



MEDEDINGING ONTBREEKT DOORDAT CONCURRENT NIET TIJDIG KAN LEVEREN



DE ZAAK

RadboudUMC heeft het voornemen drie van haar vijf oudste bestralingsapparaten, die in 2011 en 2012 zijn aangeschaft, vanwege hun aflopende levensduur te vervangen. De projectgroep van RadboudUMC benadert begin oktober 2022 Elekta en Varian (de enige relevante spelers op de Europese markt), om mee te denken over een geïntegreerde oplossing voor de door RadboudUMC benodigde hard- en software. RadboudUMC wil geïnformeerd worden over CT-scan en MR-scan gestuurde apparatuur met OART (online adaptieve radiotherapie functie). Op basis van diverse gesprekken tussen RadboudUMC en Elekta, een werkbezoek en een presentatie worden Elekta en Varian uitgenodigd een voorstel te doen voor de meest geschikte apparatuur voor RadboudUMC. Na afloop van de presentaties van Elekta en Varian rondt RadboudUMC haar inventarisatie van de oplossingen vanuit de markt af. De projectgroep van RadboudUMC concludeert op basis daarvan dat maar één marktpartij, te weten Varian, kan voldoen aan alle eisen en voorwaarden. Elekta kan de juiste apparatuur pas in het derde kwartaal van 2025 leveren, terwijl RadboudUMC levering in het eerste kwartaal van 2024 noodzakelijk acht.

RadboudUMC is daarom voornemens de opdracht onderhands te gunnen aan Varian, omdat mededinging om technische redenen ontbreekt. RadboudUMC plaatst, na onderhandeling met Varian, in september 2023 een 'Aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' op TenderNed met daarin een onderbouwing en stelt Elekta daarvan op de hoogte. Elekta is het niet eens met de gang van zaken en stapt naar de rechter. Volgens Elekta moet de voorgenomen onderhandse gunning aan Varian worden ingetrokken en in plaats daarvan een Europese aanbestedingsprocedure gestart worden. RadboudUMC

zou onvoldoende hebben aangetoond dat de mededinging vanwege technische redenen ontbreekt. Elekta beweert namelijk een kwalitatief gelijkwaardige oplossing te kunnen bieden.

De voorzieningenrechter stelt het RadboudUMC in het gelijk. Zij heeft volgens de rechter voldoende aannemelijk gemaakt dat er op basis van de marktverkenning wensen en objectieve eisen zijn geformuleerd voor de nieuwe bestralingsapparatuur, die uiteindelijk hebben geresulteerd in drie vereisten waaraan volgens RadboudUMC moet worden voldaan. Elekta gaat volgens de rechter voorbij aan het feit dat RadboudUMC als aanbestedende dienst op enig moment moet beslissen op welke wijze er aanbesteed wordt. De tijdslijn die RadboudUMC daarbij hanteert is objectief gerechtvaardigd en ook proportioneel. Elekta heeft in haar presentatie begin 2023 aangegeven dat zij een gevraagd product (CT-scan gestuurde online adaptieve radiotherapie) pas kan leveren vanaf het derde kwartaal van 2025. Dit is volgens de voorzieningenrechter te laat. In haar dagvaarding noemt Elekta een leveringstermijn van 'zomer 2024' en ter zitting 'het derde kwartaal van 2024'. Het RadboudUMC was hiervan begin 2023 niet van op de hoogte en bovendien is dit nog steeds te laat. Het RadboudUMC is ook niet verplicht genoeg te nemen met een alternatief, bestaande uit tijdelijke oplossingen (nog zonder dat duidelijk is hoe lang tijdelijk is) die een soepele overgang van apparatuur en software en daarmee de behandeling van haar patiënten mogelijk in gevaar brengt. Het oordeel is dat de gestelde eisen en voorwaarden objectief en proportioneel zijn en dat niet aannemelijk is geworden dat deze op Varian zijn toegeschreven. De vorderingen worden afgewezen.



JURIDISCH KADER

- Artikel 1.10a bepaalt dat een aanbestedende dienst geen opdracht ontwerpt met het oogmerk zich te onttrekken aan de toepassing van de Aw of om mededinging op kunstmatige wijze te beperken.
- Op grond van artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2° Aw kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging worden toegepast wanneer mededinging om technische redenen ontbreekt. Daarbij dient: (i) geen redelijk alternatief of substituuft te bestaan; en (ii) het ontbreken van mededinging mag niet het gevolg zijn van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.
- Nu artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2° Aw een uitzondering op de algemene openbare aanbestedingsplicht vormt en feitelijk de mogelijkheid voor onderhandse gunning biedt, dient deze uitzonderingsgrond restrictief te worden geïnterpreteerd.
- Uit Considerans 50 van richtlijn 2014/24/EU geeft een aantal voorbeelden van 'technische redenen' waardoor de mededinging kan ontbreken, zoals technische onhaalbaarheid om te kunnen leveren en interoperabiliteitseisen waaraan noodzakelijkerwijs moet worden voldaan.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Het **Hof van Justitie van de Europese Unie** oordeelde dat het enkele feit dat een bepaalde onderneming bij uitstek geschikt is om op een aanbesteding in te schrijven de aanbestedende dienst niet ontslaat van de verplichting om te onderzoeken of ook andere ondernemingen kunnen inschrijven.
- Het **Gerechtshof Amsterdam** oordeelde in 2019 dat een beroep op het ontbreken van de mededinging vanwege technische redenen niet kon slagen omdat de motivering daarvoor onvoldoende benoemd was en er onvoldoende onderzoek had plaatsgevonden. Het betrof een onderbouwing van de transitiekosten waardoor er, gezien de hoogte van deze kosten, geen redelijk alternatief of substituut zou zijn. Transitiekosten mogen wel meegewogen worden bij de beoordeling of er sprake is van het ontbreken van de mededinging.
- In de zaak bij **de rechtbank Noord-Holland** verweerde een gemeente zich door een beroep te doen op het ontbreken van de mededinging vanwege technische redenen. Dit verweer ging volgens de rechter niet op omdat de noodzaak daarvoor onvoldoende was onderbouwd. Ook was onvoldoende onderbouwd dat met de overstap naar een andere aanbieder zodanig hoge kosten gemoeid zouden zijn dat van een redelijk alternatief of substituut geen sprake zou zijn.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Wees ervan bewust dat een beroep op het ontbreken van de mededinging vanwege technische redenen strikt en terughoudend moet worden geïnterpreteerd en toegepast. Uit deze zaak blijkt wel dat de noodzakelijke behoefte aan een specifiek product binnen een bepaald tijdsbestek een relevante rol kan spelen om de toepassing van deze uitzonderingsgrond te rechtvaardigen. Er wordt niet van een aanbestedende dienst verwacht, bij een onderbouwde behoefte aan tijdige levering, te wachten tot er mededinging ontstaat of genoeg te nemen met objectief onwenselijke tussenoplossingen. Zorg er hierbij wel voor dat alle gestelde eisen objectief onderbouwd kunnen worden.
- Verricht als aanbestedende dienst bij een potentieel beroep op het ontbreken van de mededinging vanwege technische redenen altijd grondig vooronderzoek. Eventueel kan dit, zoals in deze zaak, bestaan uit gesprekken met marktpartijen, presentaties en verzoeken om vrijblijvende voorstellen.
- Neem potentiële redelijke alternatieven of substituten mee in de afweging bij het bepalen van de voorwaarden van de aanbesteding. Zo wordt voorkomen de aanbesteding naar één partij wordt toegeschreven.
- Neem alle redenen voor het beroep op deze uitzonderingsgrond (het ontbreken van de mededinging vanwege technische redenen) op in de 'aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf' (het huidige SF15 formulier).

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves
Benefit

VANDOORNE[⊕]

Het
NIC.

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com