



VENDOR LOCK-IN; STILZITTEN BLOKKEERT MOGELIJKHEID TOT ONDERHANDELINGS- PROCEDURE



DE ZAAK

De Česká republika – Generální finanční ředitelství (hierna: het DGF), een Tsjechische overheidsinstantie verantwoordelijk voor belastingadministratie, sluit in 2016 een overeenkomst voor het onderhoud van haar IT-systeem met IBM Česká republika spol. s r. o. (hierna: IBM). De opdracht is op basis van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking één op één gegund aan IBM. Het DGF heeft voor deze procedure gekozen om de continuïteit van haar IT-systeem te waarborgen. IBM bezit immers als enige de auteursrechten op de broncode van het IT-systeem en weigert deze over te dragen (hierna: toestand van exclusiviteit). Indien het DGF met een andere partij in zee zou gaan, zou het IT-systeem onbruikbaar zijn geworden. Daarnaast is volgens het DGF de levering van een nieuw IT-systeem door een andere partij vanuit financieel oogpunt geen redelijk alternatief.

De Tsjechische mededingingsautoriteit besluit in 2017 dat het DGF niet aan alle voorwaarden heeft voldaan om de overheidsopdracht op basis van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te gunnen. De mededingingsautoriteit vindt dat onvoldoende is aangetoond dat IBM om technische redenen de enige partij is die de opdracht kan uitvoeren. Ook zou de toestand van exclusiviteit door de rechtsvoorganger van het DGF, het Tsjechische ministerie van Financiën, zelf gecreëerd zijn. Het DGF is het oneens met dit besluit, gaat in beroep en stelt uiteindelijk cassatieberoep in bij de hoogste Tsjechische bestuursrechter. Het DGF beargumenteert dat bij de initiële aanschaf maar één partij bestond die aan de behoefte kon voldoen en dat het DGF hierna geprobeerd heeft om de afhankelijkheid weg te nemen. Daarvoor was vereist dat de auteursrechten op de broncode van het IT-systeem werden overgedragen, maar dat weigerde IBM. Het niet gunnen aan IBM zou leiden tot het onbruikbaar worden van haar IT-systeem, en de levering van een nieuw IT-systeem door een andere partij is vanuit financieel oogpunt geen redelijk alternatief. De bestuursrechter besluit een prejudiciële vraag voor te leggen aan het Europees Hof van Justitie (hierna: het HvJ EU).

Op basis van eerdere rechtspraak en een restrictieve toepassing van richtlijn 2004/18 overweegt [het HvJ EU](#) dat een

aanbestedende dienst alles moet doen wat redelijkerwijs van hem kan worden verwacht om de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te vermijden. Het HvJ EU verklaart vervolgens voor recht dat artikel 31, punt 1 onder b van de Richtlijn 2004/18/EG (de voorganger van het huidige artikel 32 Richtlijn 2014/24/EU) zo moet worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst het argument van de bescherming van alleenrechten niet kan aanvoeren als de reden van deze bescherming aan hemzelf is toe te schrijven. Of die reden aan hem is toe te schrijven, wordt niet enkel beoordeeld op basis van de juridische en feitelijke omstandigheden ten tijde van de sluiting van de initiële overeenkomst, maar ook op basis van alle omstandigheden in de periode tussen de datum van sluiting van die overeenkomst en het moment waarop de aanbestedende dienst kiest welke aanbestedingsprocedure wordt gevolgd om vervolgopdrachten te plaatsen.

In deze zaak moet volgens het HvJ EU worden nagegaan of het in stand blijven van de toestand van exclusiviteit tijdens voornoemde periode te wijten is aan het handelen of stilzitten van het DGF. Meer specifiek moet worden beoordeeld of het DGF vanuit economisch oogpunt over werkelijke en redelijke middelen beschikte om tijdens voornoemde periode de toestand van exclusiviteit te beëindigen.

Het HvJ EU geeft hierop geen antwoord, het is aan de nationale rechter om per geval na te gaan of het ontstaan en vervolgens de mogelijke handhaving van de toestand van exclusiviteit te wijten is aan het handelen, of stilzitten, van de aanbestedende dienst. Wel merkt het HvJ EU op dat een toestand van exclusiviteit niet aan een aanbestedende dienst kan worden toegeschreven op grond van het enkele feit dat hij een dergelijke toestand heeft veroorzaakt door het sluiten van een eerdere overeenkomst, terwijl de Unieregeling inzake overheidsopdrachten ten tijde van de sluiting van die overeenkomst niet op hem van toepassing was. Daarentegen is voor toeschrijving aan de aanbestedende dienst niet noodzakelijk dat de toestand van exclusiviteit opzettelijk is gecreëerd of gehandhaafd om de mededinging te beperken. Kortom, niet handelen of stilzitten kan ook toeschrijving aan de aanbestedende dienst veroorzaken.



JURIDISCH KADER

- Artikel 1.10a Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst geen opdracht ontwerpt met het oogmerk zich te onttrekken aan de toepassing van de Aw 2012 of om mededinging op kunstmatige wijze te beperken.
- Op grond van artikel 32 Richtlijn 2014/24/EU (artikel 2.32 lid 1 Aw 2012) kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging worden toegepast in (onder meer) de volgende gevallen:
 - o indien mededinging ontbreekt om technische redenen (lid 2, sub b, onder ii);
 - o indien uitsluitende rechten, met inbegrip van intellectuele- eigendomsrechten, moeten worden beschermd (lid 2, sub b, onder iii);
- Het slot van lid 2, sub b, benadrukt dat voornoemde uitzonderingsgevallen alleen gelden als (i) geen redelijk alternatief of substituuut bestaat en (ii) het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.
- Nu artikel 2.32 lid 1 sub b onder 2° Aw 2012 een uitzondering op de algemene openbare aanbestedingsplicht vormt en feitelijk de mogelijkheid voor onderhandse gunning biedt, dient deze uitzonderingsgrond restrictief te worden geïnterpreteerd.
- Punt 50 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU geeft een aantal voorbeelden van 'technische redenen' waardoor de mededinging kan ontbreken, zoals 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.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Het [HvJ EU](#) oordeelde in 2009 dat de Duitse overheid niet kon volstaan met de motivering dat de enige nationale concurrent van de beoogde leverancier niet de geschikte software kon leveren. Een serieus onderzoek op Europees niveau is noodzakelijk om te identificeren of er ondernemingen zijn die invulling kunnen geven aan de door de aanbestedende dienst gevraagde behoefte.
- Het [HvJ EU](#) oordeelde in 2013 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 haar verplichting te onderzoeken of ook andere ondernemingen kunnen inschrijven.
- Het [Gerechtshof Amsterdam](#) oordeelde in 2019 dat de hoogte van transitiekosten onder bijzondere omstandigheden mee kan brengen dat van een redelijk alternatief of substituuut geen sprake is. Vereist is minimaal dat de aanbestedende dienst aantoont dat de transitiekosten zijn gebaseerd op een transparante berekening waaruit de juistheid, redelijkheid en marktconformiteit van die kosten overtuigend blijkt. In deze zaak motiveerde de aanbestedende dienst dat onvoldoende, waardoor haar beroep op het ontbreken van mededinging vanwege technische redenen niet kon slagen.



TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

- Voorkom als aanbestedende dienst bij het aanbesteden van een overheidsopdracht een vendor lock-in. Dit kan bijvoorbeeld door goed marktonderzoek te doen, het in de overeenkomst opnemen van retransitie- en exitbepalingen, of, in geval van software, maatwerk te beperken.
- Wees als aanbestedende dienst bewust van het feit dat de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging een uitzonderingsprocedure is die slechts toegepast kan worden wanneer alternatieven niet (meer) mogelijk zijn.
- Bevind je je als aanbestedende dienst in de situatie van een vendor lock-in? Dan is dat onvoldoende reden om aan te nemen dat altijd gebruik kan worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Onderneem alles wat redelijkerwijs mogelijk is om deze vendor lock-in te doorbreken. In het geval van een IT-systeem kan dit betekenen dat er (deels) afscheid genomen moet worden van bestaande software om de opdracht opnieuw open te stellen voor mededinging. Eventuele transitiekosten moeten in sommige gevallen op de koop worden toegelaten.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP