

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 743

1. Waar gaat dit advies over?

Dit spoedadvies gaat over een meervoudig onderhandse procedure voor de vernieuwing van het arbeidsmarkt communicatiesysteem van aanbesteder. De vraag is of een onderaannemer van de winnende inschrijver ook ISO 27001 gecertificeerd moet zijn.

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. In de klacht stelt ondernemer dat op grond van de aanbestedingsstukken ook de onderaannemer van de winnende inschrijver ISO 27001 gecertificeerd moet zijn. De Commissie overweegt dat op grond van een objectieve uitleg van de aanbestedingsstukken niet blijkt dat een onderaannemer van de winnende inschrijver ook ISO 27001 gecertificeerd moet zijn. De Commissie verklaart de klacht daarom ongegrond.

3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Aanbesteder, een organisatie van samenwerkende gemeenten, heeft in april 2024 een meervoudig onderhandse procedure georganiseerd voor de vernieuwing van een arbeidsmarkt communicatiesysteem.
- 3.2. Op 21 juni 2024 heeft ondernemer de gunningsbeslissing ontvangen waarin vermeld wordt dat de opdracht voorlopig gegund wordt aan ondernemer X.
- 3.3. Op 27 juni 2024 heeft ondernemer een klacht ingediend bij aanbesteder waarin hij stelt dat de winnende inschrijver niet kan voldoen aan alle eisen die in het Programma van Eisen zijn opgenomen, en dat hij daarom niet voor gunning van de opdracht in aanmerking kan komen.
- 3.4. Op 8 augustus 2024 heeft aanbesteder de klacht van ondernemer ongegrond verklaard.
- 3.5. Ondernemer heeft op 19 augustus 2024 een klacht bij de Commissie ingediend.
- 3.6. De Commissie heeft aanbesteder op 22 augustus 2024 via e-mail op de hoogte gesteld dat ondernemer een klacht over de meervoudig onderhandse procedure bij haar heeft ingediend. De Commissie heeft aanbesteder vervolgens in de gelegenheid gesteld een reactie in te dienen naar aanleiding van de bij haar ingediende klacht. Tevens heeft de Commissie aanbesteder verzocht om definitieve gunning op te schorten tot 5 dagen na het uitbrengen van het Advies door de Commissie.
- 3.7. Aanbesteder heeft op 5 september 2024 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd. Aanbesteder heeft zich daarbij bereid verklaard de definitieve gunning op te schorten tot er Advies door de Commissie is uitgebracht.

4. Wat zijn de standpunten van partijen?

Ondernemer

- 4.1. De klacht van ondernemer richt zich op de vraag of ook een onderaannemer van de winnende inschrijver ISO 27001 gecertificeerd dient te zijn.
- 4.2. Volgens ondernemer blijkt namelijk uit de aanbestedingsdocumenten dat niet alleen de winnende inschrijver maar ook de onderaannemer van de winnende inschrijver ISO 27001 gecertificeerd moet zijn.

Aanbesteder

- 4.3. Aanbesteder is van mening dat de klacht van ondernemer ongegrond is. De Commissie vat de reactie van aanbesteder als volgt samen.
- 4.4. Ten eerste stelt aanbesteder dat uit de aanbestedingsdocumenten niet blijkt dat een onderaannemer ISO 27001 gecertificeerd dient te zijn.
- 4.5. Ten tweede stelt aanbesteder dat de certificering van hoofdaannemer ook de gestelde norm voor informatieveiligheid van de betrokken onderaannemer bestrijkt, voor zover onderaannemer zelf niet over een ISO 27001 certificering beschikt. Dit is bevestigd door een ISO auditor. Indien de onderaannemer onderdeel is van het beheersysteem voor informatiebeveiliging van de hoofdaannemer, bestrijkt het certificaat ook de onderaannemer. Dit is in overeenstemming met de vereisten van ISO 27001, waarbij de hoofdaannemer verantwoordelijk is voor de naleving van de informatiebeveiligingsnormen door alle partijen die betrokken zijn bij de levering van de oplossing. De certificering van de hoofdaannemer omvat het volledige leveranciersmanagementsysteem, zodat erop wordt toegezien dat ook onderaannemers aan de gestelde norm voldoen.

5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?

Blijkt uit de aanbestedingsstukken dat ook een onderaannemer van de winnende inschrijver ISO 27001 gecertificeerd moet zijn?

- 5.1. Ondernemer stelt dat uit de aanbestedingsstukken blijkt dat niet alleen de winnende inschrijver maar ook de onderaannemer van de winnende inschrijver ISO 27001 gecertificeerd moet zijn.
- 5.2. De Commissie is van oordeel dat de klacht van ondernemer ongegrond is, omdat uit de aanbestedingsstukken niet volgt dat een onderaannemer van de winnende inschrijver ISO 27001 gecertificeerd moet zijn.
- 5.3. De Commissie onderbouwt haar oordeel als volgt.
- 5.4. Bij een meervoudig onderhandse procedure moet een aanbestedende dienst inschrijvers op gelijke wijze behandelen (artikel 1.15 lid 1 Aw 2012). Uit de Europese rechtspraak volgt dat het beginsel van gelijke behandeling eveneens tot transparantie verplicht opdat de naleving van het beginsel van gelijke behandeling kan worden gecontroleerd (zie het *Succhi di Frutta*-arrest van 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:236, C-496/99, randnummers 108-109). De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 25 maart 2016 (ECLI:NL:HR:2016:503, HLA BV/het Kadaster, randnummer 4.2.2) dit uitgangspunt van de Europese rechter bekrachtigd specifiek ten aanzien van de meervoudig onderhandse procedures: 'Indien een aanbestedende dienst kiest voor de vrijwillige nationale aanbesteding of de meervoudig

onderhandse procedure dan zijn de uitgangspunten gelijkheid en transparantie van toepassing’.

