

COLOFON

TENDER NIEUWSBRIEF IS EEN UITGAVE VAN
SDU UITGEVERS BV EN VERSCHIJNT
ACHTMAAL PER JAAR.

Redactie

Mr. R.S. Damsma
Loyens & Loeff N.V.

Mr. I.A.H. Dolmans-Budé
Dolmans-Budé Legal B.V.

Drs. H. 't Hart
Tender Services Group

Drs. S. de Jong
Inkopenvoor

Mr. J.S. Muntz-Beekhuis
PIANO

Mr. L.J.W. Sueters
Bartels Sueters Rassa Aanbestedingsadvocaten

Mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV

Eindredacteur

Marit Hazeleger, marit@redactioneleproducties.nl

Redactieadres

Sdu Uitgevers
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag
aanbestedingsrecht@sdu.nl

Uitgever

Dineke Sonderen

Ontwerp en vormgeving

Colorscan, www.colorscan.nl
ISSN 1384-2838
©Sdu Uitgevers 2019.

www.vindinkoopenaanbesteding.nl

De artikelen uit de Tender Nieuwsbrief worden
gearchiveerd in de kennisbank VIND Inkoop en
Aanbesteding van Sdu Uitgevers.

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopieën, dienen te worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060, 2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan Tender Nieuwsbrief impliceert toestemming voor openbaarmaking en vervoelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) Tender Nieuwsbrief in enige vorm.

Abonnementen en -administratie

Tender Nieuwsbrief verschijnt achtmaal per jaar. Een jaarabonnement kost € 231,- (excl. btw/incl. verzend- en administratiekosten). Prijswijzigingen voorbehouden. Abonnementen: Sdu Klantenservice o.v.v. Tender Nieuwsbrief. Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Tel.: (070) 378 98 80. E-mail: sdu@sdu.nl of via www.sdu.nl. Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintennisrecht. Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnement)overeenkomst en om u, ook per e-mail, op uw vakgebied van informatie te voorzien over uitgaven en diensten van Sdu Uitgevers bv. In iedere e-mail is een afmeldmogelijkheid opgenomen. Als u in het geheel geen prijs stelt op deze informatie, ook niet over producten en diensten van zorgvuldig door Sdu geselecteerde derden, dan kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.

DE ZAAK

Geen aanbestedingsplicht bij hoge transitiekosten?

Aanbestedende diensten kunnen worden geconfronteerd met aanzienlijke transitiekosten wanneer zij als gevolg van een aanbesteding moeten overstappen naar een andere contractant. Volgens het Gerechtshof Amsterdam¹ kan de hoogte van deze transitiekosten meewegen bij de beoordeling of mededinging ontbreekt vanwege technische redenen. Hoge transitiekosten zouden daardoor een argument kunnen vormen om een opdracht een-op-een te gunnen aan de zittende contractant.

Achtergronden

Het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen ('UWV'), de Centrale organisatie Werk en Inkomen en de Sociale Verzekeringsbank hebben in 2008 na het doorlopen van een Europese aanbesteding een overeenkomst gesloten met Oasis Data & Document Management Netherlands B.V. ('Oasis') voor de levering van archiefdiensten. Deze overeenkomst liep per 1 juli 2018 af. Het UWV was voornemens om via een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging een nieuwe overeenkomst voor de levering van archiefdiensten te sluiten met Oasis. Het ging om een overeenkomst voor onbepaalde duur met een geraamde waarde van € 14.150.000. Het UWV publiceerde zijn voornemen via een 'aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' zoals bedoeld in artikel 4.16 lid 1 Aw 2012 (ook wel een 'ex ante bekendmaking' genoemd).

Het UWV deed in deze aankondiging een beroep op de uitzondering genoemd in artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012. Deze uitzondering houdt in dat de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging mag worden toegepast, indien een overheidsopdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat mededinging om technische redenen ontbreekt. Op grond van artikel 2.32 lid 3 Aw 2012 is deze uitzondering uitsluitend van toepassing indien er geen redelijk alternatief of substituuut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.

Het argument voor toepassing van de technische uitzondering was dat het UWV zich in een transitieproces bevond van het werken met volledig fysieke dossiers naar volledig digitale dossiers. De transitiekosten bij een eventuele overgang naar een andere leverancier ten behoeve van het

fysieke archief in zijn huidige omvang, zouden circa € 28.000.000 (incl. btw) bedragen. Het UWV heeft deze kosten op verzoek nader toegelicht en maakt daarbij een onderscheid tussen 'uitslagkosten' (kosten die de oude opdrachtnemer maakt voor het uitplaatsen van de dossiers), vervoerskosten en 'inslagkosten' (dossiers fysiek in het archief van de nieuwe dienstverlener plaatsen en administratief inboeken in de digitale systemen). Daarnaast zou de door het UWV gebruikte applicatie en koppeling met het ICT-systeem van de huidige leverancier maatwerk zijn. Bij een eventuele overgang naar een andere leverancier zou dit maatwerk moeten worden vervangen c.q. aangepast moeten worden. Dit, alsmede een fysieke verhuizing van het fysieke archief, zou leiden tot risico's van instabiliteit in de archiefdienstverlening, wat tevens risico's zou meebrengen voor de continuïteit van de uitvoering van de wettelijke taken door het UWV.

Iron Mountain Nederland B.V. (hierna: Iron Mountain) had in 2008 ook had deelgenomen aan de aanbesteding voor archiefdiensten van het UWV en is een kort geding gestart naar aanleiding van de ex ante bekendmaking van het UWV.

Beoordeling in eerste aanleg

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam² oordeelde in eerste aanleg dat het beroep van het UWV op artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012 faalt. Volgens de voorzieningenrechter gaat het om een louter financiële kwestie en kan niet worden gezegd dat mededinging om technische redenen ontbreekt. De omstandigheid dat in 2008 voor een soortgelijke opdracht wel een openbare aanbestedingsprocedure is gehouden, acht de voorzieningenrechter een indicatie dat geen sprake is van het ontbreken van mededinging om technische redenen.

Het UWV wordt geboden om, als het de opdracht nog wenst te vergeven, een Europese aanbestedingsprocedure te organiseren waaraan ook Iron Mountain kan meedoen.

Beoordeling Gerechtshof Amsterdam

Het UWV gaat in hoger beroep tegen de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. Het UWV stelt dat alleen al de uitslagkosten bij een transitie van het archief van Oasis naar een nieuwe dienstverlener ruim € 25.000.000 zullen bedragen. Het UWV stelt dat het niet is gehouden om deze kosten te neutraliseren en dat deze kosten in de aanbestedingsprocedure betrokken mogen worden. Daardoor kunnen andere aanbidders dan Oasis geen goedkopere aanbidding doen dan Oasis en lijdt het geen twijfel dat Oasis de economisch meest voordelige inschrijving zal doen. Daardoor staat volgens het UWV al vast wie zal winnen, waardoor een aanbestedingsprocedure zinloos zou zijn.

Het hof stelt vooraf dat de uitzonderingsbepalingen, zoals de technische reden, restrictief moeten worden toegepast. Het hof begrijpt dat de complexiteit van het archief niet zodanig is dat de transitie van het archief naar een nieuwe aanbieder feitelijk onmogelijk is. Het beroep op de technische uitzondering is dus blijkbaar gebaseerd op de hoogte van de transitiekosten. Anders dan Iron Mountain betoogt, sluit artikel 2.32 lid 3 AW 2012 volgens het hof niet uit dat de hoogte van de transitiekosten mee kan wegen bij de beoordeling van de aanwezigheid van een technische reden. De hoogte van de transitiekosten kan namelijk volgens het hof onder bijzondere omstandigheden met zich brengen dat van een *redelijk* alternatief of substituuut in de zin van artikel 2.32 lid 3 AW 2012 geen sprake is. Daarvoor is ten minste vereist dat de aanbestedende dienst aantoonbaar dat de transitiekosten zijn gebaseerd op een transparanteberekening waaruit de juistheid, redelijkheid en marktconformiteit van die kosten overtuigend blijkt.

Naar het oordeel van het hof is de hoogte van de uitslagkosten niet gebaseerd op een transparante berekening waaruit de juistheid, redelijkheid en marktconformiteit van die kosten overtuigend blijkt. De vraag of er bijzondere omstandigheden zijn die met zich brengen dat de transitiekosten een technische reden vormt in de zin van artikel 2.32 lid 3 Aw 2012 kan daarom verder in het midden blijven. De grieven van het UWV falen.

Commentaar

Naar onze mening kunnen kanttekeningen worden geplaatst bij het oordeel dat de hoogte van de transitiekosten kan meewegen bij de beoordeling of mededinging om technische redenen ontbreekt.

Uitzonderingen op de aanbestedingsplicht moeten restrictief worden uitgelegd.³ In de considerans van Richtlijn 2014/24/EU (overweging 50) staat dat onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden dienen te worden gebruikt.

In jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie is ten aanzien van een beroep op de technische uitzondering onder oudere aanbestedingsrichtlijnen⁴ bepaald dat niet alleen is vereist dat er technische redenen zijn, maar ook dat die redenen het volstrekt noodzakelijk maken om de opdracht aan een bepaalde onderneming te gunnen.⁵ De bewijslast rust op de partij die zich op de uitzondering wil beroepen.⁶ In een recent arrest heeft het Gerecht van de Europese Unie dit juridisch kader strikt toegepast bij een beroep op de technische uitzondering onder de oude richtlijn voor nutssectoren.⁷ In dat kader overweegt het Gerecht dat niet kan worden volstaan met het op algemene wijze vermelden dat een andere ondernemer de kosten zou verhogen en de termijnen zou verlengen, zonder toe te lichten waaruit zou blijken dat het noodzakelijk is om een beroep te doen op één enkele ondernemer. *'Het ontbreken van andere redelijke oplossingen is volgens het Gerecht niet het referentiecriterium om de rechtmatigheid te bepalen van de rechtstreekse gunning aan één bepaalde ondernemer, waarvoor integendeel wordt vereist dat er een volgestrekte noodzaak voor een dergelijke gunning bestaat, zoals ook blijkt uit de rechtspraak.'*⁸

In Richtlijn 2014/24/EU is ten opzichte van oudere aanbestedingsrichtlijnen de formulering van de uitzondering gewijzigd en is toegevoegd dat deze uitzondering alleen geldt als er geen redelijk alternatief of substituuut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van kunstmatige beperking van de voorwaarden van de opdracht. Van Wijk en Docter betogen dat het vereiste van 'volgestrekte noodzakelijkheid' zoals geformuleerd in de Europese jurisprudentie is losgelaten in Richtlijn 2014/24/EU, omdat dit vereiste niet expliciet in de richtlijn is opgenomen.⁹ Wij betwijfelen of dat klopt. Met de invoering van Richtlijn 2014/24/EU lijkt namelijk geen inhoudelijke wijziging van deze uitzondering te

zijn beoogd.¹⁰ Ook uit de considerans (overweging 50) bij de richtlijn kan worden afgeleid dat vereist is dat maar één ondernemer de opdracht kan uitvoeren. Daarbij worden als voorbeelden genoemd dat het voor een andere ondernemer technisch onhaalbaar is de vereiste prestaties te leveren, of dat specifieke kennis, instrumenten of middelen nodig zijn die maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft. Technische redenen kunnen ook verband houden met specifieke interoperabiliteitseisen waaraan moet worden voldaan met het oog op het goed functioneren van de aan te besteden werken, leveringen of diensten. Het gaat hier om voorbeelden waarin overstappen *feitelijk* onmogelijk is. Hoge transitiekosten worden niet als voorbeeld genoemd.

Het arrest van het Hof Amsterdam lijkt niet in overeenstemming te zijn met de hiervoor besproken Europese jurisprudentie. In de onderhavige casus was van 'volgestrekte noodzakelijkheid' om te gunnen aan Oasis ons inziens geen sprake, aangezien de transitie van het archief technisch mogelijk was. Daarnaast betwijfelen wij of de hoogte van de transitiekosten een beroep op de technische uitzondering kan rechtvaardigen. Het Hof Amsterdam lijkt te oordelen dat dit mogelijk is, omdat transitiekosten onder bijzondere omstandigheden kunnen meebrengen dat van een *redelijk* alternatief of substituuut geen sprake is. In onze optiek lijkt het hof hierbij uit het oog te verliezen dat het (nog steeds) volstrekt noodzakelijk moet zijn om de opdracht aan een bepaalde onderneming te gunnen. Indien deze toets achterwege blijft, kan na een eerste aanbesteding bij vervolgoopdrachten de mededinging eenvoudig worden uitgesloten, wanneer een aanbestedende dienst bij de aanbesteding van het eerdere contract niet goed heeft nagedacht over goede exit-clausules. *Vendor lock-ins* worden zo beloofd, hetgeen in onze optiek niet de bedoeling kan zijn. Tot slot merken wij op dat de uitspraak van het Hof Amsterdam zich lastig laat toepassen in de praktijk. Hoe hoog moeten de transitiekosten zijn om een beroep op de technische uitzondering te rechtvaardigen? Dit zal in onze optiek van geval tot geval moeten worden beoordeeld. Zonder duidelijke regels die hier op zien, wordt een beroep op artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012 vanwege hoge transitiekosten al snel arbitrair.

mr. A.B.B. Gelderman en mr. M.S. ten Feld-Sprik
KienhuisHoving advocaten & notarissen

lees verder op pagina 8 >