

## **Advies 17**

### **1. Feiten**

- 1.1 Beklaagde heeft een aanbesteding (Europese openbare procedure) uitgeschreven voor Storage Area Networking.
- 1.2 In de gunningssystematiek wordt het merk X. genoemd en wordt verder aangegeven dat aanbiedingen die voorzien in software die draait in een "X. omgeving" meer punten krijgen. Klager heeft hierover na publicatie van de eerste Nota van Inlichtingen vragen gesteld

### **2. Beschrijving klacht**

- 2.1 (Klachtonderdeel 1) In het programma van eisen voor de opdracht voor Storage Area Networking (SAN) Systemen inclusief bijbehorende management software en support en onderhoud wordt in de gunningssystematiek het leveren van software draaiende op een fysieke X. server hoger beloofd dan software die op een Y. server draait. In de beschrijving van de opdracht staat geen motivering waarom X. expliciet hoger wordt gewaardeerd. Daarnaast telt een X. oplossing in de gunningssystematiek voor 21% mee in het eindtotaal van de puntentoekenning
- 2.2 (Klachtonderdeel 2) Beklaagde is niet inhoudelijk ingegaan op de vragen die klager na publicatie van de eerste nota van inlichtingen over het voorgaande punt heeft gesteld, noch op de daaropvolgende klacht.

### **3. Onderbouwing klacht**

Op grond van art. 2.76, vijfde en zesde lid, Aw 2012 is een verwijzing naar merken en typen slechts in zeer uitzonderlijke gevallen toegestaan. Klager meent dat op basis van de beschikbare informatie de conclusie gerechtvaardigd is dat een dergelijk geval zich hier niet voordoet. Klager vindt het des te vreemder dat om een merk wordt gevraagd in het licht van de tekst in het beschrijvend document, waarin is aangegeven dat beklagde niet één storage oplossing wil hebben, maar, eventueel per functionaliteit, ook andere oplossingen.

### **4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht**

Het laten vervallen van wens 2.1 van het programma van eisen en wensen.

### **5. Reactie beklagde**

Er is door beklagde niet inhoudelijk gereageerd op de klacht; beklagde voert aan dat de vragen te laat in de procedure zijn gesteld, namelijk voor het eerst na publicatie van de eerste Nota van Inlichtingen.

## 6. Beoordeling

- 6.1 Op grond van art. 2.76 Aw 2012 is het noemen van merken in de technische specificaties slechts toegestaan indien een voldoende nauwkeurig en begrijpelijke beschrijving niet mogelijk is, waarbij deze melding vergezeld dient te gaan van de woorden "of gelijkwaardig". Het noemen van een merk in de gunningcriteria is analoog aan het Max Havelaar arrest (C-368/10) aan dezelfde regel onderworpen.
- 6.2 In haar reactie op de klacht heeft beklagde aangegeven dat klager de vragen eerder had moeten stellen en dat deze vragen na de eerste vragenronde en het verschijnen van de eerste Nota van Inlichtingen niet (meer) voor behandeling in aanmerking kwamen/komen. De Commissie overweegt ten aanzien van deze reactie het volgende.
- 6.3 De reactie van beklagde vindt allereerst geen steun in de aanbestedingsdocumenten. Noch uit de overgelegde tekst van de advertentie, noch uit het beschrijvend document blijkt enig instructie aan inschrijvers dat alle vragen in de eerste ronde gesteld moesten worden en dat na beantwoording van vragen in de eerste Nota van Inlichtingen geen "nieuwe" vragen gesteld mochten worden. Die beperking valt voor het eerst te lezen in de eerste Nota van Inlichtingen. Door deze beperking pas op dat moment in de aanbestedingsprocedure kenbaar te maken handelt beklagde in strijd met het transparantiebeginsel. Ook overigens is de Commissie van oordeel dat zelfs in het geval dat beklagde een terecht punt zou hebben met haar reactie dat klager de vragen eerder had moeten stellen, dit niet afdoet aan de eventuele gegrondheid van de klacht

## 7. Advies

De klacht is in beide onderdelen **gegrond**.

## 8. Aanbeveling

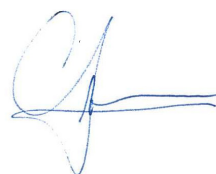
De Commissie doet de volgende aanbeveling. Beklaagde wordt geadviseerd het subgunningscriterium 2.1 te schrappen. Omdat het schrappen van een gunningscriterium in de regel leidt tot een wezenlijke wijziging van de aanbestedingsprocedure (vergelijk ook het arrest Wienstrom (HvJEG C-448/01)) wordt beklagde geadviseerd heraanbesteding te overwegen indien zij het advies om het subgunningscriterium te schrappen overneemt.

Indien beklagde in volgende aanbestedingen wenst dat alle vragen vóór een bepaald moment in de aanbestedingsprocedure gesteld worden, dient zij dit op te nemen in de aanbestedingsdocumenten.

Den Haag, 12 juli 2013



Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter



Prof. mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter