

Advies 22/1

1. Feiten

1.1 Beklaagde heeft een openbare aanbestedingsprocedure gehouden met betrekking tot een raamovereenkomst voor de levering van ICT hardware en generieke software, inclusief onderhoud en support. De aanbesteding omvat 5 percelen. Als gunningscriterium geldt de economisch meest voordelige inschrijving.

1.2 Klager heeft met betrekking tot deze aanbesteding twee klachten ingediend. Eén van die klachten heeft betrekking op het door beklagde gestelde vereiste dat de inschrijvers A-Merken moeten aanbieden.

1.3 In het zogenoemde Beschrijvend Document heeft beklagde op p. 3 het begrip "A-Merk" gedefinieerd als:

'Een merk welke een hoge naamsbekendheid en goede reputatie heeft en toonaangevend in de markt is qua kwaliteit en prijs.'

1.4 Tijdens de aanbestedingsprocedure zijn door een andere (potentiële) inschrijver de volgende vragen gesteld met betrekking tot het document "Bijlage D (Prijzenblad)":

'Moeten de hier aangeboden merken/het aangeboden merk ook A-Merk(en) zijn? Geldt de definitie van A-Merk per perceel, of voor de merknaam? Geldt definitie van A-Merk nog voor een bepaald aan te bieden segment? En uit welk segment kunnen de A-Merken (per perceel) komen? Consumer (Acer, Asus, Packard Bell etc.) of Commercial/professional (big. HP, Dell, Lenovo)? Wat zijn voor u de concrete criteria voor een A-Merk? Graag ontvangen wij hierop een verduidelijking van u teneinde het juiste aan te bieden en de aanvraag niet bij onnodig veel leveranciers uit te zetten'.

Beklaagde heeft deze vragen als volgt beantwoordt:

'Overall moet het aangeboden A-Merk zijn. Voor de door de aanbestedende dienst gehanteerde definitie van een A-Merk zie in het beschrijvend document bij definities de beschrijving hiervoor'.

1.5 Beklaagde heeft klager in eerste instantie door middel van een afwijzingsbrief laten weten dat klager met betrekking tot perceel 4 van haar inschrijving 0 punten voor het criterium prijs heeft gescoord. Tijdens een mondeling gesprek is deze uitslag toegelicht en heeft beklagde laten weten dat het door klager aangeboden merk Z. geen A-Merk zou zijn omdat het hier niet om een toonaangevend merk zou gaan. Daarmee voldeed klager volgens beklagde niet aan de gestelde eis en heeft zij mitsdien een ongeldige inschrijving gedaan.

2. Beschrijving klacht

Klager is van mening dat het hierboven weergegeven oordeel van beklagde niet terecht is. In de kern genomen voert klager daartoe het volgende aan.

3. Onderbouwing klacht

Beklaagde heeft in de bekendmaking en bij de mondelinge toelichting van haar beslissing niet aangegeven wat zij bedoelt met "toonaangevend" en of zij daarmee doelt op de kwaliteit en/of de prijs. Klager is van mening dat de door haar aangeboden merken ruim binnen de door de beklagde geformuleerde definitie van "A-Merk" passen. De aangeboden Z. producten zijn van goede kwaliteit en scherp geprijsd. Klager voegt daaraan toe dat Z. in de markt tevens een goede reputatie en hoge naamsbekendheid geniet. Z. genereert jaarlijks een omzet van 378 miljoen dollar en is qua marktaandeel wereldwijd de derde speler in het segment VDSL-CPE internet en netwerkapparatuur, boven de in de consumentenmarkt bekendere merken als Huawei, NEC en Motorola. Z. wordt wereldwijd gebruikt door grote publieke organisaties en multinationals, waaronder KPN, British Telecom, Tata Steel, Telefonica en Verizon. Recentelijk heeft Z. 80 basisscholen in Friesland voorzien van nieuwe switches. Z. onderscheidt zich in de markt door een combinatie van innovatieve producten/oplossingen en scherpe prijzen. Het is klager dan ook volstrekt niet duidelijk op welke gronden beklagde oordeelt dat Z. een presentatie van Z.

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

Klager stelt voor dat beklagde een herbeoordeling uitvoert waarbij zij de door haar gegeven definitie van "A-Merk" correct uitvoert.

5. Reactie beklagde

In reactie op de klacht heeft beklagde laten weten dat zij blijft bij haar standpunt dat zij de toetsing van het door klager aangeboden merk aan de definitie van het begrip "A-Merk" correct heeft uitgevoerd.

6. Beoordeling

- 6.1 De Commissie stelt voorop dat het op zich niet ongebruikelijk is voor aanbestedende diensten om de eis op te nemen dat inschrijvers gebruik maken van apparatuur van zogenoemde A-merken. De reden hiervoor is dat een aanbestedende dienst niet zozeer het allerbeste uit de markt wil verkrijgen, maar vooral wil voorkomen dat er inferieure producten worden gebruikt, waardoor er grotere risico's ontstaan door het slechter functioneren van de gebruikte apparatuur. Veelal wordt bij de eis geen nadere definitie opgenomen van het begrip A-merk. De door beklagde gehanteerde definitie sluit aan bij wat gangbaar is in deze markt. De Commissie merkt terzijde op dat het in de definitie opnemen van een combinatie van prijs en kwaliteit – zoals beklagde dat in het onderhavige geval heeft gedaan – wat minder gebruikelijk is, omdat A-merken met name worden gewaardeerd om de (hoge) kwaliteit, waarbij de wellicht iets hogere prijs voor lief wordt genomen. De Commissie acht dat laatste voor de verdere beoordeling van de klacht overigens niet van belang.
- 6.2 Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat beklagde haar aanbestedingsrechtelijke verplichting is nagekomen om de eisen in het bestek en de overige aanbestedingsdocumenten zodanig te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze op dezelfde wijze te interpreteren. De Commissie is voorts van oordeel dat een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver bij een aanbesteding als de onderhavige de in de definitie van het begrip "A-Merk" gebruikte kwalificaties "hoge naamsbekendheid" en "toonaangevend" als

volgt dient te begrijpen.

- 6.3 De kwalificatie "hoge naamsbekendheid" moet worden gezien in de context van de betreffende markt. De zakelijke markt voor professionele ICT-producten en de consumentenmarkt voor ICT-producten kennen zowel overeenkomende bekende leveranciers, als ook niet-overeenkomende. Daarnaast is uiteraard het specifieke product of de specifieke productgroep van belang. Een gerenommeerde A-merk leverancier van datanetwerkproducten is niet per definitie een A-merk voor opslag-producten (storage), ook al gaan die twee vormen van dienstverlening vaak samen. Aangezien de aanbesteding een zakelijk en professionele vorm van dienstverlening betreft, moet vooral de naamsbekendheid in die markt in ogenschouw worden genomen en in het bijzonder van het specifieke product of de productgroep die het hier betreft. Naamsbekendheid kan voortkomen uit de massaliteit van een merk, maar ook door specifieke kwaliteiten.
- 6.4 De kwalificatie "toonaangevend" duidt op de mate waarin een merk voorop loopt bij nieuwe ontwikkelingen. Dit kan voortkomen uit het zelf ontwikkelen en introduceren van nieuwe technieken en/of standaarden dan wel uit het snel op de markt brengen van producten die de nieuwe technieken/standaarden in zich hebben. Een belangrijke kwalificatie hiervoor is de mening van experts, analisten en sleutelgebruikers als systeem- en netwerkbeheerders.
- 6.5 Gelet op de wijze waarop een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver bij een aanbesteding als de onderhavige de in de definitie van het begrip "A-Merk" gebruikte kwalificaties "hoge naamsbekendheid" en "toonaangevend" dient te begrijpen, is de Commissie van oordeel dat het merk Z. aan deze kwalificaties beantwoordt en in het kader van de onderhavige aanbesteding als een A-merk dient te worden beschouwd. Z. is een wereldwijd opererende leverancier van netwerkapparatuur die zich primair richt op de zakelijke, professionele markt, maar ook producten maakt voor thuisgebruik en kleinbedrijf. In Nederland is Z. misschien iets minder bekend, maar internationaal gezien is het zeker een bekend merk. De producten van Z. worden algemeen erkend als professioneel en van goede tot zeer goede kwaliteit. Z. komt uit Taiwan en staat al een tiental jaren in de top 20 van wereldwijd opererende Taiwanese bedrijven. Z. haalt regelmatig goede pers met nieuwe producten, die meegaan in de laatste ontwikkelingen. Binnen de internationale markt van professionele netwerkapparatuur is Z. een bekende en gerespecteerde naam.
- 6.6 De Commissie is van oordeel dat beklagde ten onrechte tot de beslissing is gekomen dat klager een ongeldige inschrijving heeft gedaan op grond dat het door klager aangeboden merk Z. geen A-Merk zou zijn.
- 6.7 Terzijde merkt de Commissie nog het volgende op. Zoals hierboven is aangegeven, wordt de eis om gebruik te maken van A-merken vooral gehanteerd om duidelijk inferieure kwaliteit te kunnen afwijzen. Dit hangt samen met de vaststelling dat het niet mogelijk is om een waterdichte definitie te geven, die voor elk merk direct uitsluitend geeft of er sprake is van een A-merk. Er is een grijs gebied dat samenhangt met de subjectiviteit rond de termen naamsbekendheid en toonaangevend. Dat betekent dat een aanbestedende dienst terughoudend zou moeten zijn om een merk als niet-A-merk te classificeren. Dat zou alleen gepast zijn, als een merk (nog) geen of vrijwel geen track record heeft van vergelijkbare implementaties of leveringen van het bedoelde product of de bedoelde productgroep in de overeenkomende markt, of juist hele slechte kritieken in de relevante vakbladen en websites.

7. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**. Beklaagde had de inschrijving van klager niet als ongeldig mogen aanmerken op grond van de stelling dat het door klager aangeboden merk Z. geen A-Merk zou zijn.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door een aan de Commissie verbonden Branche-Expert (ICT).

Den Haag, 24 september 2013

w.g.:
Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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