

Aanbesteding desktop: GOUD ondanks diskwalificatie.

14 februari 2008

door: Mathieu Paapst

De aanbestedingsprocedure voor de verwerving van dienstverlening en programmatuur voor de rijksbrede GOUD werkplek begint behoorlijk te lijken op het orkest van de Titanic dat bleef doorspelen terwijl het schip aan het zinken was. Waar het reeds vanaf 2002 duidelijk was dat de overheid werk moest gaan maken van open standaarden en open source software en de Tweede Kamer in maart 2007 nog eens aan heeft gegeven dit proces te willen versnellen, is hier in de eerste opzet van het project GOUD, wat staat voor Gezamenlijke Ontwikkeling Universele rijksDesktop, in het geheel geen rekening mee gehouden.

Niet alleen werd er veelvuldig toegeschreven naar Microsoft producten maar werden er tevens gunningseisen gesteld waar alleen aan voldaan kon worden bij gebruik van closed source software. De conclusies van de in juli 2007 door Verdonck, Klooster & Associates (VKA) opgestelde contra expertise ten aanzien van het project liegen er daarom ook niet om: niet alleen is er door het projectteam nagelaten om al het mogelijke in het werk te stellen om invulling te geven aan de wensen van de Tweede Kamer, zo heeft men formuleringen gekozen welke open source licenties op voorhand buiten kunnen sluiten, maar tevens zal een toekomstig doorgroeiscenario naar meer open standaarden en open source software door de gekozen specificaties een stuk moeilijker worden. Hoewel bij deze contra expertise bijna alle lichten al op rood stonden, heeft het projectteam gemeend dat een aantal kleine aanpassingen in het programma van eisen wel voldoende zouden zijn voor een verdere behouden vaart.

Ook na deze cosmetische aanpassingen lijkt het programma van eisen echter moeilijk te rijmen met het door de Tweede Kamer ondersteunde actieplan "Nederland open in verbinding". Het kabinet geeft in dat plan ondermeer aan dat bij gelijke geschiktheid van software een voorkeur moet worden gegeven aan open source software. Overheden en maatschappelijke instellingen in onderwijs, zorg en sociale zekerheid moeten er tevens voor zorgen dat ze in januari 2010 een implementatiestrategie hebben ontwikkeld voor de aanbesteding, inkoop en het gebruik van open source software. Daarnaast moet de rijksoverheid vanaf april 2008 voor de toepassing van open standaarden het zogenaamde 'comply or explain and commit' principe toepassen en ODF ondersteunen.

Deze actiepunten vinden slechts zeer beperkt hun weerklank in de aanbestedingsdocumenten van GOUD. Zo valt in de stukken te lezen dat het niet aan het project GOUD is om een diepgaand onderzoek te doen naar eventueel in aanmerking komende open standaarden voor de verschillende onderdelen van een standaard werkplek. Ook zou het buiten de scope van het project liggen om een uitspraak te doen over de preferente standaard. Opmerkelijk omdat dit nu juist onderwerpen zijn waar de overheid als opdrachtgever van een dergelijk groot ICT project een leidende rol zou moeten hebben.

Het actieplan noemt ook dat het kabinet zal gaan onderzoeken in hoeverre alle in opdracht van de overheid ontwikkelde software in beginsel onder een open source licentie is vrij te geven. Daardoor komt volgens het kabinet meer software voor hergebruik beschikbaar, wordt de openbaarheid van bestuur versterkt en wordt de aansluiting op elektronische overheidsdienstverlening verbeterd. Met deze argumentatie volgt het kabinet de Europese commissie die onder haar EUPL licentie inmiddels al het nodige maatwerk als open source software beschikbaar stelt. Software gemaakt met geld van de belastingbetaler moet volgens de commissie zoveel mogelijk terug worden gegeven aan de belastingbetaler.

Om dit doel te realiseren dient de Nederlandse overheid in aanbestedingen en inkooptrajecten het voorbehoud te maken dat zij het intellectuele eigendom zal verkrijgen. Een andere minder vergaande optie zou kunnen zijn dat de overheid de verschillende juridische kenmerken van open source software als wens of eis gaat opnemen in de gunningcriteria.

Volgens de door OSOSS in december uitgegeven handreiking 'Het verwerven van (open source) software' is er geen regelgeving of jurisprudentie die dat op voorhand verbiedt. Wel dient de overheid te beargumenteren waarom dit kenmerk vereist of gewenst is. De handreiking geeft daarvoor al een korte opsomming door te verwijzen naar leveranciersafhankelijkheid, flexibiliteit en transparantie. Argumenten die overigens ook al in 2002 bij de motie Vendrik werden geuit.

In de aanbestedingsdocumentatie van GOUD heeft men echter besloten om de juridische kenmerken van open source software zoveel mogelijk buiten de gunningscriteria te houden. Daarentegen zijn de juridische kenmerken van closed source juist wel opgenomen in de gunningscriteria. Zo is het een eis dat het recht op het gebruik van de software zich beperkt tot maximaal 21.000 werkplekken. Open source software kan niet voldoen aan die eis omdat het aantal toegestane gebruikers in beginsel ongelimiteerd is.

Ook twijfelachtig is het niet nader gemotiveerde verbod op zogenaamde 'nul prijzen' en het vereiste dat een werkplek minimaal 100 euro moet kosten. Er bestaat immers geen aanbestedingsrechtelijke verplichting om zogenaamde 'abnormaal lage aanbiedingen' op voorhand uit te sluiten. Door deze eisen zijn leveranciers genoodzaakt om in hun offerte voor eventueel door hen aan te bieden open source producten en licenties toch een fictieve kostenpost op te nemen. Open source licenties sluiten het vragen van een licentievergoeding echter uit.

De handreiking geeft overigens nog meer interessante inzichten in de wijze waarop de overheid met open source zou moeten omgaan. Zij geeft namelijk kort gezegd aan dat open source software welke men gratis kan downloaden en gebruiken überhaupt niet hoeft te worden aanbesteed. Wanneer de verwerving van de software of de eventueel benodigde dienstverlening daarentegen wel geld gaat kosten, dan dient voor beide afzonderlijk te worden bepaald of de kosten boven de Europese aanbestedingsgrenzen uitkomen. Daarbij gaat het bij de centrale overheid om een drempelbedrag van 133.000 euro en voor decentrale overheden om 206.000 euro.

Hoe werkt dit nu uit in de praktijk? Een overheidsorganisatie kan bijvoorbeeld de officesuite OpenOffice.org ten behoeve van haar desktop kosteloos downloaden. Daarvoor is geen aanbesteding nodig. Mocht zij voor de feitelijke implementatie en benodigde aanpassingen een externe dienstverlener willen inhuren dan is dat ook mogelijk zonder een aanbesteding zolang de kosten van die opdracht onder het drempelbedrag blijven. Bij verwachte overschrijding van dat bedrag kan er wel een aanbesteding komen van dienstverlening op de betreffende officesuite. Omdat het een open source pakket betreft met een vrij beschikbare broncode, kunnen in beginsel alle dienstverleners mee dingen naar de opdracht en sluit de vooraf door de overheid gemaakte productkeuze niemand uit. De bij GOUD gemaakte keuzes doen dat echter wel.

De komende tijd zal moeten blijken hoe het actieplan en de handreiking door gaan werken binnen de overheid en wat daarvan de gevolgen zullen zijn voor de ontwikkeling van de universele rijksdesktop. Ik verwacht zelf dat er na de voorlopige gunning door een of meerdere afgewezen partijen een beroep zal worden gedaan op de rechter die zeer waarschijnlijk met een erg kritische blik zal kijken naar de geëiste functionaliteiten en de gunningscriteria in de aanbestedingsdocumentatie. In het zicht van de finish loopt GOUD dan een grote kans om alsnog gediskwalificeerd te worden.

Mr. Mathieu Paapst is ICT jurist en als onderzoeker verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hij werkte mee aan de totstandkoming van de handreiking "Het verwerven van (open source) software".