

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 733

### 1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. Dit advies gaat over de vraag of aanbesteder tot de inkoop van software product X had mogen overgaan zonder een aanbesteding te organiseren.

### 2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. Hoewel de opdracht voor de levering van product X is verstrekt onder een raamovereenkomst die onder het regime van de ADV tot stand is gekomen, verklaart de Commissie zich bevoegd de klacht te behandelen. De vraag of aanbesteder voor de inkoop van product X een aanbesteding had moeten organiseren is immers een vraag die binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 valt.
- 2.2. Aanbesteder heeft naar het oordeel van de Commissie voldoende aannemelijk gemaakt dat de opdracht tot het leveren van product X onder de raamovereenkomst kon worden geplaatst en dat hij niet verplicht was een aanbesteding te organiseren.

### 3. Achtergrond

- 3.1. Aanbesteder heeft voor de onder hem vallende opsporingsdienst, ter vervanging van het ene systeem door een nieuw systeem, op 2 maart 2023 software product X ingekocht. Product X betreft software voor online anoniem onderzoek. Aanbesteder heeft hiervoor gebruik gemaakt van de op 1 april 2022 gesloten raamovereenkomst 'Forensische IT Middelen' met distributeur Y (hierna: de raamovereenkomst). Ondernemer meent dat aanbesteder voor de inkoop van product X een aanbesteding had moeten organiseren, omdat product X niet onder de scope van de raamovereenkomst valt.
- 3.2. Ondernemer heeft op 24 januari 2024 een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder.
- 3.3. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft per brief van 15 februari 2024 de klacht van ondernemer ongegrond verklaard.
- 3.4. Ondernemer heeft per mail van 8 maart 2024 gereageerd bij het klachtenmeldpunt op de brief van 15 februari 2024.
- 3.5. Het klachtenmeldpunt heeft per brief van 4 april 2024 de klacht van ondernemer wederom ongegrond verklaard.
- 3.6. Ondernemer heeft op 5 april 2024 een klacht bij de Commissie ingediend.
- 3.7. Aanbesteder heeft op 24 mei 2024 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd.

#### **4. Wat zijn de standpunten van partijen?**

##### *Ondernemer*

- 4.1. De klacht van ondernemer bestaat uit één klachtonderdeel.
- 4.2. Ondernemer stelt kort gezegd dat aanbesteder voor de inkoop van product X een aanbesteding had moeten organiseren.
- 4.3. Ondernemer onderbouwt dit klachtonderdeel als volgt.
  - 4.3.1. Ondernemer stelt dat aanbesteder ten onrechte gebruik heeft gemaakt van de in 2022 gesloten raamovereenkomst met distributeur Y. De inkoop van product X valt volgens ondernemer niet onder de scope van de raamovereenkomst. Dit blijkt volgens ondernemer uit het Beschrijvend Document voor de meervoudig onderhandse procedure 'Forensische IT Middelen' uit 2018 en het bijbehorende Excel Prijsmodel, dat een inventarislijst bevat waarop product X of het vervangende systeem niet voorkomt. In zijn mail van 8 maart 2024 aan het klachtenmeldpunt onderbouwt ondernemer zijn stelling dat de inkoop van product X niet valt onder de scope van de raamovereenkomst met een screenshot van de Selectieleidraad behorende bij de niet-openbare aanbesteding 'Forensische IT Middelen' uit 2021.
  - 4.3.2. Ondernemer stelt daarnaast dat de inkoop van product X een waarde vertegenwoordigt die de betreffende aanbestedingsdrempel overschrijdt.
  - 4.3.3. Verder stelt ondernemer dat product X een standaard product is dat eenvoudig onder de rijks brede raamovereenkomst, die tot stand is gekomen via de Europese Aanbesteding voor Standaard Programmatuur (hierna te noemen: EASP 2019), kan worden ingekocht. Dit blijkt uit het feit dat andere (opsporings-)diensten product X op deze wijze inkopen.

