

Advies 520 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht voor leveringen voor het werkend opleveren en vervolgens ter beschikking stellen van een on-premise ICT-oplossing binnen het GEO-domein, inclusief onderhoud en ondersteuning.

De klacht richt zich tegen de eis dat de te gebruiken database software minimaal Oracle 12c moet zijn. Naar het oordeel van de Commissie zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze eis op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat er geen andere database software is toegestaan dan die van Oracle, ook niet als die andere database software gelijkwaardig is.

Artikel 2.76, lid 3, Aw 2012 ziet op bepaalde technische specificaties die tot bevoordeling of benadeling van bepaalde ondernemingen leiden. Doel van artikel 2.76, lid 3 en 4, Aw 2012 is te voorkomen dat een opdracht naar bepaalde producten wordt toegeschreven. Naar het oordeel van de Commissie is artikel 2.76, lid 3, Aw 2012 echter niet van toepassing op elke technische specificatie, die tot uitsluiting van bepaalde producten of bepaalde ondernemingen kan leiden: aan een (technische) eis is immers inherent dat er altijd ondernemingen zullen zijn die daar niet aan zullen kunnen voldoen en om die reden van deelname aan de aanbestedingsprocedure moeten worden uitgesloten.

De aanbesteder schrijft in de eis niet voor dat een product van een bepaald merk moet worden geleverd in de zin van artikel 2.76, lid 3, Aw 2012. Aanbesteder stelt 'slechts' een compatibiliteitseis. Het te leveren product moet kunnen functioneren in combinatie met een product van een bepaald merk. Voor zover een 'bijzondere werkwijze' wordt voorgeschreven – het te leveren product moet kunnen functioneren in combinatie met een ander bepaald product – betreft dat niet een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van bepaalde ondernemers in de zin van artikel 2.76, lid 3, Aw 2012. Iedere onderneming is vrij om het gevraagde product, dat compatibel moet zijn met de database software van Oracle, te ontwikkelen en te leveren. Meerdere ondernemingen hebben dit product ook daadwerkelijk ontwikkeld en kunnen dit leveren. Daarmee is artikel 2.76, lid 3, Aw 2012 naar het oordeel van de Commissie in het onderhavige geval niet van toepassing.

Verder handelt de aanbesteder naar het oordeel van de Commissie niet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Dat er voor de aanbesteder meer beheer en vooral meer risico's zitten aan een tweede database is naar het oordeel van de Commissie een goede reden om bij één database te willen blijven. Daarmee houdt de gestelde eis voldoende verband met het voorwerp van de opdracht.

Ten slotte wordt de mededinging naar het oordeel van de Commissie niet ongerechtvaardigd belemmerd in die zin dat er als gevolg van deze keuze onvoldoende mededinging overblijft. Oracle is op de internationale markt van 'relational database management systems' (RDBMS) de marktleider en er zijn veel ondernemingen die de gevraagde op een Oracle database gebaseerde applicatie kunnen bouwen en leveren.

De Commissie acht de klacht ongegrond.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 520

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 5 februari 2019 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor leveringen voor het werkend opleveren en vervolgens ter beschikking stellen van een on-premise ICT-oplossing binnen het GEO-domein, inclusief onderhoud en ondersteuning. Initieel betreft het de vervanging van de momenteel in gebruik zijnde beheercomponenten voor de Basisregistratie Adressen en Gebouwen (BAG, perceel 1) en Basisregistratie Groot-schalige Topografie (BGT, perceel 2), waarna aanbesteder gedurende de uitvoering van de overeenkomst wil kunnen meebewegen met ontwikkelingen binnen wet- en regelgeving enerzijds en ontwikkelingen in de markt anderzijds. Het betreft een opdracht voor drie jaar met de optie om de opdracht vijf keer met één jaar te verlengen.
- 1.2. In het bestek van 5 februari 2019 is, onder meer, het volgende bepaald:

'2 UITGANGSPUNTEN BIJ DEZE AANBESTEDING

(...)

2.4 Non-discriminatie

Op die plaatsen in het Bestek waar gesproken wordt over merknamen, typen, fabricageprocessen en dergelijke en waarbij het wellicht handelt om een unieke zaak, dient u in een dergelijk geval aansluitend aan het bewuste tekstdeel de zinsnede "of daarmee overeenstemmend" te lezen.

(...)

4 PROGRAMMA VAN EISEN EN GUNNINGSCRITERIA

(...)