- 5.5. Derhalve dient een aanbestedende dienst ook bij een meervoudig onderhandse procedure de aanbestedingsdocumenten zodanig te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze stukken op dezelfde wijze zullen uitleggen. Als uitgangspunt geldt hierbij dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.
- 5.6. In paragraaf 4.2 van het aanbestedingsdocument is, voor zover relevant, het volgende opgenomen.

4.2 Bewijsstukken

[Naam aanbesteder] vraagt bewijsstukken (zie hieronder) op bij de inschrijver die voor gunning van de opdracht in aanmerking komt. De winnende inschrijver (en combinanten c.q. ondernemingen op wier draagkracht hij een beroep doet) wordt gevraagd de bewijsstukken binnen de daarvoor aangegeven termijn (zie paragraaf 2.1 te overleggen).

Het gaat om de volgende bewijsstukken:

- Uittreksel uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel, dat op de datum van indienen van de inschrijving niet ouder is dan zes maanden.
- De opdrachtnemer overlegt alle certificaten zoals geëist in het Programma van Eisen en Wensen voor ondertekening van het contract’.

In het Programma van Eisen is, voor zover relevant, het volgende opgenomen.

‘[...]

Eis 14.1. De opdrachtnemer bezit een geldig ISO 27001 certificaat t.b.v. informatiebeveiliging (...).

[...]’

- 5.7. Ondernemer baseert zijn standpunt, dat de onderaannemer van de winnende inschrijver ISO 27001 gecertificeerd moet zijn, op de tekst die in paragraaf 4.2 van het aanbestedingsdocument tussen haakjes is geplaatst: ‘(en combinanten c.q. ondernemingen op wier draagkracht hij een beroep doet)’. Volgens ondernemer staat deze passage alleen tussen haakjes, omdat een partij ook zelfstandig kan inschrijven, zonder combinatieverband of een onderaannemer. In dat geval hoeft alleen de winnende inschrijver bewijsstukken in te dienen. Als een partij niet zelfstandig inschrijft, moeten, volgens ondernemer, alle partijen die betrokken zijn bij de inschrijving, beschikken over een geldig ISO-certificaat. Wanneer een inschrijver ervoor kiest met een onderaannemer in te schrijven, moet dus ook die onderaannemer ISO 27001 gecertificeerd zijn, aldus ondernemer.
- 5.8. De Commissie volgt ondernemer hier niet in. De Commissie legt paragraaf 4.2 van het aanbestedingsdocument zo uit, dat de verplichting voor ‘combinanten c.q. ondernemingen’ om de gevraagde bewijsstukken te overleggen (waaronder de in het Programma van Eisen en Wensen geëiste (ISO 27001) certificaten) volgens de geciteerde passage alleen geldt wanneer (1) wordt ingeschreven in combinatie (hierbij dienen alle combinanten de vereiste bewijsstukken in) en (2) voor ondernemingen ‘op wier draagkracht hij’, dus de inschrijver, een beroep doet. Uit de woorden ‘op wier draagkracht hij een beroep doet’ volgt naar objectieve

maatstaven dat de verplichting voor 'ondernemingen' om bewijsstukken aan te leveren alleen geldt, wanneer een inschrijver niet zelfstandig aan de gestelde eisen kan voldoen en hiervoor een beroep doet op die 'ondernemingen'. In het geval dat een inschrijver een beroep doet op de draagkracht van een derde om aan een eis te voldoen, moet de inschrijver dus bewijzen dat hij middels die derde aan de betreffende eis voldoet. Voor die derde hoeven alleen bewijsstukken te worden aangeleverd voor de eisen waarvoor de inschrijver een beroep doet op de draagkracht van die derde.

- 5.9. De Commissie neemt tot vertrekpunt dat de winnende inschrijver zelfstandig, dus niet in combinatie met anderen, heeft ingeschreven en ISO 27001 gecertificeerd is. Hierover is namelijk niet geklaagd. De winnende inschrijver heeft ingeschreven met een onderaannemer om een (deel) van de opdracht uit te voeren, maar niet om aan de ISO 27001 certificatie-eis te voldoen. Gelet op de hiervoor besproken objectieve uitleg van paragraaf 4.2 van het aanbestedingsdocument hoefde de onderaannemer niet ISO 27001 gecertificeerd te zijn. De klacht van ondernemer is dus ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 30 september 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Mr. M.C. Pinto

Mr. dr. A.J. van Heeswijk

Voorzitter

Vicevoorzitter

Commissielid