

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 689 | Samenvatting

In dit advies staat de vraag centraal of aanbesteder op gerechtvaardigde gronden de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging heeft toegepast.

Oordeel Commissie

De Commissie is van oordeel dat de door aanbesteder aangedragen 'technische reden', een beroep op artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012 niet kunnen rechtvaardigen.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 689

1. Waar gaat dit Advies over?

In dit Advies staat de vraag centraal of aanbesteder op gerechtvaardigde gronden de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging heeft toegepast.

2. Hoe luidt dit Advies?

- 2.1. De Commissie is van oordeel dat de door aanbesteder aangedragen 'technische reden', een beroep op artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012 niet kunnen rechtvaardigen.
- 2.2. De Commissie acht de klacht gegrond.

3. Feitenrelaas

Feitelijk verloop

- 3.1. Op 12 december 2022 heeft aanbesteder een 'aankondiging van een gegunde opdracht' gepubliceerd voor de inkoop van twee softwareproducten van ondernemer X, te weten een softwareplatform voor de gemeentelijke basisadministratie en een applicatie voor burgerzaken.
- 3.2. In de aankondiging laat aanbesteder weten dat zij de opdracht heeft gegund aan X middels een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Aanbesteder beroept zich op artikel 2.32 lid 1 onderdeel b onder 2 Aw2012: '<...> de overheidsopdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat mededinging om technische redenen ontbreekt'.
- 3.3. Bij de aankondiging was een bijlage gevoegd 'Motivatie keuze voor procedure Onderhandeling zonder aankondiging'. In deze bijlage zijn de twee producten van X bij name genoemd en beschreven. Tevens zijn in deze bijlage eisen opgenomen welke worden gesteld aan de softwareproducten, waaronder 'ISAE 3402 type II', welke eis wordt gesteld aan de applicatie voor burgerzaken.
- 3.4. Naar aanleiding van de publicatie heeft ondernemer aanbesteder bij bericht van 11 januari 2023 laten weten dat hij soortgelijke softwareapplicaties levert voor de Nederlandse markt, en dat hij er vanuit gaat dat hij ook in de behoefte van aanbesteder kan voorzien. Ondernemer heeft aanbesteder verzocht om nader te onderbouwen waarom alleen X in staat zou zijn de geïntegreerde opdracht uit te voeren.
- 3.5. Bij bericht van 16 januari 2023 laat aanbesteder aan ondernemer weten dat hij zich ervan bewust is dat ook ondernemer een soortgelijke applicatie aanbiedt, maar dat aanbesteder ervoor kiest om de inkoop van de applicatie samen met de inkoop

van het softwareplatform bij één opdrachtnemer neer te leggen om de continuïteit van de dienstverlening te waarborgen.

- 3.6. Daarnaast geeft aanbesteder aan dat hij de certificering ISAE 3402 type II eist om 'zo goed mogelijk verzekerd te zijn tegen privacy en security issues'. Ondernemer kan geen applicatie leveren die aan deze eis voldoet.
- 3.7. Ondernemer heeft op 20 januari 2023 een klacht ingediend bij aanbesteder, omdat hij van mening is dat de aangedragen argumenten de keuze van aanbesteder voor de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging niet rechtvaardigen.
- 3.8. Aanbesteder heeft de klacht op 27 januari 2023 ongegrond verklaard.
- 3.9. Ondernemer heeft op 13 februari 2023 een klacht ingediend bij de Commissie.
- 3.10. Aanbesteder heeft op 2 maart 2023 zijn reactie op de klacht bij de Commissie ingediend.

4. Waar komt de klacht in de kern op neer?

De vraag die bij de Commissie voorligt is of de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging wegens het ontbreken van mededinging om technische redenen, gerechtvaardigd toegepast is.

Stellingen ondernemer

- 4.1. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat de gunning door middel van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging onrechtmatig is. Daartoe voert ondernemer een aantal gronden aan. De Commissie vat deze gronden als volgt samen.

Er is geen sprake van een integrale totaaloplossing

- 4.1.1. Naar de mening van ondernemer is er geen sprake van een integrale totaaloplossing, maar heeft aanbesteder twee opdrachten (onnodig) samengevoegd, te weten de opdrachten voor inkoop van software voor de gemeentelijke basisadministratie en inkoop van software voor burgerzaken. Deze softwareproducten hebben ieder een zelfstandige functie en er bestaat technisch geen noodzaak tot samenvoegen. Aanbesteder motiveert niet waarom de twee opdrachten onlosmakelijk met elkaar verbonden zouden zijn.

De eis met betrekking tot ISAE 3402 type II is niet proportioneel

- 4.1.2. Ondernemer stelt dat aanbesteder een disproportionele eis stelt. Aanbesteder eist een ISAE 3402 type II verklaring voor de levering van het softwareproduct voor burgerzaken. Aan deze eis kan alleen leverancier X voldoen. Ondernemer geeft aan dat het eisen van een ISAE 3402 type II verklaring in strijd is met de Baseline Informatiebeveiliging Overheid (BIO) waaraan aanbesteder dient te voldoen. De doelen die aanbesteder nastreeft met ISAE 3402 type II kunnen ook worden behaald met een ISO 27001 certificaat inclusief Verklaring van toepasselijkheid.

Stellingen aanbesteder

- 4.2. Aanbesteder stelt ten eerste dat hij meent dat ondernemer alleen belang heeft bij zijn klacht over de toepassing van de onderhandelingsprocedure. Ondernemer zou pas belang hebben bij zijn klacht over omvang en specificatie van de opdracht en

de proportionaliteit van de gestelde eisen, als de opdracht voor mededinging zou zijn opengesteld. In dat geval zou ondernemer, door te klagen, immers zijn kansen op gunning van de opdracht kunnen vergroten. Van een uitvraag met mededinging is echter geen sprake en aanbesteder achtte zich niet gehouden tot het openstellen van de opdracht voor mededinging.

Er is sprake van een integrale totaaloplossing

- 4.2.1. Aanbesteder stelt dat zijn informatieadviseur in september 2018 heeft geconstateerd dat het werken met verschillende leveranciers leidde tot problemen. De informatieadviseur adviseerde daarom functioneel-, technisch- en applicatiebeheer onder te brengen bij één partij. Een IT consultancybedrijf heeft datzelfde jaar onderzoek verricht en aanbevolen het aantal ICT leveranciers te beperken tot enkele strategische partners. Aanbesteder heeft daarop ervoor gekozen het domein waar sprake is van persoonsgegevens onder te brengen bij één strategische partner.
- 4.2.2. In de periode 2019-2020 heeft aanbesteder zijn makelaarsuite gemigreerd en het functioneel beheer ondergebracht bij de partij die de migratie heeft begeleid. In 2021 heeft aanbesteder verschillende applicaties aan de makelaarsuite gekoppeld. Aanbesteder heeft daarbij meerwaarde ervaren van het hebben van één partner. In 2022 heeft aanbesteder vervolgens geïnvesteerd in aansluiting op andere infrastructuur en het tot stand brengen van een VPN verbinding met de strategische partner. Deze aansluitingen waren nuttig voor verschillende applicaties, aldus aanbesteder. In 2022 heeft aanbesteder bovendien geïnvesteerd in het inrichten van datastromen tussen de makelaarssuite en verschillende applicaties.
- 4.2.3. Aanbesteder heeft onderzocht welke leveranciers een oplossing bieden voor het gehele domein van persoonsgegevens, waarbij aanbesteder heeft gekeken naar de integraliteit van de oplossing. Aanbesteder ziet het hebben van één aanspreekpunt voor het domein van persoonsgegevens als een grote meerwaarde.
- 4.2.4. Aanbesteder stelt in het verleden te hebben ervaren dat het scheiden van beheer van in samenhang functionerende applicaties leidt tot (i) vertraging, (ii) gescheiden en daarom minder passende doorontwikkeling, (iii) koppelingsproblemen, (iv) kosteninefficiëntie en tot (v) een gebrek aan verantwoordelijkheid voor het oppakken van aandachtspunten (wijzen naar elkaar).
- 4.2.5. Omdat aanbesteder beperkte bezetting heeft op functioneel beheer (0,5 fte), acht aanbesteder een migratie van burgerzaken-applicaties (bijvoorbeeld de makelaarsuite) te risicovol voor de continuïteit. Door beide applicaties als één opdracht uit te vragen stelt aanbesteder dat het risico op het niet of slecht functioneren van de systemen en daarmee het stilvallen van cruciale dienstverlening substantieel wordt verkleind. Dit belang weegt voor aanbesteder zwaarder dan het belang van een potentiële leverancier die slechts één van de twee benodigde applicaties zou kunnen leveren, zoals in geval van klager.

De eis met betrekking tot ISAE 3402 type II is proportioneel

- 4.3. Aanbesteder stelt dat ISAE 3402 niet exclusief van één leverancier is, het staat elke leverancier vrij om de informatiebeveiliging zo in te richten, dat hiermee een ISAE 3402 verklaring kan worden verstrekt. Een type 2 verklaring zegt niet alleen iets over de aanwezigheid van de maatregelen, maar ook over of deze in de aangegeven periode daadwerkelijk effectief geweest zijn.
- 4.3.1. Aanbesteder vindt het belangrijk te benadrukken dat de eis voor deze opdracht niet is toegevoegd om de mededinging te beperken, maar om daarmee de doelstellingen van het eigen beleid van aanbesteder te behalen. Het vereiste ISAE 3402

is namelijk opgenomen in zijn interne beleid. Aanbesteder is gehouden zijn eigen beleid op dit punt na te leven.

5. Hoe luidt de onderbouwing van dit Advies?

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 12 december 2022 een aankondiging heeft gedaan van een gunning volgens de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Op deze aanbestedingsprocedure en de met de procedurekeuze samenhangende keuzes zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3^e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).
- 5.2. De vraag die naar het oordeel van de Commissie moet worden beantwoord, is: mocht aanbesteder deze opdracht gunnen met een beroep op de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging vanwege het ontbreken van mededinging om technische redenen (artikel 2.32 Aw 2012)?

In behandeling nemen klacht

- 5.3. Aanbesteder stelt dat ondernemer alleen belang heeft bij zijn klacht over de toepassing van de onderhandelingsprocedure (zie 4.2). De Commissie volgt aanbesteder niet in die stelling. Aanbesteder heeft zijn procedurekeuze gemaakt op basis van omvang en specificatie van de opdracht en de eisen die hij stelt aan de uitkomst. De specificatie, omvang en eisen aan de opdracht worden dus niet pas relevant voor ondernemer als de opdracht is opengesteld voor mededinging, maar zijn relevant voor de beantwoording van de vraag of aanbesteder terecht heeft gekozen voor de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. De Commissie gaat daarom over tot behandeling van de klacht.

Toetsingskader

Onderhandelingsprocedure zonder aankondiging

- 5.4. In artikel 2.32 Aw 2012 is bepaald dat (1) sprake moet zijn van het ontbreken van technische redenen, (2) geen redelijk alternatief of substituut bestaat en (3) dat het ontbreken van de mededinging om technische redenen niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding:

‘1. De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen indien: (...)

b. de overheidsopdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat (...)

2°. mededinging om technische redenen ontbreekt, (...)

3. Het eerste lid, onderdeel b, onder 2 en 3 is uitsluitend van toepassing indien er geen redelijk alternatief of substituut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.’

- 5.5. In overweging 50 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU geeft de Europese wetgever enkele voorbeelden van ‘technische redenen’ ter bepaling van het exclusieve karakter van de opdracht:

- Het is voor een andere ondernemer technisch onhaalbaar de vereiste prestaties te leveren;
- Er zijn specifieke kennis, instrumenten of middelen nodig die maar één ondernemer tot zijn beschikking heeft;

- Er gelden specifieke interoperabiliteitseisen waaraan moet worden voldaan met het oog op het goed functioneren van de aan te besteden werken, leveringen of diensten.

- 5.6. Een beroep op artikel 2.32 lid 1 onderdeel b onder 2 Aw 2012 heeft blijkens Europese jurisprudentie slechts in beperkte gevallen kans van slagen. Een aanbestedende dienst moet niet alleen bewijzen dat technische redenen aanwezig zijn, maar ook dat die technische redenen het 'volstrekt noodzakelijk' maken de opdracht aan een bepaalde onderneming te gunnen (HvJ EG 18 mei 1995, Commissie/Italië, zaak C-57/94, ECLI:EU:C:1995:150, r.o. 23-28, zie ook Advies 669, ov. 4.4.3.).
- 5.7. Uit jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie blijkt tevens dat de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging restrictief moet worden geïnterpreteerd (HvJEG 10 maart 1987, Commissie/Italië, zaak C-199/85, Jur. 1987, blz. I-01039). Daarnaast moet de aanbestedende dienst die een beroep doet op een van de uitzonderingssituaties het bestaan van die uitzonderingssituatie aantonen (zie ook Advies 669, ov. 4.4.2 en 4.4.3).

Onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking beperkt de mededinging

- 5.8. De Commissie stelt voorop dat een beroep op artikel 2.32 Aw 2012 de mededinging in ernstige mate beperkt. Daarom moeten de voorwaarden voor de toepassing van deze uitzondering ook restrictief worden toegepast.
- 5.9. Een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging kan worden gevolgd indien de overheidsopdracht slechts door één bepaalde ondernemer *kan* worden verricht. Zoals uit paragraaf 5.5 blijkt, heeft de Europese wetgever enkele voorbeelden van 'technische redenen' gegeven. De Commissie constateert dat de voorbeelden die de Europese wetgever heeft gegeven van technische redenen (zie ov. 5.5 bovenstaand) telkens voorbeelden betreffen waarin andere ondernemers de betreffende dienst niet *kunnen* verrichten of producten niet *kunnen* leveren.

Integrale totaaloplossing technische reden?

- 5.10. De Commissie overweegt dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de belangen van aanbesteder bij de meerwaarde en beperking van risico's die een bepaalde oplossing biedt en anderzijds de technische noodzaak tot het kiezen voor een bepaalde oplossing. In zijn reactie lijkt aanbesteder ervan uit te gaan dat, indien hij kan onderbouwen dat de specificatie van de opdracht op een (redelijke) behoefte is gebaseerd en slechts één ondernemer kan voldoen aan de aldus gespecificeerde opdracht, hem zonder meer een beroep op artikel 2.32 Aw 2012 toekomt. Naar het oordeel van de Commissie is dat niet zonder meer het geval.
- 5.10.1. Uit de reactie van aanbesteder (zie 4.2.3 tot en met 4.2.5 bovenstaand) blijkt dat hij het hebben van één aanspreekpunt voor het domein van persoonsgegevens ziet als een grote meerwaarde en dat het scheiden van beheer zou leiden tot, samengevat, beperking van risico's. Ook acht hij migratie te risicovol voor de continuïteit. Dit belang weegt voor aanbesteder zwaarder dan het belang van een potentiële leverancier die één van de twee benodigde applicaties kan leveren.
- 5.10.2. De Commissie kan goed begrijpen dat aanbesteder een integrale totaaloplossing van één leverancier ziet als een oplossing die meerwaarde biedt en beperktere risico's met zich meebrengt. Dat betekent echter niet dat een technische noodzaak bestaat te kiezen voor die oplossing. Uit het verleden blijkt dat met een samenstel van oplossingen in de behoefte van aanbesteder kan worden voorzien. Aanbesteder stelt immers dat in 2018 op deze wijze in zijn behoefte werd voorzien. Daaruit

blijkt dat een andere oplossing dan de door aanbesteder gekozen integrale totaaloplossing niet feitelijk onmogelijk is.

- 5.11. De Commissie oordeelt dat het feit dat slechts één ondernemer de geïntegreerde opdracht zou kunnen verrichten niet het gevolg is van een technische reden. Mogelijk bestaat een redelijk alternatief of substituuut en mogelijk is het ontbreken van de mededinging het gevolg van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.

Redelijk alternatief of substituuut voorhanden?

- 5.12. In zijn reactie heeft aanbesteder onderbouwd waarom, in zijn optiek, andere oplossingen dan de door hem gekozen totaaloplossing geen redelijk alternatief of substituuut vormen. De Commissie overweegt dat, onder bijzondere omstandigheden, de risico's die zijn verbonden aan het kiezen van een samenstel van oplossingen kunnen meebrengen dat geen sprake is van een *redelijk* alternatief of substituuut (vgl. Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1332, r.o. 3.7). De Commissie overweegt dat de door aanbesteder gesignaleerde risico's echter ook lijken te kunnen worden ondervangen op een andere wijze dan door te kiezen voor een integrale totaaloplossing (vgl. Advies 669, ov. 4.6). Uit de stellingen van aanbesteder kan de Commissie in ieder geval niet afleiden waarom, bijvoorbeeld, adequate inregeling van het contractmanagement, contractuele boetes en aansprakelijkheid van de 'hoofdaannemer' de door aanbesteder gesignaleerde risico's niet zouden mitigeren. Vooralsnog gaat de Commissie daarom uit van de veronderstelling dat een redelijk alternatief of substituuut wel voorhanden is en aanbesteder de gewenste meerwaarde ook op andere wijze kan realiseren dan door te kiezen voor een integrale totaaloplossing.

Kunstmatige beperking?

- 5.13. Als het kiezen voor de integrale totaaloplossing niet volstrekt noodzakelijk is voor uitvoering van de opdracht, dan houdt een beroep op de uitzondering een kunstmatige beperking in. De opdracht kan immers ook op andere wijze worden uitgevoerd.
- 5.13.1. Bij het oordeel van de Commissie speelt een rol dat aanbesteder een ISAE 3402 type II verklaring eist. In het arrest Roche Lietuva heeft het Europese Hof van Justitie geoordeeld dat de naleving van de vereisten dat technische specificaties inschrijvers gelijke toegang moeten bieden tot de aanbestedingsprocedures en dat zij er niet toe mogen leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen, des te belangrijker is wanneer de technische specificaties in het bestek op zeer gedetailleerde wijze zijn geformuleerd. Hoe gedetailleerder de technische specificaties zijn geformuleerd, hoe groter immers het risico dat de producten van een bepaalde fabrikant worden bevoordeeld (Zie HvJ EU 25 oktober 2018, C-413/17, Roche Lietuva, r.o. 37, zie hierover nader Advies 676, ov. 4.3.2 tot en met 4.3.8).
- 5.13.2. De voor aanbesteder relevante uitgangspunten van de ISAE 3402 type II verklaring hadden in de aanbestedingsstukken moeten worden opgesomd, of aanbesteder had moeten bepalen dat het bewijs van voldoen aan de relevante eisen met elk passend middel kon worden geleverd. Door uitsluitend het beschikbaar stellen van een ISAE 3402 type II verklaring te accepteren, heeft aanbesteder geen gelijke toegang geboden aan ondernemingen die een functioneel gelijkwaardige oplossing aanbieden.

- 5.14. Concluderend oordeelt de Commissie dat de door aanbestedder aangedragen 'technische reden', een beroep op artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2 Aw 2012 niet kunnen rechtvaardigen. De Commissie acht de klacht daarom **gegrond**.

Den Haag, 4 september 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Mr. M.C. Pinto

Voorzitter

Vicevoorzitter