4.1 Programma van Eisen Perceel 1 en Perceel 2

In bijlage F van het Bestek treft u, als Inschrijver, het Programma van Eisen voor Perceel 1 'BAG' aan en in Bijlage I het Programma van Eisen voor Perceel 2 'BGT'.

De Aanbestedende dienst stelt in de bovengenoemde bijlagen een aantal Eisen. Hieraan moet worden voldaan, anders wordt de Inschrijving uitgesloten. (...)'

- 1.3. In Bijlage f "Programma van Eisen" bij de Aanbestedingsleidraad is, onder meer, het volgende bepaald:

'2.4 Database Platform

Eis 2.4.1	De te gebruiken database software is minimaal Oracle 12c. Zowel Oracle standaard als Enterprise moeten ondersteund worden. De Opdrachtnemer mag geen dwingende Eisen stellen aan het onderliggende database platform (Software en hardware) anders dan "minimale geheugen grootte en minimaal opslag grootte".
Eis 2.4.2	Een nieuwe versie van Oracle (database en client) dient binnen 12

	maanden ondersteund te worden door Opdrachtnemer. De Opdrachtnemer mag tot deze tijd één (1) versie achterlopen (N-1).
Eis 2.4.3	De Opdrachtnemer ondersteunt de werking van haar laatste versie van Programmatuur op Oracle. Waarbij geldt dat de Opdrachtgever maximaal twee (2) versies van het DBMS mag achterlopen (N-2). De huidige versie van [Aanbesteder] is Oracle 12c.
Eis 2.4.4	Opdrachtgever stelt het database platform inclusief Oracle Database en Weblogic licentie ter beschikking. Op dit platform mag geen software worden geïnstalleerd. Opdrachtgever heeft het gebruik door twee gemeenten licentietechnisch afgedicht.

- 1.4. In de Nota van Inlichtingen van 5 maart 2019 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

Vraag 150: 'U geeft aan dat de te gebruiken database software minimaal Oracle 12c moet zijn. Staat u open voor andere databases dan Oracle? Inschrijver werkt met een open source database. Wij nemen aan dat dit is toegestaan.'

Antwoord: 'Opdrachtgever gaat hiermee niet akkoord. Dit om drie redenen: Eén, er is geen infrastructuur aanwezig voor een andere database oplossing bij Opdrachtgever. Deze zou dan moeten worden neergezet (servercapaciteit, backup, uitwijk en dergelijke). Twee, Opdrachtgever heeft geen kennis van andere databases en is daardoor niet in staat deze te ondersteunen. Drie, opdrachtgever heeft het databasebeheer deels uitbesteed en deels als gevolg hiervan volledig op Oracle geënt.'

- 1.5. Ondernemer heeft op 12 maart 2019 via TenderNed de volgende klacht bij aanbesteder ingediend:

'Hierbij dienen wij een klacht in wegens een onredelijke eis in uw openbare Europese aanbestedingsprocedure 'GEO-applicaties'.

[Ondernemer] is van mening dat eis 2.4.1 in het Programma van Eisen in combinatie met uw antwoorden in de Nota van Inlichtingen, dusdanig onredelijk beperkend werken, dat dit leidt tot een schending van het beginsel van gelijkheid van inschrijvers.

In verband met het voornoemde hebben wij u in de Nota van Inlichtingen al geïnformeerd over ons bezwaar:

Vraag 150: "U geeft aan dat de te gebruiken database software minimaal Oracle 12c moet zijn. Staat u open voor andere databases dan Oracle? Inschrijver werkt met een open source database. Wij nemen aan dat dit is toegestaan."

In uw antwoord bij de Nota van Inlichtingen heeft u aangegeven niet met het voorstel akkoord te gaan, waarbij u aangeeft dat hieraan een drietal redenen ten grondslag ligt. Wij zijn echter van mening dat het toestaan van inschrijvingen met een andere database dan Oracle 12c geen nadelen voor u meebrengt, dan wel dat deze nadelen niet zodanig zwaar wegen dat deze prevaleren boven het beginsel van gelijkheid van inschrijvers.

Wij lichten dit hieronder toe per door u genoemde reden:

"Eén, er is geen infrastructuur aanwezig voor een andere database oplossing bij Opdrachtgever. Deze zou dan moeten worden neergezet (servercapaciteit, back-up, uitwijk en dergelijke)."

Er is geen of nauwelijks aanvullende infrastructuur nodig voor (het ondersteunen van) de additionele on premise database. Wanneer er desondanks tóch extra kosten met betrekking tot infrastructuur noodzakelijk zijn, kunnen deze kosten worden meegenomen in de door inschrijver op te geven Inschrijfprijs. Eventuele extra kosten met betrekking tot infrastructuur brengen dan ook geen (wezenlijk) nadeel met zich mee voor u.

"Twee, Opdrachtgever heeft geen kennis van andere databases en is daardoor niet instaat deze te ondersteunen."

Wij voeren het beheer uit van de (on premise) database software. Wanneer de aanbestedende dienst - of een derde op verzoek van de aanbestedende dienst - desondanks (ook) zelf beheer wil kunnen uitvoeren op de database, is hiervoor slechts een relatief korte training benodigd. Bijlage 3: Invulformulier Tarieven biedt inschrijvers ook de ruimte benodigde trainingskosten te specificeren, waardoor eventuele trainingskosten met betrekking tot een andere database kunnen worden meegenomen in de inschrijving. Een gebrek aan kennis van onze database software brengt dan ook geen (wezenlijk) nadeel met zich mee voor u.

"Drie, opdrachtgever heeft het databasebeheer deels uitbesteed en deels als gevolg hiervan volledig op Oracle geënt."

De Oracle-database kan blijven staan en de derde-partij kan het beheer van deze database blijven uitvoeren. Het beheer van onze open source [X] database-software zal worden uitgevoerd door Inschrijver. De uitbesteding van de Oracle-database brengt dan ook geen (wezenlijk) nadeel met zich mee voor u.

Een aanbestedende dienst dient inschrijvers op dezelfde wijze te behandelen. Dit houdt in dat voor mededingers dezelfde voorwaarden gelden en dat u de opdracht niet zodanig mag specificeren dat de markt daardoor onnodig beperkt wordt. Door enkel en alleen ruimte te bieden voor inschrijvers die een Oracle 12c-database ondersteunen, wordt de mededinging onnodig en daarmee onrechtmatig beperkt.

Voorts is het een aanbestedende dienst niet toegestaan een specifiek merk of product voor te schrijven, zonder een gelijkwaardig merk of product te accepteren. Dit is slechts anders wanneer daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat en een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het product onmogelijk is. Dit zou mogelijk het geval kunnen zijn wanneer de gehele ICT-infrastructuur moet worden heringericht, waarvan in deze aanbesteding geen sprake is.

Gelet op het voorgaande verzoeken wij u dan ook om in een tweede Nota van Inlichtingen te bevestigen dat eis 2.4 van het Programma van Eisen wordt aangepast zodat ook andere database-software wordt geaccepteerd.'

- 1.6. Aanbesteder heeft op 13 maart 2019 via TenderNed op voorgaande klacht van ondernemer gereageerd:

'Op dinsdag 12 maart jl. heeft u via TenderNed een e-mail gestuurd waarin u een klacht indient In het kader van de Europese openbare procedure inzake GEO-applicaties, omdat u van mening bent dat eis 2.4.1 in het Programma van Eisen in combinatie met de Nota van Inlichtingen, dusdanig onredelijk beperkend wer-

ken, dat dit leidt tot een schending van het gelijkheidsbeginsel van inschrijvers. Wij zijn echter van mening dat dit niet het geval is en zullen hieronder onze standpunten puntsgewijs uiteen zetten.

Punt 1

U stelt het volgende: "Er is geen of nauwelijks aanvullende infrastructuur nodig voor (het ondersteunen van) de additionele on premise database. Wanneer er desondanks tóch extra kosten met betrekking tot infrastructuur noodzakelijk zijn, kunnen deze kosten worden meegenomen in de door inschrijver op te geven In-schrijfprijs. Eventuele extra kosten met betrekking tot infrastructuur brengen dan ook geen (wezenlijk) nadeel met zich mee voor u."

Dit achten wij onjuist. Opdrachtgever heeft een weloverwogen keuze gemaakt om Oracle 12 te eisen. De reden hierachter is dat primaire applicaties (applicaties waarmee een wettelijk verplichting / dienst worden uitgevoerd) een hoge beschikbaarheid van de omgeving eisen. Dit voor een tweetal gemeenten. Opdrachtgever heeft hiervoor een redundante (aparte) database omgeving, bestaande uit twee clusters. Clusters waarop een 24/7 monitoring en beheer van toepassing is, met een apart ingeregeld uitwijk en back-up mechanisme. Dit om te allen tijde aan haar verplichting te kunnen voldoen (zowel t.a.v. de wet als t.a.v. [organisatie A]). Hiervoor heeft opdrachtgever tevens een externe partij gecontracteerd die dit beheer conform afspraken uitvoert. Daarnaast heeft opdrachtgever onderhoudscontracten op de benodigde omgeving. Zowel qua hardware 24/7 als software op deze omgeving. Opdrachtgever eist namelijk dat zij te allen tijde zelfstandig in staat is het beheer uit te voeren om niet afhankelijk te zijn van de markt.

Uw opmerking "Er is geen of nauwelijks aanvullende infrastructuur nodig" is onjuist in dit licht. Uw (beheer) suggestie impliceert dat opdrachtgever zware aanvullende eisen zou moeten gaan stellen om een soortgelijke (database) omgeving neer te zetten. De door uw gewenste aanpassing zou inhouden dat opdrachtgever de markt zou moeten verzoeken zowel hard- als software alsmede de 24/7 onderhoud en ondersteuning op de totale omgeving aan te bieden.

Uw suggestie behelst dan tevens dat u remote beheer kunt uitvoeren, dataopslag en back-up regelt. Dat uw servers en aanvullende componenten beveiligd zijn en dergelijke. Dat u zorgt dat de opensource software ook veilig blijft en te allen tijde compatible is met de onderliggende infrastructuur. Opdrachtgever heeft geen tweede gelijkwaardige database omgeving, deze dient dan gebouwd te worden. Opdrachtgever zou dan ook deze bouwkosten moeten gaan doorbelasten. Dit is de reden dat Opdrachtgever een platform aanbied. Een platform dat ook nog eens gebaseerd is op de facto standaarden.

U doelt waarschijnlijk op de mogelijkheid om een dergelijke database ook binnen een gevirtualiseerde omgeving te draaien op [Y]. Dit heeft evengoed verstrekende consequenties. Dit betekent dat u extra servercapaciteit moet gaan plaatsen in de omgeving. Dit heeft consequenties voor rackruimte, netwerkaansluitingen (switch capaciteit), koeling, storage, licenties, dagelijks beheer, monitoring en meer. Maar ook bijbehorende procedures als uitwijk en back-up, dan wel testen hieromheen. Dit vindt opdrachtgever een wezenlijk ingrijpende aanpassing.

U gaat daarnaast voorbij aan het gegeven dat opdrachtgever te allen tijde zelfstandig in staat wil zijn het beheer uit te voeren om niet afhankelijk te zijn van de markt. Uw verzoek honoreren betekent dat al het beheer extra betaald moet gaan worden. Dit terwijl opdrachtgever reeds de kennis een kunde in huis heeft van Oracle. Evenals dat het wel degelijk impact heeft op het beheer. Daarnaast neemt de complexiteit van de omgeving toe. Dit alles is een groot nadeel.

Punt 2

U stelt vervolgens: "Wij voeren het beheer uit van de (on premise) database software. Wanneer de aanbestedende dienst - of een derde op verzoek van de aanbestedende dienst - desondanks (ook) zelf beheer wil kunnen uitvoeren op de database, is hiervoor slechts een relatief korte training benodigd. ... Een gebrek aan kennis van onze database software brengt dan ook geen (wezenlijk) nadeel met zich mee voor u."

Dit achten wij onjuist. U gaat er vanuit dat het slechts om het beheer van database software gaat. Opdrachtgever heeft geen tweede database omgeving. Zoals eerder aangegeven zou opdrachtgever u moeten vragen deze nieuwe database omgeving te bouwen (inclusief licenties) en te beheren (updates/upgrades/incidenten en changes). Dit conform hetzelfde eisenkader als Oracle. Feitelijk dient u dan 24/7 dagelijks beheer uit te voeren. Dit zou betekenen dat opdrachtgever ook voor een tweede omgeving voor het beheer moet gaan betalen en de regie over het beheer moet gaan voeren. Indien opdrachtgever dit niet doet betekent dit dat onze beheerders twee omgevingen moeten gaan leren en gaan leren beheren en daarnaast 24/7 beschikbaar moeten gaan staan. Dit is onnodige overhead. Daarnaast wil opdrachtgever dit vanwege de beperkte omvang van de beheerafdeling niet. U dwingt feitelijk tot uitbesteden. Een wezenlijk organisatorische wijziging.

Punt 3

U stelt vervolgens: "De Oracle-database kan blijven staan en de derde-partij kan het beheer van deze database blijven uitvoeren. Het beheer van onze open source [X] database-software zal worden uitgevoerd door Inschrijver. De uitbesteding van de Oracle-database brengt dan ook geen (wezenlijk) nadeel met zich mee voor u."

Dit is onjuist, de uitbesteding van de Oracle-database heeft wel degelijk nadelen. Indien opdrachtgever u vraagt een tweede platform te bouwen bent u onderdeel geworden van haar infrastructuur en leidt dit tot extra beheer dan wel de regie er op. Opdrachtgever dient tevens met uw omgeving rekening te houden zowel als met de eigen omgeving. Ook dit is een wezenlijke organisatorische wijziging.

Punt 4

U stelt vervolgens: "Een aanbestedende dienst dient inschrijvers op dezelfde wijze te behandelen. Dit houdt in dat voor mededingers dezelfde voorwaarden gelden en dat u de opdracht niet zodanig mag specificeren dat de markt daardoor onnodig beperkt wordt."

Opdrachtgever is van mening dat de opdracht niet zodanig gespecificeerd is dat de markt daardoor onnodig beperkt wordt. Gedurende de vragenperiode bent u de enige die bezwaar maakt tegen de Oracle-eis. Geen enkele andere organisatie ziet dit als nadeel. De markt deelt klaarblijkelijk deze mening niet. Daarnaast is het uw keuze om uw product niet te ontwikkelen rond defacto software. Oracle is geen product dat een niche markt bedient. Bovendien is inherent aan een (technische) eis dat ondernemingen die daaraan niet kunnen voldoen, worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Dat een aanbestedende dienst een (technische) eis stelt waar een of meer ondernemingen niet aan kunnen voldoen, betekent derhalve nog niet per definitie dat de aanbestedende dienst handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Nu geen enkele andere marktpartij heeft aangegeven bezwaar te hebben tegen de Oracle-eis, zijn wij van mening dat de opdracht niet zodanig is gespecificeerd dat de markt daardoor onnodig wordt beperkt. Bovendien hebben wij hier uiteengezet goede argumenten te hebben om de Oracle-eis te stellen.

Uitgangspunt is echter dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. Het is niet een marktpartij die de concrete inkoopbehoefte van de aanbestedende dienst bepaalt.

Punt 5

U stelt vervolgens: "Voorts is het een aanbestedende dienst niet toegestaan een specifiek merk of product voor te schrijven, zonder een gelijkwaardig merk of product te accepteren. Dit is slechts anders wanneer daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat en een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het product onmogelijk is. Dit zou mogelijk het geval kunnen zijn wanneer de gehele ICT-infrastructuur moet worden heringericht, waarvan in deze aanbesteding geen sprake is."

Dit is niet juist. U vraagt opdrachtgever wel degelijk een significante aanpassing toe te staan aan haar infrastructuur dan wel aan de manier waarop zij nu beheer uitvoert. Opdrachtgever heeft geen capaciteit in de infrastructuur om een tweede hoog beschikbare database omgeving te creëren en te beheren. Derhalve zijn wij van mening dat het in dit geval mogelijk is om een specifiek product voor te schrijven.

Punt 6

Gelet op het bovenstaande wijzen wij uw verzoek om in een tweede Nota van Inlichtingen te bevestigen dat eis 2.4 van het Programma van Eisen wordt aangepast, af. Wij blijven vasthouden aan eis 2.4 van het Programma van Eisen, op basis van de hierboven genoemde argumenten.'

2. Beschrijving klacht

Eis 2.4.1 in samenhang met het antwoord op vraag 150 in de Nota van Inlichtingen (zie 1.3 en 1.4 hiervoor) is disproportioneel. Doordat gerechtvaardigde gronden daarvoor ontbreken is deze eis tevens in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Voorts wijkt aanbesteder met het antwoord op vraag 150 in de Nota van Inlichtingen af van paragraaf 2.4 van het bestek en handelt hij in strijd met artikel 2.76, lid 3 en 4, Aw 2012.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. De applicatie van ondernemer maakt gebruik van een andere database software dan Oracle, zijnde: X. X is een veel voorkomende database-software en is de leidende open source database-software. X stemt functioneel overeen met de Oracle 12c database-software.
- 3.2. In Eis 2.4.1 van het Programma van Eisen (zie 1.3 hiervoor) is bepaald dat de te gebruiken database software minimaal Oracle 12c is. Ondernemer leidt uit paragraaf 2.4 van het bestek (zie 1.2 hiervoor) vervolgens het volgende af. Waar in aanbestedingsdocumenten (meer specifiek het Programma van Eisen) wordt gesproken over Oracle, zou daarmee overeenstemmende database software (zoals X) ook voldoen aan de eis. Gelet op het voorgaande heeft ondernemer in de Nota van Inlichtingen aan aanbesteder gevraagd of (in het licht van eis 2.4.1) ook andere database software is toegestaan (vraag 150). Aanbesteder heeft deze vraag echter ontkennend beantwoord (zie in de klachtbrief van 12 maart 2019 in 1.5 hiervoor). Hierdoor heeft ondernemer moeten constateren dat hij op voorhand kansloos was en heeft hij van inschrijving afgezien, ondanks dat hij een oplossing kan leveren die aan alle gestelde functionele vereisten en overige voorwaarden kan voldoen.

- 3.3. Allereerst meent ondernemer dat aanbesteder bij haar antwoorden in de Nota van Inlichtingen niet conform haar eigen bestek (meer specifiek: paragraaf 2.4 daarvan) handelt, door geen met Oracle "daarmee overeenstemmende" database software toe te laten in de aanbesteding. Met het voorschrijven van het gebruik van een Oracle 12c-database handelt aanbesteder volgens ondernemer ook in strijd met artikel 2.76, lid 3 en 4, Aw 2012, door in de technische specificaties naar een bepaald merk en type te verwijzen waardoor bepaalde ondernemingen (zoals de zittende leverancier) worden bevoordeeld en producten die standaard met andere database software dan Oracle werken, worden uitgesloten. Het voorwerp van de overheidsopdracht rechtvaardigt het voorschrijven van het merk Oracle niet, nu Eis 2.4.1 niet vergezeld is van de woorden "of gelijkwaardig" (althans zo blijkt uit Antwoord 150 in de Nota van Inlichtingen van de aanbestedende dienst) en het functioneel omschrijven van de eis goed mogelijk (en zelfs gebruikelijk) is.
- 3.4. Voorts is ondernemer van mening dat Eis 2.4.1 disproportioneel is en objectieve gerechtvaardigde gronden ontbeert, waardoor sprake is van een schending van het beginsel van gelijke behandeling. Immers, de aanbestedingsstukken eisen niet enkel (zoals het voor de hand had gelegen en zoals gebruikelijk is in de markt) dat de door inschrijver geleverde applicatie met het bestaande applicatielandschap moet kunnen werken – hetgeen voor ondernemer geen enkel probleem is – maar verplicht inschrijver ook dat dit slechts door middel van Oracle 12c mag.
- 3.5. Aanbesteder heeft in zijn antwoord op vraag 150 in de Nota van Inlichtingen te kennen gegeven dat zij drie redenen heeft om slechts Oracle 12c toe te laten. Daarmee probeert zij volgens ondernemer haar mededingingsbeperkende eis te rechtvaardigen. Hierbij stelt ondernemer voorop dat zij er niet aan voorbij gaat dat het een aanbestedende dienst in beginsel vrij staat om te kiezen wat zij wil inkopen (zoals ook blijkt uit Advies 442). Ondernemer verzoekt de Commissie dan ook niet om de behoefte(n) van aanbesteder te beoordelen.
- 3.6. Anders dan het voornoemde keuzerecht van aanbesteder gaat het hier om een maatwerkeis die voorschrijft volgens welke database een ingekochte applicatie technisch moet werken, zonder dat hieraan een functionele reden ten grondslag ligt. Hierin verschilt onderhavige klacht van het uitvragen van een specifieke onderscheidende functionaliteit, zoals een On Premise-oplossing in plaats van een SaaS-oplossing (zoals in Advies 476).
- 3.7. Onderstaande drie redenen gegeven door de aanbestedende dienst (in het antwoord op vraag 150 van de Nota van Inlichtingen, zie in de klachtbrief van 12 maart 2019 in 1.5 hiervoor) missen volgens ondernemer inhoudelijke grondslag, dan wel zijn zó minimaal dat zij niet rechtvaardigen dat aan het beginsel van gelijkheid van inschrijvers voorbij mag worden gegaan.
- 3.8. Allereerst stelt aanbesteder dat er geen infrastructuur aanwezig zou zijn voor andere database software en dat deze derhalve zou moeten worden neergezet. Volgens ondernemer is dit onjuist, hetgeen hij ook heeft gesteld in zijn klachtbrief van 12 maart 2019 aan aanbesteder (zie 1.5 hiervoor). De door ondernemer gebruikte database (X) werkt op een virtuele server (lees: klein deel van de bestaande fysieke server van aanbesteder). Dit is een in de markt gebruikelijke methode wanneer de nieuwe applicatie niet met dezelfde database software werkt als de database software in het huidige applicatielandschap. Het installeren van een virtuele server brengt geen additionele benodigde infrastructuur met zich mee, nu het gebruik maakt van de bestaande infrastructuur (hetgeen inherent is aan een virtuele server). Er zijn derhalve geen extra vierkante meters bedrijfsruimte nodig, er zijn geen extra netwerkaansluitingen nodig, er is geen extra

koeling nodig en er is geen additionele hardware nodig. Wat de additionele database wél vereist, is (geringe) geheugengrootte en opslag grootte (15 Gigabyte) op de bestaande server van aanbestedder. Het bestek (Eis 2.4.1 PvE) biedt hiervoor ook expliciet de ruimte: "(...) De Opdrachtnemer mag geen dwingende Eisen stellen aan het onderliggende database platform (Software en hardware) anders dan "minimale geheugen grootte en minimaal opslag grootte". Er zijn géén additionele kosten voor aanbestedder naast de inschrijvingsprijs dan wel de contractsvergoeding.

- 3.9. In de reactie op de klachtbrief van ondernemer heeft aanbestedende dienst ook aangegeven geen licentiekosten te willen dragen van de database software (zie de reactie van aanbestedder van 13 maart 2019 in 1.6 hiervoor). Ondernemer stelt dat hiervan bij zijn oplossing geen sprake zou zijn, nu X-software open source is en er dus geen licentiekosten aan zijn verbonden. Ondernemer wijst er echter op dat de aanbestedingsstukken in Bijlage 3 "Invulformulier Tarieven" ook ruimte bieden voor een inschrijver die wel gebruik maakt van een betaalde database software. Die inschrijver dient deze kosten dan mee te nemen in zijn inschrijfprijs.
- 3.10. Als tweede argument geeft aanbestedder aan geen kennis te hebben van andere databases, waardoor hij niet in staat is deze te ondersteunen. In dat kader wijst ondernemer opnieuw op Bijlage 3 "Invulformulier Tarieven". Inschrijvers dienen in dit formulier aan te geven hoe hoog de totale vergoeding bedraagt voor de "Opleiding voor beheerders". Het staat een aanbestedende dienst vrij van inschrijvers te eisen dat bij gebruik van voor hem onbekende database software, de opleidingskosten met betrekking tot beheer van deze database software moeten worden meegenomen in de inschrijvingsprijs, om zo niet "afhankelijk te zijn van de markt" zoals aanbestedder stelt in zijn reactie op de klachtbrief. Volgens ondernemer gaat aanbestedder hier aan het feit voorbij dat het beheer van de huidige database server bij de gecontracteerde derde in beheer kan blijven. Voor een virtuele server is slechts incidenteel beheer vereist (wat neerkomt op een jaarlijkse update van een paar uur en het regelen dat de virtuele server back-ups maakt), hetgeen samenvalt met het beheer dat ondernemer voor haar applicatie moet uitvoeren. Een inschrijver dient deze kosten mee te nemen in zijn inschrijving, waartoe Bijlage 3 "Invulformulier Tarieven" de ruimte biedt. Voor het overige blijft het beheer van de fysieke server en Oracle-database bestaan. Het staat aanbestedder overigens ook vrij updates van X zelf uit te voeren, wat mogelijk is met de voornoemde training.
- 3.11. Als derde argument heeft aanbestedder aangevoerd dat hij het databasebeheer deels heeft uitbesteed en deels als gevolg hiervan volledig op Oracle heeft geënt. Zoals ondernemer hiervoor en in zijn klachtbrief heeft aangegeven, brengt het feit dat aanbestedder het beheer van haar Oracle-database heeft uitbesteed, geen enkele technische of organisatorische belemmering met zich mee voor het gebruik van een additionele niet-Oracle database. Immers, de database van aanbestedder blijft operationeel en de gecontracteerde derde partij blijft hierop het beheer uitvoeren. Ondernemer vindt de argumentatie van aanbestedder dan ook onbegrijpelijk. De voornoemde redenen van aanbestedder zijn derhalve feitelijk onjuist, dan wel van dusdanige kleine aard dat dit niet kan meebrengen dat het beginsel van gelijke behandeling niet van toepassing zou zijn. Hierbij geeft ondernemer niet aan dat de behoefte van aanbestedder anders dient te zijn, maar dat hierbij geen onnodig mededingingsbeperkende eisen mogen worden gesteld om aan deze behoefte te voldoen. Indien dergelijke eisen wel zouden zijn toegestaan is het volgens ondernemer voor een aanbestedende dienst zeer eenvoudig met een combinatie van eisen geen andere oplossingen toe te laten dan die van de zittende leverancier, waardoor derhalve nooit sprake kan zijn van gelijke behandeling van inschrijvers.

