

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 514 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbesteding van een overheidsopdracht voor diensten voor de terbeschikkingstelling van een digitale stadspas.

Klachtonderdeel 1

De ondernemer klaagt dat de aanbesteder zijn inschrijving ten onrechte ongeldig heeft verklaard wegens het niet voldoen aan de eisen in de Bijlage "Eisen Privacy by Design". Ook klaagt de ondernemer dat de aanbesteder die beslissing onvoldoende heeft gemotiveerd.

De Commissie is van oordeel dat een aanbestedende dienst met het oog op het belang van een effectieve rechtsbescherming iedere inschrijver die ten gevolge van een (deel)beslissing van die aanbestedende dienst geen reële kans meer maakt op verwerving van de opdracht, desgevraagd zo spoedig mogelijk op de hoogte moet stellen van de redenen voor die beslissing. Op deze wijze wordt de afgewezen inschrijvers voldoende houvast geboden om te kunnen beoordelen of zij wensen op te komen tegen de voor hen ongunstige beslissing.

De aanbesteder heeft niet gemotiveerd aan welke eis of eisen uit de Bijlage "Eisen Privacy by Design" de inschrijving van de ondernemer niet voldeed. Deze eisen zien op het functioneel en technisch ontwerp van het systeem van de digitale stadspas. De Commissie vindt dat de aanbesteder de inschrijving van de ondernemer niet enkel op basis van een passage in de inschrijving terzijde had mogen leggen, zonder nadere vragen te stellen of een demo te vragen. Ook was de motivering voor de afwijzing summier en op een aantal punten onjuist. Naar het oordeel van de Commissie kan de motivering van de afwijzingsbeslissing deze beslissing niet dragen. De Commissie acht dit klachtonderdeel gegrond.

Klachtonderdeel 2

De ondernemer klaagt dat de planning van de aanbestedingsprocedure niet proportioneel was, doordat de inschrijvingen moesten worden opgesteld en ingediend in de zomervakantieperiode. Aanbesteder heeft niet op dit klachtonderdeel gereageerd. Mogelijk had aanbesteder een goede reden om voor deze planning te kiezen, maar aanbesteder heeft die niet kenbaar gemaakt. Daarmee is aanbesteder afgeweken van Voorschrift 3.6 Gids Proportionaliteit en heeft hij deze afwijking ook overigens niet gemotiveerd. De Commissie acht ook klachtonderdeel 2 gegrond.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 514

1. Feiten

1.1. Aanbesteder heeft op 27 juni 2018 een Europese openbare procedure aangekondigd voor diensten met betrekking tot het ter beschikking stellen van een digitale Stadspas. De aanbesteding wordt digitaal uitgevoerd met behulp van Negometrix.

1.2. In de aankondiging is, onder meer, het volgende bepaald:

'Afdeling II: Voorwerp

(...)

II.1.4) Korte beschrijving

[Aanbesteder] wil voor de minima een moderne, digitale Stadspas.

[Aanbesteder] is daarom op zoek naar een leverancier voor het leveren van een gebruiksvriendelijk, device onafhankelijk, platform waarmee aan de ene kant inwoners (niet allemaal digitaal goed onderlegd) gemakkelijk en flexibel hun tegoed kunnen uitgeven bij aangesloten aanbieders en kunnen zien wat hun saldo is, transacties kunnen zien en aanbieders kunnen vinden. Aan de andere kant moeten aanbieders zich makkelijk kunnen aanmelden, aanbiedingen plaatsen en de transacties kan uitvoeren.'

1.3. In de Offerteaanvraag in Negometrix is onder meer het volgende bepaald:

'1.3 Procedure

(...)

Beoordelingsprocedure

1.3.6 KO

Q: 1.3.6. Methodiek

De beoordelingsprocedure start na opening van de Inschrijvingen. Een beoordelingsteam verricht de beoordelingen van de Inschrijvingen als volgt:

Stap 1: Opening ingediende Inschrijvingen

(...)

Stap 2: Vaststellen volledigheid en geldigheid Inschrijvingen

(...)

Stap 3: Vaststellen geschiktheid Inschrijver

(...)

Stap 4: Beoordeling van het Programma van Eisen

In deze fase wordt aan de hand van het Programma van Eisen beoordeeld of de Inschrijving onvoorwaardelijk aan alle eisen voldoet. Aan alle eisen dient te zijn voldaan en deze dienen te zijn inbegrepen in de geoffreerde prijs, tenzij expliciet

anders vermeld. Een Inschrijving die niet (onvoorwaardelijk) aan alle gestelde Eisen voldoet, wordt uitgesloten.

Stap 5: Beoordeling van de kwalitatieve gunningcriteria

(...)

Stap 6: Consensus

(...)

Stap 7: Beoordeling van de kwantitatieve gunningscriteria

(...)

Stap 8: Presentatie van de aangeboden functionaliteit

De drie inschrijvers die na de schriftelijke beoordeling nog kans maken op gunning, worden uitgenodigd voor een presentatie van de functionaliteit. U wordt verzocht 27 en 28 augustus te reserveren voor een presentatie. Indien u wordt uitgenodigd ontvangt u uiterlijk 24 augustus bericht.

Indien er slechts twee of meer dan drie inschrijvers een reële kans op gunning maken, worden er twee of meer dan drie inschrijvers uitgenodigd voor de presentatie.

(...)

Gunningsprocedure

1.3.7 KO

(...)

- Wij maken het gunningbesluit middels een Voornemen tot gunning bekend aan alle Inschrijvers.

(...)

1.5 Programma van Eisen

In het Programma van Eisen staan de Eisen die wij stellen aan de uitvoering van de Opdracht. Voldoet u niet aan alle eisen dan is uw Inschrijving ongeldig en neemt u verder geen deel aan deze Aanbesteding.

(...)

Privacy by design

1.5.2. KO

Q: 1.5.2. De aangeboden oplossing voldoet aan de eisen in het kader van Privacy by Design, opgenomen in de bijlage.

Inschrijver heeft deze gelezen en stemt hiermee in.

(...)

1.6 Gunningscriteria

(...)

Presentatie

1.6.7

Gewicht: 25%

Q: 1.6.7

De drie inschrijvers die na de schriftelijke beoordeling nog kans maken op gunning, worden uitgenodigd voor een presentatie van de functionaliteit. In de presentatie laat u zien:

- de processimulatie van het toevoegen van een gebruiker, het toevoegen van een aanbieder, het doen van transactie inclusief betaling;
- de werkende portals en de apps voor gebruikers en aanbieders.

U wordt verzocht 27 en 28 augustus te reserveren voor een presentatie. Indien u wordt uitgenodigd ontvangt u uiterlijk 24 augustus bericht.

Indien er slechts twee of meer dan drie inschrijvers een reële kans op gunning maken, worden er twee of meer dan drie inschrijvers uitgenodigd voor de presentatie.

De presentatie wordt beoordeeld op functionaliteit en gebruiksgemak.'

1.4. In de Bijlage "Eisen Privacy by design" is het volgende bepaald:

1	Toegang tot en raadplegingen van persoonsgegevens kunnen gelogd (tijd, raadpleger, proces, en resultaat) worden.
2	Overzichten van alle bewerkers (verstrekkers en ontvangers) rond gegevens van 1 persoon zijn op te vragen, evt. via een koppeling naar een register van verwerkingen.
3	Verwerking van persoonsgegevens kan op basis van een lijst of register (blacklist) op individueel niveau tegengegaan worden bij invoer en uitwisseling van gegevens (beperking), waarbij onderscheid gemaakt kan worden op basis van doelen voor gegevensverwerking;
4	Gegevensverwerkingen vinden standaard plaats op basis van categorieën van personen in plaats van individuen, tenzij het laatste noodzakelijk is.
5	Het is mogelijk op verschillende niveaus van de applicatie selecties toe te passen in het verwerken van persoonsgegevens, van e-formulier, API, binnen workflows en in rapportages. Selectie vindt altijd plaats binnen kaders van vastgelegde doelen.
6	Persoonsgegevens zijn nooit standaard openbaar zichtbaar, tenzij aan een specifieke rol gekoppeld.
7	De accuraatheid en kwaliteit (integriteit) van persoonsgegevens kunnen via invoermechanismen en importmechanismen afgedwongen worden. Hiervoor is een datamodel beschikbaar.
8	Het is mogelijk een bewaar- en vernietigingsregime toe te passen op persoonsgegevens, gekoppeld aan doelen. Het regime is van toepassing op alle gegevens, ook op logging en backups.
9	Persoonsgegevens worden versleuteld bij uitwisseling.
10	Rechten op toegang tot persoonsgegevens kunnen binnen de applicatie toegewezen worden op basis van rol.
11	Toegang tot persoonsgegevens is mogelijk op basis van multifactor authenticatie.
12	Services die persoonsgegevens verwerken of aanbieden zijn niet te benaderen zonder autorisatie en authenticatie, bijvoorbeeld door het gebruik van certificaten.
13	Toegang tot persoonsgegevens is mogelijk op basis van rol- en betrokkenheidgebaseerde autorisatie, afhankelijk van de gevoeligheid van de informatie.
14	Toegang tot de applicatie kan geblokkeerd worden na 3 achtereenvolgende foutieve authenticatiepogingen.
15	Toegang tot de applicatie kan geblokkeerd worden na 15 min inactiviteit.
16	Van correctie en vernietiging kan een bewijs gegenereerd worden.
17	Een vorm van notificatie kan gegeven worden aan de betrokkene bij belangrijke wijzigingen in de gegevensverwerking, met name bij inzet voor andere legitieme doelen en verstrekking aan derden. In de notificatie kan verwezen worden naar het register van gegevensverwerkingen.

- 1.5. Ondernemer heeft op 9 augustus 2018 een inschrijving ingediend. In zijn inschrijving heeft ondernemer, onder meer, vermeld:

`2. De Functionaliteit

(...)

Het [product van ondernemer] levert ook 'managementinformatie' op; hoeveel aanmeldingen leiden tot een toekenning, wat is de deelnamegraad, hoe gaat het met het budget, waar wordt vaak gebruik van gemaakt, of waarvan juist niet? Met deze informatie kunnen we vroegtijdig signalen opvangen en waar nodig bijsturen.

Onderstaande managementinformatie kan door [Aanbesteder] worden gegeneereerd.

1. Customer Care

- 24/7 inzicht in klantgegevens
- 24/7 inzicht in transactiegegevens
- 24/7 inzicht in klantenfeedback
- Gemakkelijk klantgegevens inzien en wijzigen
- Aankoop historie inzien
- Mutatie gegevens per individu

(...)

Telling & selectiemodule

- Selecties maken uit database
- Selecties op koopgedrag
- Selecties op bezoekgedrag
- Selecties op klanttype
- Selecties op mailhistorie

(...)

2.1. 1 Wat kan het [Product van ondernemer] nog meer?

- klanten databewerking; het inzichtelijk maken van de gebruiker en zijn/haar behoeftes;

(...)

- spaarpunten toekennen en inzichtelijk maken per acceptant (is extra regeling*);

(...)

- transactie overzichten per aanbieder/ per gebruiker 'real-time';

(...)

- opslag en beheer data;

(...)

2.1.3 De (betaal)transacties tussen gebruiker (inwoner) en aanbieder

De gebruiker kan met zijn/ haar Stadspas naar de aanbieder gaan of online zijn beleving (activiteit, cursus) vaststellen. Als de gebruiker bij de aanbieder op locatie is, dan wordt de Stadspas door de aanbieder in ontvangst genomen en gescand. De aanbieder komt direct in zijn eigen 'Webterminal' omgeving om de 'waarde' van de beleving en de postcode/ huisnummer van de gebruiker in te voeren. Door op 'verzilveren te klikken wordt het bedrag direct verzilverd. Deze actie gebeurt online en in 'TheCloud' via de 'Webterminal' van het Marketing- en Data portal. Er vindt geen financiële transactie plaats tussen de gebruiker en aanbieder.

(...)

2.3 De wijze van gebruik door aanbieder

(...)

De aanbieder kan in de 'Webterminal' het saldo van de Stadspas opvragen en gelijk bedrag van de vastgestelde beleving bij 'waarde' invullen met postcode/ huisnummer van de gebruiker. Dit ter controle of de Stadspas bij de juiste persoon hoort en niet gestolen is. Na het invullen van de 'waarde' en de postcode/ huisnummer, klikt de aanbieder op de button 'Verzilveren' en 'Klaar'.

Het zijn slechts 3 stappen, die de aanbieder dient te nemen om de transacties te kunnen uitvoeren.

Na verzilvering is de transactie direct zichtbaar in het Marketing- en Data portal. De aanbieder kan de transactie real-time inzien, de beheerder kan de transactie real-time inzien én de gebruiker kan de transactie real-time inzien.'

(...)

'3.4 Privacy by Design

Het [product van ondernemer] is op en top gebruiksvriendelijk en veilig. Er is veel oog voor de veiligheid en betrouwbaarheid van de software.

Al het verkeer richting onze servers wordt gecontroleerd door onze high-end WAF. Beveiliging en dataprivacy nemen we zeer serieus. Hiervoor hebben we in het ontwerp van onze software een aantal belangrijke keuzes gemaakt:

- fysiek gescheiden omgevingen;
- back-ups;
- multi-factor authenticatie;
- uitgebreide rechten en autorisatie.

- Het is mogelijk op verschillende niveaus van de applicatie selecties toe te passen in het verwerken van persoonsgegevens, van e-formulier, API, binnen workflows en in rapportages. Selectie vindt altijd plaats binnen kaders van vastgelegde doelen; *de User Stories dienen gedefinieerd te worden, als basis voor de gewenste datastructuur en output.*
- Persoonsgegevens zijn nooit standaard openbaar zichtbaar, tenzij aan een specifieke rol gekoppeld; *de basisidentificatie is een I-nummer en geen persoonsgegeven.*
- Accuraatheid en kwaliteit van persoonsgegevens: achter gedefinieerde data bewerkingsvelden zijn tools, tabellen en invoermechanismen beschikbaar die de accuratesse optimaliseren.
- Vernietigingsregime; Het is mogelijk een bewaar- en vernietigingsregime toe te passen op persoonsgegevens, gekoppeld aan doelen; *Het regime is van toepassing op alle gegevens, ook op login en back-ups.*
- Persoonsgegevens worden versleuteld bij uitwisseling; *Encryptie wordt toegepast voor datatransport wordt gewerkt met beveiligde ownCloud omgeving.*
- Verschillende autorisatie niveaus; *beheerder(s) en gebruikers hebben verschillende autorisatie niveaus*
- Toegang tot persoonsgegevens is mogelijk op basis van multifactor authenticatie; *is mogelijk*
- Wijzigingen in persoonsgegevens worden altijd gelogd; *In het data portal is altijd per individu een mutatie historie.*
- Services die persoonsgegevens verwerken of aanbieden zijn niet te benaderen zonder autorisatie en authenticatie, bijvoorbeeld door het gebruik van certificaten; *De applicaties zijn beveiligd met SSLcertificaten.*

- Toegang tot de applicatie kan geblokkeerd worden na 3 achtereenvolgende foutieve authenticatie pogingen; *is mogelijk*
- Toegang tot de applicatie kan geblokkeerd worden na 15 min inactiviteit; *Kan ingesteld worden; in gebruik wordt dit door de 'heavy' users als onprettig ervaren.*

Onze servers en netwerkverbindingen draaien op basis van de beveiligde 'OwnCloud' diensten.'

- 1.6. Aanbesteder heeft ondernemer op 23 augustus 2018 met een Whatsapp bericht laten weten dat zijn inschrijving ongeldig is verklaard.
- 1.7. Aanbesteder heeft op 20 september 2018 op het resultatenscherf in Negometrix aangegeven dat ondernemer X een kwaliteitsscore van 81,95% en ondernemer een kwaliteitsscore van 0% heeft behaald. Kennelijk heeft aanbesteder de kwalitatieve gunningscriteria niet beoordeeld omdat naar zijn oordeel de inschrijving van ondernemer niet voldeed aan de eisen uit het Programma van Eisen. Op het resultatenscherf heeft aanbesteder immers tevens vermeld: :

'C:

Inschrijving voldoet niet aan de eisen mbt Privacy by design eisen. Er kunnen te veel klantgegevens worden ingezien, waarbij er ook klantgegevens naar de aanbidders wordt gestuurd. Op het borgen van veiligheid en privacy wordt nergens ingegaan.

Dit is een knock out in de aanbesteding. Inschrijving is terzijde gelegd en niet verder beoordeeld.'

- 1.8. Ondernemer heeft bij brief van 3 oktober 2018 de volgende klacht ingediend bij aanbesteder:

'1.

U heeft de procedure zo ingericht dat inschrijven alleen kan als wordt ingestemd met de voorwaarden van de procedure.

Onder andere in vraag 1.2.6-2 stelt u het volgende:

"2. Door in te schrijven op deze Aanbesteding gaat u akkoord met alles wat in de Aanbestedingsdocumenten staat."

Dat betekent dus inclusief de eisen, voorwaarden etc inclusief de bijlagen. Dus ook de bijlagen inzake de ICT-inrichting als bijvoorbeeld de PDB-eisen.

2.

In paragraaf 1.5 in de Negometrix-omgeving bovenstaande verder uitgewerkt en worden de inhoudelijk vragen gesteld, waarbij [Ondernemer] alle vragen positief heeft beantwoord c.q. geaccepteerd.

Allereerst in vraag 1.5.1 het 'PvE Stadspas def' en daarna in vraag 1.5.2 'Privacy by design'. Beide vragen zijn uitgewerkt in bijlagen met de nodige gestelde eisen.

2a. In het PvE staat bij eis P.E.1 respectievelijk P.E.18 dat wordt voldaan aan alle eisen die gesteld zijn in de Offerteaanvraag en de bijlagen, dat inschrijver de werkzaamheden kan uitvoeren en dat de functionaliteit voldoet aan de eisen ihkv Privacy by design

2b. In de bijlage 'pbd eisen' zijn de nodige eisen geformuleerd.

Met andere woorden:

[Aanbesteder] heeft herhaaldelijk gevraagd of wordt voldaan aan de eisen, op verschillende plaatsen in de offerteaanvraag c.q. de Negometrix-omgeving. Deze herhaalde vragen zijn in alle gevallen en dus ook herhaaldelijk positief beantwoord door bij inschrijving te accepteren. Het systeem van Negometrix werkt ook dusdanig dat inschrijven niet lukt, dan na acceptatie c.q. positief beantwoorden van de gestelde vragen.

