

Advies 247

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbesteding voor de levering van een paraatheid- en beschikbaarheidssysteem gehouden.

1.2. In het Programma van Eisen is in eis 6.2 in hoofdstuk 6 ('Tweewegpaging') het volgende bepaald:

'De Pager heeft de mogelijkheid tot automatisch in en uitmelden (beschikbaarheid) aan de hand van GPS locatie binnen verzorgingsgebied.'

1.3. In de eerste (ongedateerde) Nota van Inlichtingen zijn – voor zover relevant - de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen:

1.3.1. 'Vraag 16: Vanwege het efficiënt omgaan met middelen en het voorkomen van onnodige investeringen (overlap functionaliteit pager en de smartphone app, SIM&data bundle pager), het bestaan van slechts één gecertificeerde pager met GPS (vendor lock-in), zou u de eisen onder nummer 6 willen heroverwegen en herschrijven zodat functionaliteit behouden blijft, alternatieven mogelijk worden, toekomstvastheid gegarandeerd wordt en kosten lager zijn.

Antwoord: [Beklaagde] heeft gekozen voor alarmering primair met pagers vanwege de zekerheid van het P2000 netwerk en daarnaast de mogelijkheid van alarmering via smartphone uitgevraagd. Overigens zijn er volgens onze bronnen minimaal twee pagers gecertificeerd.'

1.3.2. 'Vraag 17: De smartphone oplossing is een verplicht onderdeel van deze aanbesteding. De smartphone beschikt over GPS functionaliteit en kan dus volledig invulling geven aan deze functionaliteit. Vanwege het efficiënt omgaan met middelen en het voorkomen van onnodige investeringen, het bestaan van slechts één gecertificeerde pager met GPS (vendor lock-in), vragen wij u om deze functionaliteit ook te kunnen leveren middels de smartphone applicatie. Is dit akkoord?

Antwoord: Smartphone is bij [beklaagde] niet primair. [Beklaagde] heeft gekozen voor alarmering primair met pagers vanwege de zekerheid van het P2000 netwerk en daarnaast de mogelijkheid van alarmering via smartphone uitgevraagd. Overigens zijn er volgens onze bronnen minimaal twee pagers gecertificeerd.'

1.3.3. 'Vraag 18: Is het ook toegestaan om positiebepaling te doen via GPRS (triangulatie).

Antwoord: Ja dit is toegestaan.'

1.3.4. 'Vraag 19 [met betrekking tot eis 6.2 van het Programma van Eisen, Commissie]: Is het verplicht om voorafgaand aan de gunning CTK goedkeuring te hebben voor de pager (met GPS module).

Antwoord: Ja.'

- 1.3.5. Vraag 31: Is de door aanbesteder gedefinieerde gebruiksduur op basis ingeschakelde GPS module?

Antwoord: Ja, de gedefinieerde gebruiksduur is op basis van ingeschakelde GPS module.'

- 1.4. In de tweede Nota van Inlichtingen van 14 april 2015 zijn – voor zover relevant – de volgende vragen met bijbehorende antwoorden opgenomen:

- 1.4.1. Vraag 68 [met betrekking tot het antwoord op vraag 18 in de eerste Nota van Inlichtingen, Commissie]: Aanbesteder geeft hier akkoord op een alternatief voor GPS met betrekking tot positiebepaling (GPRS triangulatie). Een alternatief welke aantoonbaar minder geschikt is voor missie kritische toepassingen. Aanbieder stelt hierover de volgende vragen:

1. Vervalt hiermee de eis dat de pager voorzien moet zijn van GPS?
2. Indien aanbesteder GPS als eis handhaaft, kan aanbesteder dan motiveren waarom een minder robuust alternatief voor positiebepaling wordt toegelaten?
3. Aansluitend op voorgaande vraag ('2'), indien van toepassing, kan aanbesteder motiveren waarom de desbetreffende eis niet in conflict is met het toelaten van genoemd alternatief?

Antwoord:

Nee, de eis voor GPS blijft staan. Er mag voor positiebepaling echter wel gebruik gemaakt worden van GPRS.

Op dit moment is de positiebepaling niet kritisch. In de toekomst wellicht wel, waarbij er dan gebruik gemaakt gaat worden van een nauwkeurigere positiebepaling.

Zie 2.'

- 1.4.2. Vraag 69: Aanbieder begrijpt uit de antwoorden van aanbesteder dat, met het oog op een objectieve en correcte beoordeling, uitsluitend CTK gecertificeerde pagers kunnen worden aangeboden voor de door aanbesteder georganiseerde demo/testdagen. Is deze interpretatie correct?

Antwoord: Ja, dat is correct.'

- 1.5. Op 29 april 2015 heeft beklagde de mededeling van de gunningsbeslissing aan klager gestuurd. In die mededeling wordt vermeld dat klager op de tweede plaats in de rangorde staat en dat onderneming X. de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan.

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft in strijd met de regels de opdracht gegund aan X., terwijl X. een pager aangeboden heeft die niet aan eis 6.2 van het Programma van Eisen (zie punt 1.2) voldoet.

3. Onderbouwing klacht

Beklaagde stelt als minimum eis dat de pager moet beschikken over de mogelijkheid van positiebepaling via GPS (eis 6.2 van het Programma van Eisen). In de eerste Nota van Inlichtingen is gevraagd of ook is toegestaan om positiebepaling te doen via GPRS. Beklaagde antwoordt dat dat is toegestaan (zie de beantwoording van vraag 18). In de tweede Nota van Inlichtingen is gevraagd of daarmee de eis van GPS vervalt. Beklaagde antwoordt dat de eis voor GPS blijft bestaan

(zie de beantwoording van vraag 68). Tevens wordt in de tweede Nota van Inlichtingen gevraagd of uitsluitend CTK gecertificeerde pagers kunnen worden aangeboden. Beklaagde beantwoordt die vraag bevestigend (zie de beantwoording van vraag 69).

4. Reactie beklagde

- 4.1. In het antwoord op vraag 18 in de eerste Nota van inlichtingen is bepaald dat de positiebepaling ook met GPRS gedaan mag worden zodat de positiebepaling met GPS of GPRS kan worden gedaan. Beklaagde heeft met de beantwoording van de tweede subvraag onder nummer 68 van de tweede Nota van Inlichtingen duidelijk gemaakt dat GPS niet vervalt maar dat de positiebepaling zowel met GPS als GPRS mag. Het laten vervallen van GPS zou betekenen dat er alleen met GPRS aangeboden mag worden terwijl beide mogelijkheden aangeboden mogen worden.
- 4.2. De pager (alarmontvanger) dient voorzien te zijn van een CTK-goedkeur om op het P-2000 netwerk te opereren. De [merknaam] pager van [X.] beschikt over een CTK-goedkeur met GPRS. Deze pager werkt voor de positiebepaling met GPRS. Tijdens de verificatie heeft beklagde navraag gedaan bij de Voorziening tot Samenwerking Politie Nederland (VtSPN). VtSPN doet de CTK-certificering van de communicatiemiddelen. Hier heeft beklagde de bevestiging gekregen dat de door P2000-Alarmeringssystemen aangeboden pager een geldige CTK-certificering heeft met GPRS en dus voldoet. Beklaagde heeft het certificaat als bijlage bij haar reactie op de klacht bijgevoegd.
- 4.3. Wanneer een pager voor de positiebepaling gebruik maakt van GPS dient deze pager voorzien te zijn van CTK-goedkeur met GPS. Anders dan klager veronderstelt, betekent dit volgens beklagde niet dat de pager dient te beschikken over zowel GPS als GPRS. Een dergelijke uitleg zou volstrekt onlogisch zijn, nu GPS en GPRS louter positiebepaling tot doel hebben, en het zinloos is dat een pager ten behoeve van positiebepaling over beide systemen dient te beschikken. Er zijn, voor zover bij beklagde bekend, dan ook geen leverancier(s) die pagers aanbieden waarin beide systemen verwerkt zijn en het is vanzelfsprekend ook nimmer de bedoeling leveranciers die gebruik maken van GPRS alsnog te dwingen beide systemen in te bouwen.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012.
- 5.2. Tussen partijen staat ter discussie of de door X. aangeboden pager voldoet aan eis 6.2 van het Programma van Eisen. Deze discussie vindt haar oorzaak in het feit dat partijen ieder een verschillende uitleg aan die eis geven. Daarmee is allereerst de vraag aan de orde of beklagde heeft voldaan aan haar uit art. 1.9, eerste lid, Aw 2012 voortvloeiende verplichting om eis 6.2 in de aanbestedingsstukken zodanig te formuleren dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze eis op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan die eis moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van

doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.

- 5.3. De Commissie stelt vast dat beklagde de formulering van de tekst van eis 6.2 in het Programma van Eisen nader heeft toegelicht in haar beantwoording van vragen in de nota's van inlichtingen. Dat betekent dat bij de beantwoording van de in 5.2 hiervoor gestelde vragen eis 6.2 dient te worden gelezen in het licht van de gehele tekst van het Programma van Eisen en van de toelichting die beklagde daarop heeft gegeven in de nota's van inlichtingen, mede gelet op de formulering van de vragen naar aanleiding waarvan zij die toelichting heeft gegeven.
- 5.4. De Commissie is van oordeel dat beklagde met haar beantwoording van vraag 68 in de tweede Nota van Inlichtingen van 14 april 2015 (zie 1.4.1 hiervoor) verwarring heeft gecreëerd. Sommige redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers zullen eis 6.2, gelet op de beantwoording van vraag 68, hebben uitgelegd in die zin dat het is toegestaan om een pager aan te bieden waarmee positiebepaling door middel van GPRS in plaats van GPS kan plaatsvinden. Andere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers zullen eis 6.2 daarentegen hebben begrepen in die zin dat het aanbieden van een pager met GPRS positiebepaling weliswaar is toegestaan, maar dat de eis dat met de pager daarnaast ook GPS positiebepaling kan plaatsvinden onverkort is blijven gelden.
- 5.5. Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat beklagde eis 6.2 niet zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze eis op dezelfde wijze zullen uitleggen. Daarmee heeft beklagde gehandeld in strijd met haar in art. 1.9, eerste lid, Aw 2102 genoemde verplichting.
- 5.6. Het voorgaande betekent dat de vraag welke uitleg aan eis 6.2 dient te worden gegeven, niet kan worden beantwoord. De consequentie daarvan is dat evenmin kan worden vastgesteld of de door X. aangeboden pager aan die eis voldoet. Dat betekent dat beklagde de opdracht niet aan X. had mogen gunnen.
- 5.7. Het voorgaande betekent dat de klacht gegrond is.
- 5.8. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Uit de uitleg die beklagde zelf aan eis 6.2 geeft in het licht van haar beantwoording van vraag 18 in de eerste Nota van Inlichtingen (zie 1.3.3 hiervoor), leidt de Commissie af dat beklagde die vraag heeft opgevat als een verzoek van de vraagsteller om eis 6.2 van het Programma van Eisen te wijzigen. Hoewel klager daar niet over klaagt, merkt de Commissie op dat het beklagde niet is toegestaan om aan een dergelijk verzoek gehoor te geven – althans niet zonder rectificatie in combinatie met een eventuele bijstelling van de inschrijvingstermijn – gelet op de uitleg die het HvJ EU heeft gegeven aan art. 39 lid 2 Richtlijn 2004/18/EG in het licht van het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting (zie HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10, r.o. 54-56).

6. **Advies**

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

7. **Aanbeveling**

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 30 september 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid