

vonnis

RECHTBANK HAARLEM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 158710 / KG ZA 09-333

Vonnis in kort geding van 21 juli 2009

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ISSUE INFORMATION TECHNOLOGY B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
eiseres,
advocaat mr. M.P.M. Fruytier te Amsterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE PURMEREND,
zetelend te Purmerend,
gedaagde,
advocaat mr. H.R.M. Jenné te Alkmaar.

Partijen zullen hierna Issue en de gemeente genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de wijziging van eis
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van Issue
- de pleitnota van de gemeente.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. De gemeente heeft een aanbestedingsprocedure gevoerd om te komen tot een raamovereenkomst voor de levering van servers, desktops, workstations en monitoren. Het betreft een Europese aanbesteding waarop het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten van toepassing is.

2.2. In de aanbestedingsstukken, "Aanbestedingsdocument" genaamd, is, voor zover van belang, onder meer het volgende opgenomen:

3.4 *Gunningscriteria*

De inschrijver die de economisch meest voordelige aanbieding heeft gedaan komt voor gunning van de opdracht in aanmerking.

De gemeente Purmerend hanteert een Knock-out (KO) principe. Deze vragen kunnen alleen met Ja worden beantwoord. Vervolgens worden vier gunningscriteria gehanteerd:

CRITERIUM	WEEGFACTOR
<i>Prijs</i>	50%
<i>Kwaliteit/techniek</i>	30%
<i>Flexibiliteit</i>	15%
<i>Milieu</i>	5%

De beste 3 leveranciers worden uitgenodigd om de modellen te leveren, die worden vervolgens getest zoals omschreven in het programma van eisen.

[...]

Testfase

Per onderdeel zal getest worden op de volgende zaken,

- Test 1 Kast: Flexibel: Convertible mini-tower design waarin veel aandacht is besteed aan details – geluidsproductie, formaat van de behuizing, remote beheer en gereedschaploze toegang – biedt uitbreidingsmogelijkheden voor de toekomst*
- Test 2 Installatie: Er wordt getest of de systemen (Desktop en Workstation) unattended zijn te installeren gebruik makend van de Microsoft Remote Installation Server (RIS) en Windows Deployment Services Server.
Ook wordt getest of dit geen conflicten geeft met de huidige unattended installatie en de door de gemeente gebruikte standaard programmatuur.*
- Test 3 De kast bevat geen scherpe randen, waaraan je je kan verwonden.*
- Test 4 Onderdelen zijn goed toegankelijk*
- Test 5 Aanwezige voedingskabels tbv extra hardware (bijvoorbeeld harddisk, dvd-speler) zijn lang genoeg.*

U kunt per onderdeel 1, 2 of 3 punten krijgen. Deze punten worden vermenigvuldigd met een factor. [toevoeging rechtbank: Als eveneens in het Aanbestedingsdocument aangegeven bedroeg de weegfactor voor test 1 twee, voor test 2 zes en voor de tests 3, 4 en 5 telkens één.]

De leverancier met de meeste punten krijgt vervolgens de gunning van de opdracht.

2.3. De knock-outcriteria zijn in het Aanbestedingsdocument vastgelegd onder de kop "Programma van eisen". Onder de kop "Omschrijving eis Desktops & Workstations" is daarbij als knock-outcriterium onder meer opgenomen criterium TE-22, waarin staat dat de geluidsproductie maximaal 30 dBA mag bedragen en criterium TE-54, waarin staat: *Koeling: Geluidsniveau max 39 dB, geluidsarm.*

2.4. In de door de gemeente uitgebrachte Nota van Inlichtingen luiden vraag 25 en het antwoord daarop als volgt:

Vraag TE 22/54 – In TE22 geeft u aan dat de geluidsproductie maximaal 30 dBA mag bedragen, in uw eis TE54 geeft u echter aan dat voor de koeling het geluidsniveau maximaal 39 db mag bedragen, te weten geluidsarm. Dit is

een inconsistentie, wij willen u daarom vragen of u bereid bent om eis TE22 te wijzigen in 39dBa?

Antwoord *TE22 is bij deze: De geluidsproductie mag maximaal 39dBa bedragen.*

2.5. Uit het proces-verbaal van aanbesteding d.d. 15 april 2009 blijkt dat inschrijvingen zijn ontvangen van de volgende zes bedrijven: SCC, B + P Computers (hierna: B+P), Vitasys B.V.(hierna: Vitasys), Bossers & Cnossen B.V. (hierna: Bossers & Cnossen), ISL Automatisering (hierna: ISL) en Issue.

2.6. In eerste instantie heeft de gemeente bij brief d.d. 20 april 2009 aan Issue meegedeeld dat de opdracht aan SCC wordt gegund en dat Issue is afgewezen. Deze gunning is vervolgens ingetrokken bij brief van de gemeente aan Issue d.d. 29 april 2009, waarin de gemeente heeft geschreven dat er een onjuiste beoordeling van de inschrijvers heeft plaatsgevonden en dat de inschrijvingen zo spoedig mogelijk opnieuw zullen worden beoordeeld.

2.7. Bij brief d.d. 15 mei 2009 heeft de gemeente aan Issue meegedeeld dat de uitgebrachte offertes opnieuw zijn beoordeeld en dat Issue is uitgenodigd om testmateriaal te leveren.

2.8. Bij brief d.d. 9 juni 2009 heeft de gemeente aan Issue geschreven dat zij tijdens het selectieproces is afgefallen en daarmee uitgesloten is van deelname aan de aanbesteding, omdat een van de door haar geleverde systemen niet voldoet aan het, in de nota van inlichtingen gewijzigde, knock-outcriterium TE-50, te weten *Kast te openen zonder gereedschap en aansluiting voor Secu-lock of soortgelijke beveiligingsoplossing*.

2.9. Nadat Issue daaromtrent bij de gemeente om nadere inlichtingen heeft verzocht, is gebleken dat de zijkant van het door Issue ter test aangeboden Workstation M470 van Fujitsu niet zonder gereedschap kon worden geopend, zoals was geëist, maar dat het daarvoor noodzakelijk was om één schroef te verwijderen. Op verzoek van Issue heeft de verantwoordelijk manager van Fujitsu uitgelegd dat er één schroef in de kast van dit Workstation zit, ter zckering van de kast tijdens het transport. Zonder deze schroef zou, volgens Fujitsu, de kans bestaan dat de zijdeur van de kast los kan gaan als gevolg van krachten tijdens het transport. Issue heeft het voorgaande aan de gemeente meegedeeld per brief d.d. 11 juni 2009 en verzocht om een gesprek met de gemeente.

2.10. Issue en de gemeente hebben overleg gevoerd, welk overleg er niet toe heeft geleid dat het voorlopige afwijzingsbesluit werd ingetrokken. Vervolgens heeft Issue de gemeente op 22 juni 2009 gedagvaard in het onderhavige kort geding en gevorderd om de gemeente te veroordelen om het besluit tot uitsluiting van Issue in te trekken en de aanbestedingsprocedure met Issue voort te zetten.

2.11. Bij brief d.d. 29 juni 2009 heeft de gemeente aan Issue meegedeeld dat zij haar besluit d.d. 9 juni 2009 heeft heroverwogen en dat die heroverweging tot het oordeel heeft geleid dat de inschrijving wel voldoet aan eis TE50 en dat Issue geen ongeldige inschrijving heeft gedaan. Voorts heeft de gemeente aan Issue meegedeeld dat het besluit van 9 juni 2009 is ingetrokken, dat Issue weer deelneemt aan de aanbestedingsprocedure en dat de test met de reeds door Issue geleverde apparatuur wordt voortgezet.

2.12. Bij brief d.d. 30 juni 2009 heeft de gemeente aan Issue meegedeeld dat zij voornemens is om de opdracht te gunnen aan B+P en dat Issue niet voor gunning in aanmerking komt, omdat tijdens het testen is gebleken dat de systemen van B+P hoger scoorden dan de systemen van Issue.

2.13. Uit de bij deze brief gevoegde testresultaten blijkt dat de systemen van de inschrijvers B+P, Issue en SCC zijn getest. Ter zitting is gebleken dat in die testresultaten bij de weergave van de geluidsniveaus van de door Issue ter test aangeleverde desktop en workstation de namen zijn omgedraaid. Daar waar in de testresultaten Fujitsu Celsius staat, had Fujitsu Esprimo moeten staan en andersom.

