

40. De ICT-techniek staat voor niets, behalve torenhoge transitiekosten

Waarom stilzitten bij een vendor lock-in evenwel niet langer een optie is

MR. L.M. ENGELS EN MR. E. DE BOER

Aanbestedende diensten die ICT-opdrachten aanbesteden, zien zich met enige regelmaat bij het einde van de contractduur genoodzaakt een verlenging of nieuw contract te gunnen aan de zittende opdrachtnemer. Technische redenen of intellectuele eigendomsrechten staan in de weg aan een transitie naar een andere dienstverlener of leverancier, omdat de daarmee gemoeide kosten onaanvaardbaar hoog zijn of de risico's voor de bedrijfsvoering te groot, aldus de aanbestedende diensten. Tegelijkertijd ondermijnt (het in stand houden van) een vendor lock-in de Europese interne markt. Kortom: in hoeverre kan de aanbestedende dienst zich hierop beroepen en hierin berusten?

Inleiding

'De Nederlandse overheid is gevaarlijk afhankelijk van buitenlandse clouddiensten, constateert de Rekenkamer', zo kopte het NRC begin dit jaar.¹ Tegelijkertijd moet er fors worden bezuinigd door de overheid, onder meer op ICT.² Dat het voor overheden bijzonder lastig is gebleken de afhankelijkheid van bestaande ICT-systemen te verminderen, terwijl de ICT-kosten blijven toenemen, mag onder tussen geen geheim heten.

In het bijzonder voor de inkoop van ICT-systemen wordt vanwege de zogenaamde 'vendor lock-in'-problematiek met enige regelmaat een uitweg gezocht in uitzonderingen op de aanbestedingsplicht. Van een vendor lock-in – of in beter Nederlands: ongewenste exclusiviteit – is sprake indien een organisatie zo afhankelijk is geworden van een leverancier, dat afscheid nemen of overstappen niet mogelijk is zonder grote financiële of organisatorische gevolgen.³ Een daarbij veel toegepaste uitzonderingsgrond is vervat in art. 2.32 lid 1 onderdeel b onder 2 Aanbestedingswet 2012 (Aanbw 2012): de aanbestedende dienst kan de onderhandelsprocedure zonder aankondiging toepassen indien de opdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan

worden verricht omdat mededinging om technische redenen ontbreekt. Een andere met enige regelmaat toegepaste uitzonderingsgrond is vervat in sub 3 van hetzelfde onderdeel b: de opdracht kan slechts door één bepaalde ondernemer worden verricht vanwege te beschermen uitsluitende rechten, met inbegrip van intellectuele-eigendomsrechten.

In dit artikel onderzoeken auteurs – mede in het licht van het recente Ceska/Urad-arrest van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU)⁴ – in hoeverre kosten en risico's die gepaard gaan met een transitie naar een nieuw ICT-systeem als dergelijke 'technische redenen' kunnen kwalificeren of een beroep op het beschermen van uitsluitende rechten kunnen rechtvaardigen, en zo ja, welke voorwaarden daaraan moeten worden verbonden. Het Ceska/Urad-arrest lijkt een concrete voorwaarde aan het reeds bekende pallet van voorwaarden te hebben toegevoegd: de aanbestedende dienst mag ook niet hebben stilgezeten. Zij moet er actief naar streven de lock-in situatie te beëindigen.

Vendor lock-in

Aanbestedende diensten beschikken veelal niet over de informatie die nodig is om een ICT-systeem ten behoeve van onderhoud of doorontwikkeling over te dragen aan een andere leverancier. In de regel berust het intellectuele-eigendomsrecht van een systeem bij de oorspronkelijke ICT-leverancier, vooral wanneer het standaardprogramma-

1 'De Nederlandse overheid is gevaarlijk afhankelijk van buitenlandse clouddiensten, constateert de Rekenkamer', NRC 15 januari 2025.

2 'Hoe een bezuiniging van 1 miljard op ambtenarij een allegaartje dreigt te worden', NRC 20 mei 2025.

3 PIANOo definieert de vendor lock-in als volgt: een vendor lock-in is het verschijnsel dat een organisatie zo afhankelijk wordt van een leverancier dat afscheid nemen of overstappen niet mogelijk is zonder grote (financiële) gevolgen. Zie: PIANOo, 'Vendor lock-in', PIANOo – Expertise-centrum Aanbesteden, geraadpleegd 28 mei 2025, <https://www.pianoo.nl/nl/sectoren/ict/inkopen-van-ict/vendor-lock>.

4 HvJ EU 9 januari 2025, C-578/23, ECLI:EU:C:2025:4.

tuur betreft.⁵ Dikwijls verstrekken deze leveranciers slechts een beperkt gebruiksrecht. Daardoor zijn aanbestedende diensten voor beheer, aanpassingen en onderhoud vaak aangewezen op de oorspronkelijke leverancier van het ICT-systeem.

Het alternatief is de aanschaf van een nieuw systeem, wat gepaard gaat met hoge kosten voor onder meer aankoop, implementatie (al dan niet met allerlei koppelingen aan bestaande systemen), transitie van data en informatie naar het nieuwe systeem en het scholen van personeel in het gebruik van het nieuwe systeem. Daarbij speelt ook het soms hoge risico op continuïteitsproblemen parten. De hoge kosten en risico's leiden ertoe dat aanbestedende diensten eerder geneigd zijn om opnieuw te contracteren met de zittende leverancier. Resultaat daarvan is het ontstaan of voortduren van een vendor lock-in.

De vendor lock-in blijkt een veel voorkomend fenomeen te zijn in de Europese markt. De Europese Commissie heeft in haar mededeling in 2013 aangegeven dat uit een door haar uitgevoerd onderzoek in 2011 bleek dat 40% van de 244 onderzochte EU-aanbestedingsinstanties zijn ICT-systeem niet wilde wijzigen vanwege hoge kosten en complexe wijzigingen aan andere gekoppelde systemen. Daarnaast gaf 25% van de ondervraagden aan bang te zijn dat informatie niet goed zou worden overgezet naar een nieuw systeem.⁶ In een rapport uit 2016 van de Europese Commissie bleek dat maar liefst 42% van de ondervraagde partijen een ICT-lock-in ervaart.⁷

Sinds genoemde rapporten is het aantal Europese ICT-aanbestedingen in Nederland enorm gegroeid: van 1.001 aanbestedingen in 2017 naar 1.532 aanbestedingen in 2024. Het aantal onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking bij ICT-opdrachten is in dezelfde jaren nog meer toegenomen: van 64 in 2017 naar maar liefst 267 in 2024.⁸ Het laat zich raden dat een ICT-lock-in geen zeldzaamheid meer is.

De nadelen van een vendor lock-in zijn voelbaar op meerdere niveaus in de EU-markt en worden niet in de laatste plaats door aanbestedende diensten zelf ervaren. Deze voelen zich gedwongen prijzen te betalen die niet in concurrentie tot stand zijn gekomen. Onderhandelingsruimte is er

nog maar amper. Aangenomen kan worden dat, naast uiteraard een ongewenste verstoring van de Europese interne markt, hierdoor ook gemeenschapsgeld wordt aangewend voor oplossingen die relatief gezien uiteindelijk aanzienlijk duurder zijn dan wanneer er wel tijdig opnieuw concurrentie was ingeroepen.

Daarbij leidt het gebrek aan mededinging ook tot minder verbeteringen en innovatie. De kansen op de markt voor nieuwkomers en innovators zijn immers beperkt. Partijen die hun plekje al hebben veroverd, zitten voor lange tijd gebakken. In de recente Europese data-verordening (European Data Act) wordt in dat verband ook inleidend overwogen dat er een ambitieuze en op innovatie gerichte regelgevingsbenadering van interoperabiliteit nodig is om leveranciersafhankelijkheid (vendor lock-in) te beperken, aangezien deze de mededinging en de ontwikkeling van nieuwe diensten ondermijnt.⁹ Het effect van dergelijke regelgeving zal echter nog moeten blijken. De Europese Commissie schatte ondertussen het bedrag dat in de EU onnodig verloren gaat door het gebrek aan mededinging in 2013 al in op 1,1 miljard euro.¹⁰ Wetende dat de problematiek in omvang ondertussen alleen maar is toegenomen, zal dat bedrag inmiddels vervieelvoudigd zijn.

Het gebrek aan mededinging leidt ook tot minder verbeteringen en innovatie, de kansen voor nieuwkomers en innovators zijn immers beperkt

Kortom, hoewel berusten in een vendor lock-in op de korte termijn voor aanbestedende diensten economisch en bedrijfstechnisch een goede en aanvaardbare optie kan lijken, is het dat op lange termijn in de regel niet. In dit licht is kritiek op aanbestedende diensten die zich al te snel, te gemakkelijk of herhaaldelijk bedienen van de uitzonderingsgronden onder art. 2.32 lid 1 onderdeel b onder 2 of 3 Aanbw 2012 voorstelbaar, zo volgt ook uit het recente Ceska/Urad-arrest van het Europese Hof van Justitie van 9 januari 2025. Alvorens wij dit arrest belichten, bespreken wij eerst de voorwaarden waaraan in beginsel moet worden voldaan voor een geslaagd beroep op de uitzonderingsgronden van art. 2.32 lid 1 onderdeel b onder 2 en 3 Aanbw 2012.

Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

Art. 32 Richtlijn 2014/24/EU biedt de basis voor lidstaten om in een beperkt aantal situaties aanbestedende diensten toe te staan gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Voor gunning van ICT-opdrachten wordt met name gebruik gemaakt van lid 2 onderdeel b onder 2 en 3 van de richtlijn, dat

5 Zoals bijvoorbeeld standaardprogrammatuur voor data en documentmanagement (DMS), clientmanagement (CRM of CMS), personeelsbeheer (HRM).

6 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's: 'Maatregelen tegen lock-in: opbouw van open ICT-systemen door een beter gebruik van normen bij overheidsopdrachten', COM (2013) 455, d.d. 25 juni 2013, p. 2.

7 Europese Commissie, 'Study on best practices for ICT procurement based on standards in order to promote efficiency and reduce lock-in', rapport, Luxemburg: Publications of the European Union, 2016, ISBN 978-92-79-54925-0, doi:10.2759/701784, p. 127.

8 TenderNed, Rapportage aanbestedingen ICT-sector, <https://www.tender-ned.nl/cms/nl/aanbesteden-cijfers/sectorrapportage/ict>, geraadpleegd op 28 mei 2025.

9 Overweging 88 van de Europese Dataverordening 2023/2854.

10 Mededeling van de Commissie 2013, p. 2 en 4.

toestaat dat de procedure wordt toegepast wanneer de betreffende opdracht slechts door een ondernemer verricht kan worden doordat de mededinging wegens technische redenen ontbreekt (lid 2 onderdeel b onder 2) of wanneer gunning aan een ondernemer de enige mogelijkheid is om uitsluitende rechten, met in begrip van intellectuele eigendomsrechten, te beschermen (lid 2 onderdeel b onder 3). Daaraan is voorwaardelijk dat er geen redelijk alternatief of substituuut bestaat. Bovendien mag het ontbreken van mededinging niet het gevolg zijn van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.¹¹ De gronden van art. 32 van de Richtlijn 2014/24/EU zijn geïmplementeerd en integraal overgenomen in art. 2.32 Aanbw 2012.¹²

Naast deze uitdrukkelijke randvoorwaarden, volgt ook uit de considerans van de Richtlijn 2014/24/EU in algemene zin dat de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden kan worden toegepast en alleen gerechtvaardigd is in situaties van objectieve exclusiviteit die niet door de aanbestedende dienst ‘zelf met het oog op de toekomstige aanbestedingsprocedure is gecreëerd’.¹³ Deze restrictieve uitleg vloeit voort uit de doelstelling van de Uniewetgever: het garanderen van vrij verkeer van diensten en openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten op de interne markt van de Europese Unie.¹⁴

Ontbreken van mededinging is het gevolg van technische redenen

Volgens de Uniewetgever ontbreekt de mededinging indien de opdracht maar door één enkele ondernemer kan worden uitgevoerd omdat het bijvoorbeeld voor andere ondernemers technisch onhaalbaar is om de vereiste prestaties te leveren, omdat specifieke kennis, instrumenten of middelen nodig zijn die andere ondernemers niet tot hun beschikking hebben, of omdat voor een goede uitvoering aan bepaalde interoperabiliteitseisen moet worden voldaan.¹⁵

Wat als ‘technisch onhaalbaar’ kwalificeert, blijft niettemin een betrekkelijk arbitrair en rekbaar begrip, zo blijkt althans uit de Nederlandse jurisprudentie. Zo hield het feit dat slechts één ondernemer beschikte over de broncode die nodig was om een systeem aan te passen (in casu het diagnosesysteem voor treinen) een technische reden in en tevens een te beschermen uitsluitend recht (intellectueel eigendom op de broncode) waardoor mededinging ontbrak, aldus de rechtbank Midden-Nederland.¹⁶ Tegelijkertijd leveren volgens dezelfde rechtbank juridische beletsels in beginsel geen technische reden in de zin van de wet op, zo werd

geoordeeld in verband met de inkoop van maatschappelijke opvang waarvoor door de aanbestedende dienst slechts één locatie geschikt achtte, met de eigenaar waarvan zij met die reden was overgegaan tot onderhandeling zonder voorafgaande bekendmaking.¹⁷ De eis in het kader van een opdracht voor landelijke postbezorging dat minimaal 75% van de opdracht door de opdrachtnemer zelf moet worden uitgevoerd omdat medewerkers dan zowel feitelijk als juridisch konden worden aangesproken, vormde geen technische reden, zo oordeelde de Commissie van Aanbestedingsexperts. Naar haar oordeel was het gebrek aan mededinging in dit geval het gevolg van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.¹⁸ Het gerechtshof Amsterdam heeft in zijn arrest van 16 april 2019 (*Iron Mountain/UWV*) overwogen dat de hoogte van de kosten gemoeid met de transitie van het systeem van de zittend dienstverlener naar een andere ondernemer onder bijzondere omstandigheden kan meewegen in het oordeel of er sprake is van een technische reden. Het hof maakt daartoe een koppeling met de voorwaarde van het ontbreken van een redelijk alternatief of substituuut (waarover hierna meer), waaraan het vanwege onevenredig hoge kosten kan ontbreken.¹⁹

Wij maken uit jurisprudentie op dat het begrip ‘technische redenen’ op zich een ruime uitleg krijgt die breder is dan de zuiver *technische* aspecten van een opdracht. Om effectiviteit van de uitzondering te behouden, achten auteurs dat ook begrijpelijk. Immers, zuiver technisch bezien is vrijwel niets onmogelijk. Tegelijkertijd wordt die ruime uitleg direct ook weer begrensd door stringente toepassing van de voorwaarden ten aanzien van het ontbreken van een redelijk alternatief of substituuut en het niet veroorzaakt zijn van het gebrek aan mededinging door de aanbestedende dienst zelf.

Noodzakelijke bescherming van uitsluitende rechten

Uit de wetsgeschiedenis en uit Europese jurisprudentie volgt dat voor een beroep op het moeten beschermen van uitsluitende rechten in beginsel onvoldoende is dat op diensten of goederen die de aanbestedende dienst wil inkopen een beschermend recht rust. Het gaat erom dat de betreffende leverancier ook echt de enige partij is die zijn dienst of het goed kan realiseren of leveren ingevolge het beschermde recht (hij kan immers ook anderen hebben gerechtigd zijn product te gebruiken en te bewerken zodanig dat een opdracht kan worden volbracht).²⁰

11 Art. 32 lid 1 jo. lid 2 sub b Richtlijn 2014/24/EU (Aanbestedingsrichtlijn).

12 *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 46 (MvT).

13 Overweging 50, Richtlijn 2014/24/EU (Aanbestedingsrichtlijn).

14 Conclusie advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona 26 september 2024, C-578/23, ECLI:EU:C:2024:795, r.o. 43; HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, r.o. 31-32 (*Presstext*) en de daarin aangehaalde uitspraak; HvJ EU 7 december 2023, C-441-22 en C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970, r.o. 61 (*Obshtina Razgrad*).

15 Overweging 50, Richtlijn 2014/24/EU (Aanbestedingsrichtlijn).

16 Rb. Midden-Nederland 17 juni 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2212.

17 Rb. Midden-Nederland 30 mei 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:3391, rov. 3.20.

18 Commissie van Aanbestedingsexperts advies 669, 28 oktober 2022, rov. 4.5.6.

19 Hof Amsterdam 16 april 2019 (*Iron Mountain/UWV*), ECLI:NL:GHAMS:2019:1332, rov. 3.7. Op de overweging van het hof dat de kosten onvoldoende waren onderbouwd, is overigens kritiek geuit door D.R. Versteeg in ‘Onderhands overspeeld’ *TA* 2019/65.

20 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32440, nr. 3, p. 65 (MvT); HvJ EU 3 mei 1994, C-328/92, ECLI:EU:C:1994:178 (*Commissie/Spaanje*).

In de hiervoor al aangehaalde zaak bij rechtbank Midden-Nederland over een diagnosesysteem voor treinen werd de toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wegens de noodzakelijke bescherming van uitsluitende rechten toelaatbaar geacht. Speciale-sectorbedrijf NedTrain had hier het voornemen bekendgemaakt de opdracht tot aanpassing van het diagnosesysteem te gunnen aan Alstom Transport, leverancier en uitsluitend gerechtigde van het systeem. Volgens NedTrain kon alleen Alstom Transport de betreffende onderhoudsopdracht uitvoeren omdat alleen zij beschikking had over het ontwerp en de broncode. De rechtbank achtte het aannemelijk dat het zonder de broncode technisch onmogelijk was de opdracht aan een derde partij te gunnen en evenzo aannemelijk was dat deze broncode beschermd moest worden.²¹ In deze casus slaagde het beroep op de uitzonderingsgrond kennelijk ook vooral vanwege de sterke koppeling met de voorwaarde van het ontbreken van een *redelijk* alternatief of substituuut. De rechtbank overwoog dat hiervan geen sprake was, omdat dit het volledig vervangen van het diagnosesysteem zou inhouden.²² De rechtbank lijkt hiermee te impliceren dat vervanging – hoewel technisch gezien strikt genomen niet onmogelijk – disproportioneel is. Ook in dit verband lijken onevenredige hoge kosten dus een rol te mogen spelen.

Er bestaat geen redelijk alternatief of substituuut

In uitspraken van het hof en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts is met regelmaat ingegaan op het vereiste dat technische redenen het ‘volstrekt noodzakelijk’ moeten maken de opdracht aan een specifieke ondernemer te gunnen.²³ De vigerende wettelijke bepalingen – waarvan de bewoordingen ogenschijnlijk wat meer beoordelingsruimte laten – gaan ervan uit dat sprake moet zijn van een ‘gebrek aan een redelijk alternatief of substituuut’.²⁴ Bij de toets of mededinging daadwerkelijk ontbreekt of dat er een alternatief mogelijk is, wordt ook gekeken naar het achterliggende doel en de noodzaak van de opgevoerde technische reden. In het hiervoor al aangehaalde advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts werd overwogen dat het kunnen aanspreken van de opdrachtnemer niet alleen kon worden behaald door te eisen dat de uitvoerder 75% van de opdracht zelf moest uitvoeren en over een landelijk postbezorgingsnetwerk moest beschikken, maar

bijvoorbeeld ook door deugdelijke inrichting van contracten.²⁵ In zoverre was er dus wel een redelijk alternatief of substituuut denkbaar en waren de gestelde voorwaarden onnodig belemmerend.

Om de opdracht aan een specifieke ondernemer te gunnen moet sprake zijn van een ‘gebrek aan een redelijk alternatief of substituuut’

In een ander geval oordeelde de Commissie dat de technische reden die voortvloeide uit de samenvoeging van twee opdrachten, te weten de opdracht tot levering van een softwareplatform voor gemeentelijke basisadministratie en tot levering van een applicatie voor burgerzaken, waardoor vervolgens maar één ondernemer aan de eisen kon voldoen, voortvloeide uit louter organisatorische overwegingen. De aanbestedende dienst had ook door een samenstel van oplossingen in zijn behoeften kunnen voorzien. Ook hier was een redelijk alternatief voorhanden, zodat de aanbestedende dienst geen beroep op het wegens technische redenen ontbreken van mededinging mocht doen.²⁶

Hiervoor kwam al aan de orde dat onevenredig hoge kosten kunnen bijdragen aan het oordeel dat een *redelijk* alternatief ontbreekt. Dit dient de aanbestedende dienst dan wel te bewijzen. Het hof Amsterdam oordeelde in zijn arrest Iron Mountain/UWV dat onevenredig hoge transitiekosten relevant zijn voor een beroep op het ontbreken van mededinging wegens technische redenen, maar hiertoe dan wel een transparante, redelijke en marktconforme berekening dient te worden overgelegd.²⁷ Daarop liep het in dat geval alsnog spaak.²⁸

Ontbreken van mededinging is niet het gevolg van kunstmatige beperking van de voorwaarden

Vooropgesteld kan worden dat een aanbestedende dienst hoe dan ook geen onnodig zware of bijzondere eisen mag stellen die de toegang tot een opdracht bewust beperken.²⁹ Bij een beroep op art. 2.32 lid 2 Aanbw 2012 lijkt daar nog meer gewicht aan toe te komen dan anders: de gestelde technische eis moet *noodzakelijk* zijn in het licht van het doel van de opdracht, waardoor het ook noodzakelijk wordt dat aan één bepaalde ondernemer wordt gegund. Zo oordeelde de Commissie van Aanbestedingsexperts ten aanzien van

21 Rb. Midden-Nederland 17 juni 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2212.

22 Rb. Midden-Nederland 17 juni 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2212, 4.20.1-4.20.2.

23 Hof van Justitie EEG 18 mei 1995, C-57/94, ECLI:EU:C:1995:150 par. 24 (*Commissie/Italië*); Commissie van Aanbestedingsexperts advies 669, 28 oktober 2022, , rov.4.6-4.7; Commissie van Aanbestedingsexperts advies 689, 4 september 2023, rov. 5.6 en 5.13; Commissie van Aanbestedingsexperts advies 714, 29 april 2024, rov. 5.6; Commissie van Aanbestedingsexperts advies 721, 14 juni 2024, rov. 5.12 en 5.23.

24 Vgl. art. 31 lid 1 sub b Richtlijn 2004/18/EG met artikel 32 lid 1 sub b Richtlijn 2014/24/EU; Commissie van Aanbestedingsexperts advies 669, 28 oktober 2022, rov. 4.6-4.7 en Commissie van Aanbestedingsexperts advies 721, 14 juni 2024, rov. 5.12. Zie ook: D.C. Orobio de Castro & E. Verweij, *Commentaar Aanbestedingsrecht*, commentaar op art. 2.32 Aanbw 2012.

25 Commissie van Aanbestedingsexperts advies 669, 28 oktober 2022.

26 Commissie van Aanbestedingsexperts advies 689, 4 september 2023.

27 Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1332, rov. 3.7 (*Iron Mountain/UWV*). Het hof overwoog dat de kosten mee kunnen wegen in de beoordeling of er sprake is van een technische reden (rov. 3.7). Op deze overweging is kritiek geuit, waaronder door mr. D.R. Versteeg in ‘Onderhands overspeeld’, *TA* 2019/65.

28 In dit arrest heeft het hof geoordeeld dat de aanbestedende dienst er niet in is geslaagd aan te tonen dat de transitiekosten marktconform en redelijk waren en heeft het de aanbestedende dienst veroordeeld tot intrekken van gunningsvoornemen.

29 Art. 1.10 Aanbw 2012.

de inkoop van een softwareplatform voor gemeentelijke basisadministratie gecombineerd met een applicatie voor burgerzaken, dat er geen technische noodzaak bestond te kiezen voor een integrale totaaloplossing, zodat sprake was van een kunstmatige beperking van de mededinging en het beroep op art. 2.32 lid 1 onderdeel b onder 2 Aanbw 2012 niet geoorloofd was.³⁰ Met een samenstel van oplossingen, kon ook in dezelfde behoefte worden voorzien.

Een opdracht waarvan de rechter nadrukkelijk overwoog dat er geen sprake was van een kunstmatige beperking van voorwaarden, was die van RadboudUMC betreffende bestralingsapparatuur en bijbehorende software. De rechter oordeelde dat de eisen die RadboudUMC aan de apparatuur en software stelde niet verder gingen dan noodzakelijk om te voorzien in de behoeften. De termijn die RadboudUMC hanteerde voor levering – waardoor een andere marktpartij afviel – was evenzo objectief gerechtvaardigd en proportioneel.³¹

Aanbestedende dienst dient te bewijzen

De aanbestedende dienst die de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking toepast, moet actief en deugdelijk motiveren waarom hij dat doet. Dit kan ofwel door een publicatie met vrijwillige transparantie vooraf, ofwel bij aankondiging van de gegunde opdracht.³² De in de publicatie genoemde redenen en grondslagen moeten ook compleet zijn, wil de publicatie een effectieve bescherming bieden tegen vernietiging van de gesloten overeenkomst. Deze kunnen niet later nog worden aangevuld. Concreet houdt dit in dat de aanbestedende dienst duidelijk moet maken waarom andere ondernemers de opdracht niet zouden kunnen uitvoeren, omdat zij bijvoorbeeld niet over de benodigde kennis beschikken, of omdat de opdracht voor hen technisch onhaalbaar is. Er kan niet worden volstaan met algemene beschrijvingen.³³ Dat op een eerdere vergelijkbare aanbesteding slechts één partij heeft ingeschreven, ook wanneer de marktsituatie vergelijkbaar is, is ook onvoldoende bewijs dat er nog steeds maar één partij geschikt zou zijn.³⁴

In het eerdergenoemde arrest *Iron Mountain/UWV* heeft het hof Amsterdam verder geoordeeld dat, hoewel onevenredig hoge transitiekosten kunnen meewegen in het oordeel of sprake is van het ontbreken van mededinging vanwege een technische reden, dan wel vereist is dat de aanbestedende dienst *aantoont* dat sprake is van onevenredige hoge kosten. Dit moet geschieden op basis van een transparante

berekening waaruit de juistheid, redelijkheid en marktconformiteit van die kosten overtuigend blijkt. Aan een dergelijke berekening ontbrak het in casu.³⁵

Verder dient er uiteraard rekening mee te worden gehouden dat door het uitblijven van klachten naar aanleiding van de publicatie het beroep op de uitzonderingsgrond niet *de facto* rechtmatig is of wordt, zoals ten onrechte nog wel weleens wordt aangenomen. Dat een inmiddels gesloten overeenkomst niet meer kan worden vernietigd wegens strijdigheid met de aanbestedingsregels, sluit niet uit dat andere vorderingen (zoals tot schadevergoeding) nog kunnen worden ingesteld.

Kortom, er ligt op de aanbestedende dienst een betrekkelijk zware motiveringsplicht en bewijslast. Een beroep op art. 2.32 lid 1 onderdeel b onder 2 of 3 Aanbw 2012 is ook in zoverre niet lichtzinnig te doen.

Het Ceska/Urad arrest

Uit het voorgaande volgt dat aanbestedende diensten die afhankelijk zijn van een specifieke ICT-leverancier gebruik kunnen maken van de bijzondere procedure die art. 2.32 Aanbw 2012 biedt. Dit kan wel met zich brengen dat de toestand van exclusiviteit (lock-in), in weerwil van de doelstellingen van de Uniewetgever, voortduurt. Het Europese Hof van Justitie heeft ten aanzien van dit ongewenste voortduren in zijn recente *Ceska/Urad*-arrest een nieuwe voorwaarde geïntroduceerd voor het gerechtvaardigd doen van een beroep op de uitzonderingsgronden van art. 2.32 Aanbw 2012.

In 1992 heeft het Tsjechische ministerie van Financiën een overeenkomst met IBM gesloten voor de levering van een IT-systeem voor belastingadministratie. Vanaf 2013 werd de belastingadministratie overgedragen aan het directoraat-generaal financiën (DGF). Op 20 mei 2016 heeft DGF bekendgemaakt een opdracht voor onderhoud van het IT-systeem voor belastingadministratie te hebben gegund aan IBM op grond van art. 31 lid 1 sub b van de Richtlijn 2004/18/EG (inmiddels vervangen door art. 32 lid 2 sub b van Richtlijn 2014/24/EU). De opdracht zou alleen kunnen worden gegund aan IBM omdat alleen op deze wijze de technische continuïteit gewaarborgd zou zijn en exclusieve auteursrechten beschermd.

De Tsjechische mededingingsautoriteit heeft vastgesteld dat DGF geen gebruik mocht maken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, omdat de ‘toestand van exclusiviteit’ het gevolg was van eerder handelen van DGF, althans het ministerie zelf. DGF heeft daartegen ingebracht dat ten tijde van sluiten van de overeenkomst alleen IBM de gevraagde diensten op de markt

30 Commissie van Aanbestedingsexperts advies 689, 4 september 2023.

31 Rb. Gelderland 1 december 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:6573.

32 Art. 50 en 51 Richtlijn 2014/24/EU jo. Bijlage V bij Richtlijn 2014/24/EU; art. 2.37 Aanbw 2012, zie ook: HvJ EU 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2194, C-19/13, par. 47-48 (*Fastweb*).

33 Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1332 (*Iron Mountain/UWV*); Commissie van Aanbestedingsexperts advies 714, 29 april 2024, rov. 5.10; Commissie van Aanbestedingsexperts advies 721, 14 juni 2024, rov. 5.12.

34 Commissie van Aanbestedingsexperts advies 714, 29 april 2024, rov. 5.10

35 Hof Amsterdam 16 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1332, rov. 3.7 (*Iron Mountain/UWV*). Op de overweging van het hof dat de kosten onvoldoende waren onderbouwd, is overigens kritiek geuit door D.R. Versteeg in ‘Onderhands overspeeld’ *TA 2019/65*.

aanbod en de toenmalige afspraken over het intellectuele eigendom in overeenstemming waren met de wetgeving. DGF zou daarna wel hebben geprobeerd de broncode van IBM over te nemen, maar IBM zou dit hebben geweigerd. Contracteren met een andere partij zou resulteren in een onbruikbaar IT-systeem waardoor DGF haar taken niet zou kunnen uitvoeren. Vanuit financieel oogpunt zou het onredelijk zijn van haar te verlangen een nieuw systeem in te kopen.

De Tsjechische rechter heeft het standpunt van de mededingingsautoriteit, dat toerekenbaarheid van de aanbestedende dienst meegewogen moet worden in de beoordeling of gebruik kan worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, in uitgangspunt bevestigd. Vervolgens heeft de Tsjechische rechter aan het HvJ EU de vraag voorgelegd of ‘bij de beoordeling of het gedrag van de aanbestedende dienst een toestand van exclusiviteit in het leven heeft geroepen in de zin van deze bepaling, rekening moet worden gehouden met de feitelijke en juridische omstandigheden ten tijde van de sluiting van de overeenkomst betreffende de aanvankelijke prestatie, die aanleiding heeft gegeven tot het plaatsen van vervolgoedraden.’³⁶

Het HvJ EU benadrukt eerst nog maar eens dat de betreffende uitzonderingen op de aanbestedingsplicht restrictief moeten worden uitgelegd omwille van de doelstellingen van de Uniewetgever. Het HvJ EU zoekt vervolgens aansluiting bij de uitzonderingsgrond van de dwingende spoed die niet toe te schrijven mag zijn aan de aanbestedende dienst. Hoewel dit criterium alleen nadrukkelijk is genoemd bij lid 2 onderdeel c van art. 32 van de richtlijn, ziet het HvJ EU gegeven het doel van het Unierecht geen reden om aan te nemen dat de eis van het ontbreken van verwijtbaarheid niet ook geldt wanneer een beroep wordt gedaan op het ontbreken van mededinging wegens technische redenen of de noodzakelijke bescherming van uitsluitende rechten.³⁷ Het HvJ EU leidt zijn verdere oordeel in met een verwijzing naar zijn Commissie/Duitsland arrest uit 2009. In dat arrest was ten aanzien van het door een Duitse aanbestedende dienst onderhands vervangen van software voor de administratie van voertuigregistratie al geoordeeld dat een aanbestedende dienst – alvorens een beroep te mogen doen op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking – eerst op Europees niveau serieus onderzoek moet verrichten naar ondernemingen die de geschikte software kunnen leveren, om er zeker van te zijn dat er daadwerkelijk een gebrek aan mededinging bestaat.³⁸ Pas na een dergelijk onderzoek kan de aanbestedende dienst zich met succes op de uitzonderingsgrond beroepen. Het HvJ EU oordeelt vervolgens in de voorliggende zaak dat een aanbestedende dienst voor gebruik van de onder-

handelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking de bescherming van alleenrechten (i.c. auteursrecht) kan aanvoeren, mits deze reden van bescherming niet aan hemzelf is toe te schrijven. Bij de beoordeling of de reden kan worden toegeschreven aan de aanbestedende dienst zelf, moet vervolgens gekeken worden naar de feitelijke en juridische omstandigheden *zowel ten tijde van het sluiten van de oorspronkelijke overeenkomst als daarna*.³⁹

Oftewel, het gaat volgens het HvJ EU niet slechts om de omstandigheden tijdens het sluiten van de overeenkomst, maar net zo goed om de omstandigheden daarna. In het oordeel ligt besloten dat indien de aanbestedende dienst redelijkerwijs de mogelijkheid had de toestand van exclusiviteit te beëindigen, zij zich hiervoor ook had moeten beijeren. Heeft de aanbestedende dienst dit nagelaten, dan kan dit in de weg staan aan een succesvol beroep op de uitzonderingsgrond. Hoewel het HvJ EU zijn oordeel inleidt met een verwijzing naar oudere jurisprudentie, zien wij hierin wel degelijk de introductie van een nieuwe concrete voorwaarde. Het HvJ EU benadrukt daarbij dat, hoewel de aan hem voorgelegde zaak ziet op een beroep op de bescherming van alleenrechten, de door het HvJ EU gegeven uitleg evenzo geldt voor een beroep op het ontbreken van mededinging om technische redenen.

Het HvJ EU vervolgt dat het aan de nationale rechter is te bepalen of de toestand van exclusiviteit in dit geval aan de aanbestedende dienst is toe te schrijven, waarbij deze moet letten op feitelijke en juridische omstandigheden en rekening moet houden met *werkelijke en redelijke middelen* die de aanbestedende dienst ter beschikking staan en stonden om de toestand van exclusiviteit te beëindigen.⁴⁰ Wij zien hierin de bevestiging dat onevenredig hoge kosten en risico's wel degelijk kunnen meewegen en een beroep op deze uitzonderingsgronden kunnen rechtvaardigen, zoals in de nationale jurisprudentie reeds was aangenomen.

Onevenredig hoge kosten en risico's kunnen meewegen en een beroep op deze uitzonderingsgronden rechtvaardigen

A-G Campos Sánchez-Bordona heeft in zijn conclusie van 26 september 2024 al een voorschot genomen op de vraag of de toestand van exclusiviteit in dit geval aan DGF was toe te schrijven.⁴¹ Hoewel de A-G de zaak iets anders benadert dan het HvJ EU, kunnen uit zijn conclusie gezichtspunten worden ontwaard die in algemene zin voor dergelijke beoordeling relevant zijn. Zo overweegt de A-G dat DGF ruim een decennium (van 2004 tot 2016) de tijd heeft gehad zich uit de toestand van exclusiviteit te bevrijden door te onderhandelen met IBM over nieuwe

36 HvJ EU 9 januari 2025, C-578/23, ECLI:EU:C:2025:4, par. 20 (*Ceska/Urad*).

37 HvJ EU 9 januari 2025, par. 28-29 (*Ceska/Urad*).

38 HvJ EU 15 oktober 2009, C-275/08, ECLI:EU:C:2009:632 (Commissie/Duitsland) r.o. 57-64.

39 HvJ EU 9 januari 2025, par. 39 (*Ceska/Urad*).

40 HvJ EU 9 januari 2025, par. 38 (*Ceska/Urad*).

41 Concl. van A-G M. Campos Sánchez-Bordona 26 september 2024, C-578/23, ECLI:EU:C:2024:795.

voorwaarden of door zo nodig een nieuwe aanbestedingsprocedure te organiseren. Volgens de A-G is de toestand van exclusiviteit aan DGF toe te schrijven omdat er geen actie is ondernomen en DGF de toestand heeft bestendig door met IBM in 2016 een nieuwe overeenkomst te sluiten.⁴² Het kan DGF kennelijk dus niet baten dat zij, zoals zij bepleitte bij de verwijzende rechter, heeft gepoogd om de toestand van exclusiviteit te beëindigen door aanspraak te maken op de auteursrechten op de betrokken broncode van het IT-systeem, hetgeen IBM heeft geweigerd. De kennelijke vrees van DGF dat het systeem onbruikbaar zou zijn geworden en de belastingdienst zijn taken niet had kunnen vervullen, kan haar tegen deze feitelijke achtergrond kennelijk ook niet baten. Er had op enig moment – mede gezien het ruime verloop van tijd waarop de A-G nadrukkelijk wijst – opnieuw moeten worden aanbesteed.

Enkele handvatten voor de praktijk

De afhankelijkheid van ICT-leveranciers en de vendor lock-in problematiek vormen aanzienlijke uitdagingen voor aanbestedende diensten. Hoewel het op korte termijn economisch en bedrijfstechnisch aantrekkelijk kan lijken om vast te houden aan bestaande ICT-leveranciers, brengt dit op lange termijn hogere kosten en minder innovatie met zich mee. Dat is uiteraard ongewenst. Het recente arrest van het Europese Hof van Justitie benadrukt dan ook dat aanbestedende diensten niet mogen berusten in een toestand van exclusiviteit en dat zij actief moeten streven naar het doorbreken van deze afhankelijkheid.

Wat kunnen aanbestedende diensten dan doen om proactief te werken aan het voorkomen of doorbreken van een vendor lock-in?

i) Technische en contractuele voorwaarden

Het is raadzaam dat aanbestedende diensten zoveel mogelijk gebruikmaken van open standaarden en open normen.⁴³ Vooral wanneer het maatwerkprogramma betreft, kan de aanbestedende dienst uiteraard contractueel ook aanspraak maken op de broncode. Ook kan door overheden worden overwogen om in publiek-publieke samenwerking programma's te laten ontwikkelen en deze gezamenlijk door te ontwikkelen.⁴⁴ De systemen worden daarmee een 'publiek goed'. Aanbestedende diensten kunnen advies inwinnen bij onafhankelijke adviesorganen zoals Forum Standaardisatie dat onderzoek doet naar het werken met

open standaarden en aanbevelingen doen om vendor lock-in tegen te gaan.⁴⁵ Recent heeft de Europese Commissie ('public buyers community') bovendien een reeks modelcontractclausules ('MCC-AI') ontwikkeld, speciaal voor aanbestedingen die zien op AI-systemen. De MCC-AI voorzien bijvoorbeeld in clausules waarmee aanbestedende diensten kunnen waarborgen dat na afloop van een overeenkomst nog steeds gebruik kan worden gemaakt van data waardoor vendor lock-in kan worden voorkomen.⁴⁶ Naast het zelf zoveel mogelijk beschikken over relevante componenten van de programmatuur, data en informatie, is het ook in het bijzonder van belang contractueel te voorzien in het door de zittende leverancier actief faciliteren van een eventueel benodigde transitie naar een ander systeem bij het einde van de contractduur.⁴⁷

ii) Planning en budgettering

Door vooruit te plannen en budgetten op langere termijn vast te stellen, kunnen aanbestedende diensten beter anticiperen op mogelijke exclusiviteitsproblemen en tijdig maatregelen nemen.⁴⁸ Daarbij kan dan ook rekening worden gehouden met de kosten en inspanningen die gemoeid zijn met het op enig moment opnieuw moeten aanbesteden van de betreffende opdracht. Aangenomen kan worden dat de aanbestedende dienst uiteindelijk ook beter af is (in ieder geval financieel) met het opnieuw in concurrentie stellen van de opdracht. Dat een aanbestedende dienst zich door een eventuele transitie naar een nieuw systeem op enig moment dan geconfronteerd kan zien met transitiekosten en risico's, kan bij uitstek onderdeel worden gemaakt van de nieuwe aanbesteding. Inschrijvers kunnen worden uitgedaagd ten aanzien hiervan te komen met oplossingen die de kosten kunnen verlagen en de risico's kunnen mitigeren. Ook kan met een langere looptijd worden voorzien in de

42 HvJ EU 9 januari 2025, par. 38 (*Ceska/Urad*), par. 55, 63-66.

43 Een standaard heeft betrekking op de taal die ICT-systemen gebruiken, een open standaard houdt in dat iedereen deze kan implementeren en gebruiken.

44 Zie bijvoorbeeld van Duitse meldkamerdiensten: HvJ EU 28 mei 2020, ECLI:EU:C:2020:395, C-796/18 (*ISE/Stadt Köln*).

45 Het Forum Standaardisatie heeft een lijst opgesteld van open standaarden die in beginsel door Rijksoverheid en medeoverheden moeten worden gebruikt. Andere organisaties in het publieke domein worden dringend geadviseerd deze te gebruiken. Voor deze overheden geldt het 'pas toe of leg-uit'-beleid, andere aanbestedende diensten wordt dringend geadviseerd zich hieraan te conformeren. Het adviesorgaan onderzoekt het gebruik van de open standaarden in de uitvraag bij aanbestedingen en presenteert zijn bevindingen jaarlijks in een rapport waarbij het aangeeft hoeveel open standaarden in beginsel hadden moeten worden gebruikt en welke daadwerkelijk zijn gebruikt. Hoewel de toepassing van de open standaarden helaas stagneert, is het aantal open standaarden waarvoor het 'pas toe of leg-uit'-beleid geldt sinds 2011 bijna verdubbeld: van 24 standaarden in 2011, naar 43 in 2023. Het lijkt ons dat hoe meer open standaarden beschikbaar zijn, des te minder aanbestedende diensten zich kunnen beroepen op een toestand van exclusiviteit die zij hadden kunnen voorkomen.

46 Europese Commissie, *Model contractual clauses for the public procurement of Non-High-Risk AI* ('MCC-AI-Light'); *Model contractual clauses for the public procurement of High-Risk AI* ('MCC-AI-High-Risk'); *Commentary on MCC-AI Contractual clauses for public procurement*, februari 2025.

47 Aanbestedende diensten kunnen daarbij uiteraard gebruik maken van modelcontractclausules. Zie: Europese Commissie, *Model contractual clauses for the public procurement of Non-High-Risk AI* ('MCC-AI-Light'); *Model contractual clauses for the public procurement of High-Risk AI* ('MCC-AI-High-Risk'); *Commentary on MCC-AI Contractual clauses for public procurement*, februari 2025.

48 Europese Commissie 2013, p. 6-7.

terugverdiendtijd voor de eventueel te maken migratiekosten.⁴⁹

iii) Voor zover een beroep op artikel 2.32 Aanbw 2012 toch aangewezen is

Met betrachting van de geboden terughoudendheid en zorgvuldigheid, kan ook nog steeds een beroep worden gedaan op de uitzonderingsgronden vervat in art. 2.32 Aanbw 2012. Situaties waarin een succesvol beroep denkbaar is, zijn die waar het leveringen of diensten betreft die dienen om een op enig moment hoe dan ook eindige situatie nog tijdelijk in stand te houden (denk aan onderhoud of levering van onderdelen van binnen afzienbare tijd af te schrijven hardware). Een beroep ligt minder voor de hand indien dit tot een ‘open einde’ leidt (software die doorlopend wordt geüpdatet en geüpgraded). Er moet een doorzichtig zijn naar het wegnemen van de ongewenste exclusiviteit. Dit betekent dat een gerechtvaardigd beroep op de art. 2:32 lid 1 onderdeel b sub 2 en 3 Aanbw 2012 gepaard moet gaan met een steekhoudende motivering ten aanzien van:

- (a) dat en waarom er in verband met de voorliggende opdracht sprake is van technische redenen of te beschermen uitsluitende rechten;
- (b) dat en waarom er geen redelijk alternatief of substituut bestaat en het (dus) noodzakelijk is te gunnen aan de betreffende marktpartij;
- (c) dat en waarom het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van kunstmatige beperking van de voorwaarden;
- (d) dat en waarom de aanbestedende dienst redelijkerwijs niet eerder de exclusiviteit heeft kunnen doorbreken.

Ook ligt in de rede toe te lichten hoe de aanbestedende dienst zich in de toekomst zal beijveren om die exclusiviteit alsnog te doorbreken. Hoewel een herhaald beroep op de uitzonderingsgrond niet ondenkbaar is, zal in dit licht een

herhaald beroep na verloop van tijd steeds minder goed te rechtvaardigen zijn.

Vooraf grote ICT-leveranciers staan niet altijd open voor onderhandelingen met aanbestedende diensten, laat staan voor grote systeemveranderingen

Hoewel de praktijk uiteraard altijd weerbarstiger blijkt dan gehoopt en auteurs van dit artikel zich er terdege van bewust zijn dat vooral grote ICT-leveranciers niet altijd openstaan voor onderhandelingen met aanbestedende diensten, laat staan voor grote systeemveranderingen, onderstreept het recente Ceska/Urad-arrest dat het niettemin noodzakelijk is een dappere poging te wagen om de lock-in problematiek actief te bestrijden. Stilzitten is in ieder geval niet langer een optie.

Het is kortom raadzaam dat aanbestedende diensten aandacht besteden aan het voorkomen van een (toekomstige) vendor lock-in bij het aanbesteden van ICT-opdrachten, dat zij zich beijveren uit een vendor lock-in te komen zodra zijn daarin (dreigen te) geraken en dat zij – ook na een eventueel beroep op de in dit artikel besproken uitzonderingsgronden – uiteindelijk overgaan tot een nieuwe aanbesteding voor zover onverminderd behoefte bestaat aan het betreffende product of de betreffende dienst.

Dit artikel is afgesloten op 30 juni 2025.

Over de auteurs

Mr. L.M. Engels
Advocaat bij CMS.

Mr. E. de Boer
Advocaat bij CMS.

⁴⁹ Vgl. Commissie van Aanbestedingsexperts advies 682, 8 mei 2023.