



# THE PROOF OF THE PUDDING IS IN THE EATING



## DE ZAAK

Een aanbestedende dienst kondigt een onderhandse gunning aan van een opdracht voor een softwareplatform voor de gemeentelijke basisadministratie en een applicatie voor burgerzaken. De opdracht is gegund via een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging, omdat de opdracht slechts door één ondernemer uitgevoerd zou kunnen worden 'om technische redenen'.

Een andere ondernemer verzoekt de aanbestedende dienst de onderhandse gunning nader toe te lichten, omdat hij de opdracht naar eigen zeggen ook kan uitvoeren. De aanbestedende dienst antwoordt daarop dat hij de integriteit van

de dienstverlening wil waarborgen en dat alleen de beoogde opdrachtnemer beschikt over de benodigde (ISAE 3402 type II-)certificering inzake (onder meer) cybersecurity-beveiliging. De klagende ondernemer dient vervolgens een klacht in bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.

**De Commissie** verklaart de klacht gegrond. De aanbestedende dienst is er niet in geslaagd aan te tonen dat er geen alternatieven of substituten beschikbaar zijn. Daarnaast merkt de Commissie – ten aanzien van de ISAE 3402 type II-certificering – op dat de aanbestedende dienst ook een functioneel gelijkwaardige oplossing diende uit te vragen.



## JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst mag een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen wanneer:
  - o de mededinging om technische redenen ontbreekt (artikel 2.32 Aw 2012 lid 1 sub b onder 2°);
  - o er geen redelijk alternatief of substituuut bestaat (lid 3); en
  - o het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding (lid 3).
- Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU bepaalt in dat verband dat, indien 'technische redenen' het exclusieve karakter bepalen, deze technische redenen nauwkeurig moeten worden omschreven en per geval gemotiveerd moeten worden (overweging 50). Deze redenen kunnen bijvoorbeeld zijn 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.



## RECHTERS AAN HET WOORD

- Uit een **arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen** uit 1995 blijkt dat de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging niet zomaar mag worden toegepast. Een aanbestedende dienst dient te bewijzen dat sprake is van het ontbreken van mededinging om technische redenen, maar ook dat die redenen het volstrekt noodzakelijk maken de opdracht aan een bepaalde onderneming te gunnen.
- Dat deze procedure, zoals door de Commissie genoemd in haar advies, restrictief dient te worden toegepast volgt tevens reeds uit een **arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen** uit 1987.
- In beginsel dient ook een samenstel van oplossingen te worden gezien als een mogelijk alternatief voor de aanbestedende dienst. In een **arrest van de het Gerechtshof Amsterdam** uit 2019 bepaalde het Hof dat een uitzondering hierop mogelijk is. Onder bijzondere omstandigheden kunnen de risico's die zijn verbonden aan het kiezen voor een dergelijk samenstel van oplossingen meebrengen dat geen sprake is van een redelijk alternatief of substituuut.
- Het **Hof van Justitie van de Europese Unie** benadrukte in het arrest Roche Lietuva dat technische specificaties, zoals een ISAE 3402 type-II-certificering, zodanig moeten worden geformuleerd dat ze geen ongerechtvaardigde belemmeringen voor mededinging creëren en dat inschrijvers gelijke toegang tot de betreffende aanbestedingsprocedure dienen te hebben. Dit principe wordt des te belangrijker wanneer de technische specificaties in het bestek zeer gedetailleerd zijn geformuleerd. Het Hof overweegt in dat verband dat hoe gedetailleerder de specificaties zijn, hoe groter het risico is dat producten van een specifieke fabrikant worden bevoordeeld.



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Ga er als aanbestedende dienst niet te snel van uit dat mededinging om technische redenen ontbreekt. Als je denkt dat er maar één partij is die de opdracht kan uitvoeren, dan wordt dat vanzelf duidelijk in een aanbestedingsprocedure ('the proof of the pudding is in the eating').

### EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP



VANDOORNE<sup>⊕</sup>

Het **NIC.**

Vragen? Mail naar [legal@aevesbenefit.com](mailto:legal@aevesbenefit.com)