

Aanbestedingsrecht

17

Technische uitzondering op de aanbestedingsplicht

Gerechtshof Amsterdam
16 april 2019, 200.249.035/01,
ECLI:NL:GHAMS:2019:1332
(mr. Steenberghe, mr. Veldhuijzen van
Zanten, mr. Kuiper)
Noot mr. drs. M.E. Biezenaar

Aanbesteding. Technische uitzondering.

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.32 lid 1 sub b
onder 2 en lid 3]

De hoogte van de transitiekosten bij overname van de opdracht door een nieuwe opdrachtnemer kan meewegen bij de beoordeling van het bestaan van een technische uitzondering op de aanbestedingsplicht. Het beroep op de technische uitzondering wordt in dit geval afgewezen omdat de berekening van de transitiekosten niet transparant en objectief is.

*Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (verder: UWV)
tegen
Iron Mountain Nederland B.V. (verder: Iron Mountain)*

Samenvatting uitspraak

Het archief van UWV telt ongeveer 12.2 miljoen dossiers, die zijn opgeslagen op twee locaties van Oasis Data & Documents Management Netherlands B.V. (verder: Oasis). De (aanbestede) overeenkomst met Oasis liep per 1 juli 2018 af. Op 20 juni 2018 heeft UWV een 'aankondiging in geval van vrijwillige transparantie vooraf' gepubliceerd, inhoudend dat zij met Oasis een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging heeft doorlopen en voornemens is om voor de levering van archiefdiensten met Oasis een overeenkomst voor onbepaalde duur aan te gaan vanaf 1 juli 2018. De totale waarde van de opdracht bedraagt

€ 14.150.000. De aankondiging vermeldt voorts dat de transitiekosten bij een eventuele overgang naar een andere leverancier van Archiefdiensten wat betreft het fysieke archief ongeveer € 28 miljoen bedragen. Verder gaat UWV momenteel over van fysieke dossiers naar volledig digitale dossiers en zijn de applicatie van UWV en de koppeling met het ICT-systeem van Oasis maatwerk, wat zal moeten worden aangepast, hetgeen kan leiden tot instabiliteit van het archiefsysteem en daarmee ook van de primaire processen van UWV. Het UWV is daarom van mening dat er een beroep kan worden gedaan op de technische uitzondering art. 2.32 lid 1 sub b onder 2 AW 2012. Iron Mountain, die ook archiefdiensten aanbiedt, heeft UWV in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter in Amsterdam. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 27 september 2018 UWV geboden het voornemen de opdracht aan Oasis te gunnen binnen twee dagen in te trekken en een eventueel reeds met Oasis gesloten overeenkomst te beëindigen zodra dit redelijkerwijs verantwoord is en, als zij de opdracht nog wenst te vergeven, een Europese aanbestedingsprocedure te organiseren waaraan ook Iron Mountain kan meedoen. UWV heeft hoger beroep ingesteld.

Het hof heeft het volgende overwogen. De uitzonderingsbepalingen, zoals de technische reden, moeten restrictief worden toegepast. Het betoog van UWV komt erop neer dat de transitie van het archief naar een nieuwe aanbieder vanwege de technische, logistieke en operationele complexiteit van het archief zodanig hoge verhuiskosten met zich brengt dat de mededinging ontbreekt in de zin van art. 2.32 Aw 2012. De voornoemde complexiteit van het archief is niet zodanig dat de transitie van het archief naar een nieuwe aanbieder feitelijk onmogelijk is. Het beroep van UWV op de technische uitzondering is daarmee gebaseerd op de hoogte van de transitiekosten van het archief als het archief naar een andere locatie moet worden verhuisd. Anders dan Iron Mountain betoogt, sluit art. 2.32 lid 3 AW 2012 niet uit dat de hoogte van de transitiekosten mee kan wegen bij de beoordeling van de aanwezigheid van een technische reden. De hoogte van de transitiekosten kan immers onder bijzondere omstandigheden met zich brengen dat van een redelijk alternatief of substituut in de zin van art. 2.32 lid 3 AW 2012 geen sprake is. Daarvoor is vereist dat de aanbestedende dienst aantoonbaar dat de transi-

tiekosten zijn gebaseerd op een transparante berekening waaruit de juistheid, redelijkheid en marktconformiteit van die kosten overtuigend blijkt. UWV heeft niet aangetoond dat zij voor de transitie op grond van de bestaande overeenkomst jegens Oasis alleen al aan verhuiskosten € 25.223.776 verschuldigd is en evenmin aannemelijk gemaakt dat en hoe voornoemd bedrag gebaseerd is op een juist, redelijk en marktconform tarief. Dit betekent dat de vraag of er bijzondere omstandigheden aanwezig zijn die met zich brengen dat de transitiekosten een technische reden vormen in de zin van art. 2.32 lid 3 AW 2012 verder in het midden kan blijven.

Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd.

NOOT

I. Art. 2.32 Aw 2012 luidt voor zover hier relevant: '§ 2.2.1.7. Onderhandelingsprocedure zonder aankondiging.

Artikel 2.32

1. De aanbestedende dienst kan de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen indien:

(...)

b. de overheidsopdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat:

(...)

2° Mededinging om technische redenen ontbreekt.

(...)

3. Het eerste lid, onderdeel b, onder 2° en 3° is uitsluitend van toepassing indien er geen redelijk alternatief of substituut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de aanbesteding.'

II. Het UWV heeft een vooraankondiging gedaan dat het voornemens is zonder aanbesteding een nieuwe opdracht te verlenen aan de huidige opdrachtnemer omdat, kort gezegd, de fysieke verhuizing van de 12,2 miljoen dossiers naar de locatie van een nieuwe opdrachtnemer zo duur zou zijn, alsmede de samenwerking met een nieuwe opdrachtnemer op ICT-gebied zo moeilijk zou zijn dat er sprake is van het ontbreken van mededinging om technische redenen. Het hof heeft overwogen dat de technische redenen niet opgaan omdat Iron Mountain heeft aangetoond de ge-

vraagde archiefdiensten ook te kunnen leveren. Het gaat dus alleen om de kosten van de fysieke verhuizing van de dossiers.

III. Opmerkelijk is dat het hof vervolgens heeft geoordeeld dat de hoogte van de transitiekosten van de ene opdrachtnemer naar de volgende opdrachtnemer onder bijzondere omstandigheden met zich kan brengen dat van een redelijk alternatief of substituut geen sprake is (het derde lid van art. 2.32 Aw 2012). Het is echter de vraag of het ontbreken van een redelijk alternatief of substituut ook betrekking kan hebben op andere dan technische redenen. De hoogte van de kosten kan moeilijk als technische reden worden gezien, mede gelet op de voorbeelden die in Richtlijn 2014/24/EU onder (50) worden genoemd: 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, of dat aan specifieke interoperabiliteitseisen moet worden voldaan met het oog op het goed functioneren van de aan te besteden werken, leveringen of diensten.

IV. De overweging van het hof zal zijn ingegeven doordat, volgens UWV, de transitiekosten dubbel zo hoog zijn als de waarde van de opdracht, bij een opdrachtwaarde van ruim € 14 miljoen.

V. De aanbestedende dienst die zich op deze bepaling beroept dient (uiteraard) een goede kostenberekening te maken: de berekening moet controleerbaar juist, redelijk en marktconform zijn.

mr. drs. M.E. Biezenaar

Advocaat bij SWDV Advocaten.