

Noot bij Rechtbank 's Gravenhage 17 december 2010, LJN BO9287 (Oracle Nederland B.V. tegen De Staat der Nederlanden)

Mathieu Paapst

Citeersuggestie: M.H. Paapst, noot bij Rechtbank 's-Gravenhage 17 december 2010, LJN BO9287, [IT 329](#)

De ministeries van Financiën (FIN), van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) en het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) willen in de toekomst één financieel administratief systeem in gebruik gaan nemen. De drie ministeries willen daarom overgaan tot hergebruik en uitbreiding van het systeem dat SZW in 2003 (na een aanbesteding) in gebruik heeft genomen en dat is gebaseerd op SAP-software. Om deze uitbreiding uit te voeren doen de ministeries een nieuwe aanbesteding voor de inhuur van ICT personeel (perceel 1) en de levering van aanvullende softwarelicenties (perceel 2). In het nieuwe bestek worden zowel de expertise als de producten van SAP dwingend voorgeschreven. Volgens Oracle, de concurrent van SAP, is iedere andere producent van software hierdoor bij voorbaat uitgesloten van mededinging en staat de inschrijving alleen open voor dienstverleners die SAP-software kunnen leveren en beschikken over SAP-expertise. Zij zijn van mening dat hierdoor het, in het aanbestedingsrecht geldende, fundamentele beginsel van gelijke behandeling is geschonden. Bovendien wijzen ze er op dat zowel Richtlijn 2004/18/EG als het Bao zich ertegen verzetten dat een bepaald fabrikaat c.q. merk wordt voorgeschreven, zoals in de onderhavige aanbesteding het geval is. Tot slot is er volgens Oracle geen sprake is van "verbouwing", maar van (volledige) "nieuwbouw", hetgeen met name het geval is voor wat betreft FIN en VWS, die tot nu toe met een niet op SAP-software gebaseerd systeem werken. Eind december deed de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag uitspraak in het geschil tussen Oracle en de Staat.

Nieuw ICT-systeem?

De Voorzieningenrechter gaat allereerst in op de vraag of er sprake is van een nieuw ICT systeem. Hij komt tot de conclusie dat het voorwerp van de aanbesteding uitdrukkelijk niet een nieuw ICT-systeem betreft, maar slechts het inhuren van ICT-personeel dat nodig is voor het "verbouwen" van het SZW-systeem. De door de ministeries gestelde eis dat het betreffende ICT-personeel expertise moet

hebben met SAP-software is daarbij gerechtvaardigd in de zin van artikel 23 lid 11 Bao omdat die expertise noodzakelijk is voor de verbouwing van het, op SAP-software gebaseerde, SZW-systeem. Dat de ministeries daarbij niet vermelden dat ook gelijkwaardige ervaring is toegestaan, een verplichting die voortvloeit uit art. 23 lid 12 sub b BAO, doet daar volgens de voorzieningenrechter niet aan af. Ik denk dat dit laatste onjuist is. Uiteraard is het begrijpelijk dat van het in te huren personeel als ervaringseis wordt gesteld dat men ervaring heeft met SAP systemen, maar het beperkt op een oneigenlijke wijze de concurrentie wanneer ondernemers die ervaringen hebben opgedaan met vergelijkbare systemen en projecten op voorhand niet mogen meedoen.

Eerdere aanbesteding

Er is in samenhang met dit geschil nog een ander interessant vraagstuk waar de voorzieningenrechter volledig aan voorbij lijkt te gaan. In 2003 is er een eerdere aanbesteding geweest op basis waarvan een eerste overeenkomst gegund is aan SAP. Die opdracht mag niet zodanig gewijzigd worden dat er sprake is van een ongeoorloofde wijziging van de gunningvoorschriften.¹ Volgens de criteria uit het Pressetext arrest (r.o. 35-37) is er sprake van een wezenlijke wijziging van een overeenkomst indien de wijzigingen bij de oorspronkelijke aanbesteding zouden hebben geleid tot een andere kring van gegadigden of de keuze voor een andere offerte, indien er sprake is van uitbreiding met nieuwe diensten die niet waren voorzien of indien het economisch evenwicht op onbedoelde wijze wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer.² Indien er sprake is van een dergelijke wijziging dan moet de gewijzigde opdracht Europees worden aanbesteed, tenzij het een waarde vertegenwoordigt beneden de drempelwaarde. Bij een dergelijke aanbesteding gelden alle "normale" regels weer, waaronder het uitgangspunt dat er functioneel moet worden aanbesteed. In dit geval lijken er in ieder geval twee

¹ HvJ EU C-496/99.

² HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06

criteria wel degelijk van toepassing te zijn. Zo kan beargumenteerd worden dat wanneer een andere leverancier dan SAP in 2003 had geweten dat er in de toekomst niet één maar drie ministeries zouden gaan werken met het systeem hij misschien door de grotere afname een scherpere prijs had kunnen maken. Ook kan het zo zijn dat er in 2003 leveranciers zijn geweest die niet mee wilden doen omdat het destijds slechts leek te gaan om levering aan één ministerie. De kring van gegadigden zou met andere woorden een andere zijn geweest. Bovendien kan niet ontkend worden dat door deze wijziging het economisch voordeel verschuift in het voordeel van SAP, de opdrachtnemer van de eerste overeenkomst. De overige gegadigden uit 2003 hebben dus in ieder geval (nog steeds) een goede reden om deze wijziging aan te vechten. Omdat Oracle zich hier echter niet uitdrukkelijk op lijkt te beroepen kan de voorzieningenrechter dit punt verder onbehandeld laten. Wel geeft de Voorzieningenrechter aan dat het systeem en de software (functioneel) toebehoort aan SZW en daarmee aan de Staat. Hij ziet daarom geen aanleiding om vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt onderscheid te maken tussen de ministeries, ook al treden zij soms afzonderlijk naar buiten op. De Staat wordt hier met andere woorden als één organisatie gezien waardoor het niet als redelijk wordt beschouwd wanneer de afzonderlijke ministeries gedwongen zouden worden om voor het nieuwe systeem een functioneel omschreven aanbesteding uit te schrijven, terwijl ze met het oog op een samenwerking willen kiezen voor uitbreiding van het “reeds aan de Staat toebehorende” SAP-systeem. De Voorzieningenrechter baseert zich hierbij op het bestek waarin te lezen is dat de Staat der Nederlanden “volledig eigenaar” is van het ingerichte systeem hetgeen tot gevolg zou hebben dat er geen belemmeringen zijn ten aanzien van het hergebruik. Volledig eigenaar zijn impliceert dat de Staat in ieder geval de rechthebbende is van de auteursrechten. Overduidelijk blijkt echter dat dit niet het geval is. Voor de exploitatie van het uitgebreide of hergebruikte systeem is volgens de Staat immers behoefte aan de levering van SAP licenties. Deze levering is in een afzonderlijk perceel ondergebracht. Op dat perceel is alleen ingeschreven door SAP Nederland BV, die klaarblijkelijk als enige onderneming beschikt over de intellectuele eigendomsrechten om de uitgevraagde licenties te kunnen leveren. De

Voorzieningenrechter ziet deze contradictie over het hoofd. De Staat is helemaal niet gerechtigd om het bestaande systeem uit te breiden en te verbouwen. Men heeft gewoon een aangepast systeem in licentie en men wil de oorspronkelijk gegunde overeenkomst nu uitbreiden met een groot aantal nieuwe gebruikers. De bezwaren van Oracle tegen deze uitvraag treffen volgens de praktisch ingestelde voorzieningenrechter echter geen doel. Door de ingebruikneming van het "verbouwde" systeem ontstaat volgens hem simpelweg de behoefte aan de levering, onderhoud en support van (uitsluitend) SAP-licenties waardoor andere (merk)licenties onverenigbaar zijn met het nieuwe systeem.

Hoewel ook dat logisch en begrijpelijk is, is het wel opmerkelijk dat hiervoor de openbare procedure gebruikt wordt. Daarbij is van belang dat er voor uitbreidingen van eerder verworven producten, zoals bijvoorbeeld licenties, een specifieke regeling is opgenomen in Art. 31 lid 2 sub b van de Richtlijn 2004/18/EG. In dat artikel wordt ten aanzien van leveringen de procedure van gunning via onderhandeling zonder bekendmaking van de aankondiging van een opdracht toegestaan voor door de oorspronkelijke leverancier verrichte aanvullende leveringen die ofwel zijn bestemd voor gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties voor courant gebruik, ofwel voor de *uitbreiding van bestaande leveringen of installaties*, wanneer verandering van leverancier de aanbestedende dienst ertoe zou verplichten apparatuur aan te schaffen met andere technische eigenschappen, zodat onverenigbaarheid ontstaat of zich bij gebruik en onderhoud onevenredige technische moeilijkheden voordoen. De looptijd van deze opdrachten en nabestellingen is in de regel beperkt tot drie jaar.

Men mag dus op grond van deze uitzonderingsgrond bij de oorspronkelijke leverancier onderhands aanvullende opdrachten plaatsen, mits deze opdrachten een maximale looptijd hebben van drie jaar. In de toelichting van het met deze bepaling corresponderende artikel XV lid 1 d GPA is opgenomen dat de levering van software ook onder deze bepaling valt. Probleem hierbij is natuurlijk wel dat de looptijd van zo'n aanvullende opdracht beperkt is. De ratio hierachter is dat zonder deze beperking de concurrentie volledig voor meerdere jaren omzeild zou kunnen

worden. Het is vanuit dat licht bezien op zijn minst merkwaardig dat deze beperking geen rol zou spelen wanneer de openbare procedure gevolgd wordt.

De voorzieningenrechter gaat aan dit alles voorbij en wijst op een grote-stappen-snel-thuis-manier alle vorderingen van Oracle af. Desondanks gaat Oracle niet in hoger beroep. Zij wilden vooral duidelijkheid krijgen over de mogelijkheid om een bestaand softwaresysteem zonder aanbesteding geschikt te maken voor andere overheidsklanten. Volgens hen kunnen alle leveranciers –en dus ook Oracle zelf– met deze uitspraak in de hand hun bestaande klantenkring binnen de Staat uitbreiden zonder concurrentiestelling.³ Toch zou Oracle niet te vroeg moeten juichen. Wellicht onbedoeld zet de voorzieningenrechter met deze uitspraak ook de deur op een kier voor de Staat om al hun software en licenties op deze wijze te hergebruiken. Dus wanneer het ene ministerie een tekort heeft aan licenties op een bepaald product dan is het mogelijk om gebruik te maken van een overschot bij een ander ministerie. De redenering zal dan zijn dat het de Staat is die de licenties heeft verworven. En of leveranciers daar dan zo blij mee moeten zijn dat vraag ik me af. Bovendien bevestigt de voorzieningenrechter met deze uitspraak ook de legaliteit van de door de Staat eerder toegepaste mogelijkheid om een zelf gekozen open source softwarepakket te downloaden waarna vervolgens de benodigde dienstverlening voor de implementatie, support en onderhoud van dat specifieke systeem aanbesteed kan worden.⁴ Dat daaraan alleen leveranciers kunnen meedoen die al ervaring hebben met dat open source pakket doet daar niet aan af zolang ook gelijkwaardige ervaring is toegestaan.

Mathieu Paapst⁵

³ Oracle versus de staat der Nederlanden, in: Forte 19, p. 9, Den Haag: Pianoo 2011.

⁴ Voorwaarde is wel dat er geen bezwarende titel aan de download en het gebruik van de software verbonden is.

⁵ Mathieu Paapst is werkzaam als docent/onderzoeker bij het Centrum voor Recht en ICT aan de Rijksuniversiteit Groningen.