

## Vijf opvallende ontwikkelingen uit de rechtspraak van de Aanbestedingswet

# Meer regels, maar ook meer mogelijkheden

Een wetsvoorstel voor uitbreiding van de Aanbestedingswet zorgt voor meer regels, maar moet ook de rechtsbescherming vergroten. Advocaten Menno de Wijs en Sonja Geldermans geven inzicht in een aantal recente ontwikkelingen in het land van IT-aanbestedingen.

EEN AANTAL JAAR GELEDEN UITTEN WIJ IN *AG CONNECT* DE WENS OM MINDER REGELS. Vooralsnog zal de Aanbestedingswet echter gaan uitdijen, gelet op het wetsvoorstel 'Rechtsbescherming bij aanbesteden', dat momenteel in ontwikkeling is.

### Meer rechtsbescherming?

De internetconsultatie voor het eerste concept van het voorstel is inmiddels achter de rug. Iedereen die de behoefte voelde, kon bij het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat een reactie geven op het huidige systeem van rechtsbescherming. De ontvangen 52 reacties zijn inmiddels integraal gepubliceerd, hetgeen gebruikelijk is bij een consultatie. Platgeslagen is de gemene deler dat men positief is over het wetsvoorstel, maar dat het voorstel verdere aanscherping nodig heeft. Bijvoorbeeld ten aanzien van de voorgestelde nieuwe grond om een gegunde overeenkomst te kunnen vernietigen. Concurrenten kunnen momenteel al – onder zeer strikte voorwaarden – een gegunde overeenkomst vernietigen (zie uitvoerig hierover *AG Connect* juni 2021), maar de drempel wordt aanzienlijk verlaagd.

Vernietiging kan straks bij iedere 'grove schending' van het aanbestedingsrecht. Herhaaldelijk wordt de wens uitgesproken om nader in te vullen wanneer sprake is van een 'grove schending van de beginselen van het aanbestedingsrecht', in welk geval de overeenkomst door een rechter kan worden vernietigd. Een toelichting is ons inziens zeer gewenst, maar wij menen dat het essentieel is dat deze nieuwe grond een norm zal worden. Een concretisering van de wettekst leidt namelijk tot een beperking van het toepassingsbereik. Dat beperkt de gewenste uitbreiding van de rechtsbescherming.

### Nadruk op klachtenprocedure

Wat gaat u in de praktijk merken van dit nieuwe voorstel? De nadruk in het wetsvoorstel wordt gelegd op het doorlopen van een klachtenprocedure. Als u na een voorgenomen gunningsbeslissing een klacht indient, dan moet de *stand still*-termijn worden verlengd. Dat geldt zowel voor klachten die worden ingediend bij de aanbestedende dienst als bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. Dat geeft niet-winnende inschrijvers dus meer tijd en een



Beeld: Shutterstock

verbeterde rechtsbescherming. Overigens bestaat over de duur van die verlenging nog discussie. De bal ligt nu bij het Ministerie om het wetsvoorstel aan te passen naar aanleiding van de reacties op de consultatie. Naar verwachting zullen wij hier in 2025 meer over horen.

### Ontwikkelingen in de rechtspraak

Recent zijn er interessante ontwikkelingen in de rechtspraak geweest. Wij zullen een aantal opvallende ontwikkelingen bespreken.

#### 1. Software voor beheer vertrouwelijke documenten

De eerste belangrijke ontwikkeling komt van de Europese rechter. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft een uitspraak gedaan over de vraag of een opdracht voor softwarebeheer van overheidsdocumenten, zoals identiteitsbewijzen, mag worden uitgezonderd van de aanbestedingsplicht. Het ging daarbij niet alleen om identiteitsbewijzen van u als normale burger, maar met name om identiteitsbewijzen van staatsveiligheidsfunctionarissen zoals functionarissen van de binnenland-

se veiligheidsdienst, inlichtingendienst en militaire contraspionagedienst.

Gesteld werd dat aanbesteding van deze software niet mogelijk zou zijn vanwege de 'bescherming van essentiële veiligheidsbelangen'. Een aanbesteding zou die belangen schaden. Daartegenover werd gesteld dat die belangen kunnen worden gewaarborgd door het opleggen van een geheimhoudingsplicht aan inschrijvers van een aanbesteding.

Het Hof oordeelde uiteindelijk dat er geen grondslag bestaat om dergelijke software uit te sluiten van een aanbe-

stedingsplicht. Daarbij geeft het Hof als suggestie mee dat de aanbestedende dienst niet alleen geheimhouding kan afspreken, maar ook – gelet op de aard van de opdracht – bijzonder hoge eisen zou kunnen stellen aan de bekwaamheid en betrouwbaarheid van inschrijvers. Kortom, aanbestedingsplichtig maar met een hoge drempel voor deelname aan de aanbesteding.

### 2. Unieke software

Het niet willen aanbesteden van software zagen wij het afgelopen jaar vaker. Voor de aanschaf van software voor de gemeentelijke basisadministratie zag ook een gemeente een aanbestedings-traject niet zitten. De gemeente had behoefte aan twee producten: een nieuw softwareplatform en een applicatie voor burgerzaken.

Wanneer het om unieke software gaat, mag een opdracht één-op-één worden gegund. Zonder aanbesteding dus. Vereist is dat er om *technische* redenen slechts één ondernemer is die in de behoefte kan voorzien. De gemeente gokt op deze uitzondering en stelt dat er minder risico's voor haar zijn als zij een totaaloplossing uitvraagt bij één leverancier.

De Commissie van Aanbestedingsexperts oordeelde dat de argumenten van de gemeente niet bewezen dat sprake was van een technische noodzaak. Integendeel, afgelopen jaren had de gemeente voor ieder product een andere leverancier. Door een integrale totaaloplossing te eisen, terwijl dit niet *absoluut* noodzakelijk is, beperkt de gemeente kunstmatig het aantal gegadigden. De gemeente moest alsnog aan-

Een-op-een  
gunningen  
worden zeer  
kritisch  
beoordeeld

besteden. Zowel de uitspraak van de Europese hof als van de Commissie van Aanbestedingsexperts tonen aan dat één-op-één gunningen zeer kritisch worden beoordeeld. En terecht, het doet immers afbreuk aan de kern van het aanbestedingsrecht en zet marktwerking volledig buitenspel.

### 3. ISO, NEN-norm en externe audit

Als het tot een aanbesteding komt, dan is ook essentieel dat de gestelde eisen reëel zijn. Bijvoorbeeld de eis dat dient te worden voldaan aan een bepaalde ISO- of NEN-norm. In bepaalde branches is dat zelfs wettelijk verplicht. Veelal zult u bij een dergelijke eis de toevoeging 'of gelijkwaardig' aantreffen. De inschrijver mag dan ook op andere wijze aantonen dat hij voldoet aan de inhoudelijke eisen die achter de norm schuilen. Maar wat als een externe audit onderdeel is van die norm (zie kader)?

Uit de in het kader beschreven uitspraak blijkt dat een externe audit geen absoluut vereiste is om op een gelijkwaardige wijze te voldoen aan een ISO- of NEN-norm, ook niet wanneer dit één van de onderliggende voorwaarden van de norm is. De aanbestedende dienst mag toetsen of de inschrijver werkt volgens de eisen die ten grondslag liggen aan de norm. Op die manier hebben zoveel mogelijk partijen toegang tot de aanbesteding.

### 4. Ondergrens motivering gunningsbeslissing

Het afgelopen jaar zagen wij relatief veel klachten over de motivering van voorgenomen gunningsbeslissingen. Dat kan betekenen dat aanbestedingen voor het overige steeds beter verlopen, of het kan betekenen dat aanbestedende diensten minder bereid zijn te motiveren.

Illustratief hiervoor is een uitspraak waarbij het ging om koppelingen bij software. Vaak is het zeer relevant dat koppelingen kunnen worden gemaakt. Bijvoorbeeld koppelingen met al bestaande systemen of in de toekomst

## Gelijkwaardigheid of niet?

Bij de aanbesteding van het beheer, onderhoud en doorontwikkeling van de KNMI-app was de eis opgenomen dat voldaan moest worden aan een bepaalde ISO-norm (of gelijkwaardig). De winnende inschrijver beschikt niet over een ISO-certificaat, maar had wel aangegeven dat zij voldeed aan alle achterliggende vereisten. Een andere inschrijver was het daarmee niet eens: hij stelde dat onderdeel van de betreffende ISO-norm een externe audit is en een dergelijke externe toetsing ontbrak bij de winnende inschrijver. Van gelijkwaardigheid kon dus geen sprake zijn, aldus de inschrijver die nèt niet als winnaar was geëindigd.

De rechtbank Den Haag was het daar niet mee eens en oordeelde dat een externe audit juist afbreuk zou doen aan de mogelijkheid om op een alternatieve wijze toch gelijkwaardig te kunnen zijn. Volgens de rechtbank ligt veeleer voor de hand dat in een dergelijke situatie de aanbestedende dienst beoordeelt of de overgelegde bewijzen voldoende zijn om de gelijkwaardigheidstoets te doorstaan.

met nieuwe systemen. Inschrijvers moesten beschrijven hoe zij, ten aanzien van koppelingen, zouden 'mee-denken' met toekomstige ontwikkelingen. De motivering was beperkt. De winnende inschrijving scoorde meer punten door 'de wijze waarop inschrijver uitgebreide mogelijkheden biedt met betrekking tot meerdere (verschillende) koppelingen.'


Welke mogelijkheden 'uitgebreid' waren of welke 'meerdere' koppelingen het betrof, was niet toegelicht. De aanbestedende dienst voldeed niet aan haar motiveringsplicht, aldus de rechter. Die verplichting houdt in dat in ieder geval de kenmerkende en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving moeten worden bekendgemaakt. De gunningsbeslissing moest terug naar de tekentafel.

### 5. Abnormaal lage prijzen

Een bekend probleem bij aanbestedingen zijn inschrijvers die een zeer, zo niet te, lage prijs opgeven. Een verdacht lage inschrijving kwam voor bij een aanbesteding van de politie van ruim € 96 miljoen voor levering van hardware, onderhoud en ondersteuning in de markt.

Het zal u bekend zijn dat de marges in deze branche beperkt zijn en de con-

currentie scherp, en dat fabrikanten aan leveranciers veelal vergelijkbare prijzen aanbieden. Wanneer er dan toch een inschrijver op het prijsaspect weet te winnen met een prijsverschil van ruim 24%, dan roept dat (terecht) vragen op.

Een verliezende inschrijver meende dat de winnaar had ingeschreven met irreële en manipulatieve prijzen om de gunning te winnen. Vast uitgangspunt is dat het niet is toegestaan irreële of manipulatieve inschrijvingen te doen. Daar was hier volgens de rechter echter geen sprake van. Het was mogelijk dat de winnaar scherpere inkooprijzen heeft bedongen of kleinere opslagen hanteert. De politie had ook al onderzoek gedaan naar de lage prijzen. Tot slot had de winnaar aangetoond dat zij ook bij andere gunningen laag had ingeschreven en de opdrachten vervolgens naar tevredenheid had uitgevoerd. Geen abnormaal lage inschrijving, aldus de rechter. 



**Menno de Wijs en Sonja Geldermans** zijn beide advocaat (IT-)aanbestedingsrecht bij De Clercq Advocaten Notariaat in Leiden.

## Reacties en bijdragen

Voor reacties en nieuwe bijdragen van IT-experts:  
Tanja de Vrede  
020-2467230  
t.d.vrede@agconnect.nl