

Jurisprudentie Alarm

Geen reactie marktconsultatie onvoldoende
grond voor ontbreken mededinging om
technische redenen

De zaak

Het contract voor geïntegreerde software van het ROC Midden-Nederland (het ROC) verloopt per 13 december 2026. Hierdoor organiseert het ROC in februari 2025 een marktconsultatie voor een geïntegreerd softwarepakket voor E-HRM en Finance. Alleen de huidige leverancier reageert hierop. Vervolgens besluit het ROC in mei 2025 om een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf te publiceren op TenderNed, waarin staat dat het ROC de toekomstige overeenkomst voornemens is te gunnen aan de huidige leverancier. De reden is dat volgens het ROC de mededinging om technische redenen ontbreekt, omdat uit de marktconsultatie naar voren is gekomen dat er geen andere leveranciers zijn die een SaaS softwarepakket kunnen leveren waarbij HR-processen en financiële managementprocessen geïntegreerd in een systeem worden aangeboden. Hiermee wordt door het ROC een beroep gedaan op artikel 2.32 lid sub b onder 2 Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012).

In juni 2025 maken twee bedrijven bezwaar tegen het voornemen tot gunnen. Zij menen dat er een aanbesteding georganiseerd moet worden. Eiseres in deze zaak maakt onderdeel uit van één van deze bedrijven. Beide bedrijven worden hierop door het ROC uitgenodigd om ook de vragen uit de marktconsultatie te beantwoorden. Eén bedrijf gaat hierop in waarop het ROC de conclusie trekt dat deze partij niet kan voldoen. Het bedrijf gelieerd aan de eiseres heeft geen tijd voor beantwoording. Het ROC besluit hierop opnieuw een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf te publiceren op TenderNed met het voornemen om te gunnen aan de huidige leverancier. Dit keer is de onderbouwing uitgebreider. Eiseres is nog steeds van mening dat er aanbesteed moet worden en stapt naar de rechter.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland overweegt dat een aanbestedende dienst die zich beroept op de uitzondering van de technische redenen, moet bewijzen dat er redenen zijn in de zin van die bepaling, maar ook dat die redenen het volstrekt noodzakelijk maken de in geding zijnde opdracht aan de onderneming in kwestie te gunnen. Ook moet aan alle voorwaarden worden voldaan die aan de uitzondering worden gesteld waarop de aanbestedende dienst zich beroept. Dit laatste is volgens de rechter niet het geval. Het ontbreken van de mededinging kan volgens de rechter niet hard worden gemaakt met het feit dat alleen de huidige leverancier de vragen van de marktconsultatie heeft beantwoord. Eiseres heeft vanwege capaciteitsredenen niet deelgenomen maar beweerd in haar bezwaar en ter zitting wél een passende oplossing te hebben voor de behoefte van het ROC. Het ROC had hieruit niet de conclusie mogen trekken dat eiseres niet voldoet. Een beroep op de uitzondering van art. 2.32 Aw 2012 vereist dat het ROC aantoont dat de mededinging om technische redenen ontbreekt.

Het ROC geeft ter zitting nog aan dat haar besluit niet alleen op basis van de marktconsultatie genomen is, maar ook op basis van eigen onderzoek. Het bewijs hiervan inclusief overwegingen en conclusie wordt niet geleverd waardoor dit argument niet opgaat. Wat betreft de uitgebreidere onderbouwing in de tweede aankondiging gaat het ROC vooral in op de eigen behoefte en waarom een gekoppeld integraal systeem noodzakelijk is. Eiseres geeft aan hier gewoon aan te kunnen voldoen, zij het met een andere technische oplossing dan die van de huidige leverancier. In dat opzicht heeft het ROC onvoldoende onderbouwd dat er geen redelijk alternatief of substituut bestaat.

De conclusie is dat zowel in de aankondigingen als ter zitting het ROC er niet in is geslaagd om aannemelijk te maken dat er sprake is van het ontbreken van de mededinging op technische redenen. Een belangenafweging brengt hier geen verandering in. Het ROC mag de opdracht niet definitief gunnen en moet de opdracht aanbesteden.



Juridisch kader

- **Artikel 1.10a Aw 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:
 - oindien mededinging ontbreekt om technische redenen (lid 2, sub b, onder ii);
 - oindien 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 substituut 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

- In 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 substituut 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.

Rechters aan het woord

- Het HvJ EU oordeelde begin 2025 dat een toestand van exclusiviteit (lees: vendor lock-in) niet het gevolg moet zijn van het handelen of stilzitten van een aanbestedende dienst. In de afweging of gebruik gemaakt mag worden van de uitzonderingsbepaling van artikel 2.32 moet worden meegewogen of een aanbestedende dienst van economisch oogpunt over werkelijke en redelijke middelen beschikte om in het verleden af te komen van de toestand van exclusiviteit.



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. De bewijsvoering voor een geslaagd beroep hierop rust geheel bij de aanbestedende dienst.
- 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 dat de aanbesteding naar één partij wordt toegeschreven.
- 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. Dit blijkt uit de wet. Alternatieven zullen daarom onderzocht moeten worden. Uit deze uitspraak blijkt dat wanneer verschillende technische oplossingen mogelijk zijn, een bepaalde oplossing niet zonder reden gezien kan worden als 'het niet kunnen leveren van een redelijk alternatief of substituuut'.
- 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).



MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze [website](#).

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met [Van Doorne](#)
Advocaten, notarissen & fiscalisten en [EPSA Procurement](#).

epsa[™]
PROCUREMENT

Van Doorne