Opvallend genoeg zou het niet voldoen aan de 'pbd eisen' in de door u gehanteerde systematiek leiden tot het niet voldoen aan de eisen van de bijlage 'PvE Stadspas def'. Daarop baseert u dan weer niet uw Knock Out.

Ook om deze reden meent [Ondernemer] dat de inhoudelijk beoordeling onjuist is en uw gunningsbeslissing aan mij onvoldoende gemotiveerd.

4. Tijdsverloop en motivering

Om duidelijk te krijgen waarin de afwijzing schuilt heb ik namens [Ondernemer] mijn uiterste best gedaan de grondslag en de motivering helder te krijgen. Dit blijkt helaas (nog steeds) geen sinecure:

Op 23-8-2018 zijn wij afgewezen middels een WhatsApp bericht door [medewerkster van Aanbesteder] onder de toezegging dat wij een uitgebreide motivatie zouden ontvangen. Omdat deze motivering uitbleef, hebben wij op 5-9-2018 een verzoek gedaan aan [medewerkster van Aanbesteder] deze alsnog toe te sturen. Een reactie bleef uit en hebben wij op 19-9-2018 wederom een verzoek gedaan aan [medewerkster van Aanbesteder] en ontvingen wij een reactie terug met de mededeling dat de uitslag met onderbouwing vandaag (19-9-2018) op Negometrix gepubliceerd zou worden.

Alles moest nog eerst langs College werd gezegd. Het afwijzingsbericht ontvingen wij een dag later op 20 september berichtgeving.

Na het weekend, op dinsdag 25 september heb ik wederom contact gezocht met [medewerkster van Aanbesteder] om een verdere toelichting op de afwijzing. Zij verwees mij door naar een collega die er pas de week erop weer zou zijn.

In het telefonisch onderhoud van uiteindelijk maandag jl 1-10-2018 met [medewerker van Aanbesteder] ((...), achternaam onbekend, beoordelaar op het technische/IT gebied binnen [Aanbesteder] (en lid van het beoordelingsteam in deze procedure?)) heb ik slechts beperkt een toelichting gekregen op de grondslag van de afwijzing van mijn offerte. De motivering is dan ook niet alleen op schrift summier.

5.

Hieronder ga ik in op de inhoudelijk eisen van het 'pbd eisen'-document. De inschrijver is voor alle afzonderlijke gestelde 17 eisen positief ingegaan op de Privacy by Design. In de bij [bedoeld zal zijn: door, Commissie][Ondernemer] ingediende inschrijving zijn twee bijlagen gevoegd die de Privacy by Design (par.3.4) en de Functionaliteit uitwerken.

Voor de functionaliteit en de privacy werken wij samen met onze partner, die hier toe ISO-gecertificeerd is. Dat betekent dat de ontwerpen van [Ondernemer] ten alle tijden voldoen aan de minimale wettelijke eisen omtrent privacy, en dat bij verdergaande gestelde eisen de applicatie desnoods custom made wordt aangepast. De inrichting en functionaliteit van ons aangeboden applicatie/systeem is gebaseerd op een basis uitvoering en behoefte niet of zeer beperkt te worden aangepast. Het systeem wordt dan ook al vele jaren gebruikt door andere organisaties, zoals onder andere [Namen van klanten] etc. (Natuurlijk is [Aanbesteder] gerechtigd verdergaande eisen te stellen. Voor zover daarvan al sprake was t.o.v. ons systeem is het systeem custom made gemaakt. Als uw conclusies juist zouden zijn, dan zou onze partner zonder business zijn of zou deze zich mogelijk schuldig maken aan wat wettelijk niet zou zijn toegestaan. Dat is natuurlijk verre van het geval.

Dat u als [Aanbesteder] dan ook deze conclusie trekt, lijkt ook al om die reden geen grondslag te hebben.)

De functionaliteit van het aangeboden systeem is zo ingericht dat de klantgegevens goed beveiligd zijn bij onze partner (ISO gecertificeerd) en niet openbaar zijn voor aanbieders en derden etc. Persoonsgegevens zijn nooit standaard en openbaar zichtbaar, tenzij aan een specifieke rol gekoppeld (regel 6 Privacy of Design eisen). Deze specifieke rol wordt gekoppeld aan één persoon (regel 6 Privacy of Design), die deze rol toebedeelt krijgt. Dat kan iemand zijn binnen [Aanbesteder] of de opdrachtnemer. Dit is in overleg.

Deze persoon heeft het recht op toegang tot persoonsgegevens en kan deze 24/7 inzien indien noodzakelijk. Mogelijkheid tot persoonsgegevens te loggen, te verwerken van persoonsgegevens etc. (regel 10 Privacy of Design), maar afhankelijk van de toegewezen rol.

5.

Ik herhaal de korte motivering in de afwijzingsbrief:

Er kunnen teveel klantgegevens worden ingezien, waarbij er ook klantgegevens naar de aanbieders wordt gestuurd. Op het borgen van veiligheid en privacy wordt nergens ingegaan."

5a. *'Er kunnen teveel klantgegevens worden ingezien'*

In uw 'pbd eisen' omschrijft u de eisen continu met gebruik van terminologie als 'kan', 'kunnen', 'zijn op te vragen' of bijvoorbeeld 'is mogelijk', dan wel stelt u voorwaardelijkheden in waaraan moet worden voldaan. Dat betekent dat het aangeboden systeem die mogelijkheden moet herbergen, maar dat het uiteindelijk allemaal keuzes moeten zijn. In mijn offerte omschrijf ik op welke ik voldoe aan deze gestelde eisen. Voorzover er klantgegevens kunnen worden ingezien, is dat binnen het systeem alleen mogelijk voorzover er daartoe is besloten en het systeem ingericht.

Met andere woorden: er kunnen niet teveel klantgegevens worden ingezien, tenzij u daartoe vanuit de u toegewezen rol specifiek voor kiest. Dit sluit 100% aan op de door u geprefereerde keuzevrijheid dan wel ingerichte voorwaardelijkheid.

Uw conclusie dat er teveel klantgegevens kunnen worden ingezien, klopt maar dat is dan ook uw eigen verzoek geweest. [Ondernemer] biedt vervolgens de door u gevraagde functionaliteit om de inzage tot een minimum te beperken al naar gelang de rol daartoe aanleiding geeft.

5b. *waarbij er ook klantgegevens naar de aanbieders wordt gestuurd.*

U geeft aan dat de persoonsgegevens richting de aanbieders gaan. Deze informatie heeft [Ondernemer] nooit verstrekt, omdat het aangeboden systeem niet op die manier functioneert. Het staat ook niet in de ingediende offerte/documentatie door [Ondernemer].

In mijn optiek is dit een aanname van uw zijde. Een verdere, uitgewerkte toelichting ontbreekt

Ter toelichting op de afwijzing is een telefonisch onderhoud geweest, voorzover mogelijk vanuit mijn positie probeer ik de opgegeven mondelinge (!) motivering te duiden en weerleg ik deze:

5b-tel1:

Tijdens het telefoongesprek gaf de [medewerker van Aanbesteder] aan dat een verificatiekoppeling met postcode en huisnummer niet uw wens is om het tegoed op de Stadspas te mogen verzilveren in verband met Privacy van de cliënt.

Deze specifieke wens (of misschien wel eis) is niet benoemd in de uitvraag van de aanbesteding. De uitvraag is geweest dat de leverancier een gebruiksvriendelijke onafhankelijke device platform levert waarmee inwoners (cliënten) gemakkelijk en

flexibel hun tegoed kunnen uitgeven bij aangesloten aanbieders en kunnen zien wat hun saldo is, transacties kunnen inzien en aanbieders kunnen vinden.

De inschrijver heeft nergens de eisen/ wensen gelezen met betrekking tot het niet mogen verifiëren van de postcode en huisnummer van cliënt, om zo het tegoed te kunnen verzilveren. Deze verificatie is ingezet om fraude tegen te gaan. Daarnaast worden deze gegevens van de cliënt niet bewaard en kan de aanbieder deze ook niet opslaan en raadplegen.

De aanbieders zien alleen categorieën/ kaartnummers en geen individu.

Met andere woorden, op geen enkele manier is aangegeven dat er klantgegevens worden opgestuurd. U concludeert dat het tegenovergestelde waar is, maar blijkt niet uit de inschrijving. Bij twijfel had u de gelegenheid om een opheldering te vragen richting de inschrijver.

5b-tel2:

Ook vraagt u een managementinformatiesysteem waarbij aanbieders toegevoegd kunnen worden, goedkeuren van saldo aan de inwoners, managementinformatie kan opvragen over uitgevoerde transacties.

De platforms van [Aanbesteder], aanbieders en gebruikers moeten met elkaar communiceren en ondersteunen financiële transacties bij een onder deposito garantiestelsel aangesloten bank.

6.

Er dient een functionaliteit beschreven te worden. Ook hierin is niet gewezen op specifieke eisen/ wensen buiten de Privacy by Design eisen.

Er wordt ingegaan op de betaaltransacties tussen [Aanbesteder], aanbieder en inwoner (de gebruiker van de Stadspas). Hier stelt u evenmin specifieke eisen aan. Ingegaan op de wijze van gebruik door aanbieder, door gemeente en inwoner, alsook op de managementinformatie die de gemeente kan genereren.

De oplossing wordt beoordeeld op de functionaliteit en op het gebruikersgemak (visueel en systeemtechnisch). Ook hier worden niet verdere specifieke eisen aan gesteld in relatie tot de Privacy by Design.

TUSSENCONCLUSIE 5-6

U heeft een zeer summiere motivering gegeven. U heeft naar aanleiding van mijn offerte aannames gedaan met betrekking tot persoonsgegevens die volgens u naar aanbieders gaan. Dat staat niet beschreven. De functionaliteit biedt in het managementinformatiesysteem de mogelijkheid om 24/7 de persoonsgegevens in te zien als Customer Care service aan één gekoppeld en specifiek toebedeelde rol binnen [Aanbesteder]. Deze informatie is inzichtelijk indien noodzakelijk, kan gelogd worden en kan zelfs vernietigd worden. De inschrijver heeft dus alle mogelijke opties en wensen benoemd en uitgewerkt conform de Offerteaanvraag.

7. (5c. *Op het borgen van veiligheid en privacy wordt nergens ingegaan*)

Uit het bovenstaande blijkt dat deze laatste conclusie (5c) nergens op gestoeld is, omdat juist de offerte gericht is op het voldoen aan de door u gestelde eisen aan en functionaliteit van het systeem.

8. Conclusie

[Aanbesteder] heeft bij de beoordeling van mijn offerte klaarblijkelijk inhoudelijke aannames tot grondslag van uw beoordeling gemaakt, en heeft verzuimd contact op te nemen om deze te verifiëren. Uw conclusie over het niet voldoen aan de gestelde eisen mist daarmee iedere grondslag en is dan ook inhoudelijk onjuist. Gelet op de ingrijpendheid van uw (op dat moment) waarschijnlijke conclusie en de daarop te nemen beslissing had u een extra zorgplicht en onderzoeksplicht.

Er is derhalve sprake van een onjuiste beoordeling. Het proces is voorts onzorgvuldig verlopen en dient ook om die reden te worden overgedaan te beginnen met stap 4 van de in uw procedurevraag 1.3.6 omschreven (beoordeling)systematiek. (met andere woorden, door te gaan waar u gebleven was voordat u [Ondernemer] uitsloot van verder deelname).

Uw afwijzingsbesluit is verder tevens onvoldoende gemotiveerd. Op geen enkele manier is te herleiden op welke onderdelen van de offerte u uw oordeel heeft gebaseerd zoals summier is gemotiveerd. U deelt slechts uw korte conclusie mee, niet waarop dit vervolgens is gestoeld. De inhoudelijke juistheid van uw oordeel is dan ook niet vast te stellen of te betwisten.

Dit betekent dat de procedure onzorgvuldig is geweest en dat de beslissing (ook daarom) onvoldoende is gemotiveerd. Tevens is volgens de rechtsbeschermingsrichtlijn en de aanbestedingswetgeving de wettelijke termijn niet gestart, totdat de motivering is gegeven. [Aanbesteder] kunt [Ondernemer] gelet op de verstreken periode en onze inspanning om de motivering boven water te krijgen, niet verwijten dat daartoe geen moeite is gedaan. Zo is er bijna een week voorbij gegaan voordat ik [medewerker van Aanbesteder] (IT-specialist van [u]) te spreken kreeg, jl. maandag 01-10-2018.

9. Verzoek

[Ondernemer] verzoekt [Aanbesteder]

- 1) Uw gunningsbesluit terug te draaien en de aanbestedingsprocedure zoals onder punt 8 hierboven vermeld opnieuw te doorlopen, maar nu met medenemen van [Ondernemer].
- 2) De motivering van uw gunningsbeslissing (alsdan) te voorzien van een deugdelijke en steekhoudende motivering zoals door de wet is vereist.
- 3) Voor zover er nog sprake zou zijn van een lopende bezwaartermijn verzoek ik u deze bij het intrekken van uw gunningsbeslissing c.q. overdoen van de gunningsprocedure duidelijk te vermelden als zijnde niet meer geldig tot een nieuwe beslissing is genomen.
- 4) Voorzover [Aanbesteder] aan bovenstaande verzoeken geen gehoor geeft verzoek ik gedurende uw onderzoek over mijn bezwaren en de behandeling van mijn klacht de bezwaartermijn op te schorten.
- 5) Voorzover [Aanbesteder] aan bovenstaande verzoeken tot herbeoordeling geen gehoor geeft, verzoek ik u de motivering aan te vullen en te omschrijven, onder verwijzing van uw conclusie naar de vindplaats in onze offerte zodat het voldoet aan wettelijke verplichting de gunningsbeslissing te voorzien van een motivering die deugdelijk is en verifieerbaar. Tevens verzoeken wij u na het voorzien van de wettelijke vereiste motivering een nieuwe termijn te laten lopen.
- 6) Alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de belangen van [Ondernemer] veilig te stellen.

KLACHT

Geachte Klachtencommissie Aanbesteding: ik verzoek u deze brief tevens als klacht in behandeling te nemen. De aanbesteding die het betreft, de omschrijving van de inhoud van de klacht alsook de manier waarop de klacht zou kunnen verholpen treft u hierboven aan. Ik verzoek u [Aanbesteder] te verzoeken de lopende procedure gedurende uw onderzoek op te schorten, naast bovengenoemde verzoeken aan [Aanbesteder] om de opgetreden fouten te herstellen.'

- 1.9. In de week van 8 oktober 2018 heeft ondernemer nog de volgende aanvulling aan aanbesteder gezonden:

'(...) de aanbestedingsprocedure heeft plaatsgevonden in de zomerperiode van [Regio]. Dat heeft mij en mijn partner toch bijzonder veel tijd gekost en een deel van de vakantie. Ook het afwachten om deel te nemen aan een eventuele presentatie heeft ons beperkt de vakantieperiode op een reguliere manier door te brengen met het gezin. Onduidelijk is waarom het noodzakelijk was om in weerwil van de voorschriften in de Gids Proportionaliteit ervoor te kiezen de procedure toch te laten plaats vinden in de zomerperiode, en hoe u die afweging heeft gemaakt.

Daarnaast is na al dat werk dat er door ons als kleine zelfstandig en tegelijkertijd specialist op het gebied van dit werkveld in onze opvatting niet netjes gehandeld: de communicatie is op een gegeven moment per whatsapp verlopen, terwijl we gewoon meedoen aan een formele Europese procedure. Verder lijkt u er zich als [aangebesteder] niet van bewust dat het veel tijd kost om een offerte op te stellen, dus een fatsoenlijke, correcte en regelmatige behandeling van deze offerte en van ons is het minste wat we verwachten. We vinden dat dit met voeten is getreden. Zoals in de brief van 3 oktober al aangegeven, klopt uw analyse en conclusie op geen enkele manier, onderbouwt u dit niet en toont u door dit gedrag aan eigenlijk lak te hebben aan mij als indiener. Op zijn minst had mijn offerte inhoudelijk moeten worden beoordeeld in relatie tot de prijs en in relatie tot de andere aanbieders en hun offertes.

Zeker lokale overheden, maar ook de centrale wetgever geeft hoog op van het van kansen bieden aan het midden- en kleinbedrijf. Een verloop in de procedure als deze is nu juist de reden dat ik overweeg om aan dit soort trajecten niet meer deel te nemen. Met de mond wordt het beleden, maar in de praktijk blijkt toch vaak anders. Zeker als het ontegenzeggelijke politieke argument vanuit bedrijfsvoering om de hoek komt kijken, en je als inschrijver eigenlijk het nakijken hebt.

Het maken van de offerte heeft veel tijd gekost, en in de vakantieperiode met alle consequenties van dien. Daarenboven heeft u dan ook nog niet het fatsoen om de offerte juist en op waarde te schatten en te beoordelen, maar wijst u het onterecht af op een technische formele grond die ik ten zeerste betwist en welke besluit ik hoogstens met een grote investering in de advocatuur kan bestrijden. In alle gevallen doet u beroep op publieke middelen, die van ons allemaal zijn. Behalve als inschrijvende middenstanders, want dan heb je het nakijken. Ook de communicatie is vervolgens beroerd. Al met al is er sprake van een onregelmatige handelwijze. Ik verzoek u ook hierover een uitspraak te doen, en deze mee te nemen in de behandeling van mijn bezwaren en ingediende klachten.'

- 1.10. Op 26 november 2018 heeft aanbesteder de volgende reactie gezonden naar ondernemer:

'Wij hebben uw brief van 3 oktober 2018 met betrekking tot de aanbesteding van de Stadspas (...) ontvangen en in behandeling genomen als klacht, conform uw verzoek.

Wij hebben uw klacht zorgvuldig onderzocht en besproken met de betrokken (interne) partijen. Met deze brief informeren wij u over onze bevindingen en conclusies.

De benoemde punten hebben wij kritisch doorgenomen. Algemene conclusie is dat volgens ons, tijdens de aanbestedingsprocedure van de Stadspas, de beginselen van het aanbestedingsrecht, algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing niet geschaad zijn.

Hieronder treft u onze bevindingen ten aanzien van de door u genoemde klachten.

Uw klacht

[Ondernemer] stelt dat de inhoudelijke beoordeling van de inschrijving op de Europese aanbesteding van de Stadspas onvoldoende is gemotiveerd en niet in overeenstemming is met de inschrijving door [Ondernemer].

Inhoudelijke klacht 1:

[Ondernemer] stelt dat de Inschrijving voldoet aan de vereisten van Privacy by Design. Immers bij het inschrijven is herhaaldelijk positief geantwoord op de gestelde vragen in Negometrix. Het positief antwoorden op de vragen is ook verplicht om überhaupt in te kunnen schrijven.

Aanbestedende dienst stelt in de voorwaarden welke u kunt inzien voorafgaande aan uw inschrijving onder punt 1.2.6 dat: *'Uw Inschrijving in overeenstemming moet zijn met de bepalingen in deze Offerteaanvraag'*. Tevens is gesteld onder punt 1.5 Programma van Eisen dat uw aangeboden functionaliteit dient te voldoen aan alle eisen. Indien blijkt dat aangeboden functionaliteit niet voldoet, dan is uw inschrijving ongeldig en neemt u verder geen deel aan deze aanbesteding. Ook met deze voorwaarden dient u in te stemmen alvorens u uw inschrijving indient.

Hiermee houdt aanbestedende dienst zich het recht voor om te verifiëren of de aangeboden functionaliteit daadwerkelijk voldoet aan alle gestelde eisen. Het instemmen met een voorwaarden zegt immers niets over de inhoud van de geboden functionaliteit en of deze voldoet. In het geval van de inschrijving van [Ondernemer] is door de beoordelingscommissie geconstateerd dat de schriftelijke inschrijving van [Ondernemer] niet voldoet aan de eisen van Privacy by Design. Inhoudelijk gaan wij hier verder op in onder punt 3 van uw klacht. Tenslotte stelt u dat aanbestedende dienst verzuimd heeft om de conclusie gebaseerd op de schriftelijke inschrijving te verifiëren. De Aanbestedingswet kent geen vergaande plicht voor de aanbestedende dienst om afgaande op de schriftelijke inschrijving nader onderzoek in te stellen naar het gestelde.

Inhoudelijke klacht 2:

[Ondernemer] stelt dat aanbestedende dienst tekortgeschoten is in het tijdig en actief geven van een aanvullende motivatie op het afwijzingsbericht.

[Ondernemer] heeft tijdens de procedure aan de inkoopadviseur kenbaar gemaakt op vakantie te gaan naar het buitenland. Afsproken is dat de inkoopadviseur als extra service aan [Ondernemer] zou laten weten of [Ondernemer] zou worden uitgenodigd voor de presentaties. Door deze extra service zou voorkomen worden dat inschrijver onnodige kosten zou maken vanwege een terugkeer vanaf het vakantieadres in het buitenland. Op 23 augustus heeft de inkoopadviseur conform afspraak laten weten per Whatsapp bericht dat [Ondernemer] niet zou worden uitgenodigd voor de presentatieronde. Aanbestedende dienst heeft formeel op 20 september via Negometrix aan alle partijen het voornemen tot gunning openbaar gemaakt. Dit is 1 dag later geweest dan volgens de planning zoals opgenomen in Negometrix. Aanbestedende dienst stelt zich op het standpunt dat het Whatsapp bericht geen formeel communicatie moment betreft en er derhalve tijdig is gecommuniceerd. Op 1 oktober heeft [Ondernemer] tevens nog telefonisch contact gehad met het beoordelingsteam voor een nadere toelichting op de argumentatie op de afwijzing. Dit was tijdens de standstil periode.

Inhoudelijke klacht 3:

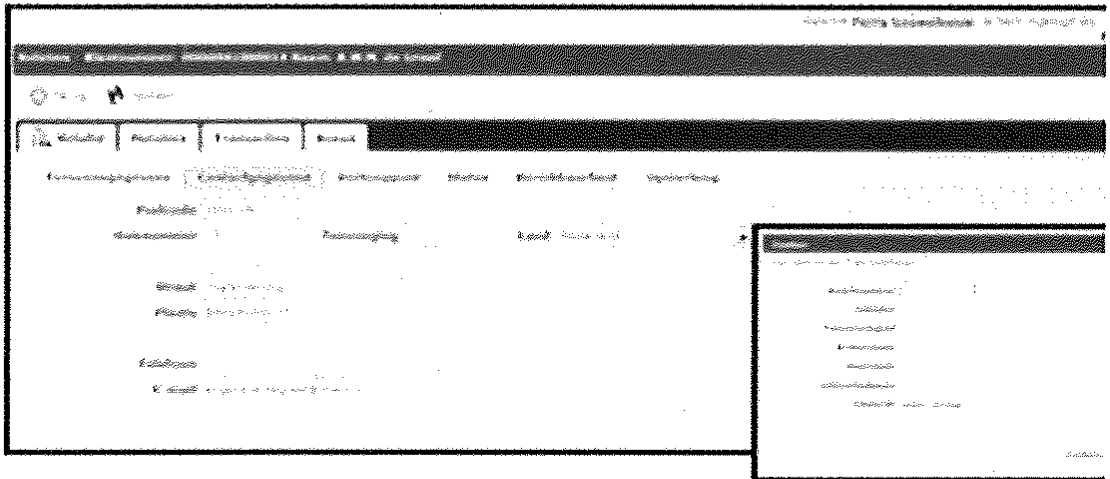
[Ondernemer] stelt vraagtekens bij de motivatie op het niet voldoen aan de eisen van Privacy by design:

Aanbestedende dienst dient voor een transparantie beoordeling inschrijvers te beoordelen op basis van wat schriftelijk wordt ingediend. Uit de inschrijving van [Ondernemer] blijkt dat er klantgegevens worden ingezien en dat klantprofielen aangemaakt kunnen worden. Dit is strijdig met de eisen op het gebied van Privacy by Design. In uw klacht geeft [Ondernemer] aan dat de conclusie van aanbestedende dienst klopt. Echter dat dit op verzoek van aanbestedende dienst door inschrijver als zodanig is ingediend. Uit de aanbestedingsdocumenten blijkt op geen enkele wijze dat dit door aanbestedende dienst is uitgevraagd.

In de inschrijving van [Ondernemer] wordt in par. 3.4 van de inschrijving op een aantal elementen van de privacyeisen ingegaan en dat aan deze elementen van Privacy by design wordt of kan worden voldaan. Echter uit de omschrijving van de functionaliteit (hoofdstuk 2) van de inschrijving blijkt uit de volgende punten dat niet aan deze eisen wordt voldaan, namelijk:

1. Er kunnen klantgegevens worden ingezien

1. **Customer Care**
 - 24/7 inzicht in klantgegevens
 - 24/7 inzicht in transactiegegevens
 - 24/7 inzicht in klantenfeedback
 - Gemakkelijk klantgegevens inzien en wijzigen
 - Aankoop historie inzien
 - Mutatie gegevens per individu



2. **Selectie & Campagne**
 - Targetgroep(en) samenstellen
 - Inzicht in omvang selectie
 - Kiezen effectief communicatiekanaal

- Telling & selectiemodule**
- Selecties maken uit database
 - Selecties op koopgedrag
 - Selecties op bezoekgedrag
 - Selecties op klanttype
 - Selecties op mail historie



2. Er kunnen klantprofielen worden aangemaakt
3. Via het Marketing Data portal kunnen klantgegevens worden ingezien:

2.1.1 Wat kan het Marketing- Data portal nog meer?

- klanten databewerking; het inzichtelijk maken van de gebruiker en zijn/haar behoeftes;
- het af- en opwaarderen van het tegoed;
- de pas blokkeren na verlies of diefstal;
- spaarpunten toekennen en inzichtelijk maken per acceptant (is extra regeling);
- praktische vorm van ondersteuning bieden;
- transactie overzichten per aanbieder/ per gebruiker 'real-time';
- aanbiedingen en acties vermelden;
- opslag en beheer data;

2.1.2 De (betaal)transactie(s) tussen gemeente en gebruiker (inwoner)

De gebruiker (inwoner) ontvangt, na activatie, een tegoed op de Stadspas. Hier hoeft de gemeente niets voor te doen. Als het tegoed op is, dan bewaard de gebruiker de pas, zodat het tegoed voor het nieuwe jaar opgewaardeerd kan worden. Het opwaarderen gebeurt via het Marketing- Data portal en zal worden uitgevoerd door de beheerder. Door het opwaarderen van de Stadspas zijn wij gelijk Maatschappelijk Verantwoord bezig. De Stadspassen worden namelijk ingekocht voor het aantal minimagebruikers en in principe wordt er 1 Stadspas per gebruiker, éénmalig uitgegeven.

2.1.3 De (betaal)transacties tussen gebruiker (inwoner) en aanbieder

De gebruiker kan met zijn/ haar Stadspas naar de aanbieder gaan of online zijn beleving (activiteit, cursus) vaststellen. Als de gebruiker bij de aanbieder op locatie is, dan wordt de Stadspas door de aanbieder in ontvangst genomen en gescand. De aanbieder komt direct in zijn eigen 'Webterminal' omgeving om de 'waarde' van de beleving en de postcode/ huisnummer van de gebruiker in te voeren. Door op 'verzilveren' te klikken wordt het bedrag direct verzilverd. Deze actie gebeurt online en in 'TheCloud' via de 'Webterminal' van het Marketing- en Data portal. Er vindt geen financiële transactie plaats tussen de gebruiker en aanbieder.

2.1.4 De (betaal)transacties tussen aanbieder en gemeente

4. Aanbieder is verplicht om bij iedere transactie het postcode en huisnummer van de klant in te geven.

In de telefonische toelichting op de afwijzing is door [Ondernemer] aangegeven dat voornoemde constateringenuanceerder liggen en dat, voorzover er klantgegevens kunnen worden ingezien, dat binnen het systeem alleen mogelijk is indien hiertoe is besloten en het systeem hierop is ingericht. Aanbestedende dienst stelt dat dit niet blijkt uit de schriftelijke inschrijving van [Ondernemer].

Wij hopen hiermee uw bezwaren beantwoord te hebben. De genoemde conclusies worden tevens besproken met de interne (betrokken) partijen.'

2. Beschrijving klacht

2.1. De Commissie heeft de door ondernemer ingediende klacht onderverdeeld in de volgende klachtonderdelen.

2.2. Klachtonderdeel 1

Aanbesteder heeft de inschrijving van ondernemer ten onrechte ongeldig verklaard wegens het niet voldoen aan de eisen in de Bijlage "Eisen Privacy by Design". Ondernemer stelt dat zijn applicatie wel voldoet aan die eis. Aanbesteder heeft de beslissing om de inschrijving van ondernemer ongeldig te verklaren ook onvoldoende gemotiveerd.

2.3. Klachtonderdeel 2

De planning van de aanbestedingsprocedure was niet proportioneel, doordat de inschrijvingen moesten worden opgesteld en ingediend in de zomervakantieperiode.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Ondernemer wil onder andere inhoudelijk gemotiveerd weten waarom zijn product en dienstverlening ongeschikt werd geacht door aanbesteder en hij wil weten hoe zijn inschrijving zou zijn beoordeeld ten opzichte van de concurrentie. Als er dan al geen opdracht uit volgt, dan toch in elk geval de beloning voor het vele verrichte werk door te weten hoe zijn inschrijving zich verhoudt tot de markt en de concurrentie. Dat is uiteindelijk wat de uitkomst is van een aanbestedingstraject.
- 3.1.2. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat de beoordeling niet klopt. Ondernemer is het ook niet eens met de reactie op de bij aanbesteder ingediende klacht en is ontevreden over de behandeling en de inhoudelijke reactie. Aanbesteder gaat niet op alle klachten in en ook niet op alle ingebrachte onderdelen van de diverse klachten. Voorzover er wel een reactie is gegeven, is de reactie ontoereikend of niet volledig. Ondernemer verzoekt de Commissie de geformuleerde klachten en de reactie van aanbesteder ten volle te beoordelen.
- 3.1.3. In de reactie op de bij hem ingediende klacht heeft aanbesteder een veel uitgebreidere toelichting opgenomen dan in het oorspronkelijke afwijzingsbericht is vermeld. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat de motivering in dit afwijzingsbericht daarmee te summier is en dat de afwijzing daarmee niet voldoet aan de verplichtingen en de uitgangspunten van de Aanbestedingswet.
- 3.1.4. De aanvulling in de reactie op de bij hem ingediende klacht is uitgebreider, maar lost naar de mening van ondernemer zijn klacht niet op. De klaarblijkelijke reden voor de 'terzijde legging' betreft de bescherming van privacy en persoonsgegevens. In het Plan van Aanpak van ondernemer staat dat het mogelijk is om persoonsgegevens in te zien, maar pas als dit wordt aangezet en op verzoek van opdrachtgever (aangebesteder). Of omgekeerd: ja, mits. In de offerteaanvraag zelf was hier niet uitgebreid op ingegaan. Dus was dit een grijs gebied waar je alle kanten mee op kon. Ook na vraagstelling gaf aanbesteder aan dat alles mogelijk was. Letterlijke woordkeuze van aanbesteder was: 'Verras ons'. Aan dit verzoek heeft ondernemer en zijn software partner goed invulling gegeven, waarbij zelfs flexibiliteit mogelijk zou kunnen zijn. Desgewenst kan de optie om gegevens in te zien ook 'aan' worden gezet. Dat is met de nodige veiligheids- en beschermingsopties omgeven, zoals duidelijk is omschreven in de inschrijving. Het zou dus niet mogelijk zijn om gegevens in te zien, hoogstens als het verzoek daartoe vanuit aanbesteder zelf komt. In elk geval zou de verkopende ondernemer op locatie hiertoe niet in staat zijn. Ondernemer geeft in zijn offerte dus een perfecte invulling van de uitvraag en de behoefte van aanbesteder. Aanbesteder geeft in de reactie op de bij hem ingediende klacht aan dat dit niet uit de inschrijving blijkt, maar dat is volgens ondernemer gewoonweg niet juist. Als er onduidelijkheden waren over de offerte dan had aanbesteder op zijn minst verduidelijking kunnen vragen over de werking van het systeem. Dat heeft aanbesteder niet gedaan.

3.2. Klachtonderdeel 2

Op geen enkele manier is gebleken dat het noodzakelijk was om de procedure in de zomerperiode te voeren. De Gids Proportionaliteit geeft hier een aantal duidelijke aanwijzingen voor. Het opstellen van de inschrijving viel in de vakantieperiode, wat ondernemer grotendeels zijn vakantieperiode heeft gekost. In de reactie op de bij hem ingediende klacht gaat aanbesteder in op het versturen van een bericht (whatsapp) over het beschikbaar zijn voor een interview/presentatieronde. Maar dat is slechts een deel van het proces en betreft niet de klacht. Of je een whatsappbericht nu wel of niet passend vindt, het is in elk geval iets. De klacht van ondernemer gaat erover dat aanbesteder zich er geen rekenschap van lijkt te geven dat de aanbestedingsprocedure in de vakantieperiode viel.

4. **Reactie aanbesteder**

- 4.1. Voor zijn inhoudelijke reactie op de klacht verwijst aanbesteder naar de reactie op de bij hem ingediende klacht van 26 november 2018 (zie 1.10 hiervoor).
- 4.2. Verder is aanbesteder bereid om in een gesprek feedback te geven op het deel van de inschrijving van ondernemer dat niet is beoordeeld omdat niet aan de eisen is voldaan. Dit aanbod is al eerder gedaan tijdens de telefonische toelichting van 1 oktober 2018 op de afwijzing. Deze toelichting kan echter niet meer leiden tot toelating van de procedure, aangezien deze is afgerond.

5. **Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 27 juni 2018 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor diensten met betrekking tot het ter beschikking stellen van een digitale Stadspas. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Klachtonderdeel 1
- 5.3. Alvorens tot de beoordeling van dit klachtonderdeel over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
 - 5.3.1. In artikel 1.9 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst transparant moet handelen. Deze transparantieplichting is ten aanzien van de kwalitatieve gunningscriteria in de jurisprudentie als volgt geconcretiseerd. Van belang is dat (i) zodanige criteria worden geformuleerd dat het voor een kandidaat-inschrijver volstrekt duidelijk is aan welke kwaliteitseisen hij moet voldoen, (ii) de inschrijvingen aan de hand van een zo objectief mogelijk systeem worden beoordeeld en (iii) de aanbestedende dienst zijn uiteindelijke keuze motiveert op een wijze die het voor de afgewezen inschrijvers mogelijk maakt om (a) de wijze waarop de beoordeling heeft plaatsgevonden te toetsen en (b) te controleren of de beoordeling de (voorlopige) gunningsbeslissing rechtvaardigt. Een aanbestedende dienst is gehouden om de inschrijving overeenkomstig de door hem gestelde eisen te beoordelen en mag geen afwegingsregels of subcriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht, omdat anders in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel zou worden gehandeld (zie onder meer Advies 477, overweging 5.2.2 en Advies 448, overweging 5.2.3 en de aldaar aangehaalde adviezen en jurisprudentie).

- 5.3.2. In het verlengde van de in 5.3.1 onder (iii) bedoelde verplichting is een aanbestedende dienst op grond van art. 2.130 lid 1 en lid 2 Aw 2012 verplicht alle relevante redenen voor de gunning in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen.
- 5.3.3. Uit de Memorie van Toelichting bij artikel 2.130 Aw 2012 blijkt dat de wetgever er voor heeft gekozen – evenals in de WIRA – om met betrekking tot de motivering van de mededeling van de gunningsbeslissing niet te volstaan met een verplichting van aanbestedende diensten om een samenvatting van de relevante redenen te geven, maar alle relevante redenen in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen (TK 2009/10, 32440, nr. 3, p. 94). Daarmee verwijst de wetgever naar hetgeen hij naar het oordeel van de Commissie in de kern tot uitdrukking heeft willen brengen in de Memorie van Toelichting bij de WIRA: het toezenden van een samenvattende beschrijving van de relevante redenen die tot een bepaalde gunningsbeslissing hebben geleid zal aan de afgewezen inschrijver veelal onvoldoende houvast bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Bij twijfel zal die inschrijver er dan toe overgaan een juridische procedure aanhangig te maken. Een dergelijke juridisering acht de wetgever echter onwenselijk en kan voorkomen worden door de gunningsbeslissing transparant en met vermelding van alle relevante redenen te motiveren (TK 2008/09, 32027, nr. 3, p. 7). Waar het in de kern om gaat is of de aanbestedende dienst met de verstrekte motivering van de gunningsbeslissing de afgewezen inschrijver voldoende houvast heeft geboden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is (zie Adviezen 30, 389 en 417).
- 5.3.4. Een aanbestedende dienst dient alle relevante redenen voor de gunning in de mededeling van de gunningsbeslissing op te nemen en kan die redenen volgens geldende jurisprudentie niet op een later tijdstip alsnog aanvullen (Hoge Raad 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, NJ 2013/154 m.nt. M.R. Mok, BR 2013/48 m.nt. M.A. de Jong; JAAN 2013/6 m.nt. M.J. Mutsaers en TBR 2013/33 m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen). Wel is het toegestaan dat de in de gunningsbeslissing vermelde redenen door de aanbestedende dienst op een later tijdstip nader worden toegelicht (zie Advies 464, overweging 6.4.3 en Advies 254, overweging 5.3.2). Ook kan de aanbestedende dienst de gunningbeslissing intrekken en een nieuwe gunningsbeslissing nemen. Wel dient de aanbestedende dienst de inschrijvers dan opnieuw een termijn te geven om op te komen tegen deze nieuwe beslissing (zie Advies 464, overweging 6.4.3 en Advies 399, overweging 6.5.7).
- 5.3.5. Een aanbestedende dienst kan kiezen voor toepassing van een openbare procedure die voorziet in een gefaseerde inschrijvings- en gunningssystematiek (zie Advies 362, overweging 5.5.2 en Advies 287, overweging 5.5.2). Met een keuze voor toepassing van een gefaseerde inschrijvings- en gunningsprocedure bewerkstelligt een aanbestedende dienst de facto dat een aantal inschrijvers al tijdens die procedure van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten, waarna de procedure met een aantal andere inschrijvers wordt voortgezet. De consequentie van de keuze voor een dergelijke gefaseerde procedure is dat een aanbestedende dienst deelbeslissingen neemt die uiteindelijk uitmonden in de gunning van de opdracht aan één van de inschrijvers (Advies 287, overweging 5.3.3).
- 5.3.6. Voor de voortijdig uitgesloten inschrijvers – zoals ondernemer – houdt de mededeling van de deelbeslissing dat zij niet tot de presentaties zijn toegelaten de facto in dat zij nauwelijks nog een reële kans maken op het verwerven van de opdracht. Die kans wordt vervolgens alleen nog maar kleiner doordat de inschrijvers die op dat moment nog in de race zijn in de gelegenheid worden gesteld presentaties te verzorgen die uiteindelijk mede ten grondslag zullen liggen aan de volgende deelbeslissing die leidt tot de keuze van de winnende opdrachtnemer.

- 5.3.7. De Commissie is van oordeel dat een aanbestedende dienst met het oog op het belang van een effectieve rechtsbescherming iedere inschrijver, die ten gevolge van een (deel)beslissing van die aanbestedende dienst geen reële kans meer maakt op verwerving van de opdracht, desgevraagd zo spoedig mogelijk op de hoogte moet stellen van de redenen die aan die beslissing ten grondslag hebben gelegen. Een dergelijke verplichting is met name relevant in een geval als het onderhavige, waarin een aanbestedende dienst na de mededeling van de betreffende deelbeslissing mogelijk onomkeerbare vervolgbeslissingen neemt. De ratio van de hiervoor bedoelde verplichting sluit aan bij de in 5.3.3 weergegeven bedoeling die de wetgever voor ogen heeft gehad met de motiveringsplicht van artikel 2.130 Aw 2012: met het verstrekken van een motivering biedt de aanbestedende dienst de afgewezen inschrijvers – op een moment waarop dat voor die inschrijvers nog zinvol is met het oog op hun belang van een effectieve rechtsbescherming – voldoende houvast om te kunnen beoordelen of zij wensen op te komen tegen de voor hen ongunstige beslissing (zie Advies 287, overweging 5.5.5).
- 5.4. De Commissie zal nu overgaan tot de beoordeling van klachtonderdeel 1. De Commissie zal beoordelen of de motivering die aanbesteder heeft gegeven ter onderbouwing van zijn beslissing om de inschrijving van ondernemer terzijde te leggen deze beslissing kan dragen.
- 5.4.1. Aanbesteder heeft in de oorspronkelijke afwijzing op het resultatenscherf van Negometrix aangegeven dat de inschrijving van ondernemer als ongeldig terzijde is gelegd omdat ondernemer niet had voldaan aan de knock out-eis dat de aangeboden oplossing moet voldoen aan de eisen in het kader van Privacy by Design, zoals opgenomen in een bijlage bij de offerteaanvraag (zie 1.7 hiervoor). Aanbesteder heeft echter niet gemotiveerd aan welke specifieke eis of eisen uit de Bijlage "Eisen Privacy by Design" de inschrijving van ondernemer niet voldeed.
- 5.4.2. Aanbesteder heeft in de oorspronkelijke afwijzing als motivering voor de afwijzing, onder meer, gesteld dat ondernemer nergens in zijn inschrijving is ingegaan op het borgen van veiligheid en privacy. Dit is onjuist. Paragraaf 3.4 "Privacy by Design" van de inschrijving gaat daar uitvoerig op in (zie 1.5 hiervoor). In zoverre kan de motivering de afwijzingsbeslissing niet dragen.
- 5.4.3. Verder geeft aanbesteder in de oorspronkelijke afwijzing aan dat uit de inschrijving blijkt dat klantgegevens naar de aanbieders worden gestuurd. Aanbesteder heeft dit niet onderbouwd. In de reactie op de bij hem ingediende klacht van 26 november 2018 voert aanbesteder dit ook niet meer aan (zie 1.10 hiervoor). Ondernemer heeft het argument van aanbesteder weersproken (zie de klachtbrief van 3 oktober 2018 onder 5b in 1.8 hiervoor). Ook de Commissie ziet in de inschrijving niet terug dat klantgegevens naar de aanbieders worden gestuurd en is dan ook van oordeel dat dit deel van de motivering de afwijzingsbeslissing evenmin kan dragen.
- 5.4.4. Ten slotte geeft aanbesteder in de oorspronkelijke afwijzing aan dat er teveel klantgegevens kunnen worden ingezien. In de reactie op de bij hem ingediende klacht van 26 november 2018 gaat aanbesteder daar dieper op in (zie 1.10 hiervoor). Aanbesteder wijst in dat kader op de in Hoofdstuk 2 van de inschrijving weergegeven opsomming van de managementinformatie die door aanbesteder kan worden gegenereerd op het punt van Customer Care: 24/7 inzicht in klantgegevens; 24/7 inzicht in transactiegegevens; 24/7 inzicht in klantenfeedback; gemakkelijk klantgegevens inzien en wijzigen; aankoop historie inzien en mutatie gegevens per individu. Tevens wijst aanbesteder op Paragraaf 2.1.1 "Wat kan het [Product van ondernemer] nog meer?" van de inschrijving waarin is vermeld dat in het kader van 'klanten databewerking' de gebruiker en zijn of haar behoeftes inzichtelijk kunnen worden gemaakt, dat de spaarpunten per acceptant inzichtelijk kunnen worden

gemaakt en dat per gebruiker 'real-time' een transactie overzicht kan worden gemaakt.

- 5.4.5. Naar het oordeel van de Commissie is de motivering dat er teveel klantgegevens kunnen worden ingezien erg summier. Deze motivering heeft aanbesteder in de reactie op de bij hem ingediende klacht nader toegelicht. Aanbesteder maakt echter niet duidelijk in strijd met welke eis of eisen uit de Bijlage "Eisen Privacy by Design" dit deel van de inschrijving van ondernemer naar zijn mening is. Mogelijk heeft aanbesteder eis 4 op het oog: 'Gegevensverwerkingen vinden standaard plaats op basis van categorieën van personen in plaats van individuen, tenzij het laatste noodzakelijk is.' Deze eis laat echter ruimte voor afwijking. Bovendien zien de eisen uit de Bijlage "Eisen Privacy by Design" op het functioneel en technisch ontwerp van het systeem. Naar het oordeel van de Commissie had aanbesteder de inschrijving van ondernemer niet enkel op basis van een passage in de inschrijving terzijde mogen leggen, zonder nadere vragen te stellen of een demo te vragen. In zoverre kan de motivering de afwijzingsbeslissing ook niet dragen.
- 5.4.6. In de reactie op de bij hem ingediende klacht van 26 november 2018 noemt aanbesteder ook nog de volgende twee redenen voor de afwijzing: dat er klantprofielen aangemaakt kunnen worden en dat aanbieders bij iedere transactie de postcode en het huisnummer van de klant moeten ingeven (zie 1.10 hiervoor). Dit is in lijn met het toetsingskader in 5.3.4 hiervoor, nu aanbesteder hiermee naar het oordeel van de Commissie een nadere toelichting geeft op de reeds gegeven reden dat de inschrijving van ondernemer niet voldeed aan de knock out-eis dat de aangeboden oplossing moet voldoen aan de eisen in het kader van Privacy by Design.
- 5.4.7. Wat betreft het aanmaken van klantprofielen wijst aanbesteder op de in Hoofdstuk 2 van de inschrijving weergegeven opsomming van de managementinformatie die door aanbesteder kan worden gegenereerd op het punt van Telling & selectiemodule en dan meer specifiek: selecties op koopgedrag, selecties op bezoekgedrag en selecties op klanttype. Opnieuw maakt aanbesteder niet duidelijk in strijd met welke eis of eisen uit de Bijlage "Eisen Privacy by Design" dit deel van de inschrijving van ondernemer naar zijn mening is.
- 5.4.8. Mogelijk heeft aanbesteder opnieuw eis 4 op het oog: uitgangspunt is gegevensverwerking op basis van categorieën van personen in plaats van individuen. Deze eis laat echter ruimte voor afwijking. Bovendien zien de eisen uit de Bijlage "Eisen Privacy by Design" op het functioneel en technisch ontwerp van het systeem. Niet is gezegd dat de in hoofdstuk 2 van de inschrijving van ondernemer in het kader van de mogelijk als managementinformatie te genereren selecties op individueel niveau plaatsvinden. Naar het oordeel van de Commissie had aanbesteder de inschrijving van ondernemer niet enkel op basis van deze passage in de inschrijving terzijde mogen leggen, zonder nadere vragen te stellen of een demo te vragen. In zoverre kan de motivering evenmin de afwijzingsbeslissing dragen.
- 5.4.9. Ten slotte staat in paragraaf 2.1.3 van de inschrijving van ondernemer omschreven dat de aanbieder de postcode en het huisnummer van de klant in het systeem van ondernemer moet ingeven om de betaling door de gebruiker aan de aanbieder te realiseren. Aanbesteder merkt dit element uit de inschrijving van ondernemer ook als grond voor de afwijzing aan, zonder duidelijk te maken aan welke eis of eisen van de Bijlage "Eisen Privacy by Design" daarmee niet wordt voldaan. Op basis van eis 6 mogen persoonsgegevens nooit standaard openbaar zichtbaar zijn, tenzij zij aan een specifieke rol zijn gekoppeld. Op basis van eis 10 moeten rechten op toegang tot persoonsgegevens binnen de applicatie toegewezen worden op basis van rol. Het moet dus mogelijk zijn het systeem zo in te richten dat de aanbieders geen inzage hebben in persoonsgegevens. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze eisen niet zo

uitleggen dat daarin besloten ligt dat ook in het kader van een betaling geen koppeling mag worden gemaakt tussen persoonsgegevens en de pas. Dat bij een betaling een koppeling moet worden gemaakt tussen de persoon en de pas lijkt namelijk onvermijdelijk om fraude te voorkomen. Het werken met een anonieme pas met een pincode is een andere mogelijkheid, maar lijkt in het kader van de onderhavige opdracht te complex en te kostbaar. Daarmee kan deze grond de motivering van de afwijzingsbeslissing evenmin dragen.

5.5. Naar het oordeel van de Commissie kan de motivering die aanbesteder heeft gegeven ter onderbouwing van zijn beslissing om de inschrijving van ondernemer terzijde te leggen deze beslissing niet dragen. Daarmee is de klacht gegrond.

5.6. Ten overvloede merkt de Commissie nog op dat een inschrijver van wie de inschrijving als ongeldig terzijde is gelegd geen aanspraak kan maken op informatie die duidelijk maakt hoe zijn inschrijving ten opzichte van de andere inschrijvers zou zijn beoordeeld. Omdat zijn inschrijving niet voldoet aan de gestelde eisen, is zijn inschrijving immers onvergelijkbaar met de geldige inschrijvingen.

5.7. Klachtonderdeel 2

5.8. In artikel 1.10, lid 1 en 2, Aw 2012 is, voor zover relevant, bepaald:

'1. Een aanbestedende dienst (...) stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht (...) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst (...), voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

(...)

e. de te stellen termijnen;

(...)'

5.9. Vervolgens is in artikel 2.70 en 2.71, lid 1, Aw 2012 bepaald:

'Artikel 2.70

De aanbestedende dienst stelt de termijn voor het indienen van verzoeken tot deelneming of inschrijvingen vast met inachtneming van het voorwerp van de opdracht, de voor de voorbereiding van het verzoek of de inschrijving benodigde tijd en de in deze paragraaf gestelde regels omtrent termijnen.

Artikel 2.71

1. Voor openbare procedures bedraagt de termijn voor het indienen van de inschrijvingen ten minste 45 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging.

(...)'

5.10. In Voorschrift 3.6 Gids Proportionaliteit is bepaald:

'De aanbestedende dienst overweegt een langere termijn te hanteren dan de minimumtermijnen.'

5.11. In de Gids Proportionaliteit is, onder meer, de volgende toelichting op Voorschrift 3.6 op p. 60 opgenomen:

'Indien de wet minimumtermijnen stelt dient per opdracht kritisch te worden overwogen of de gestelde termijnen reëel en proportioneel zijn en in relatie staan tot de te ondernemen actie. (...) Aanbestedende diensten hebben maanden, soms een half jaar of een jaar nagedacht over de aanbesteding alvorens tot publicatie over te gaan: het is ook in het belang van de aanbestedende dienst om inschrijvers vervolgens voldoende tijd te geven om een goede offerte te maken. De wettelijke termijnen zijn overigens uitgedrukt in kalenderdagen en houden geen rekening met vakantieperioden en andere perioden waarin redelijkerwijs geen aanmelding of inschrijving kan worden voorbereid, dan wel enige andere noodzakelijke actie in het aanbestedingsproces worden ondernomen. Helaas komt het in de praktijk nogal eens voor, dat termijngebonden correspondentie juist kort voor zo'n (branche) gebruikelijke (vakantie)periode wordt verstuurd. Denk hierbij aan een voorname tot gunnen, waarbij de mogelijkheid tot het instellen van een procedure tot 20 kalenderdagen is beperkt. Strikt formeel mogen de wettelijke termijnen worden gehanteerd en is het niet verboden om een aanbesteding vóór de vakantie te publiceren, en meteen na de vakantie tot selectie of gunning over te gaan. Dat zal echter de kwaliteit van de offertes niet ten goede komen en schakelt mogelijk ook een belangrijk deel van de potentiële inschrijvers uit. In dergelijke situaties is het proportioneel de vaste termijn op te rekken met de vakantieperiode opdat sprake kan zijn van optimale marktwerking en de rechtsbescherming niet wordt ingeperkt.'

5.12. Op grond van artikel 1.10, lid 3 en 4, Aw 2012 dienen aanbestedende diensten de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit toe te passen of een afwijking daarvan in de aanbestedingsstukken te motiveren.

5.13. In de Handreiking betere communicatie bij aanbestedingen (in het kader van actie 19 "het aandacht vragen voor planning, termijnen en kwaliteit van beantwoording" van de actieagenda Beter Aanbesteden) wordt ook aandacht gevraagd voor de planning:

'Tip 1: Neem de tijd, plan uitloop in van de aanbestedingsprocedure

De aanbesteding vormt vaak het sluitstuk van een lang traject waarin de aanbestedende dienst toewerkt naar de start van de opdracht op een specifiek tijdstip. Als de aanbestedingsdatum dicht tegen de beoogde start wordt geplaatst, ontbreekt de ruimte om corrigerende maatregelen te nemen die de planning beïnvloeden. Zorg daarom voor een buffer om eventuele verrassingen op te vangen. Dit geeft ook ruimte om in te gaan om meer tijd te geven aan inschrijvers als de situatie daar aanleiding toe geeft. (...)

Uit enquêtes blijkt dat ondernemers regelmatig aanbestedingen laten lopen als de planning hiervan niet aansluit op hun beschikbare capaciteit. Krappe termijnen zijn daarom niet aan te bevelen. Ook het negeren van vakantieperiodes draagt niet bij aan de animo om in te schrijven. (...)

Ondernemers maken vaker fouten als de tijdsdruk hoog is. (...)'

5.14. Aanbesteder heeft niet op dit klachtonderdeel gereageerd. De Commissie neemt dan ook tot uitgangspunt dat een groot deel van de inschrijvingstermijn in de zomervakantie viel, mede gelet op de datum van indiening van de inschrijving door ondernemer van 9 augustus 2018. Niet gesteld of gebleken is dat aanbesteder

Voorschrift 3.6 Gids Proportionaliteit in acht heeft genomen en evenmin is gebleken dat aanbesteder heeft gemotiveerd waarom hij van Voorschrift 3.6 Gids Proportionaliteit is afgeweken. Mogelijk had aanbesteder een goede reden om voor deze planning te kiezen, maar aanbesteder heeft die niet kenbaar gemaakt.

5.15. Naar het oordeel van de Commissie is klachtonderdeel 2 dan ook gegrond.

6. Advies

De Commissie acht beide klachtonderdelen **gegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om in een openbare procedure die voorziet in een gefaseerde inschrijvings- en gunningssystematiek bij een negatieve deelbeslissing alle relevante redenen mede te delen waarom een inschrijver geen reële kans meer maakt op verwerving van de opdracht. Het is immers van belang dat aan een inschrijver voldoende houvast wordt geboden om te kunnen beoordelen of in een stadium waarin nog geen onomkeerbare vervolgbeslissingen zijn genomen, het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is (zie Advies 287, overweging 5.5.5).

Den Haag, 10 oktober 2019

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid