

## LEGAL UPDATE

### **Europees Hof laat zich uit over publiek-publieke samenwerking tussen aanbestedende diensten in het kader van (doorontwikkeling van) software**

24-6-2020

Op 28 mei jl. heeft het Europees Hof van Justitie een [arrest](#) gewezen met relevante uitleg over de uitzondering van de aanbestedingsplicht bij publiek-publieke samenwerking. Meer specifiek behandelt het arrest een kwestie inzake het gebruik en (doen) doorontwikkelen van software voor meldkamers van brandweerkorpsen.

De zaak bij het Hof gaat over een overeenkomst tussen de deelstaat Berlijn en de stad Keulen. Berlijn stelt kosteloos door haar bij Sopra gekochte software (voor het beheer van werkzaamheden van de brandweer) ter beschikking aan Keulen. Dat dit mag, baseren partijen op Duits recht waaruit volgt dat overheidsinstanties softwareontwikkelingen, die zij niet mogen verhandelen, kosteloos aan elkaar kunnen doorgeven. De overeenkomst tussen Berlijn en Sopra staat Berlijn ook toe om deze software kosteloos door te geven aan andere overheidsinstanties met veiligheidstaken. Keulen mag de software op basis van de overeenkomst tussen Keulen en Berlijn bovendien doorontwikkelen en aanpassen. De deelstaat Berlijn kan vervolgens kosteloos die doorontwikkelde software terugontvangen.

ISE, een partij die software voor meldkamerbeheer ontwikkelt en verkoopt, is het niet eens met deze constructie. Zij is – kortgezegd – van mening dat de overeenkomst tussen Berlijn en Keulen vernietigd moet worden. Volgens ISE heeft de overeenkomst tussen Keulen en Berlijn een bezwarend karakter, omdat Berlijn, in ruil voor het kosteloos ter beschikking stellen van de software, het recht kreeg op de kosteloze terbeschikkingstelling van de door Keulen doorontwikkelde software. Keulen was verplicht de door haar doorontwikkelde software kosteloos ter beschikking te stellen aan Berlijn.

Het Hof benadrukt allereerst dat het bij de uitzondering van publiek-publieke samenwerking (artikel 12 lid 4 van Richtlijn 2014/24/EU, in Nederland geïmplementeerd in artikel 2.24c Aanbestedingswet) moet gaan om een overheidsopdracht in de zin van de Richtlijn. Het Hof concludeert dat de overeenkomst tussen Berlijn en Keulen kwalificeert als een overheidsopdracht (onder andere omdat de verplichtingen in de overeenkomst rechtens afdwingbaar zijn en omdat de aanpassing van de software door Keulen een duidelijk financieel belang oplevert voor Berlijn en er derhalve een bezwarende titel is).

Vervolgens benadrukt het Hof dat een opdracht tussen twee aanbestedende diensten niet onder het bereik van de Richtlijn valt – en daarvoor dus geen aanbestedingsplicht geldt – wanneer die overeenkomst is gesloten om te bewerkstellingen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen (zie artikel 12 lid 4 van de Richtlijn). Het Hof oordeelt dat het niet absoluut noodzakelijk is dat de taak van algemeen belang gezamenlijk wordt uitgevoerd.

De samenwerking mag volgens het Hof betrekking hebben op alle soorten activiteiten die verband houden met de uitvoering van diensten en met de uitoefening van verantwoordelijkheden van de aanbestedende dienst. Dit kan dus ook betrekking hebben op een nevenactiviteit van een openbare dienst, voor zover deze nevenactiviteit bijdraagt aan de daadwerkelijke verwezenlijking van de taak van algemeen belang.

Tot slot benadrukt het Hof dat, ondanks dat dit niet in artikel 12 van de Richtlijn is opgenomen, een verbod geldt om met de samenwerking een particuliere onderneming te bevoordelen ten opzichte van

concurrenten. Het Hof doet daarmee expliciet géén afstand van eerdere rechtspraak (arresten [Lecce](#) en [Piepenbrock](#)).

Het Hof gaat vervolgens in op de vraag wanneer er sprake kan zijn van bevoordeling van een particuliere onderneming waar het betreft het onderhoud en doorontwikkeling van software van Sopra. ISE betoogt dat de werkelijke waarde van software niet is de eenmalige aanschafprijs van de basissoftware maar gelegen is in de kosten van het onderhoud en de doorontwikkeling van software. ISE betoogt vervolgens dat de opdrachten voor de aanpassing, het onderhoud en de doorontwikkeling van de basissoftware in de praktijk uitsluitend voorbehouden zijn aan de producent van die software, aangezien voor de doorontwikkeling ervan niet alleen de broncode van de software nodig is, maar ook andere kennis inzake de doorontwikkeling van die broncode.

Het Hof slaat hierop aan en overweegt dat een aanbestedende dienst, wanneer hij voornemens is een aanbesteding uit te schrijven voor het onderhoud, de aanpassing of de doorontwikkeling van software die bij een marktdeelnemer is gekocht, ervoor moet zorgen dat aan de potentiële gegadigden en inschrijvers voldoende informatie wordt megedeeld om een daadwerkelijke mededinging op de afgeleide markt voor het onderhoud, de aanpassing of de doorontwikkeling van die software mogelijk te maken. Concreet draagt het Hof de verwijzende rechter op na te gaan of Keulen en Berlijn de beschikking hebben over de broncode van de software van Sopra, de broncode ook mededelen aan marktpartijen in het kader van een aanbesteding van het onderhoud en – indien dit het geval blijkt – de toegang toereikend is om te waarborgen dat de marktdeelnemers die belang hebben bij de gunning van de betrokken opdracht op een transparante, gelijke en niet-discriminerende wijze worden behandeld.

Voor de IT- en aanbestedingspraktijk is dit arrest van groot belang omdat in de praktijk producenten van standaardsoftware doorgaans niet de broncode ter beschikking stellen. Als een aanbestedende dienst al toegang heeft tot de broncode, dan is het gebruik dat het Hof randvoorwaardelijk maakt voor een gelijke behandeling van marktpartijen niet voorzien in de overeenkomst tussen de producent van de software en de desbetreffende aanbestedende dienst. Immers, toegang tot de broncode wordt geregeld in een broncode escrow-overeenkomst waarbij de toegang tot de broncode en het verdere gebruik daarvan alleen mogelijk zijn onder specifieke omstandigheden, zoals faillissement van de producent, of wanprestatie in de nakoming van de onderhoudsverplichtingen. Zou de broncode wel ter beschikking komen van marktpartijen in het kader van een aanbesteding, dan moet nog steeds worden nagegaan of dat voldoende is voor marktpartijen om op gelijke wijze mee te dingen. Wij verwachten dat dit niet snel het geval zal zijn, nu naast de broncode ook kennis van het product, de aard, werking en samenstelling van de broncode bij marktpartijen zullen ontbreken.

Wij zijn van mening dat voor de IT- en aanbestedingspraktijk dit arrest van belang is omdat de door het Hof aangelegde criteria maken dat de mogelijkheden om het voortborduren op een softwarekeuze die in het verleden is gemaakt en vertrekpunt wordt voor een volgende aanbesteding over het onderhoud en aanpassing van de software, worden beperkt.

Dit is een Legal Update van Robert Boekhorst en Anne Kusters.

Voor meer informatie:

Robert Boekhorst  
+31 30 259 5578  
[robertboekhorst@vbk.nl](mailto:robertboekhorst@vbk.nl)

Anne Kusters  
+31 30 259 5572  
[annekusters@vbk.nl](mailto:annekusters@vbk.nl)