3. Het geschil

3.1. Issue vordert na eiswijziging:

Het de voorzieningenrechter van de Rechtbank te Haarlem, moge behagen bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. De gemeente Purmerend te veroordelen om binnen twee dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis het besluit tot gunning aan B+P Computersystems van 30 juni 2009 als bedoeld in lichaam van deze dagvaarding, in te trekken, zulks op verbeurte van een dwangsom van EUR 6.337 per dag of deel daarvan, met een maximum van € 60.700,- (zijnde de maximaal te derven marge op de verkoopprijs, te verdienen rebates en genoegdoening) dat de gemeente Purmerend in gebreke blijft om aan het vonnis te voldoen, althans te veroordelen tot een door U E.A. Voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen voorlopige voorziening en hoogte van de op te leggen dwangsom;

2. De gemeente Purmerend te veroordelen om binnen twee weken na betekening van het in dezen te wijzen vonnis de aanbestedingsprocedure als bedoeld in lichaam van deze dagvaarding, geheel opnieuw te voeren, zulks op verbeurte van een dwangsom van EUR 6.337 per dag of deel daarvan, met een maximum van € 60.700,- (zijnde de maximaal te derven marge op de verkoopprijs, te verdienen rebates en genoegdoening) dat de gemeente Purmerend in gebreke blijft om aan het vonnis te voldoen, althans te veroordelen tot een door U E.A. Voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen riopige voorziening en hoogte van de op te leggen dwangsom;

3. De gemeente Purmerend te veroordelen in de kosten van het geding.

3.2. De gemeente voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Gunningscriteria

4.1. Issue heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat het besluit om aan B+P te gunnen onrechtmatig is op een aantal gronden. Zo zijn volgens Issue ten onrechte de gunningscriteria prijs, kwaliteit, flexibiliteit en milieu niet meegewogen en heeft de uiteindelijke gunning uitsluitend plaats gevonden op basis van de tests.

4.2. Volgens de gemeente vindt de wijze van beoordeling van de inschrijvingen plaats in drie stappen. Eerst vindt de beoordeling van de gegadigden plaats aan de hand van het

Programma van eisen en de daarin opgenomen knock-outcriteria. Vervolgens worden de inschrijvingen, zoals beschreven in 3.4 van het Aanbestedingsdocument, beoordeeld op grond van de gunningscriteria kwaliteit, prijs, flexibiliteit en milieu, die elk een weegfactor kennen. De inschrijvers die op basis daarvan als beste drie eindigen, worden uitgenodigd voor de testfase. De uiteindelijke gunning wordt bepaald door de testresultaten van deze drie deelnemers. De manier waarop wordt vastgesteld aan wie de opdracht gegund wordt, is duidelijk in het Aanbestedingsdocument weergegeven en voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Zulks blijkt ook wel uit het feit dat Issue daarover geen vragen heeft gesteld voorafgaand aan haar inschrijving, aldus de gemeente.

4.3. Blijkens de "Gunningscriteria" als vermeld in 3.4 van het Aanbestedingsdocument komt de inschrijver die de economisch meest voordelige aanbieding heeft gedaan voor gunning van de opdracht in aanmerking. Deze wijze van gunnen heeft de gemeente echter in de praktijk niet toegepast. De gemeente heeft feitelijk gegund aan de aanbieder die na het uitvoeren van een door de gemeente zelf uitgevoerde test als beste naar voren kwam, waarbij de als gunningscriteria opgenomen criteria prijs, kwaliteit, flexibiliteit en milieu en hun weegfactor geen enkele rol meer hebben gespeeld. Gegeven de uitleg van de gemeente over de procedure zijn die vier criteria met weegfactoren niet als gunningcriterium maar als selectiecriterium gehanteerd voor het bepalen welke inschrijvers apparatuur mochten aanleveren voor de testen. Nu de criteria prijs, kwaliteit, flexibiliteit en milieu en hun weegfactoren in het Aanbestedingsdocument zijn weergegeven onder de kop "Gunningscriteria" en dit in het algemeen bij aanbestedingsprocedures geen ongebruikelijke gunningscriteria zijn, behoefde Issue niet vooraf rekening te houden met de mogelijkheid dat de gemeente deze niet als zodanig zou gebruiken. Het kan Issue dan ook niet worden verweten dat zij daarover geen vragen heeft gesteld. Door gunningscriteria in het Aanbestedingsdocument op te nemen, deze vervolgens uitsluitend als selectiecriteria te hanteren en uiteindelijk alleen de uitkomst van de tests doorslaggevend te achten voor de gunning zonder de inschrijvers op duidelijke wijze van deze werkwijze op de hoogte te stellen, heeft de gemeente gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel dat voor een aanbestedingsprocedure als de onderhavige heeft te gelden.

Tests

4.4. Tevens heeft Issue aangevoerd dat de tests zo weinig objectief en transparant zijn dat daarmee geen aanbestedingsprocedure te voeren valt, terwijl die uiteindelijk als enige criterium zijn gebruikt om het gunningbesluit op te baseren. Volgens Issue is volstrekt onhelder wie de tests zou uitvoeren, op welke wijze deze zouden worden uitgevoerd en op welke wijze de afzonderlijke onderdelen van de test bepalend zouden zijn voor het puntenaantal dat met de drie onderdelen van de test kon worden verkregen.

4.5. De gemeente heeft daartegen ingebracht dat in het Aanbestedingsdocument duidelijk staat omschreven op welke wijze en wat er getest zou worden en dat Issue bovendien heeft nagelaten daarover nadere informatie op te vragen, zodat het ook haar kennelijk wel duidelijk was.

4.6. Ten aanzien van de testcriteria (zie 2.2) treft het betoog van Issue doel in die zin dat volstrekt niet duidelijk is op welke wijze elk van de afzonderlijke in de tests 1 tot en met 5 genoemde onderdelen getest worden en hoe zwaar deze ten opzichte van elkaar wegen, omdat daarover niets is opgenomen in het Aanbestedingsdocument. Ook in zoverre is

derhalve sprake van strijd met het transparantiebeginsel. Bovendien is eerst ter zitting gebleken dat de tests zijn uitgevoerd door drie informatiseringsmedewerkers van de gemeente, van wie niet zonder meer kan worden vastgesteld dat zij objectief zijn geweest bij hun beoordelingen. Zo staat vast staat dat uit de testresultaten blijkt dat de scores van de drie afzonderlijke testers binnen de ruime bandbreedte van 13% liggen. Die omstandigheid geeft reeds aan dat sprake is van enige subjectiviteit bij de testers. Daar komt bij dat Issue terecht heeft aangevoerd dat goed denkbaar is dat continuering van het thans door de gemeente gebruikte systeem van het merk HP, dat door B+P is geoffreerd en door de testers als beste is beoordeeld, voor de betrokken medewerkers de voorkeur heeft gehad bij het testen, zonder dat daarvoor voldoende objectieve gronden aanwezig zijn.

4.7. Daarbij is voorts het volgende van belang. Vast staat dat de leveranciers van de afzonderlijke systemen geluidsproductienormen hebben opgegeven die de uitkomst zijn van laboratoriumtests die zijn uitgevoerd conform de daarvoor vereiste ISO-standaard. Volgens de gemeente heeft zij die normen gebruikt voor het vaststellen van de vraag of de inschrijver voldoet aan het knock-outvereiste van een maximale geluidsproductie van 39dB als opgenomen in TE22 en TE54 en hebben alle inschrijvers die drempel gehaald. De omstandigheid dat, zoals de gemeente ter zitting heeft uitgelegd, de drie testers vervolgens ook zelf de geluidsproductie van de drie betreffende systemen hebben gemeten in een stille kantooropstelling, welke uitkomsten zijn weergegeven in het testresultaat, komt de objectiviteit van de testresultaten evenmin ten goede. Het is immers de vraag of de drie medewerkers van de gemeente als voldoende deskundig kunnen worden aangemerkt voor wat betreft het testen van de geluidsproductie van de systemen. Zo is het op zijn minst opvallend te noemen dat het workstation Fujitsu Celsius zoals door Issue aangeleverd een geluidsproductie conform ISO-normering heeft van 23 dB, terwijl daarvoor door de gemeente een geluidsproductie van 35,3 dB is gemeten. Bovendien blijkt uit het Aanbestedingsdocument niet dat de gemeente zelf de geluidsproductie zal testen, waardoor ook in zoverre de transparantie in het geding is.

4.8. Ter zitting is gebleken dat de gemeente tijdens de testfase het decibelcriterium van maximaal 39 dB heeft laten vallen, omdat uit de eigen test van de gemeente zou zijn gebleken dat geen van de drie geteste systemen daaraan voldeed. Aangezien de resultaten van de geluidsproductietest van de gemeente nog wel zijn opgenomen in de testresultaten en de gemeente daar ook niet anderszins melding van heeft gemaakt, valt voor de inschrijvers nergens uit af te leiden dat dit criterium bij de gunning geen rol meer speelde. Een dergelijke gang van zaken draagt andermaal bij aan het oordeel dat de procedure ondoorzichtig en weinig transparant is verlopen. Bovendien heeft Issue terecht aangevoerd dat uit de testresultaten blijkt dat SCC wel aan criterium van een maximale geluidsproductie van 39 dD voldoet, zodat de handelwijze van de gemeente nog minder valt te begrijpen.

Gegadigden

4.9. Tot slot heeft Issue aangevoerd dat de gunningfase is aangevangen met de verkeerde gegadigden, omdat B+P niet geëindigd is bij de beste drie en zij derhalve volgens de criteria van de gemeente niet mee had mogen doen bij de tests.

4.10. De gemeente heeft daartegen ingebracht dat eerst Vitasys en vervolgens Bossers & Cnossen en ISL zijn afgefallen en dat B+P toen tot de eerste drie behoorde en daarom mee mocht doen met de testfase. Als aanbestedende dienst beschikt de gemeente over alle

desbetreffende informatie, zodat het op haar weg had gelegen om deze stelling te onderbouwen. Uit het door de gemeente ter zitting overgelegde stuk kan de juistheid van haar stelling op dit punt echter op geen enkele wijze worden afgeleid. Deze omstandigheid bevestigt te meer dat de onderhavige aanbestedingsprocedure onvoldoende transparant is uitgevoerd.

4.11. Al met al ziet de voorzieningenrechter voldoende aanleiding om het gevorderde toe te wijzen.

4.12. De gevorderde dwangsom is niet betwist en zal worden toegewezen, waarbij deze zal worden gemaximeerd als volgt.

4.13. De gemeente zal als de in het ongelijk te stellen partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Issue worden begroot op:

- dagvaarding	EUR	72,25
- vast recht		262,00
- overige kosten		0,00
- salaris advocaat		<u>816,00</u>
Totaal	EUR	1.150,25

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. veroordeelt de gemeente om binnen twee dagen na betekening van dit vonnis het besluit tot gunning aan B+P van 30 juni 2009, als bedoeld in 2.12, in te trekken,

5.2. bepaalt dat de gemeente voor iedere dag dat zij in strijd handelt met het onder 5.1 bepaalde, aan Issue een dwangsom verbeurt van EUR 6.337,00, tot een maximum van EUR 57.033,00,

5.3. veroordeelt de gemeente om binnen twee weken na betekening van dit vonnis de aanbestedingsprocedure geheel opnieuw te voeren,

5.4. bepaalt dat de gemeente voor iedere dag dat zij in strijd handelt met het onder 5.3 bepaalde, aan Issue een dwangsom verbeurt van EUR 6.337,00, tot een maximum van EUR 57.033,00,

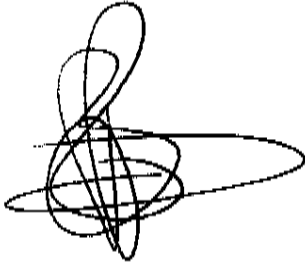
5.5. veroordeelt de gemeente in de proceskosten, aan de zijde van Issue tot op heden begroot op EUR 1.150,25,

5.6. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

158710 / KG ZA 09-333
21 juli 2009

Dit vonnis is gewezen door mr. A.J. van der Meer en in het openbaar uitgesproken op
21 juli 2009.

A complex, circular handwritten signature consisting of multiple overlapping loops and lines.A handwritten signature consisting of a large, stylized initial 'G' followed by two parallel horizontal lines.

Conc.: 797