanbesteders – een gezamenlijke Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor implementatie en technisch beheer (inclusief innovatie) van een Studenten Informatie Systeem (SIS). Eén van de mbo-instellingen – aanbesteder A – is in het kader van die procedure als bevoegde penvoerder opgetreden namens aanbesteders.
- 1.2. In het Aanbestedingsdocument SIS van 24 april 2018 is, onder meer, het volgende bepaald:

#### '1.2 Algemene informatie over de aanbesteding

De aanbesteding betreft de implementatie en het beheer (inclusief innovatie) van een SIS voor een aantal samenwerkende mbo-instellingen.

(...)

Het SIS waarop deze aanbesteding betrekking heeft, is een breed standaardpakket dat de administratieve kernregistratie en de ondersteuning van de begeleidingsprocessen binnen een instelling ondersteunt. Dit omvat grofweg de volgende functionele gebieden:

- intake
- administratie
- BPV
- beheren groepen
- facturatie
- examineren
- diplomeren
- begeleiden
- opleiden en vormen
- onderwijsinhoud
- aan- en afwezigheid en verzuim
- overdracht
- externe uitwisseling

(...)

Deze aanbesteding betreft zowel de implementatie bij de individuele instellingen als het beheer (inclusief innovatie) gedurende de looptijd van de overeenkomsten. De implementatie zal tussen begin 2019 en begin 2021 moeten plaatsvinden, gefaseerd in de tijd afhankelijk van de urgentie bij elk van de instellingen. Deze implementatie zal ook de implementatie van alle koppelvlakken met omringende applicaties op elk van de instellingen omvatten. Het beheer zal worden ingericht op basis van een met de inschrijver te sluiten SLA (Service Level Agreement).

(...)

## **2.2 Definitie van de opdracht**

De opdracht betreft de implementatie en het beheer (inclusief innovatie) van een SIS voor de samenwerkende mbo-instellingen zoals genoemd in deze paragraaf.

De functionaliteit en de technische eigenschappen zijn beschreven in het PvE. Op hoofdlijnen betreft het een standaardpakket met ondersteuning voor de administratieve kernregistratie en de ondersteuning van de begeleidingsprocessen. Deze functionaliteit heeft betrekking op mbo, VAVO, educatie en contractonderwijs.

De opdracht omvat zowel de implementatie bij alle samenwerkende instellingen als ook het technisch beheer.

De gezamenlijke aanbesteding wordt voorbereid ten behoeve van de onderstaande instellingen. Alle genoemde instellingen nemen alle gevraagde functionaliteit af.

(...)

## **2.3 Omvang van de opdracht**

Het totaalaantal studenten bij de samenwerkende instellingen ligt rond de 85.000 (84.287 BOL- en BBL-studenten, bron: DUO, 2016). Rekening houdend met een prijs per student in de huidige markt van tussen € 15 en € 25, dan ligt de opdrachtomvang tussen € 1,25 en € 2,2 miljoen per jaar. Deze inschatting gaat uit van 9 samenwerkende instellingen en de inschatting van het toekomstige prijsniveau. De daadwerkelijke inschrijfprijzen kunnen hiervan afwijken.

(...)

## **2.6 Type overeenkomst**

Er wordt een individueel contract gesloten tussen de inschrijver en elk van de instellingen. Onderdeel van de aanbestedingsdocumenten is een juridisch getoetste modelovereenkomst met de gezamenlijke (inkoop)voorwaarden. Deze modelovereenkomst met bijbehorende voorwaarden is de basis voor het individuele contract tussen instelling en inschrijver. Er is geen sprake van een overkoepelende raamovereenkomst.

De overeenkomst heeft een maximale looptijd van twintig jaar. De overeenkomst kan na het verstrijken van een initiële duur van zes jaar opgezegd worden door iedere afzonderlijke deelnemende aanbestedende dienst, met een opzegtermijn van zes maanden. Het is zowel mogelijk om de gehele overeenkomst als een deel van de overeenkomst op te zeggen. Het is na de initiële looptijd van zes jaar voor Opdrachtnemer mogelijk de overeenkomst met elk van de deelnemende aanbestedende diensten op te zeggen met een opzegtermijn van twee jaar.

(...)

Tijdens de initiële duur van zes jaar kan een instelling de overeenkomst opzeggen indien na ingebrekestelling en het gunnen van een redelijke termijn om alsnog na te komen op het moment dat toezeggingen niet worden nagekomen en eisen niet worden gerealiseerd. Opdrachtnemer is na opzegging op grond van deze bepaling verplicht de dienstverlening voort te zetten zo lang als opdrachtgever nodig heeft om de opdracht opnieuw aan te besteden en een alternatief systeem te implementeren.

Het implementatiemoment is voor elke instelling verschillend. De contractduur voor de beheerfase gaat in vanaf voltooiing van de implementatie, dus de startdatum van het contract is voor elke instelling anders.

## **2.7 Contractvoorwaarden**

(...)

Deze contractvoorwaarden zullen deels (in de vorm van eisen) in het PvE worden uitgewerkt. Het gaat specifiek om de volgende onderwerpen.

### *2.7.1 Algemene inkoopvoorwaarden*

Uitgangspunt voor de inkoopvoorwaarden zijn de Algemene Rijksvoorwaarden IT-overeenkomsten 2016 (ARBIT-2016).

### *2.7.2 Contractmanagement*

(...)

De KPI's hebben vooral betrekking op het dienstenniveau zoals te beschrijven in de door inschrijvers op te geven SLA. Dit gaat dan met name om reactietijden op incidenten en wijzigingen, beschikbaarheid en performance. Daarnaast kunnen aanvullende KPI's worden gedefinieerd, bijvoorbeeld op het nakomen van bepaalde afspraken over planningen of nieuwe functionaliteit.

Als blijkt dat gedurende de implementatie- of beheerfase niet aan bepaalde minimumvoorwaarden of eisen wordt voldaan dan kan het contract worden beëindigd. Datzelfde geldt als er op bepaalde KPI's structureel onvoldoende wordt gescoord.

Aangezien niet (volledig) valt te voorspellen welke ontwikkelingen er op het gebied van SIS zullen gaan plaatsvinden gedurende de looptijd van de te sluiten overeenkomst, wordt uitdrukkelijk de mogelijkheid opgenomen om de overeenkomst uit te breiden in het geval de inschrijver functionaliteit(en) ontwikkelt op het gebied van SIS die een of meerdere van de deelnemende aanbestedende diensten af wenst te gaan nemen. Het is toegestaan de overeenkomst op deze manier uit te breiden zolang de oorspronkelijke prijs per student per jaar binnen de totale contractperiode niet meer dan 30% stijgt door deze aanvullende functionaliteit(en).

### *2.7.3 Voorwaarden in de implementatiefase*

Na gunning zal er een ontwikkel- en implementatiefase starten. Op deze periode zijn aparte contractafspraken van toepassing die sterk afhankelijk zijn van de specifieke aanbieding van de inschrijver. Wij voorzien op dit moment twee typen activiteiten in deze fase:

- Gezamenlijke ontwikkelfase waarin er een gemeenschappelijke basisinrichting (template) wordt gerealiseerd conform het PvE. Dit is hetzelfde voor alle samenwerkende instellingen en vereist mogelijk een ontwikkelinspanning van de inschrijver.
- Implementatie per instelling, waarin de conversie en inrichting voor een specifieke instelling wordt gedaan.

Het ligt voor de hand om voor beide delen (de gemeenschappelijke ontwikkelfase en de implementatie per instelling) contractvoorwaarden op te stellen. Deze contractvoorwaarden omvatten:

- afspraken over te realiseren eisen en wensen
- plan van aanpak
- kosten
- planning.

(...)

#### 2.7.5 Financiële voorwaarden

(...)

Daarnaast worden bij aanbesteding afspraken gemaakt over de tariefstelling in het geval er in opdracht van (één van de) instellingen wijzigingen worden doorgevoerd, maatwerk wordt gerealiseerd of consultancy nodig is.

(...)

### 3.15 Bijlagen

De volgende bijlagen maken deel uit van de onderhavige aanbesteding:

1. (...)
2. Conceptovereenkomst
3. (...)
4. ARBIT 2016
5. (...)
6. Programma van Eisen en wensen

(...)

(...)

### 5.1 Programma van Eisen en Wensen

De basis voor de inschrijvingen van de inschrijvers is het Programma van Eisen en Wensen (PvE). Het PvE bestaat uit een beschrijving met eisen en wensen op de volgende onderdelen:

(...)

#### 5.1.2 Niet-functionele eisen en generieke voorzieningen

Op een aantal onderwerpen wordt een verzameling niet-functionele eisen en wensen geformuleerd.

- eisen en wensen aan de implementatie

(...).

(...)'

- 1.3. In eis 7.2.3 van het Programma van Eisen en Wensen (PvE) is het volgende bepaald:

'De implementatie vindt gefaseerd plaats waarbij alle instellingen uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 over een geïmplementeerd SIS beschikken.'

- 1.4. In de concept Overeenkomst Studenten Informatie Systeem is, onder meer, het volgende bepaald:

#### 5. Aflevering en oplevering

- 5.1 Wederpartij draagt zorg voor Oplevering op de in de onderstaande tabel vermelde wijze en plaats. Genoemde data zijn Fatale termijnen.

| Volg-nummer | Onderwerp     | Wijze van Oplevering | Adres en datum |
|-------------|---------------|----------------------|----------------|
| B1          | (...)         | (...)                | (...)          |
| B2          | (...)         | (...)                | (...)          |
| B3          | Implementatie | <...>                | (...)          |
| B4          | (...)         | (...)                | (...)          |
| B6          | (...)         | (...)                | (...)          |
| C1          | (...)         | (...)                | (...)          |

(...)

#### 7. Vergoeding

- 7.1 Partijen komen de navolgende vergoeding overeen

| Volg-nummer | Onderwerp                                    | Prijs | Prijs incl. BTW                             |
|-------------|--|-------|---|
| B1          | (...)  | (...) | (...)                                       |
| B2          | (...)  | (...) | (...)                                       |
| B3          | De Vergoeding voor de Implementatie bedraagt | <...> | < uurtarief of andere vergoedingsmaatstaf > |
| B4          | (...)  | (...) | (...)                                       |
| B5          |  |       |   |
| B6          | (...)  | (...) | (...)                                       |
| C           | (...)  | (...) | (...)                                       |
|             | (...)  | (...) | (...)                                       |
|             | <b>Totale vergoeding</b>                     | (...) |   |

(...)

- 1.5. In de Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten (ARBIT) 2016 is, onder meer, het volgende bepaald:

#### ALGEMENE BEPALINGEN

De Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten (ARBIT) bestaan uit deze Algemene bepalingen en Bijzondere bepalingen. Deze Algemene bepalingen hebben betrekking op alle IT-overeenkomsten die Opdrachtgever aangaat. De Bijzondere bepalingen hebben betrekking op specifieke IT-overeenkomsten die Opdrachtgever aangaat.

#### Artikel 1. Begrippen

In deze voorwaarden wordt onder de navolgende begrippen, indien met een hoofdletter gebruikt, verstaan:

(...)

1.8. Fatale termijn: een nadrukkelijk als zodanig door partijen overeengekomen termijn bij overschrijding waarvan de partij ten aanzien van wie de termijn is gesteld terstond, dat wil zeggen zonder ingebrekestelling, in verzuim geraakt.

(...)

1.11. Implementatie: het geheel van handelingen en maatregelen nodig om de organisatie van Opdrachtgever geschikt te maken voor het Overeengekomen gebruik van het Product en/of Programmatuur.

(...)

1.15. Meerwerk: niet in de Opdracht begrepen werkzaamheden die leiden tot kosten die de Vergoeding te boven gaan.

(...)

1.32. Vergoeding: de in totaal voor de Prestatie overeengekomen prijs.

(...)

(...)

#### **Artikel 14. Facturering, korting en Meerwerk**

(...)

14.3 Een overeengekomen korting op de Vergoeding of boete komt Opdrachtgever toe onverminderd diens andere rechten of vorderingen, waaronder begrepen, maar niet beperkt tot:

- a. zijn vordering tot nakoming van de overeengekomen verplichting tot het verrichten van de Prestatie;
- b. zijn recht op schadevergoeding en/of;
- c. zijn recht op ontbinding.

(...)

(...)

#### **Artikel 25. Dreigende vertraging**

25.1. Indien de uitvoering van de Prestatie vertraging dreigt te ondervinden, deelt Wederpartij dat onmiddellijk aan Opdrachtgever mee onder vermelding van de oorzaak en consequenties daarvan. Tevens stelt Wederpartij Opdrachtgever daarbij maatregelen voor om (verdere) vertraging te voorkomen.

25.2. Zo spoedig mogelijk na ontvangst van de in artikel 25.1 bedoelde mededeling, bericht Opdrachtgever aan Wederpartij of hij al dan niet instemt met de voorgestelde maatregelen. Instemming betekent niet dat Opdrachtgever de oorzaak van de dreigende vertraging erkent en laat zijn rechten jegens de Wederpartij onverlet.

#### **Artikel 26. Aansprakelijkheid**

26.1. Indien een partij tekortschiet in de nakoming van een overeengekomen verplichting, kan de andere partij haar in gebreke stellen waarbij de nalatige partij alsnog een redelijke termijn voor de nakoming wordt gegund. Blijft nakoming ook dan uit dan is de nalatige partij in verzuim. Ingebrekestelling is niet nodig wanneer voor de nakoming een Fatale termijn geldt of indien uit een mededeling dan wel de houding van de andere partij moet worden afgeleid dat deze in de nakoming van haar verplichting zal tekortschieten. De partij die toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen, is tegenover de andere partij aansprakelijk voor de door deze geleden en/of te lijden schade.

(...)

### **Artikel 27. Overmacht**

- 27.1. Een tekortkoming in de nakoming van de Overeenkomst die niet te wijten is aan schuld van een partij en evenmin krachtens, wet, rechtshandeling of in het maatschappelijk rechtsverkeer geldende opvatting voor haar rekening komt levert overmacht op.
- 27.2. Onder overmacht aan de zijde van Wederpartij wordt in ieder geval niet verstaan: gebrek aan personeel, stakingen, ziekte van Personeel, verlate aanlevering of ongeschiktheid van voor het verrichten van de Prestatie benodigde goederen dan wel liquiditeits of solvabiliteitsproblemen.

(...)

(...)

### **Artikel 30. Ontbinding en opzegging**

- 30.1. Onverminderd hetgeen overigens in de Overeenkomst is vastgelegd, kan elk van de partijen de Overeenkomst door middel van een aangetekend schrijven buiten rechte geheel of gedeeltelijk ontbinden indien de andere partij in verzuim is dan wel nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is.
- 30.2. In geval van overmacht gaan partijen niet eerder tot ontbinding over dan na het verstrijken van een termijn van 15 Werkdagen na het intreden van de tekortkoming.
- 30.3. Opdrachtgever kan zonder voorafgaande aanmaning of ingebrekestelling met onmiddellijke ingang buiten rechte de Overeenkomst door middel van een aangetekend schrijven ontbinden, indien (...) of Wederpartij anderszins niet langer in staat moet worden geacht de verplichtingen uit de Overeenkomst na te komen. Deze bevoegdheid geldt ook indien zich gedurende de looptijd van de Overeenkomst ten aanzien van Wederpartij uitsluitingsgronden voordoen als bedoeld in artikel 2.86 Aanbestedingswet.
- 30.4. Opdrachtgever kan de Overeenkomst ook op de in artikel 30.3 aangegeven wijze ontbinden indien hij op goede gronden aanneemt dat de rechter op een daartoe strekkende vordering op grond van afdeling 4.3.1 van de Aanbestedingswet 2012 de overeenkomst zal vernietigen.  
Wederpartij heeft alsdan aanspraak op vergoeding van in redelijkheid voor de uitvoering van de Overeenkomst gemaakte kosten en in verband daarmee in redelijkheid voor de toekomst reeds aangegane verplichtingen. Indien Opdrachtgever echter aantoonbaar is, komt Wederpartij geen vergoeding toe.

(...)

### **Artikel 31. Behoud recht om nakoming te vorderen**

Het nalaten door één van de partijen om binnen een in de Overeenkomst genoemde termijn nakoming van enige bepaling daaruit te verlangen, tast het recht om daarvan alsnog nakoming te verlangen niet aan, tenzij de desbetreffende partij schriftelijk uitdrukkelijk met de niet-nakoming heeft ingestemd.

### **Artikel 37. Geschillen en toepasselijk recht**

(...)

- 37.2. Op de Overeenkomst is Nederlands recht van toepassing (...).

(...)



## **BIJZONDERE BEPALINGEN OPDRACHTEN**

De bepalingen van dit bijzondere deel zijn steeds samen met de Algemene bepalingen van de ARBIT van toepassing indien Leverancier ten behoeve van Opdrachtgever diensten verricht zoals adviesdiensten, ontwikkeling van Maatwerk-programmatuur, leiding geven aan IT projecten, het verzorgen van het beheer en de exploitatie van een IT infrastructuur, netwerk- en werkplekdiensten of Detachering.

### **OPDRACHTEN ALGEMEEN**

(...)

#### **Artikel 49. Plaats en tijden werkzaamheden**

De werkzaamheden worden verricht op de in de Overeenkomst bepaalde tijd en plaats. Opdrachtgever kan de plaats waar de werkzaamheden worden verricht wijzigen, mits hij dat uiterlijk 3 Werkdagen voor ingang van de wijziging aan Opdrachtnemer kenbaar maakt. Indien de wijziging aantoonbaar leidt tot hogere kosten voor Opdrachtnemer, vergoedt Opdrachtgever die kosten. In het tegenovergestelde geval heeft Opdrachtgever recht op een daarmee overeenstemmende verlaging van de Vergoeding.

(...)

#### **Artikel 56. Projectfasering**

In geval van fasering van het project worden de verschillende projectfasen in de Overeenkomst benoemd. Daarbij wordt vermeld uit welke werkzaamheden de afzonderlijke fasen bestaan, voor welke werkzaamheden Fatale termijnen gelden, tot welke uitkomst ze moeten leiden en wanneer en hoe ze worden afgesloten.

(...)'

- 1.6. In de Nota van Inlichtingen van 10 juni 2018 zijn, onder meer, de volgende vraag en antwoord opgenomen:

Vraag 67: 'U schrijft: "De implementatie zal tussen begin 2019 en begin 2021 moeten plaatsvinden, gefaseerd in de tijd afhankelijk van de urgentie bij elk van de instellingen."

Indien u een gefaseerde uitrol noodzakelijk acht; welke eisen stelt u aan de datum van de eerste implementatie en welke (vervolg) fasering staat u voor?'

Antwoord: 'De inschrijver levert een implementatieplanning op basis van de realisatie van de bouw van het SIS. De eerste implementatie start na afronding van de realisatie van de wensen. Alle deelnemende instellingen beschikken vanaf schooljaar 2020/2021 over een geïmplementeerd SIS. De inschrijver levert een plan voor fasering.'

- 1.7. Ondernemer heeft vanaf 2008 het SIS aan aanbesteders geleverd: hij was ten tijde van de in 1.1 genoemde aanbestedingsprocedure de zittende leverancier. Ondernemer heeft in het kader van de aanbestedingsprocedure, evenals enkele andere ondernemers, een inschrijving ingediend.
- 1.8. Op 23 november 2018 heeft aanbesteder A namens aanbesteders de mededeling van de gunningsbeslissing verzonden. Daaruit bleek dat ondernemer X de win-

nende inschrijving had gedaan. Ondernemer eindigde als tweede inschrijver. Aanbesteders hebben vervolgens ieder afzonderlijk een overeenkomst met ondernemer X gesloten. Ook hebben zij ieder afzonderlijk met ondernemer, als zittende leverancier, een overbruggingsovereenkomst gesloten. De strekking van deze overbruggingsovereenkomsten is dat ondernemer het SIS voor aanbesteders blijft verzorgen, totdat het SIS van ondernemer X bij aanbesteders is geïmplementeerd.

- 1.9. Op 12 februari 2019 schrijft ondernemer de volgende e-mail aan een medewerker van het adviesbureau dat de aanbestedingsprocedure heeft begeleid:

'Helaas hebben wij de gunning niet mogen ontvangen (...). Uiteraard betreuren wij dit.

Er is een ambitieuze planning neergelegd voor de ontwikkeling van de transitie van de instellingen naar de gegunde leverancier. Deze ambitieuze planning zal bij ons, als huidige leverancier zijn weerslag hebben. Wij hebben onze zorg en vraag, om duidelijkheid, middels een brief aan de deelnemende mbo-instellingen kenbaar gemaakt.

De reacties die wij hierop hebben ontvangen, versterkt onze zorg en vraag. (...)

Daarom stuur ik jou dit bericht, voor een verdere kennismaking en om onze zorg en vraag bij de projectleiding te kunnen uiten.

(...)'

- 1.10. Eveneens op 12 februari 2019 reageert de medewerker van het adviesbureau per e-mail als volgt:

'Ik heb eerder ook jullie brief aan de instellingen gezien. Ik snap dat het voor jullie belangrijk is om bij de implementatie te worden betrokken, want er zal ook het nodige van jullie verwacht worden. (...)

Op dit moment wordt met de leverancier een plan van aanpak opgesteld. We zijn nu nog in het stadium dat er onvoldoende duidelijkheid is over het verloop van de implementatie, en bijvoorbeeld over de implementatievolgorde. Daarom heeft een aantal instellingen (denk ik) ook naar jullie toe aangegeven dat het nu nog te vroeg is.

Maar dat neemt niet weg dat overleg prima is. (...)

(...)'

- 1.11. Op 3 december 2019 stuurt aanbesteder A aan ondernemer de volgende e-mail:

'Namens het College van Bestuur van [Aanbesteder A], laat ik je weten dat wij gebruik willen maken van de tweede verlengingsoptie zoals opgenomen in bijgaand contract.

Ik wil jullie voorstellen de volgende tekst in het huidige contract, de passage over verlenging en mogelijkheid tot opzegging, aan te passen.

Vanaf 1 maart 2020 zal [Ondernemer], conform de afspraken in het contract, aan [Aanbesteder A] maandelijks factureren. Vanaf deze datum – gedurende de tweede verlenging – kan het contract met [Ondernemer] door [Aanbesteder A]

maandelijks schriftelijk worden opgezegd, waarbij [Ondernemer] een opzegtermijn van één maand hanteert.

(...)'

- 1.12. Op 3 februari 2020 stuurt ondernemer aanbesteder A een brief waarin hij onder meer het volgende schrijft:

'Naar aanleiding van de mail (...) van 3 december 2019 bevestigen wij hierbij dat [Aanbesteder A] gebruik kan maken van de tweede verlenging ter overbrugging zoals opgenomen in het op 12 september 2019 ondertekende contract (...). Hierbij gelden de volgende uitgangspunten:

- (...)
- Vanaf 1 maart 2020 – gedurende de tweede overbruggingsverlenging tot uiterlijk 1 september 2020 – kan op initiatief van [Aanbesteder A] het contract met [Ondernemer] maandelijks schriftelijk worden opgezegd;
- Op 1 september 2020 eindigt het contract van rechtswege (nu op 31 augustus 2020 het Studenten Informatie Systeem (SIS) door [Ondernemer X] geïmplementeerd moet zijn).

Zoals reeds aangegeven in de begeleidende brief is [Ondernemer] enkel bereid om voor de periode na 1 september een derde verlengingsovereenkomst voor het schooljaar 2021/2022 te sluiten, indien [Aanbesteder A] de overeenkomst met [Ondernemer X] vroegtijdig beëindigd indien zich de situatie voordoet dat [Ondernemer X] niet in staat is om uiterlijk op 31 augustus 2020 het SIS op [Aanbesteder A] te implementeren.

(...)'

- 1.13. Aanbesteder A heeft vervolgens op 18 maart 2020 namens aanbesteders per brief onder meer het volgende aan ondernemer bericht:

'(...)

Zoals u bekend, hebben de scholen na een daartoe gehouden Europese aanbesteding een overeenkomst gesloten met [Ondernemer X] inzake – kort gezegd – het leveren en onderhouden van een SIS. (...)

Wij benadrukken dat wij [Ondernemer X] zullen houden aan de afgesproken deadlines, zodat de scholen tijdig kunnen beschikken over een geïmplementeerd SIS. Wij zullen ook niet aarzelen de naleving van de overeenkomst door [Ondernemer X] zo nodig af te dwingen aan de hand van de mogelijkheden die de overeenkomst en het recht ons daartoe bieden.

U zult ook begrijpen dat wij als zorgvuldig handelende instellingen met een uitgesproken verantwoordelijkheid voor onze studenten en onze medewerkers, toch voorbereid moeten zijn op de mogelijkheid dat [Ondernemer X] er ondanks haar (en onze) inspanningen niet in slaagt bij één of enkele scholen tijdig een nieuw SIS geïmplementeerd te hebben. Uiteraard zal de betreffende school alsdan kijken welke (contractuele) middelen haar ten dienste zijn om schade te voorkomen of deze te verhalen, maar dat neemt niet weg dat de school in kwestie eerst en vooral zorg zal moeten dragen voor de eigen continuïteit.

(...)'

- 1.14. Ondernemer heeft op 31 maart 2020 in reactie op de hiervoor genoemde brief onder meer het volgende per brief aan aanbesteder A laten weten:

'Dank voor uw brief van 18 maart jl. inzake de ondersteuning SIS. [Ondernemer] werkt graag met u mee om voor [Aanbesteder A] en de andere betrokken mbo-instellingen een oplossing te vinden voor het geval [Ondernemer X] er niet in mocht slagen om tijdig het SIS (op de juiste wijze) bij alle MBO-instellingen te implementeren (...)

(...)

De instellingen dienen erop toe te zien dat zij per 1 september 2020 over een geïmplementeerd SIS beschikken en derhalve dan kunnen overschakelen. De strikte implementatiedatum van 1 september 2020 is immers van grote invloed geweest op de prijs en de kwaliteit van de inschrijvingen. Wanneer de MBO-instellingen aan inschrijvers de mogelijkheid hadden geboden om het SIS tijdens het schooljaar 2020/2021 te implementeren, dan had [Ondernemer] een inschrijving ingediend die zowel op prijs als op kwaliteit veel hoger had gescoord. Vandaar dat [Ondernemer] de implementatie zal blijven waarnemen (monitoren).

(...)'

- 1.15. Op 2 april 2020 bericht aanbesteder A namens de aanbesteders per brief onder andere het volgende:

'Naar aanleiding van ons overleg op 27 maart 2020 en uw brief van 31 maart 2020 het volgende:

(...)

De scholen hebben (...) een opdracht aan [Ondernemer X] gegund, met als resultaat dat er rechtsgeldige overeenkomsten met [Ondernemer X] tot stand zijn gekomen. [Ondernemer X] heeft de uitvoering van deze overeenkomsten ter hand genomen en zet zich zo goed mogelijk in om tijdig het nieuwe SIS te kunnen implementeren bij de scholen. (...)

#### **Invloed maatregelen overheid door COVID-19 virus**

In dat verband vragen wij ten slotte nog uw aandacht voor de verregaande maatregelen vanuit de overheid waar de scholen als gevolg van de pandemie van het COVID-19 virus mee geconfronteerd worden.

Vanwege de gedwongen sluiting van de scholen zijn alle instellingen momenteel druk bezig met de omschakeling naar volledig online onderwijs. Deze omschakeling doet een uitzonderlijk zwaar beroep op de interne organisatie van de negen scholen; dat geldt zowel voor onze IT-organisaties als de gebruikersgroepen die bij de diverse SIS-projecten betrokken zijn.

Daar komt bij dat de werkzaamheden van de scholen in lopende (implementatie)trajecten van het nieuwe SIS belemmerd worden door de maatregelen als gevolg van de pandemie van het COVID-19 virus. Zo is er als gevolg van deze maatregelen geen mogelijkheid tot fysieke bijeenkomsten met voor het project noodzakelijk personeel, niet alleen omdat de betreffende medewerkers van de scholen in het kader van de crisissituatie voorkomende problemen in de instelling moeten oplossen, maar ook omdat het eenvoudigweg verboden is fysiek in groepen bijeen te komen en in de praktijk blijkt dat niet alles met digitale bijeenkomsten in goede banen kan worden geleid. Omdat niet duidelijk is hoe lang de huidige crisissituatie voortduurt, is op dit moment ook niet te zeggen wat het pre-

cieze effect van deze onvoorziene crisissituatie zal zijn op de implementatietrajecten voor het nieuwe SIS op de betrokken scholen.

Wij verwachten thans dat hierdoor implementatietrajecten vertraging oplopen. Hoeveel vertraging is thans lastig te bepalen.

(...)'

- 1.16. Op 1 mei 2020 stuurt de heer Y namens de aanbesteders de volgende e-mail aan ondernemer:

'Hierbij stuur ik je een overzicht van de planning zoals besproken in de stuurgroep van het SIS project op 16 april jl. Ik verwacht dat er in de go-live data zoals die zijn genoemd in de planning misschien nog wat verschuift, dat zal dat niet gaan om meer dan een week.

Graag merk ik bij deze planning het volgende op. De stuurgroep heeft besloten tot een gewijzigde planning vanwege de gevolgen van de Coronacrisis. De IT-organisaties van de betrokken organisaties zijn zwaar belast door de omschakeling naar online onderwijs. Verder is er sprake van ziektegevallen. Ook is het gewoonweg onmogelijk om alle voor het project noodzakelijke activiteiten online, zonder fysieke meetings te laten plaatsvinden. Omdat de consequenties van de Coronacrisis voor de instellingen nog ongewis zijn, is ook deze planning aan de kant van de instellingen nog onder voorbehoud.

(...)'

- 1.17. Bij de hiervoor genoemde e-mail van 1 mei 2020 bevindt zich een bijlage "Implementatiestrategie". Daarin is een schema met een planning opgenomen die voorziet in de implementatie van het SIS bij de afzonderlijke aanbesteders op verschillende data in het tijdvak gelegen tussen 1 oktober 2020 en 1 januari 2021.

- 1.18. Op 4 mei 2020 bericht ondernemer per e-mail onder meer het volgende aan Aanbesteder A:

'Wij hebben kennis genomen van uw brief van 2 april jl. (...) en van de e-mail van 1 mei 2020 van de heer (Y) waarin onder andere wordt aangegeven dat er (onder voorbehoud) een planning is van de mbo-instellingen voor de implementatie van het SIS die uitgaat van een implementatie voor 1 januari 2021.

Hieronder zullen wij onder andere reageren op deze planning en op de door u in uw brief ingenomen standpunten met betrekking tot (...) de geldende implementatietermijn (...).

(...)

Ten tweede geldt dat de mbo-instellingen [Ondernemer X] niet mogen toestaan om de implementatiedatum te overschrijden. Wij zullen dit hieronder toelichten.

## **2. Implementatiedatum van 1 september 2020 is een eis**

De implementatietermijn is door de mbo-instellingen opgenomen in Eis 7.2.3 van het Programma van Eisen en Wensen (...) en is vervolgens bevestigd in het antwoord op vraag 67 van de Nota van Inlichtingen (...). Deze eis kan niet anders worden gelezen dan dat het SIS per 31 augustus 2020 voor alle mbo-instellingen geïmplementeerd moet zijn [*voetnoot niet overgenomen, Commissie*]. De imple-

mentatiedatum is een eis waaraan inschrijvers op straffe van ongeldigheid van hun inschrijving moesten voldoen. (...)

(...)

## **5. De mbo-instellingen mogen niet instemmen met een overschrijding van de implementatiedatum**

In het aanbestedingsrecht geldt op grond van artikel 2.163a Aanbestedingswet (hierna: "AW") dat elke wijziging tijdens de looptijd van de opdracht verboden is, tenzij het een wijziging betreft die in artikel 2.163b AW en verder is uitgezonderd. De mbo-instellingen hebben niet op een uitzondering een beroep gedaan, maar hebben in de e-mail van 1 mei 2020 aangegeven dat de stuurgroep heeft besloten tot een gewijzigde planning vanwege de gevolgen van de Coronacrisis. De mbo-instellingen mogen dan niet instemmen met een overschrijding van de implementatietermijn voor [Ondernemer X]. Dit spreekt ook wel voor zich. De inschrijvers moeten bij hun inschrijving immers van dezelfde eisen uitgaan en zij moeten erop kunnen vertrouwen dat deze eisen na een gunning niet afgezwakt worden om een opdrachtnemer terwille te zijn. Anders zou door andere inschrijvers aangevoerd kunnen worden dat zij op andere wijze hadden ingeschreven als zij hadden geweten dat eisen achteraf zouden worden afgezwakt. Een dergelijke situatie doet zich hier voor. De scherpe implementatiedatum is bepalend geweest bij de prijsstelling en bij het invullen van de wensen door inschrijvers. Ook [Ondernemer] heeft met de relatief korte implementatietermijn rekening moeten houden en heeft haar inschrijving op basis van die termijn vormgegeven. Als [Ondernemer] bij inschrijving ervan uit kon gaan dat zij het SIS in het schooljaar 2020/2021 kon implementeren, dan had [Ondernemer] een inschrijving ingediend die op prijs en op kwaliteit veel hoger had gescoord. Gezien het relatief kleine puntenverschil bij de aanbesteding tussen [Ondernemer] en [Ondernemer X] (774,61 resp. 805,48) zou een langere implementatietermijn tot een keuze voor [Ondernemer] hebben geleid.

(...)

## **7. Invloed overheidsmaatregelen COVID-19 op implementatietrajecten**

In uw brief en in de e-mail van 1 mei 2020 stelt u zich verder op het standpunt dat de Coronacrisis en de daarmee gepaard gaande overheidsmaatregelen, ertoe leiden dat sprake is van een onvoorziene situatie die gevolgen zal hebben op de implementatietrajecten voor het nieuwe SIS. U geeft aan dat de implementatietrajecten hierdoor vertraging op zullen lopen. Wij begrijpen uiteraard de ernst van de huidige situatie en de omschakeling die dat vereist voor de interne organisatie van de negen betrokken mbo-instellingen. Dit betekent echter niet dat naleving van de contractuele verplichtingen door [Ondernemer X] daardoor onmogelijk is geworden of dat een uitstel moet worden gefaciliteerd [*voetnoot niet overgenomen, Commissie*]. Zoals wij uit eigen ervaring (met andere mbo-instellingen) weten, kunnen implementatietrajecten ook in de huidige omstandigheden doorgang vinden door op afstand met digitale bijeenkomsten te werken. Voor zover u zich heeft willen beroepen op overmacht of onvoorziene omstandigheden, wijzen wij erop dat hier slechts onder beperkte omstandigheden sprake van kan zijn. Deze omstandigheden zijn zowel contractueel als wettelijk beperkt. Het is bovendien aan u en [Ondernemer X] om aan te tonen dat de gevolgen van de overheidsmaatregelen tijdige nakoming onmogelijk hebben gemaakt en dat u en [Ondernemer X] dit redelijkerwijs niet hebben kunnen voorkomen.

(...)'

- 1.19. Aanbesteder A heeft namens aanbesteders op 20 mei 2020 per brief gereageerd op de e-mal van ondernemer van 4 mei 2020. Hij schrijft daarin onder meer het volgende:

'(...)

Niet ter discussie staat dat in de aanbestedingsstukken is bepaald dat onze instellingen uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 over een geïmplementeerd SIS moeten beschikken (eis #3 uit paragraaf 7.2 van het Programma van Eisen en wensen SIS). Terecht merkt u op dat [Ondernemer X] zich door het doen van een inschrijving aan de doorlooptijd van het project heeft geconformeerd. (...) voornoemde eis geldt onverkort als onderdeel van de overeenkomst tussen [Ondernemer X] en onze instellingen.

Dat neemt niet weg dat wij er thans terdege rekening mee moeten houden dat mogelijk pas geruime tijd later het laatste deel van de aangesloten scholen zal kunnen overstappen. Dit is mede het gevolg van de uitdaging waar het coronavirus ons en [Ondernemer X] – en de rest van de samenleving – voor stelt. (...)

(...)'

- 1.20. Op 3 juni 2020 reageert ondernemer per brief als volgt op de hiervoor genoemde brief:

'Wij hebben kennis genomen van uw brief van 20 mei jl. (...). Daarmee lijken de standpunten van partijen voor nu voldoende te zijn uitgekristalliseerd. [Ondernemer] zal daarom aangeven hoe zij in deze zaak verder zal acteren.

(...)

Dat laat onverlet dat [Ondernemer] haar standpunten handhaaft (...) dat de instellingen jegens [Ondernemer] onrechtmatig handelen (...) door in te stemmen met een verlenging van de implementatiedatum door [Ondernemer X] (welke verlenging een wezenlijke wijziging is in de zin van de Aanbestedingswet). (...)

[Ondernemer] ziet zich door deze opstelling van de mbo-instellingen genoodzaakt om nadere stappen te nemen. Zij moet er bij aanbestedingen op aankunnen dat het programma van eisen door een aanbestedende dienst wordt gehandhaafd jegens een winnende inschrijver en dat door aanbestedende diensten een eerlijke concurrentie wordt gewaarborgd en de wet wordt nageleefd. (...)

(...)'

- 1.21. Een van de aanbesteders – aanbesteder B – en ondernemer X hebben in de loop van 2020 besloten hun overeenkomst met wederzijds goedvinden met ingang van 10 juli 2020 te beëindigen. Aanbesteder B heeft in dat kader aangegeven te zijner tijd over te zullen gaan tot heraanbesteding.

## **2. Beschrijving klacht**

De overheidsopdracht wordt in strijd met artikel 2.163a Aw 2012 wezenlijk gewijzigd wanneer aanbesteders aan ondernemer X toestaan om de in de aanbestedingsstukken vereiste implementatiedatum van 1 september 2020 (ruim) te overschrijden.

### **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat het de aanbestedende diensten en ondernemer X op grond van het aanbestedingsrecht niet is toegestaan om af te spreken dat de implementatie van het SIS door ondernemer X voor alle aanbestedende diensten gedurende het schooljaar 2020-2021 (of zelfs na 1 januari 2022) mag plaatsvinden. Dit brengt volgens ondernemer verder mee dat de aanbestedende diensten hun met ondernemer X gesloten overeenkomsten tussentijds moeten beëindigen, dan wel moeten afzien van verlenging daarvan wegens strijd met het aanbestedingsrecht. Ondernemer licht een en ander als volgt toe.
- 3.2. Ondernemer laat zich allereerst uit over het wettelijk kader.
  - 3.2.1. In de Aanbestedingswet is in 2016 de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU inzake wezenlijke wijzigingen gecodificeerd in hoofdstuk 2.5 en dan met name in de artikelen 2.163a en volgende Aw 2012. Deze regeling geldt via artikel 2.140 lid 2 Aw ook voor raamovereenkomsten.
  - 3.2.2. Het uitgangspunt van de Aanbestedingswet is dat een wijziging van een overheidsopdracht gedurende de looptijd ervan uitsluitend zonder een voorafgaande openbare aanbesteding kan plaatsvinden in de in hoofdstuk 2.5 Aanbestedingswet genoemde gevallen. In alle andere gevallen wordt een wijziging beschouwd als een nieuwe overheidsopdracht en dan is in beginsel een aanbestedingsplicht van toepassing.
- 3.3. Ondernemer gaat vervolgens in op het standpunt van aanbesteders dat de vertraging met betrekking tot de implementatie te wijten zou zijn aan de Coronacrisis.
  - 3.3.1. Aanbesteders hebben in de correspondentie met ondernemer niet uitdrukkelijk een beroep gedaan op één of meer van de uitzonderingen van hoofdstuk 2.5 Aw 2012. Zij hebben bij e-mail van 1 mei 2020 aan ondernemer wel aangegeven dat ze hebben besloten tot een gewijzigde planning vanwege de gevolgen van de Coronacrisis (zie 1.16 hiervoor).
  - 3.3.2. Uit het bij die e-mail gevoegde schema (zie 1.17 hiervoor) blijkt volgens ondernemer dat aanbesteders op dat moment uitgingen van een implementatie van het SIS door ondernemer X tussen 6 april 2020 en 31 december 2020. Kennelijk was op dat moment door ondernemer X nog niet begonnen met de tweede deelfase (inrichting, test en invoering), die volgens het schema zou starten bij [Aanbesteders C, B en A]. Uitgaande van een implementatieduur van 7 maanden per school en een implementatie achtereenvolgens bij drie groepen van scholen zou het SIS voor [Aanbesteder I] als laatste school op 1 januari 2021 geïmplementeerd moeten zijn.
  - 3.3.3. De Coronamaatregelen zijn door de Nederlandse regering op 12 maart 2020 ingevoerd. Op het moment van de e-mail van 1 mei 2020 waren deze maatregelen derhalve 1,5 maand van kracht. Omdat een implementatietermijn voor softwarepakketten (bij deze aanbesteding is dat deelfase 2) van minimaal 7 maanden na het afronden van het ontwerp en de ontwikkeling niet ongebruikelijk is, bedraagt de vertraging als gevolg van de Coronacrisis volgens ondernemer hoogstens 3 weken. Bij de maximale vertraging zou de implementatie op 12 maart 2020 zijn gestart, maar door Corona pas op 6 april 2020. Van 6 april tot en met eind december zou immers, ondanks de Coronacrisis, geïmplementeerd worden. Feitelijk is er echter in het geheel geen Corona invloed geweest op de vertraging die voortvloeit uit de Implementatiestrategie. Ondernemer verwijst in dit verband naar het verzoek dat hij op 3 december 2019 van aanbesteder A heeft ontvangen



(zie 1.11 hiervoor) om de tussen hem en aanbesteder A gesloten overbruggings-overeenkomst te verlengen tot na 1 september 2020 met een opzegtermijn van een maand. Volgens ondernemer staat gelet op dat verzoek vast dat ruim voor de Coronacrisis voldoende aannemelijk was dat ondernemer X niet tijdig zou implementeren. Daarmee staat volgens ondernemer ook vast dat de Coronacrisis niet de oorzaak is van de vertraging. De vertraging vloeit volgens hem niet voort uit de impact van de Coronacrisis op de implementatie per instelling (deelfase 2), maar uit een te lange gezamenlijke ontwikkelfase (deelfase 1).

- 3.4. Vervolgens gaat ondernemer in de onderbouwing van zijn klacht in op artikel 2.163e Aw 2012 (onvoorziene omstandigheid).
  - 3.4.1. Volgens ondernemer is de enige uitzonderingsgrond waaraan het standpunt van de aanbesteders inzake de gewijzigde planning kan refereren de uitzondering van artikel 2.163e Aw 2012 voor onvoorziene omstandigheden. Het moet dan gaan om onvoorziebare omstandigheden waaruit een behoefte aan wijziging ontstaat die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien.
  - 3.4.2. Ondernemer stelt dat aanbesteders deze bepaling in dit geval niet kunnen inroepen. De implementatie-strategie van aanbesteders voorziet immers – zoals aan de hand van het hiervoor genoemde schema is toegelicht (zie 3.3.2 en 1.13 hiervoor) – niet in een onderbreking van de implementatie wegens de Coronacrisis. Volgens die strategie van 1 mei 2020 (zie 1.12 hiervoor) werkt ondernemer X in de maanden april tot en met december 2020 gewoon door aan de implementatie. Dit betekent dat niet de Coronacrisis de oorzaak is voor de vertraging in de implementatie, maar het feit dat de ontwerpfasen te veel tijd in beslag heeft genomen. Dat is volgens ondernemer ook precies de fase waar de korte implementatie termijn uit de aanbestedingsstukken knelde. Met het oog op die korte eerste deelfase heeft ondernemer ook al voor aanvang van de Coronacrisis aan de bel getrokken bij de aanbesteders. Aanbesteders hebben de vertraging laten ontstaan, ondanks dat ondernemer meermaals schriftelijk en in overleggen met hen erop gewezen heeft dat ondernemer X de implementatiedatum waarschijnlijk niet zal gaan halen. Ondernemer is ook niet gebleken dat aanbesteders tijdig aan de bel hebben getrokken bij ondernemer X. Dit kan aanbesteders verweten worden. Zij hadden er strikt op moeten toezien dat alle instellingen per 1 september 2020 over een geïmplementeerd SIS beschikken en op ondernemer X kunnen overschakelen. Reeds in de eerste deelfase waarin het SIS gezamenlijk ontwikkeld zou worden, is de planning uit de hand gelopen. De reden is waarschijnlijk dat de termijn voor ondernemer X te strikt was en/of dat aanbesteders hebben nagelaten om ondernemer X erop te wijzen dat 1 september 2020 een fatale datum is.
  - 3.4.3. Ondernemer merkt in dit verband ook nog op dat hij al vroeg (begin 2019) verwachtte dat ondernemer X de deadline voor implementatie van 31 augustus 2020 niet zou gaan halen. Ondernemer verwijst in dit verband naar de e-mailwisseling met de medewerker van de adviseur van aanbesteders na afloop van de aanbestedingsprocedure (zie 1.9 en 1.10 hiervoor). Ondernemer ontving signalen over problemen bij de implementatie van SIS, meer specifiek bij het ontwerp daarvan. Ondernemer X zou volgens ondernemer in een laat stadium van de ontwerpfasen pas over 15% van de te leveren functionaliteit beschikken. Ondernemer was als zittende leverancier betrokken bij het implementatieprojectteam van aanbesteders. In een bespreking werd vanuit het team gevraagd of gebruik kon worden gemaakt van de conversiedienstverlening van ondernemer. Dit gaf aan in welke situatie het implementatietraject zat. Conversie, waarvoor door ondernemer X gezorgd moest worden, was kennelijk de verantwoordelijkheid van de aanbesteders zelf geworden. Daarnaast is ondernemer er ook bij trainingsdagen op geattendeerd door werknemers van de aanbesteders dat ondernemer X implementatie van het nieuwe SIS niet voor 1 september 2020 zou afronden.

- 3.4.4. Ondernemer weet overigens uit andere, soortgelijke, implementatietrajecten waar hij bij betrokken is dat de Coronacrisis in de praktijk niet of nauwelijks tot vertraging leidt. De Coronacrisis heeft bij geen van de klanten van ondernemer geleid tot significante problemen bij implementatietrajecten van software, omdat er op afstand en digitaal kon worden gewerkt. In implementatietrajecten van soortgelijke instellingen waarbij ondernemer als leverancier betrokken is geweest – ondernemer noemt in dit verband een tweetal scholen – is de implementatie juist in een stroomversnelling gekomen doordat de betreffende instellingen als gevolg van de Coronacrisis konden opschalen. Waar nodig was het mogelijk om naar de locatie te gaan en verder konden implementatiewerkzaamheden adequaat digitaal op afstand worden afgehandeld. De situatie zal bij aanbesteders niet anders zijn dan bij deze scholen, hetgeen bevestigt dat de Coronacrisis een gelegenheidsargument van aanbesteders is. Het uitblijven van een tijdige implementatie is niet te wijten aan de Coronacrisis, maar aan het feit dat te laat met de implementatie is begonnen en/of dat ondernemer X gewoonweg niet in staat is om tijdig het SIS te implementeren. Van een onvoorzienbare omstandigheid of overmacht is dan geen sprake.
- 3.4.5. Kortom, aanbesteders hebben in de correspondentie met ondernemer door hun verwijzing naar de Coronacrisis geen valide verklaring gegeven voor de aangekondigde overschrijding van de implementatiedatum door ondernemer X. Aannemelijk is dat zij ondernemer X uit de wind hebben willen houden om de opdracht niet tussentijds te hoeven beëindigen. Maar feitelijk is ondernemer X niet in staat gebleken om de ontwerpfase tijdig af te ronden en aannemelijk is dat aanbesteders onvoldoende toezicht hebben gehouden op de naleving door ondernemer X van de implementatiedatum. Zij hebben de waarschuwingen van ondernemer hierover in de wind geslagen. Een beroep door aanbesteders op artikel 2.163e Aw 2012 is onder die omstandigheden niet mogelijk.
- 3.5. Ondernemer stelt zich verder op het standpunt dat in het onderhavige geval sprake is van een wezenlijke wijziging en onderbouwt dat standpunt als volgt.
- 3.5.1. In artikel 2.163g lid 2 Aw 2012 is bepaald dat een wijziging van een overheidsopdracht in elk geval als wezenlijk moet worden aangemerkt als een opdracht hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht. Materiële wijzigingen zien in het bijzonder op de reikwijdte en inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen. Daarvan is bij een wijziging van een implementatiedatum zonder meer sprake.
- 3.5.2. Een wezenlijke wijziging is op grond van artikel 2.163g lid 3 sub a en b AW in elk geval aan de orde als:
- a. de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt:
    - de toelating van andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden of
    - de gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt of
    - bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken,
  - b. de wijziging het economische evenwicht van de overheidsopdracht ten gunste van de opdrachtnemer verandert op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht.
- 3.5.3. Aan de voorwaarden voor deze beide situaties van artikel 2.163g lid 3 AW wordt hier voldaan. Ondernemer werkt deze stelling hierna uit.

- 3.5.4. Ondernemer wijst er op dat de impact van de implementatiedatum op overwegingen inzake deelname aan de aanbesteding en het economische evenwicht van de opdracht groot is. In dit verband wijst ondernemer allereerst op de beperkte tijd in combinatie met de vereiste capaciteit. Voor een implementatietraject geldt dat er in de regel 14 tot 16 maanden worden uitgetrokken voor ontwerp, ontwikkeling en implementatie bij één enkele instelling. Een aanzienlijk onderdeel van de implementatie is de conversie van de systemen. Die neemt in de regel al circa 6 maanden in beslag. In het geval van aanbesteders diende binnen een termijn van 20 maanden (1 jaar en 8 maanden: datum van gunning in december 2019 tot de implementatiedatum van 1 september 2020) te worden geïmplementeerd bij negen instellingen. De korte implementatietermijn voor negen mbo-instellingen legt een groot beslag op de capaciteit van een opdrachtnemer. Deze moet vrijwel tegelijkertijd de implementatie bij meerdere instellingen uitvoeren. Iedere instelling vergt echter een eigen, unieke implementatie om het nieuwe systeem bruikbaar te maken. In de praktijk leidt de gelijktijdige implementatie bij meerdere instellingen nauwelijks tot een tijdwinst. Mede gezien de schaarste aan geschikte consultants is het voor inschrijvers lastig, zo niet onmogelijk om tijdig de vereiste capaciteit voor deze implementatie te waarborgen. Ondernemer wijst er in de tweede plaats op dat de implementatie een hoge investering vergt. Bij de berekening van de business case is door ondernemer voor meer dan EUR 2 miljoen begroot alleen al voor de implementatie.
- 3.5.5. Het is volgens ondernemer aannemelijk dat potentiële deelnemers vanwege de extra kosten, de risico's en het extra beslag op de capaciteit bij een zeer korte termijn hebben afgezien van inschrijving. Zonder die belasting en het risico van een strikte termijn, is het gemakkelijker en aantrekkelijker om in te schrijven. Zelfs bij een hoge investering is onzeker of de implementatietermijn haalbaar is. Er is daarbij geen flexibiliteit in de zin dat met de planning geschoven kan worden. Het voorgaande betekent ook dat een verlenging van de implementatietermijn gedurende de uitvoering van de opdracht het economische evenwicht van de opdracht ten voordele van ondernemer X wijzigt.
- 3.5.6. De strikte implementatietermijn is ook van invloed geweest op de wijze van inschrijving van ondernemer en daarmee (gezien het kleine verschil in punten tussen ondernemer en ondernemer X) ook op de rangorde van de inschrijvingen. Wanneer aanbesteders aan inschrijvers de mogelijkheid hadden geboden om het SIS tijdens het schooljaar 2020/2021 te implementeren, dan had ondernemer een inschrijving ingediend die zowel op prijs als op kwaliteit hoger had gescoord.
- 3.5.7. Ondernemer zou in dat geval hebben kunnen inschrijven met een betere prijs. Bij een langere implementatietermijn past een hogere vergoeding omdat er meer tijd besteed kan worden en derhalve zorgvuldiger kan worden geïmplementeerd. Ondernemer had bovendien een uitgebreidere implementatie met meer functionaliteiten kunnen aanbieden. Voor de implementatiefase gelden aparte vergoedingen op basis van artikel 7 van de overeenkomst, die niet zijn meegenomen bij de te offeren prijzen in het prijzenblad. Nu was ondernemer genooddaakt om de risico's van het zeer korte implementatietraject te verdisconteren in de prijzen voor de beheerfase. In vergelijking met de oorspronkelijke implementatietermijn zouden er in een extra jaar aan implementatie bijvoorbeeld 500 extra uren zijn gemaakt. De vergoedingen voor deze uren had ondernemer kunnen omzetten naar lagere tarieven in het prijzenblad voor het gebruikersrecht.
- 3.5.8. Ondernemer had verder een scherpere prijs kunnen indienen omdat hij bij een langere implementatietermijn geen risico's had hoeven in te calculeren van een overschrijding van die termijn, zoals claims van aanbesteders tot aan ontbinding van de overeenkomst aan toe wegens het niet-naleven van de implementatietermijn. Ondernemer had dan ook zijn capaciteit voor implementatie flexibeler

kunnen inzetten. Hij had de capaciteit op andere projecten dan beter kunnen afstemmen op de implementatie voor aanbesteders. De prijs voor een risicovolle opdracht die onder hoge tijdsdruk moet worden uitgevoerd is om deze redenen altijd hoger dan die voor de uitvoering van een opdracht waarin de termijnen realistischer zijn. Wanneer ondernemer een lagere prijs had kunnen indienen dan zou dit meteen een positief effect op zijn score hebben gehad omdat een lagere prijs (TCO) op basis van de formule in het Aanbestedingsdocument meteen tot een hogere score op prijs leidt (Laagste TCO/TOC inschrijver) x maximaal aantal punten = score prijs).

- 3.5.9. Ondernemer heeft de risico's van de strikte implementatietermijn ook moeten verdisconteren in zijn kwalitatieve aanbieding. Het was voor ondernemer een erg lastig project om in te schatten. Hoe te zorgen dat hetgeen is aangeboden ook daadwerkelijk kan worden gerealiseerd? De risico's zijn door ondernemer afgedekt door bij de wensen de functionaliteiten niet als onderdeel van de standaardoplossing aan te bieden maar als nog te ontwikkelen of maatwerk oplossing toe te voegen. Ondernemer diende namelijk bij het invullen van de Wensentabel die was toegevoegd in het Aanbestedingsdocument per wens een S, O, M of N in te vullen:

|  |   |   |
|--|---|---|
| <i>Inschrijver dient in de kolom Antwoord een S, O, M of N in te vullen, met de volgende betekenis</i> | S | Onderdeel van de standaardoplossing   |
|  | O | Wordt ontwikkeld en wordt opgenomen in de standaardoplossing                      |
|  | M | Kan worden ontwikkeld als maatwerk, wordt niet opgenomen in de standaardoplossing |
|  | N | Niet mogelijk of niet wenselijk   |

- 3.5.10. Wanneer bepaalde functionaliteiten niet haalbaar waren binnen de implementatietermijn, is door ondernemer bij zijn inschrijving in de Wensentabel een 'O' of 'M' ingevuld om aan te geven dat deze functionaliteit (nog) geen onderdeel uitmaakte van de door ondernemer aangeboden standaardoplossing. Ondernemer heeft in zijn inschrijving voor zeer veel wensen een 'O' of 'M' ingevuld omdat deze functionaliteiten door hem niet binnen de implementatietermijn konden worden gerealiseerd. Uit het Aanbestedingsdocument volgt dat per open vraag 1/4, 2/4, 3/4 of 4/4 van het maximaal te behalen aantal punten zou worden toegekend afhankelijk van het antwoord op de vraag en de invulling aan de doelstelling behorende bij de vraag. De mate van concreetheid levert daarbij extra punten op. Afgaande op dit beoordelingskader is het zeer aannemelijk dat deze wijze van invullen heeft geleid tot een lagere score. Als ondernemer was uitgegaan van een langere implementatietermijn zou hij voor veel van deze functionaliteiten een 'S' hebben ingevuld en zou hij een hogere score hebben gekregen op kwaliteit.
- 3.5.11. Uit de toelichting op de mededeling van de gunningsbeslissing van 23 november 2018 kan volgens ondernemer worden afgeleid dat veel van de door ondernemer X aangeboden functionaliteiten die hebben geleid tot betere scores, ook door ondernemer zouden zijn aangeboden als onderdeel van de standaardoplossing wanneer sprake was geweest van een langere implementatietermijn. Zo blijkt uit de toelichting dat de antwoorden van ondernemer X op vraag 3, 5, 6 en 7 zijn beoordeeld met  $\frac{3}{4}$  van het maximaal aantal te behalen punten. Deze aanvullingen betroffen onder meer specifieke functionaliteiten zoals ondersteuning van zaakgericht werken met een specifieke module (vraag 3), de mogelijkheid om gebruikers te autoriseren op veldniveau (vraag 5), aansluiting op de Open Onderwijs API (vraag 6) en de beschikbaarheid van een groot aantal standaard rapportages

(vraag 7). Dergelijke functionaliteiten zijn door ondernemer niet aangeboden als onderdeel van de standaardoplossing omdat deze niet realiseerbaar waren binnen de implementatietermijn.

- 3.5.12. Uit de in het Aanbestedingsdocument opgenomen tabel volgt dat inschrijvers in totaal 420 punten konden behalen voor de beantwoording van de zes open vragen:

| <b>Beoordelingskader</b>                            |     |                        |     |   |             |
|---|-----|------------------------|-----|---|-------------|
| <b>Kwaliteit</b>                                    | 700 | <b>Wensen</b>          | 420 | 3. Gebruikersvriendelijkheid en procesbesturing | 70          |
|   |     |                        |     | 4. Selfservice, externe toegang, communicatie   | 70          |
|   |     |                        |     | 5. Rollen, rechten, privacy                     | 70          |
|   |     |                        |     | 6. Koppelvlakken                                | 70          |
|   |     |                        |     | 7. Rapportage                                   | 70          |
|   |     |                        |     | 8. Niet-functionele wensen                      | 70          |
|   |     | <b>Plan van aanpak</b> |     | 1. Samenwerking                                 | 80          |
|   |     |                        |     | 2. Implementatie                                | 100         |
|   |     |                        |     | 9. Operationalisering                           | 100         |
| <b>Prijs</b>  | 300 |                        | 300 |   | 300         |
| <b>Totaal eerste beoordeling inschrijvingen</b>     |     |                        |     |   | <b>1000</b> |
| <b>Productpresentatie</b>                           | 300 |                        | 300 |   | 300         |
| <b>Totaal beoordeling twee beste inschrijvingen</b> |     |                        |     |   | <b>1300</b> |

- 3.5.13. Gezien het relatief kleine puntenverschil tussen ondernemer en ondernemer X van 30,87 punten (774,61 vs. 805,48) zou een langere implementatietermijn tot een keuze voor ondernemer hebben kunnen leiden. Zelfs als ondernemer slechts voor de helft van de wensen die hij met een 'O' of 'M' heeft beantwoord een 'S' had kunnen invullen, zou hij al beter hebben gescoord dan ondernemer X. Het is derhalve aannemelijk dat de inschrijving van ondernemer hoger dan die van ondernemer X zou zijn gerangschikt bij een langere implementatietermijn. Daarmee staat vast dat voldaan wordt aan de voorwaarde van artikel 2.163g lid 3, sub a en b, Aw 2012 dat de wijziging van de implementatietermijn de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk zou hebben gemaakt.
- 3.6. Samenvattend stelt ondernemer dat aanbesteders in een situatie dat een verlenging van een implementatietermijn het economische evenwicht van de opdracht ten gunste van ondernemer X verandert (als bedoeld in artikel 2.163g, lid 3, sub b, Aw 2012), dat een verlenging wanneer deze vooraf als mogelijkheid in de aanbestedingsstukken was meegenomen tot een groter aantal deelnemers en/of tot een andere rangorde van inschrijvingen had geleid, een verlenging niet mogen accepteren. Aanbesteders mogen in een dergelijke situatie niet instemmen met een overschrijding van de implementatietermijn door ondernemer X. De inschrijvers moeten erop kunnen vertrouwen dat de eisen na een gunning door aanbesteders niet afgezwakt worden om ondernemer X terwille te zijn.

#### **4. Reactie aanbesteders**

- 4.1. Aanbesteders maken in hun reactie op de klacht de volgende inleidende opmerkingen.
  - 4.1.1. De implementatie van het SIS loopt bij sommige aanbesteders mogelijk vertraagging op. Ondernemer meent dat daardoor meteen sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging en dat aanbesteders de opdracht voor een nieuw SIS direct opnieuw (Europees) zouden moeten aanbesteden.
  - 4.1.2. Daarvoor is naar de mening van aanbesteders thans geen aanleiding.
  - 4.1.3. Aanbesteders hebben – met inachtneming van alle toepasselijke (aanbestedings)voorschriften – een opdracht aan ondernemer X gegund, met als resultaat dat er rechtsgeldige overeenkomsten met ondernemer X tot stand gekomen zijn. Ondernemer X heeft de uitvoering van deze overeenkomsten ter hand genomen.
  - 4.1.4. De ingrijpende (gevolgen van de) maatregelen van de overheid vanwege de Coronacrisis hebben een enorme impact op aanbesteders en helaas ook op de implementatie van het SIS. Dat de implementatietermijn mogelijk wat langer wordt, betekent niet dat er zonder meer sprake is van een wezenlijke wijziging. Als daar al sprake van zou zijn, dan is een vertraagde implementatie aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar door onvoorziene omstandigheden (te weten de Coronacrisis). Heraanbesteding is thans niet aan de orde.
- 4.2. Vervolgens merken aanbesteders ten aanzien van de feiten het volgende op.
  - 4.2.1. Binnen een mbo-instelling is het SIS veruit het belangrijkste IT systeem voor ondersteuning van het primaire proces. Het SIS wordt binnen een mbo instelling door zowel studenten als medewerkers intensief gebruikt voor: registratie van de studieresultaten, bijhouden van studentgegevens, beheren van studentinschrijvingen en -uitschrijvingen, studentbegeleiding, examineren, diplomeren, wettelijke gegevensuitwisseling met het ministerie van OCW, et cetera.
  - 4.2.2. Een mbo-instelling kan feitelijk niet draaien zonder een SIS. Het is in de huidige tijd niet meer reëel om de functionaliteiten van een SIS met louter papier uit te voeren. Een SIS is met recht een kernsysteem.
  - 4.2.3. Het huidige SIS van aanbesteders wordt verzorgd door ondernemer.
  - 4.2.4. Op 25 april 2018 hebben aanbesteders een Europese openbare aanbesteding gehouden voor een opdracht inzake het leveren en onderhouden van een SIS. Ondernemer X heeft deze aanbesteding gewonnen en de opdracht is aan hem gegund .
  - 4.2.5. In de aanbestedingsstukken is onder meer als uitgangspunt opgenomen dat de implementatie van het SIS gefaseerd zal plaatsvinden waarbij alle aanbesteders uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 over een geïmplementeerd SIS beschikken.
  - 4.2.6. Het is volgens aanbesteders van belang op te merken dat juist vanwege de cruciale rol van het SIS binnen een instelling, het niet mogelijk is een SIS op elk willekeurig moment te implementeren. Dat kan alleen in periodes dat het primaire proces 'luw' is (bijvoorbeeld tijdens vakanties) en er tegelijkertijd weinig of geen belangrijke administratieve processen lopen, zoals bijvoorbeeld studenttellingen of examineringen. In de praktijk is implementatie dus niet goed mogelijk rond 1 oktober en 1 februari (vanwege de studenttellingen) en niet in mei (vanwege

examinering). Ook vanwege de 'onderwijsluwheid' vindt implementatie bij voorkeur plaats in de zomervakantie, herfstvakantie, kerstvakantie en/of voorjaarsvakantie (februarivakantie).

- 4.2.7. Na het sluiten van de overeenkomsten zijn ondernemer X en aanbesteders aan de slag gegaan met de uitvoering van deze complexe opdracht.
- 4.2.8. In mei 2019 is een plan van aanpak van ondernemer X door aanbesteders vastgesteld. In dit plan wordt het uitgangspunt voor implementatie gehanteerd zoals dat in de aanbestedingsstukken beschreven is. In de maanden daarna heeft ondernemer X aanbesteders geïnformeerd over de voortgang en een enkele tegenvaller daarin, waarbij aangegeven is dat de implementatieplanning ongewijzigd kon worden gehandhaafd.
- 4.2.9. Complexe en langdurige projecten lopen vanzelfsprekend niet altijd geheel rimpelloos en geheel volgens de allereerste planning; dat geldt in bouw- en infrastructurale projecten, maar ook in een grootschalige IT-project als het onderhavige. Daarbij speelt mee dat het onderhavige project ook wordt beïnvloed door (veranderende) wet- en regelgeving, en door aanverwante IT-processen bij aanbesteders. Opdrachtgevers en opdrachtnemers zijn bij zulke grootschalige projecten dan ook met regelmaat in gesprek om de voortgang te bespreken, en zo nodig aanpassingen in (deel)planningen en/of werkwijze af te stemmen.
- 4.2.10. Tegen het einde van 2019 bleek dat er vanwege verschillende oorzaken (beperkte) vertragingen ontstonden in de implementatie. Een complicerende factor daarbij werd gevormd door de beperkte uitwijkmogelijkheden bij aanbesteders, als gevolg van de hiervoor genoemde periodes waarin implementatie daadwerkelijk kan plaatsvinden. Dit gaf bij enkele instellingen aanleiding tot onzekerheid of partijen het SIS daadwerkelijk per schooljaar 2020/2021 zouden kunnen implementeren. De geconstateerde vertragingen betekenden overigens niet *per se* dat de beoogde implementatiedatum niet gehaald zou kunnen worden. Met bijvoorbeeld andere, aangepaste faseringen in het project en met aanpassingen in de inzet van ondernemer X en van aanbesteders, zouden vertragingen in het implementatietraject mogelijk voorkomen (of weggewerkt) kunnen worden. Dat neemt uiteraard niet weg dat aanbesteders in het kader van goed projectmanagement op dat moment al rekening hielden met verschillende scenario's en met de vraag welke maatregelen eventueel getroffen konden worden om de gevolgen van mogelijke vertragingen op te vangen.
- 4.2.11. Op 24 januari 2020 hebben aanbesteders en ondernemer X overleg gevoerd over de voortgang van de implementatie. Afgesproken werd dat partijen zouden vasthouden aan een complete acceptatie van SIS en het bijbehorende template in de zomer van 2020. Wel is gebleken dat aanbesteders E en F niet langer wilden vasthouden aan implementatie in het voorjaar van 2020, aangezien implementatie bij deze aanbesteders niet gegarandeerd kon worden. Implementatie bij deze aanbesteders zou volgen indien en zodra de implementatie van het SIS bij aanbesteders B en C (de 'koplopers') voltooid zou zijn.
- 4.2.12. Als gevolg van de Coronacrisis zijn aanbesteders geconfronteerd met verregaande maatregelen van de overheid. Vanwege de gedwongen sluiting van de instellingen moesten aanbesteders alles op alles zetten om over te schakelen naar volledig online onderwijs. Deze omschakeling deed (en doet) een uitzonderlijk zwaar beroep op de interne organisatie van aanbesteders. Dat geldt zowel voor hun IT-organisaties als de gebruikersgroepen die bij de diverse SIS-projecten betrokken zijn.

- 4.2.13. Daar komt bij dat de werkzaamheden van aanbesteders in lopende (implementatie)trajecten van het nieuwe SIS belemmerd werden, en nog steeds worden, door de maatregelen als gevolg van de Coronacrisis. Zo was er geen (en is er nog steeds een beperkte) mogelijkheid tot fysieke bijeenkomsten met voor het project noodzakelijk personeel, niet alleen omdat de betreffende medewerkers van aanbesteders in het kader van de crisissituatie voorkomende problemen in de instelling moeten oplossen, maar ook omdat het gedurende langere tijd eenvoudigweg verboden is geweest fysiek in grotere groepen bijeen te komen. Ook blijkt in de praktijk dat niet alles met digitale bijeenkomsten in goede banen kan worden geleid.
- 4.2.14. De crisissituatie is voor mbo-instellingen nog niet voorbij. Vanaf 1 augustus 2020 geldt een nieuw crisisregime als gevolg van de voortdurende Coronacrisis. Weliswaar wordt het mbo met ingang van het nieuwe studiejaar opengesteld voor alle onderwijsactiviteiten op locatie, maar dat kan slechts onder de voorwaarde van inachtneming van de geldende noodverordening op grond van de aanwijzing van de minister van VWS, en het bewaren van de 1,5 meter afstand, de overige RIVM-richtlijnen en de afspraken over het openbaar vervoer. In de praktijk betekenen deze richtlijnen dat maximaal één derde van de oorspronkelijke gebouwbezetting mogelijk is; een aanzienlijk deel van het onderwijs zal na de zomer nog steeds online plaatsvinden en het aantal bewegingen van, naar en binnen de school blijft beperkt.
- 4.2.15. Het ministerie van OCW verwoordt het als volgt in het Servicedocument mbo-aanpak coronavirus COVID-19, versie 4.0 van 10 juli 2020:

'Door de beperkingen die er gelden en de combinatie van fysiek onderwijs en afstandsonderwijs neemt de werkdruk voor het personeel toe. Daarnaast kan het zo zijn dat als gevolg van het coronavirus er juist minder onderwijspersoneel inzetbaar is. Daarom kunnen scholen en hun onderwijspersoneel niet tot het onmogelijke worden gehouden. (...)

Verder blijft onverkort van kracht dat al het personeel en studenten die aanwezig zijn op de mbo-school volledig klachtenvrij moeten zijn of anders thuisblijven. Personeel en studenten met klachten kunnen getest worden op het coronavirus. (...)

Door de beperkingen die gelden, kan maar een deel van de studenten tegelijk aanwezig zijn op school. Daarom is blended onderwijs in vele gevallen noodzakelijk. Dit betekent dat er sprake zal zijn van een combinatie van fysiek onderwijs (op de school, op het leerbedrijf of op een andere locatie buiten de school), (digitaal) afstandsonderwijs, zelfstudie en (gezamenlijke) opdrachten. [*Toevoeging aanbesteders: (Let wel: vooral het voortduren van het online onderwijs en het voortdurend wijzigen van de verhouding van online en fysiek onderwijs zet IT afdelingen van instellingen onder druk)*].

Scholen doen hun uiterste best om studenten aan het begin van de opleiding een actueel onderwijs- en examenprogramma aan te bieden voor deze nieuwe kwalificaties. Indien dat echt niet mogelijk is, kan er tot een half jaar na de start van de opleiding gebruik gemaakt worden van het onderwijsprogramma gebaseerd op het oude kwalificatiedossier. Uiterlijk 1 november 2020 wordt besloten of de mogelijkheid van een half jaar uitstel, zoals geformuleerd bij het vorige punt, al dan niet moet worden verruimd.'

- 4.2.16. Aanbesteders hebben bij hun reactie op de klacht een bijlage gevoegd waarin zij aan de hand van voorbeelden beschrijven welke invloed de gevolgen van de Co-



ronacrisis hebben gehad (en nog steeds hebben) op de implementatie van het SIS bij de verschillende aanbesteders.

- 4.2.17. Al met al is het volgens aanbesteders duidelijk dat – vooral door toedoen van de Coronacrisis – de beoogde implementatie bij alle instellingen per schooljaar 2020/2021 steeds minder realistisch is.
- 4.2.18. Partijen voeren inmiddels overleg om de impact van de Coronamaatregelen op het implementatietraject te inventariseren en te bezien welke realistische planning daarbij past. De aanbesteders benadrukken nogmaals dat, zoals ook in de aanbestedingsstukken beschreven, er nog steeds sprake is van een gefaseerde implementatie. Dit betekent dat bepaalde aanbesteders eerder over een geïmplementeerd SIS zullen kunnen beschikken dan andere.
- 4.2.19. De enkele omstandigheid dat waarschijnlijk niet voor alle aanbesteders het beoogde implementatiemoment (aanvang schooljaar 20/21) gehaald wordt, betekent echter nog niet dat daarmee de gehele opdracht wezenlijk gewijzigd is.
- 4.3. Daarmee komen aanbesteders toe aan de klacht zelf.
  - 4.3.1. Ondernemer refereert in de klacht aan eis 7.2.3 van het PvE waarin is bepaald dat de implementatie gefaseerd plaatsvindt, waarbij alle aanbesteders uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 over een geïmplementeerd SIS beschikken.
  - 4.3.2. Aanbesteders merken allereerst op dat ondernemer met zijn klacht de Commissie in feite vraagt om te speculeren over onzekere toekomstige gebeurtenissen. Niemand, ook aanbesteders niet, weet hoe lang de gevolgen van de Coronamaatregelen nog merkbaar effect zullen hebben. Het is momenteel dus niet goed te zeggen of er (verdere) implementatievertraging ontstaat, en met welke specifieke vertragingen de individuele instellingen te maken zullen krijgen.
  - 4.3.3. De Aanbestedingswet stelt grenzen aan de mogelijkheid gesloten overheidsopdrachten te wijzigen. Aanbesteders verwijzen naar het bepaalde in artikel 2.163a, Aw 2012 en merken vervolgens op dat de artikelen 2.163g en 2.163e Aw 2012 in dit geval relevant zijn.
  - 4.3.4. Op grond van artikel 2.163g, lid 1, Aw 2012, kan een overheidsopdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd indien de wijzigingen, ongeacht de waarde ervan, niet wezenlijk zijn. Op grond van artikel 2.163g, lid 2, Aw 2012, wordt een wijziging als wezenlijk aangemerkt indien de opdracht hierdoor materieel verschilt ten opzichte van de oorspronkelijke opdracht.
  - 4.3.5. De (veronderstelde, eventuele) aanpassing van de contractvoorwaarden ziet louter op de planning: de implementatie van het SIS zal, anders dan in de aanbestedingsstukken beoogd, waarschijnlijk niet bij alle aanbesteders al bij aanvang van het schooljaar 2020/2021 zijn gerealiseerd.
  - 4.3.6. Dat neemt niet weg dat het uiteindelijk door ondernemer X te leveren product (het SIS) in hoofdzaak ongewijzigd blijft. Ook de termijn van de beheerfase blijft ongewijzigd, evenals de maximale looptijd van de overeenkomst. Ondernemer X dient nog steeds aan de hand van vooraf vastgestelde criteria (en deelopleveringen) het SIS te implementeren. De software wordt op dezelfde wijze en met hetzelfde doel ontwikkeld.
  - 4.3.7. Daarbij dient volgens aanbesteders opgemerkt te worden dat het hier gaat om een contract met een looptijd van mogelijk 20 jaar. De opdracht heeft betrekking

op de meerjarige ontwikkeling van een complex en innovatief product. Dat de implementatie van een dergelijke opdracht niet volledig binnen de door de opdrachtgevers gewenste termijn verloopt, betekent niet dat direct sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht.

- 4.3.8. Aanbesteders wijzen er vervolgens op dat in artikel 2.163g, lid 3, sub a t/m d, Aw 2012, vier situaties worden genoemd waarin een wijziging in ieder geval wezenlijk is. Geen van de genoemde situaties doet zich naar hun oordeel hier voor.
- 4.3.9. Dat de voorwaarde zoals genoemd onder in artikel 2.163g, lid 3 onder d Aw 2012 ter zake niet van toepassing is, behoeft volgens aanbesteders geen verdere toelichting. Ook de voorwaarde zoals genoemd onder c is ter zake niet relevant: een mogelijk latere implementatiedatum voor één of meer van betrokken aanbesteders leidt immers niet tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht.
- 4.3.10. Anders dan ondernemer veronderstelt, is ondernemer X bij het opstellen van zijn inschrijving uitgegaan van een beoogd implementatietraject waarbij alle aanbesteders bij de start van het schooljaar 2020/2021 kunnen beschikken over een geïmplementeerd SIS. Dat maakt dat ondernemer X, eveneens anders dan ondernemer veronderstelt, bij het opstellen van zijn inschrijving van dezelfde uitgangspunten is uitgegaan als ondernemer.
- 4.3.11. Er zijn dan ook geen redenen om zonder meer aan te nemen dat het ná het indienen van de inschrijvingen (en na sluiten van de overeenkomsten) eventueel toestaan van een latere implementatiedatum, wanneer dit onderdeel had uitmaakt van de oorspronkelijke aanbestedingsstukken, ertoe zou hebben geleid dat ondernemer een inschrijving zou hebben ingediend die zowel op prijs als op kwaliteit beter zou hebben gescoord.
- 4.3.12. Alle argumenten die ondernemer in de onderbouwing van zijn klacht noemt (zie 3.5.7 t/m 3.5.11 hiervoor) en die volgens hem van invloed waren op de kwalitatieve en financiële aspecten van zijn bieding, gelden immers in gelijke mate ook voor ondernemer X. Daarmee ontvalt elke grond aan de stelling van ondernemer (zie 3.5.13 hiervoor) dat 'het aannemelijk is dat zijn inschrijving hoger dan die van ondernemer X zou zijn gerangschikt bij een langere implementatietermijn'.
- 4.3.13. Een (eventuele) langere implementatietermijn leidt ook niet tot een verandering van het economische evenwicht ten gunste van ondernemer X. Als gezegd is ondernemer X bij het opstellen van zijn inschrijving uitgegaan van een beoogde gerealiseerde implementatie bij alle instellingen bij de start van het schooljaar 2020/2021. Ondernemer geeft in de uitwerking van zijn klacht geen enkel argument waarom een eventuele langere implementatietermijn voor ondernemer X financieel gunstig zal zijn. Eerder het tegendeel lijkt het geval te zijn: een langere implementatietermijn vergt van ondernemer X waarschijnlijk meer inspanningen en kosten dan bij het opstellen van zijn inschrijving voorzien. Als er al sprake is van een verandering van het economisch evenwicht, is dat eerder ten nadele dan ten gunste van ondernemer X.
- 4.3.14. Kortom, het (eventueel) in beperkte mate naar achter schuiven van de implementatiedatum is geen wezenlijke wijziging van opdracht (en is dus aanbestedingsrechtelijk niet ontoelaatbaar).
- 4.3.15. Mocht de Commissie toch van oordeel zijn dat in dit geval sprake is van een wezenlijke wijziging, dan is die wijziging volgens aanbesteders aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar gelet op het bepaalde in artikel 2.163e, Aw 2012. Op grond van dit artikel kan een overheidsopdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure

worden gewijzigd indien (i) de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien, (ii) de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengt, en (iii) de verhoging van de prijs niet meer bedraagt dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.

- 4.3.16. Het is evident dat een pandemie van deze omvang, met dergelijke verstrekkende gevolgen voor aanbesteders, een omstandigheid is die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien. De behoefte aan de wijziging (i.e. de implementatiedatum mogelijk iets naar achteren schuiven) is een direct gevolg van de Coronacrisis.
  - 4.3.17. Bovendien brengt de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht mee. De aard van de te leveren diensten blijft ongewijzigd. Het uiteindelijk door ondernemer X te leveren product (het SIS) blijft eveneens ongewijzigd.
  - 4.3.18. Er is ook geen sprake van een verhoging van de prijs, laat staan dat die meer dan 50% bedraagt van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Het gaat in hoofdzaak immers om uitstel van bepaalde activiteiten, niet van aanvullende werkzaamheden.
- 4.4. Aanbesteders stellen concluderend het volgende.
- 4.4.1. Op grond van de voorliggende feiten en omstandigheden kan niet worden geconcludeerd dat aanbesteders in strijd handelen met de Europese en nationale aanbestedingsregels wanneer zij aanvaarden dat, voornamelijk als gevolg van de overheidsmaatregelen rond het Coronavirus, de implementatie bij één of meer van aanbesteders niet reeds bij aanvang van het schooljaar 2020/2021 is gerealiseerd.
  - 4.4.2. Mocht de Commissie niettemin toch tot het oordeel komen dat er sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht, dan is die wijziging gerechtvaardigd, aangezien sprake is van onvoorziene omstandigheden (en voldaan wordt aan de criteria van artikel 2.163e, Aw 2012). Daardoor hoeven aanbesteders de overeenkomsten met ondernemer X niet tussentijds te beëindigen, noch af te zien van verlenging daarvan wegens strijd met het aanbestedingsrecht.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteders in 2018 een Europese openbare procedure hebben gevolgd voor een overheidsopdracht voor implementatie en technisch beheer (inclusief innovatie) van een Studenten Informatie Systeem (SIS). Op deze aanbestedingsprocedure waren destijds onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit. Aanbesteders hebben eind 2018 na afloop van deze aanbestedingsprocedure ieder afzonderlijk een overeenkomst met ondernemer X gesloten.
- 5.2. Alvorens tot behandeling van de klacht over te gaan, merkt de Commissie het volgende op. De Commissie heeft op 8 augustus 2020 een brief ontvangen van de advocaat van aanbesteder B. Daarin geeft deze te kennen dat aanbesteder B en ondernemer X in de loop van 2020 hebben besloten hun overeenkomst met wederzijds goedvinden met ingang van 10 juli 2020 te beëindigen (zie 1.21 hiervoor). De Commissie heeft vervolgens op 13 augustus 2020 op grond van artikel 10 lid 10 sub a van haar Reglement besloten de behandeling van de klacht te beëindigen, voor zover deze tegen aanbesteder B is gericht. De Commissie heeft

aanbesteder B, de overige aanbesteders en ondernemer op 13 augustus 2020 over deze beslissing geïnformeerd.

- 5.3. Dit advies is als volgt opgebouwd. De Commissie zal zich hierna in 5.4 en 5.5 eerst uitlaten over de datum waarop de implementatie van het SIS door ondernemer X bij aanbesteders uiterlijk moet zijn gerealiseerd en of op dit moment reeds vaststaat dat die uiterste datum niet zal worden gehaald. Vervolgens zal de Commissie in 5.6 en 5.7 onderzoeken of de eventuele niet tijdige implementatie van het SIS enkel en alleen haar oorzaak zal vinden – zoals ondernemer stelt – in de impact van een te lange ontwikkelfase van het SIS op de implementatie daarvan, zonder dat daar ook nog de gevolgen van de Coronacrisis als bijkomende oorzaak voor nodig waren. Daarna zal de Commissie in 5.8 en 5.9 onderzoeken of de eventuele niet tijdige implementatie van het SIS haar oorzaak zal vinden – zoals aanbesteders stellen – in de impact van de (gevolgen van de) maatregelen van de overheid vanwege de Coronacrisis op die implementatie. Op basis van de uitkomsten van de hiervoor bedoelde onderzoeken komt de Commissie tot slot in 5.10 e.v. toe aan de beantwoording van de vraag of – en zo ja: op welke grond – het aanbestedingsrechtelijk zal zijn toegestaan dat aanbesteders de uiterste implementatiedatum wijzigen, in het eventuele geval dat die datum niet zal worden gehaald.
- 5.4. De Commissie stelt vast dat tussen partijen niet ter discussie staat dat ondernemer X op grond van de met aanbesteders gesloten overeenkomsten verplicht is te bewerkstelligen dat aanbesteders uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 over een geïmplementeerd SIS beschikken (zie hiervoor 1.6, 1.19 en 4.2.5).
- 5.5. De Commissie stelt verder vast dat aanbesteders niet betwisten dat de implementatie van het SIS bij sommige aanbesteders mogelijk niet zal zijn gerealiseerd uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 (zie 4.1.1, 4.1.4, 4.2.17 en 4.2.19).
- 5.6. De Commissie begrijpt de stellingen van ondernemer vervolgens aldus dat in het eventuele geval dat de implementatie van het SIS niet uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 bij alle deelnemende aanbesteders is gerealiseerd, dit enkel en alleen haar oorzaak zal vinden in de impact van een te lange ontwikkelfase van het SIS op de implementatie daarvan, zonder dat daar ook nog de gevolgen van de Coronacrisis als bijkomende oorzaak voor nodig waren. Reeds in de eerste deelfase, waarin ondernemer X en aanbesteders het SIS gezamenlijk hebben ontwikkeld, zou volgens ondernemer de planning immers al zodanig uit de hand zijn gelopen dat het niet meer mogelijk was de implementatiedatum nog te halen, ook wanneer de Coronacrisis zich niet zou hebben voorgedaan (zie 3.3.3, 3.4.2 en 3.4.5 hiervoor). De Commissie is van oordeel dat ondernemer deze stellingen onvoldoende heeft onderbouwd en dat aanbesteders die stellingen ook overigens voldoende hebben betwist. De Commissie overweegt in dit verband het volgende.
  - 5.6.1. Ondernemer stelt in het kader van de onderbouwing van zijn stellingen dat hij reeds begin 2019 verwachtte dat ondernemer X het SIS niet tijdig zou implementeren (zie 3.4.3). De Commissie begrijpt de stellingen van ondernemer aldus dat deze verwachting destijds gebaseerd was op grond van (i) een e-mailwisseling met een medewerker van de adviseur van aanbesteders (zie 1.9, 1.10 en 3.4.3 hiervoor), (ii) signalen die ondernemer ontving, onder andere van werknemers van aanbesteders, over de implementatie van het SIS (zie 3.4.3 hiervoor) en (iii) de eigen waarnemingen van ondernemer als zittende leverancier vanuit zijn betrokkenheid bij het implementatieprojectteam van aanbesteders (zie 3.4.3 hiervoor).

- 5.6.2. De Commissie is van oordeel dat de hiervoor bedoelde e-mailwisseling – in het bijzonder de e-mail van 12 februari 2019 van de adviseur van aanbesteders – destijds geen voldoende grondslag bood voor de gerechtvaardigde verwachting dat ondernemer X het SIS anderhalf jaar later niet tijdig zou implementeren. De adviseur geeft in zijn e-mail enkel aan dat op dat moment nog onvoldoende duidelijkheid bestond over het verloop van de implementatie en dat aanbesteders nog met ondernemer X werkten aan een plan van aanpak (zie 1.10 hiervoor). De Commissie is verder van oordeel dat zij niet kan afgaan op de door ondernemer genoemde signalen van derden en eigen waarnemingen, nu deze onvoldoende concreet zijn en niet nader zijn onderbouwd. Dit nog daargelaten dat de Commissie, gezien de aard van de klachtprocedure, geen uitgebreide mogelijkheden heeft tot het onderzoeken en vaststellen van de feitelijke gang van zaken ten tijde van de uitvoering van de overeenkomsten tussen aanbesteders en ondernemer X, bijvoorbeeld door middel van het horen van getuigen (vergelijk Advies 82, overweging 6.3.3, Advies 117, overweging 6.2.2 en Advies 469, overweging 5.7.9).
- 5.6.3. Ondernemer heeft in het kader van de onderbouwing van zijn stellingen (zie 5.6. hiervoor) – in het bijzonder dat de ontwikkelfase van het SIS te veel tijd in beslag heeft genomen – verder nog betoogd dat hij aanbesteders meermaals schriftelijk en in overleggen erop heeft gewezen dat ondernemer X de uiterlijke implementatiedatum “waarschijnlijk” niet zal gaan halen (zie 3.4.2 hiervoor). Ook dit betoog is naar het oordeel van de Commissie onvoldoende concreet en niet nader onderbouwd, zodat zij evenmin van de juistheid daarvan kan uitgaan.
- 5.6.4. Ondernemer heeft ter onderbouwing van zijn stellingen (zie 5.6. hiervoor) ook nog gewezen op het verzoek dat hij op 3 december 2019 per e-mail van aanbesteder A heeft ontvangen (zie 1.11 hiervoor). Volgens ondernemer staat gelet op dat verzoek vast dat ruim vóór de Coronacrisis voldoende aannemelijk was dat ondernemer X het SIS niet tijdig zou implementeren. Met dat laatste staat volgens ondernemer tevens vast dat de oorzaak van de verwachte, niet tijdige implementatie gelegen is in de te lange gezamenlijke ontwikkelfase (zie 3.3.3 hiervoor). De Commissie is van oordeel – nog daargelaten dat het verzoek van 3 december 2019 alleen betrekking had op de tussen aanbesteder A en ondernemer gesloten overbruggingsovereenkomst en niet tevens de overbruggingsovereenkomsten betrof die ondernemer met de andere aanbesteders was aangegaan – dat uit het verzoek niet blijkt dat aanbesteder A voornemens was de overbruggingsovereenkomst met ondernemer te verlengen tot ná 1 september 2020, de datum waarop ondernemer X het SIS uiterlijk dient te hebben geïmplementeerd. Blijkens zijn reactie van 3 februari 2020 is ondernemer daar overigens ook zelf niet van uitgegaan: hij geeft daarin immers te kennen dat de overbruggingsovereenkomst op 1 september 2020 van rechtswege eindigt (zie 1.12 hiervoor).
- 5.6.5. Voor zover ondernemer ter onderbouwing van zijn stellingen (zie 5.6 hiervoor) nog heeft betoogd dat uit het bij de e-mail van 1 mei 2020 gevoegde schema, dat de heer Y namens aanbesteders aan ondernemer stuurde (zie 1.16 en 1.17 hiervoor), zou blijken dat de door aanbesteders verwachte vertraagde implementatie van het SIS is te herleiden tot de oorspronkelijke planning van de ontwikkelfase en de daarop volgende implementatiefase van het SIS (zie 3.3.2 en 3.3.3 hiervoor), kan de Commissie ondernemer daarin evenmin volgen. Ondernemer gaat er met zijn betoog namelijk vanuit dat ondernemer X en aanbesteders in hun oorspronkelijke implementatiestrategie al hadden gekozen voor een implementatieduur van 7 maanden en dat – nu uit het bij de e-mail van 1 mei 2020 gevoegde schema blijkt dat de implementatiefase feitelijk is gestart op 6 april 2020 – daarmee vaststaat dat, ook wanneer de Coronacrisis zich niet zou hebben voorgedaan, de implementatietermijn hoe dan ook tot ná 1 september 2020 zou

hebben doorgelopen. Naar het oordeel van de Commissie kan uit het feit dat aanbesteders in het schema hebben voorzien in een implementatieduur van 7 maanden – waarvan de lengte blijkens de e-mail van 1 mei 2020 ook overigens mede verband houdt met de gevolgen van de Coronacrisis – niet de conclusie worden getrokken dat aanbesteders en ondernemer X in hun oorspronkelijke implementatiestrategie al voor een implementatieduur van 7 maanden hadden gekozen.

- 5.6.6. De Commissie stelt tot slot nog vast dat aanbesteders in hun reactie op de klacht weliswaar hebben erkend dat tijdens de implementatiefase, tegen het einde van 2019, is gebleken dat zich vanwege verschillende oorzaken vertragingen bij de implementatie van het SIS hadden voorgedaan, maar stelt tevens vast dat aanbesteders ontkend hebben dat die vertragingen van dien aard waren dat de met ondernemer X overeengekomen implementatiedatum niet zou kunnen worden gehaald (zie 4.2.10 hiervoor). Aanbesteders hebben bovendien gesteld dat de bijstelling van de planning van de implementatiefase eind januari 2020 voor wat betreft een tweetal aanbesteders weliswaar heeft geleid tot een verschuiving van de implementatie van het SIS van het voorjaar naar de zomer van 2020, maar dat ook toen nog steeds werd gekoerst op implementatie van het SIS vóór de start van het schooljaar 2020/2021 (zie 4.2.11 hiervoor).
- 5.7. Het voorgaande betekent dat voor de Commissie niet vast staat dat in het eventuele geval dat de implementatie van het SIS niet uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 is gerealiseerd, dit enkel en alleen haar oorzaak zal vinden in de impact van een te lange ontwikkelfase van het SIS op de implementatie daarvan, zonder dat daar ook nog de gevolgen van de Coronacrisis als bijkomende oorzaak voor nodig waren. Daarmee komt de Commissie niet toe aan een beoordeling van de aanbestedingsrechtelijke geoorloofdheid van een eventuele overschrijding van de tussen aanbesteders en ondernemer X overeengekomen implementatiedatum vanwege de door ondernemer vermeende impact van een vermeend te lange ontwikkelfase van het SIS op de implementatie daarvan.
- 5.8. De Commissie begrijpt de stellingen van aanbesteders vervolgens aldus dat in het eventuele geval dat de implementatie van het SIS niet uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 bij alle aanbesteders is gerealiseerd, dit haar oorzaak zal vinden in de impact van de (gevolgen van de) maatregelen van de overheid vanwege de Coronacrisis op de implementatie van het SIS (zie 1.15, 1.16, 4.1.4 en 4.2.12 t/m 4.2.18 hiervoor). De Commissie is voorshands van oordeel dat aanbesteders deze stelling voldoende aannemelijk hebben gemaakt en dat ondernemer daar onvoldoende tegenover heeft gesteld. De Commissie overweegt in dit verband het volgende.
  - 5.8.1. Aanbesteders hebben ondernemer vanaf 2 april 2020 inzicht gegeven in de impact van de gevolgen van de gedwongen sluiting van de scholen op de bedrijfsvoering van aanbesteders in het algemeen en op de implementatiefase van het SIS in het bijzonder (zie 1.15 en 1.16). De Commissie ziet als kern van het betoog van aanbesteders dat zij vanwege de gedwongen sluiting een omschakeling moesten maken naar volledig digitaal onderwijs, waarvoor menskracht van hun IT-organisaties moest worden ingezet die daardoor niet meer in voldoende mate inzetbaar was in het kader van de implementatie van het SIS. Daarnaast stellen aanbesteders zich op het standpunt dat de activiteiten die noodzakelijk zijn om tot afronding van de implementatiefase te komen niet allemaal op afstand digitaal kunnen plaatsvinden: voor een aantal van die activiteiten zijn fysieke bijeenkomsten vereist. Vanwege de door de overheid getroffen maatregelen konden deze fysieke bijeenkomsten echter niet plaatsvinden.

- 5.8.2. Ondernemer heeft in zijn e-mail van 4 mei 2020 enerzijds begrip getoond voor de ernst van de gevolgen die de maatregelen van de overheid vanwege de Coronacrisis op de bedrijfsvoering van aanbesteders hadden. Anderzijds heeft ondernemer zich op het standpunt gesteld, onder verwijzing naar zijn eigen ervaring (met andere mbo-instellingen), dat implementatietrajecten ook in de huidige omstandigheden doorgang vinden door op afstand met digitale bijeenkomsten te werken (zie 1.18 hiervoor). Ondernemer heeft dat standpunt nog eens herhaald in zijn onderbouwing van de klacht en noemt de verwijzing door aanbesteders naar de impact van de gevolgen van de Coronacrisis in dat kader een "gelegenheidsargument" (zie 3.4.4 hiervoor).
- 5.8.3. Aanbesteders hebben vervolgens bij hun reactie op de klacht een bijlage van meer dan 7 pagina's gevoegd waarin zij per aanbesteder gedetailleerd en aan de hand van concrete voorbeelden beschrijven welke invloed de gevolgen van de Coronacrisis hebben gehad (en volgens aanbesteders nog steeds hebben) op hun bedrijfsvoering en op de implementatie van het SIS (zie 4.2.16 hiervoor). In de gedetailleerde beschrijving van deze voorbeelden hebben aanbesteders aangegeven dat de omschakeling naar volledig digitaal onderwijs een claim legde op de capaciteit van hun IT-organisaties, die mede bestemd was voor de implementatie van het SIS. Ook hebben zij in de beschrijving van die voorbeelden aangegeven waarom het voor bepaalde, voor de implementatie noodzakelijke activiteiten een vereiste was dat deze activiteiten werden verricht in het kader van fysieke bijeenkomsten en waarom het niet dan wel onvoldoende mogelijk was deze fysieke bijeenkomsten te laten plaatsvinden.
- 5.8.4. Nog daargelaten dat ondernemer het hiervoor weergegeven standpunt van aanbesteders met betrekking tot de omschakeling naar volledig digitaal onderwijs niet heeft weersproken, komt dat standpunt de Commissie ook overigens voldoende aannemelijk voor mede gelet op de door aanbesteders genoemde concrete voorbeelden (zie 5.8.3 hiervoor). Verder kan de Commissie zich enerzijds weliswaar voorstellen dat de implementatie van het SIS deels op afstand met digitale bijeenkomsten zal kunnen plaatsvinden, zoals door ondernemer is betoogd, maar kan zij zich anderzijds ook goed voorstellen, mede gelet op de door aanbesteders genoemde concrete voorbeelden (zie 5.8.3 hiervoor), dat niet voor alle met de implementatie van het SIS gemoeide activiteiten op digitale bijeenkomsten zal kunnen worden teruggevallen.
- 5.9. Het voorgaande betekent – mede gelet op wat de Commissie in 5.6 en 5.7 hiervoor heeft geoordeeld – dat voor de Commissie voorshands aannemelijk is dat in het eventuele geval dat de implementatie van het SIS niet uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 is gerealiseerd, dit enkel en alleen haar oorzaak zal vinden in de impact van de (gevolgen van de) maatregelen van de overheid vanwege de Coronacrisis op de implementatie van het SIS. Daarmee komt de Commissie toe aan een beoordeling van de aanbestedingsrechtelijke geoorlooftheid van een eventuele overschrijding van de tussen aanbesteders en ondernemer X overeengekomen implementatiedatum vanwege de hiervoor bedoelde impact.
- 5.10. Alvorens tot de verdere behandeling van de klacht over te gaan, geeft de Commissie hierna eerst het toetsingskader weer.
- 5.10.1. In artikel 2.163a Aw 2012 is het volgende bepaald:
- 'Een wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan kan uitsluitend zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet plaatsvinden in de in dit hoofdstuk bedoelde gevallen.'

5.10.2. In artikel 2.163e, lid 1, Aw 2012 is het volgende bepaald:

- '1. Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien:
  - a. de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien,
  - b. de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengt, en
  - c. de verhoging van de prijs niet meer bedraagt dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.
2. Artikel 2.163d, tweede tot en met zesde lid, is van overeenkomstige toepassing.'

5.11. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van de klacht.

5.12. De Commissie is van oordeel dat in het eventuele geval dat de implementatie van het SIS niet uiterlijk bij de start van het schooljaar 2020/2021 is gerealiseerd, als gevolg van de impact van de (gevolgen van de) maatregelen van de overheid vanwege de Coronacrisis op de implementatie, aanbesteders de met ondernemer X overeengekomen uiterste implementatiedatum zullen kunnen wijzigen met een beroep op het bepaalde in artikel 2.163e, lid 1, Aw 2012. De Commissie overweegt ter onderbouwing van dit oordeel het volgende.

5.12.1. De behoefte van aanbesteders aan een wijziging van de implementatiedatum is in het hiervoor veronderstelde geval het gevolg van de maatregelen van de overheid vanwege de Coronacrisis. De Commissie volgt aanbesteders in hun standpunt dat dit maatregelen zijn die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien (zie 4.3.16 hiervoor). Dit oordeel sluit tevens aan bij de visie zoals deze blijkt uit een (nog) niet-gepubliceerd en ongedateerd document dat afkomstig is van het Directoraat-generaal Interne Markt, Industrie, Ondernemerschap en Midden- en Kleinbedrijf van de Europese Commissie en dat op 15 juni 2020 is gedeeld in een bijeenkomst van de zogenoemde Commission Expert Group "Network of First Instance Review Bodies on Public Procurement". In het document dat is getiteld "Modification of ongoing public procurement contracts in the context of the COVID-19 crisis" valt onder andere te lezen: 'the COVID-19 crisis being clearly a circumstance that could not be foreseen by contracting authorities'.

5.12.2. De Commissie heeft geen enkele aanwijzing dat de eventuele wijziging van de implementatiedatum verandering zal brengen in de algemene aard van de opdracht. De Commissie verwijst in dit verband naar de reactie van aanbesteders op de klacht, waarin valt te lezen dat de aard van de leveren diensten en de kwaliteit van het uiteindelijk door ondernemer X te leveren SIS niet zullen wijzigen als gevolg van de eventuele wijziging van de implementatiedatum (zie 4.3.17 hiervoor).

5.12.3. Aanbesteders hebben in hun reactie op de klacht tevens bevestigd dat een eventuele wijziging van de implementatiedatum niet gepaard zal gaan met een verhoging van de aan ondernemer X te betalen prijs, laat staan dat die verhoging meer dan 50% zal bedragen van de waarde van de oorspronkelijke opdracht (zie 4.3.18 hiervoor).

5.13. Het voorgaande betekent dat de Commissie de klacht ongegrond acht.

5.14. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.

5.14.1. In artikel 2.163e, lid 2, Aw 2012 is het volgende bepaald:



'2. Artikel 2.163d, tweede tot en met zesde lid, is van overeenkomstige toepassing.'

5.14.2. In artikel 2.163d, lid 2 tot en met lid 6, Aw 2012 is het volgende bepaald:

- '2. Indien een overheidsopdracht een indexeringsclausule bevat, wordt voor de berekening van de prijs, bedoeld in het eerste lid, onderdeel d, de geactualiseerde prijs als referentiewaarde gehanteerd.
3. Indien opeenvolgende wijzigingen van een overheidsopdracht worden doorgevoerd, geldt de beperking van het eerste lid, onderdeel d, voor de waarde van elke wijziging.
4. Een aanbestedende dienst voert geen opeenvolgende wijzigingen van een overheidsopdracht door met het oogmerk zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2 van deze wet.
5. Een aanbestedende dienst maakt een wijziging van een overheidsopdracht die voldoet aan de voorwaarden, bedoeld in het eerste lid, bekend door een aankondiging hiervan op het elektronische systeem voor aanbestedingen.
6. De in het vijfde lid bedoelde bekendmaking geschiedt door middel van een op het elektronische systeem voor aanbestedingen beschikbaar gesteld formulier.'

5.14.3. De Commissie merkt op dat wanneer aanbesteders de met ondernemer X overeengekomen uiterste implementatiedatum wijzigen met een beroep op het bepaalde in artikel 2.163e, lid 1, Aw 2012, in het geval bedoeld in 5.12 hiervoor, zij overeenkomstige toepassing zullen moeten geven aan het bepaalde in artikel 2.163d, lid 2 tot en met lid 6, Aw 2012, gelet op het bepaalde in artikel 2.163e, lid 2, Aw 2012. Gelet op hetgeen de Commissie heeft overwogen in 5.12.3 hiervoor, zal het bepaalde in artikel 2.163d, lid 2 en lid 3, Aw 2012 dan overigens niet relevant zijn.

5.14.4. De Commissie merkt tot slot nog op dat in het in 5.12.1 hiervoor genoemde document "Modification of ongoing public procurement contracts in the context of the COVID-19 crisis" nog valt te lezen: 'In the current circumstances, it should be presumed that modifications of public contracts on the grounds of Article 72(1) c) may be acceptable, however with the following limit: the modifications must be **justified to the extent that they are needed to mitigate** the consequences of the crisis in the execution of public contracts and only to that extent.'

## 6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 21 augustus 2020

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams  
Vice-voorzitter