##### *Aanbesteder*

- 4.4. Aanbesteder reageert voor zover relevant als volgt.
- 4.5. Aanbesteder stelt zich allereerst op het standpunt dat de Commissie niet bevoegd is de klacht van ondernemer in behandeling te nemen.
- 4.6. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.
  - 4.6.1. Aanbesteder heeft voor de inkoop van product X gebruik gemaakt van de in 2022 gesloten raamovereenkomst met distributeur Y. Op de raamovereenkomst is de Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied (hierna: ADV) van toepassing. Omdat de Commissie op grond van haar reglement enkel bevoegd is bij klachten die vallen binnen de werkingssfeer van de Aw 2012, kan zij deze klacht niet behandelen.
- 4.7. Aanbesteder stelt zich, voor het geval de Commissie van oordeel is dat zij wel in deze klacht bevoegd is, in de tweede plaats op het standpunt dat hij voor de inkoop van product X niet verplicht was een aanbesteding te organiseren.
- 4.8. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.
  - 4.8.1. Aanbesteder stelt dat hij gebruik mocht maken van de raamovereenkomst met distributeur Y. De inkoop van product X valt namelijk onder de scope van de raamovereenkomst. Dit blijkt volgens aanbesteder onder meer uit de Selectieleidraad behorende bij de niet-openbare aanbesteding 'Forensische IT Middelen' uit 2021.

De aanbestedingstukken uit 2018 waarop ondernemer zijn klacht baseert, behoren bij de raamovereenkomst die in 2022 van rechtswege is geëindigd en zijn niet relevant, aldus aanbesteder.

## **5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?**

- 5.1. De Commissie behandelt eerst de stelling van aanbesteder dat zij de klacht niet in behandeling kan nemen omdat niet de Aw 2012 van toepassing is, maar de ADV.

*Is de Commissie bevoegd de klacht te behandelen?*

- 5.2. De Commissie is van oordeel dat zij bevoegd is de klacht van ondernemer te behandelen.

- 5.3. De Commissie onderbouwt dit als volgt.

- 5.3.1. Op grond van haar reglement is de Commissie bevoegd een advies te geven naar aanleiding van een klacht van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 valt (artikel 1 onder c van het Reglement).

- 5.3.2. De Commissie stelt vast dat aanbesteder de raamovereenkomst 'Forensische IT Middelen' in 2022 na een Europese niet-openbare aanbesteding heeft gesloten. De raamovereenkomst is niet tot stand gekomen met toepassing van de Aw 2012, maar onder het regime van de ADV. Op het plaatsen van opdrachten via de raamovereenkomst zijn de relevante bepalingen van de ADV van toepassing. Dit betekent dat de Commissie niet bevoegd is klachten te behandelen over de wijze waarop de raamovereenkomst tot stand is gekomen of de wijze waarop onder de raamovereenkomst nadere opdrachten worden verstrekt. In zoverre is de Commissie het met aanbesteder eens. In deze klacht is dit echter niet aan de orde.

- 5.3.3. In deze klacht staat immers de vraag centraal of aanbesteder voor de inkoop van product X een aanbesteding had moeten organiseren of dat hij dit – met een beroep op de raamovereenkomst - terecht achterwege heeft kunnen laten. Dit is een vraag die binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 valt en waarover de Commissie zich kan buigen.

- 5.4. De Commissie verklaart zich dan ook bevoegd en gaat over tot de inhoudelijke behandeling van de klacht van ondernemer.

*Had aanbesteder voor de inkoop van product X een aanbesteding moeten organiseren?*

- 5.5. Ter beantwoording van de vraag of aanbesteder voor de inkoop van product X een aanbesteding had moeten organiseren, moet de Commissie allereerst onderzoeken of aanbesteder product X mocht inkopen onder de raamovereenkomst. Dit betekent dat moet worden nagegaan wat de scope is van de raamovereenkomst en of de inkoop van product X daaronder valt. Als de conclusie kan worden getrokken dat dit het geval is, was aanbesteder niet verplicht een aanbesteding te organiseren en is de klacht van ondernemer ongegrond. Als blijkt dat de inkoop niet valt onder de scope, moet in ieder geval worden geconcludeerd dat aanbesteder product X onterecht onder de raamovereenkomst heeft ingekocht.

- 5.6. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder voor de inkoop van product X niet verplicht was een aanbesteding te organiseren en dat de klacht van ondernemer ongegrond is.

- 5.7. De Commissie onderbouwt haar oordeel als volgt.
- 5.7.1. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst transparant dient te handelen. De te beantwoorden vraag is of aanbestede aan zijn hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat hij de scope van de raamovereenkomst in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen. Bij de beantwoording van die vraag geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsstukken de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld. Dit betekent dat bij de uitleg van de aanbestedingsstukken de niet in die stukken tot uitdrukking gebrachte opvatting van de opstellers van de aanbestedingsstukken over de uitleg daarvan buiten beschouwing dient te worden gelaten (zie bijvoorbeeld Advies 699, ov. 5.3 en 5.5).
- 5.7.2. Ondernemer heeft ter onderbouwing van zijn klacht bij de Commissie het Beschrijvend Document voor de meervoudig onderhandse procedure 'Forensische IT Middelen' en het bijbehorende Excel Prijsmodel meegezonden. Deze aanbestedingsstukken dateren echter uit 2018 en behoren bij een raamovereenkomst die inmiddels is geëindigd en die niet ten grondslag heeft gelegen aan de inkoop van product X. Aanbestede heeft in zijn reactie op de klacht aan de Commissie de Selectieleidraad behorende bij de niet-openbare aanbesteding 'Forensische IT Middelen' en de 'Set van ICT Begrippen voor Forensische IT middelen' ter beschikking gesteld. Uit de mail van 8 maart 2024 van ondernemer aan het klachtenmeldpunt blijkt dat ondernemer bekend is met in ieder geval de Selectieleidraad. Deze Selectieleidraad en de begrippenlijst behoren bij de in 2022 gesloten raamovereenkomst met distributeur Y waaronder in maart 2023 de opdracht voor de levering van product X is geplaatst. Om na te gaan of de inkoop van product X valt onder de scope van de raamovereenkomst, gaat de Commissie dan ook te rade bij deze aanbestedingsstukken.
- 5.7.3. De scope van de opdracht is geformuleerd in de Selectieleidraad.

'[...]

## **2.2. Doel**

Het doel van de aanbesteding is één leverancier(s) contracteren voor levering van Forensische IT-middelen, bestaande uit Forensische Software en Forensische Hardware. Met Forensische software en hardware bedoelen wij software en hardware die ontwikkeld is voor forensische doeleinden en binnen een forensische context ingezet wordt. Hierbij is [aanbestede] op zoek naar een reseller. Daarnaast moet de leverancier advies kunnen verzorgen m.b.t. marktkennis, mogelijke productkeuzen en Roadmaps van toekomstige ontwikkelingen op het forensisch vakgebied.

## **2.3. Reikwijdte en omvang van de opdracht**

### **2.3.1. Reikwijdte**

Deze aanbesteding heeft betrekking op de aanschaf van Forensische IT-middelen. De aan te schaffen Forensische software zal worden ingezet in het centrale domein (met name het Forensisch Domein) en ook voor de lokale IT-oplossingen. Voor de lokale oplossingen kan Forensische software en Forensische hardware onder dit contract worden aangeschaft. Bijvoorbeeld specifieke forensische IT-middelen voor het ontsluiten van telefoons etc.

Onder Forensische IT middelen verstaat [aanbesteder] (nieuwe) Apparatuur en/of (nieuwe) Programmatuur, Onderhoud en Support op (nieuwe) Apparatuur en/of (nieuwe) Programmatuur dan wel een combinatie daarvan, waaronder mede inbegrepen de materialen en documentatie die worden ingezet ten behoeve van de opsporings- en (forensisch) onderzoekwerkzaamheden van Opdrachtgever. Ter verduidelijking: het gaat hierbij niet om producten die Opdrachtgever ook in andere toepassingsgebieden kan inzetten, zoals bijvoorbeeld ICT voor de generieke kantooromgeving.

In de reikwijdte van de opdracht valt het volgende:

- Leveren van Onderhoud en Support (met inbegrip van Nieuwe versies) op Forensische IT middelen die onderdeel zijn van de Installed Base.
- Leveren van uitbreidingen (met inbegrip van Logische opvolgers), eventueel inclusief het Onderhoud en Support (met inbegrip van Nieuwe versies), op Forensische IT middelen die onderdeel zijn van de Installed Base.
- Leveren van Nieuwe Functionaliteiten binnen de scope van deze opdracht;
- Leveren van Onderhoud en Support (met inbegrip van Nieuwe versies) op nieuwe Functionaliteiten binnen de scope van deze opdracht;
- Leveren van Additionele diensten:
  - Pro-actief productinformatie en ontwikkeling verstrekken.
  - Hulp bij productselectie en marktonderzoek.
- Doorleveren van Product specifieke diensten (waaronder implementatie).

### 2.3.2. Omvang

[...] In totaal maakt [aanbesteder] op dit moment gebruik van 37 fabrikanten op het gebied van Forensische IT middelen welke goed zijn voor 53 verschillende producten. De levering vindt op dit moment plaats middels een reseller. Deze aantallen zijn een indicatie voor de Inschrijvers met betrekking tot de omvang van de Opdracht. In verband met de vertrouwelijkheid van de samenstelling van de installed base zal deze in de 2de fase (vezoek tot inschrijving) en na het tekenen van een geheimhoudingsverklaring, met de Inschrijvers worden gedeeld.

[...]

5.7.4. In de begrippenlijst staat onder meer het volgende.

[...]

#### **Nr. Omschrijving**

[...]

1.8 **Apparatuur:** De door Opdrachtnemer op basis van de Raamovereenkomst en/of Nadere Overeenkomst te leveren Forensische IT middelen en/of gerelateerde fysieke onderdelen, inclusief bijbehorende Materialen en Documentatie en met inbegrip van de meeste recente versie van de (Systeem)Programmatuur, Onderhoud en Support.

Tevens wordt onder Apparatuur verstaan de Apparatuur die al voorafgaande aan de aanbesteding in het bezit waren van de Opdrachtgever (Installed Base).

[...]

1.24 Forensische hardware: Hardware die ontwikkeld is voor forensische doeleinden en binnen een forensische context ingezet kan worden.

1.25 Forensische IT middelen: Forensische software (Programmatuur) en Forensische hardware (Apparatuur).

1.26 Forensische software: Software die ontwikkeld is voor forensische doeleinden en binnen een forensische context

ingezet kan worden

[...]

1.42 **Installed Base:** de aanwezige in bezit zijnde Forensische IT middel, nader omschreven in Bijlage A van de Gunningsleidraad in hoofdstuk 2, waarvoor na afloop van het huidige contract Beheer en Onderhoud conform Specificaties wordt verlangd.

[...]

- 5.7.5. Ondernemer stelt in zijn mail van 8 maart 2024 aan het klachtenmeldpunt dat uit de formulering van de scope in de Selectieleidraad blijkt dat de inkoop van product X niet onder de raamovereenkomst valt. De scope van de raamovereenkomst is volgens ondernemer onderhoud en support en het leveren van uitbreidingen op forensische IT middelen etc. die onderdeel zijn van de 'Installed Base': de bestaande forensische IT middelen. Het leveren van nieuwe functionaliteiten binnen de scope wordt door ondernemer uitgelegd in de zin dat het moet gaan om nieuwe functionaliteiten binnen de bestaande forensische IT middelen. Product X is een totaal nieuwe functionaliteit die daarom niet onder de scope van de raamovereenkomst kan vallen, aldus ondernemer. Ondernemer beperkt de scope van de raamovereenkomst, zo begrijpt de Commissie, kort gezegd tot forensische IT middelen met betrekking tot de 'Installed Base'. De Commissie is van oordeel dat deze lezing van de scope niet volgt uit de aanbestedingsstukken.
- 5.7.6. De Commissie overweegt dat uit de Selectieleidraad volgt wat de scope van de raamovereenkomst is, kort gezegd: de aanschaf van Forensische IT middelen. Uit '2.2. Doel' en de begrippenlijst blijkt dat aanbesteder hieronder software en hardware verstaat die is ontwikkeld voor forensische doeleinden en binnen een forensische context ingezet wordt. Uit '2.3.1. Reikwijdte' blijkt dat de aanschaf van forensische IT middelen '(nieuwe) Apparatuur en/of (nieuwe) Programmatuur, Onderhoud en Support op (nieuwe) Apparatuur en/of (nieuwe) Programmatuur dan wel een combinatie daarvan, waaronder mede inbegrepen de materialen en documentatie die worden ingezet ten behoeve van de opsporings- en (forensisch) onderzoekwerkzaamheden van Opdrachtgever' betreft. Hieruit kan volgens de Commissie worden opgemaakt dat de scope van de raamovereenkomst niet enkel betrekking heeft op de 'Installed Base', maar dat de scope ruimer moet worden uitgelegd. Dit blijkt ook uit de bullets onder '2.3.1. Reikwijdte'. Hier wordt met betrekking tot het leveren van onderhoud en support en het leveren van uitbreidingen (eerste en tweede bullet) – begrijpelijk – specifiek verwezen naar de 'Installed Base'. Bij het leveren van nieuwe functionaliteiten en het leveren van onderhoud en support op nieuwe functionaliteiten (derde en vierde bullet) wordt echter niet verwezen naar de 'Installed Base', maar naar de 'scope van deze opdracht'.
- 5.7.7. Product X betreft software voor online anoniem onderzoek dat, zo begrijpt de Commissie, uitsluitend wordt ingezet ten behoeve van de opsporings- en (forensisch) onderzoekwerkzaamheden (en niet in de generieke kantooromgeving). De Commissie kan aanbesteder volgen voor zover hij stelt dat voor redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers duidelijk is dat product X als 'nieuwe apparatuur en/of nieuwe programmatuur die wordt ingezet ten behoeve van de opsporings- en (forensisch) onderzoekwerkzaamheden van [aanbesteder]' binnen de scope van de raamovereenkomst valt. Dit betekent dat aanbesteder naar het oordeel van de Commissie voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de opdracht tot het leveren van product X onder de raamovereenkomst kon worden geplaatst.
- 5.8. Ter onderbouwing van zijn klacht dat aanbesteder een aanbesteding had moeten organiseren heeft ondernemer nog twee stellingen ingebracht, namelijk de stelling dat de inkoop van product X een waarde vertegenwoordigt die de betreffende

aanbestedingsdrempel overschrijdt en de stelling dat product X een standaard product is dat eenvoudig onder de EASP 2019 kan worden ingekocht. Deze stellingen behoeven geen zelfstandige bespreking meer, nu de Commissie heeft geoordeeld dat het aannemelijk is dat de inkoop van product X valt onder de scope van de raamovereenkomst.

- 5.9. De Commissie komt tot de slotsom dat aanbesteder voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij voor de inkoop van product X niet verplicht was een aanbesteding te organiseren, omdat hij deze opdracht kon plaatsen onder de raamovereenkomst. De Commissie acht de klacht van ondernemer daarom **ongegrond**.

## **6. Advies**

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 11 juli 2024

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

Voorzitter

Vicevoorzitter   Commissielid