- 3.12. Ondernemer zou willen dat Eis 2.4.1 technisch of functioneel zonder specifiek merk en type wordt omschreven, dan wel dat Eis 2.4.1. niet een specifiek merk verplicht, maar (conform paragraaf 2.4 van het bestek, zie 1.2 hiervoor) een database met een vergelijkbaar niveau ook toestaat: "De te gebruiken database software is minimaal Oracle 12c of gelijkwaardig (...)".

4. Reactie aanbesteder

Aanbesteder heeft laten weten niet inhoudelijk te willen reageren op de klacht en zich niet gebonden te achten aan het advies van de Commissie.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 5 februari 2019 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor leveringen voor het werkend opleveren en vervolgens ter beschikking stellen van een on-premise ICT-oplossing binnen het GEO-domein, inclusief onderhoud en ondersteuning. Initieel betreft het de vervanging van de momenteel in gebruik zijnde beheercomponenten voor de Basisregistratie Adressen en Gebouwen (BAG, perceel 1) en Basisregistratie Grootchalige Topografie (BGT, perceel 2), waarna aanbesteder gedurende de uitvoering van de overeenkomst wil kunnen meebewegen met ontwikkelingen binnen wet- en regelgeving enerzijds en ontwikkelingen in de markt anderzijds. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Alvorens over te gaan tot inhoudelijke behandeling van de klacht, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 5.2.1. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt. Bovendien dient een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant te handelen.
- 5.2.2. Op grond van artikel 1.10 Aw 2012 mogen aanbestedende diensten slechts eisen stellen aan de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
- 5.2.3. Op grond van artikel 1.10a Aw 2012 mag een aanbestedende dienst geen overheidsopdracht ontwerpen met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van Deel 2, 2a of 3 van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging is kunstmatig beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.
- 5.2.4. De hiervoor genoemde verplichtingen zijn onder andere uitgewerkt in artikel 2.75, lid 6, en 2.76, lid 1, 3 en 4, Aw 2012 waarin artikel 42, lid 2, 3 en 4, Richtlijn 2014/24/EU zijn geïmplementeerd:

'Artikel 2.75

(...)

6. De technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging.

Artikel 2.76

1. Een aanbestedende dienst formuleert de technische specificaties:

- a. door verwijzing naar technische specificaties en achtereenvolgens naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, Europese technische beoordelingen, gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen of, bij ontstentenis daarvan, nationale normen, nationale technische goedkeuringen dan wel nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, berekenen en uitvoeren van werken en het gebruik van leveringen,
- b. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen, (...) waarbij de eisen zodanig nauwkeurig zijn bepaald dat de inschrijvers het voorwerp van de overheidsopdracht kunnen bepalen en de aanbestedende dienst de overheidsopdracht kan gunnen,
- c. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen als bedoeld in onderdeel b, waarbij onder vermoeden van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar specificaties, bedoeld in onderdeel a, of
- d. door verwijzing naar de specificaties, bedoeld in onderdeel a, voor bepaalde kenmerken, en verwijzing naar de prestatie-eisen en functionele eisen, bedoeld in onderdeel b, voor andere kenmerken.

(...)

3. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

4. Een aanbestedende dienst kan de melding of verwijzing, bedoeld in het derde lid, opnemen in de technische specificaties indien:

- a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht door toepassing van het eerste lid niet mogelijk is en
- b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden «of gelijkwaardig».

5.2.5. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. Daarbij zal hij zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden of zijn eisen functioneel moeten specificeren (zie 2.76, lid 1, Aw 2012 en onder meer Advies 442, overweging 5.3.3; Advies 430, overweging 5.4.5 en Advies 424, overweging 6.3.6).

5.2.6. Bovendien is inherent aan een (technische) eis dat ondernemingen die daaraan niet kunnen voldoen, worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Dat een aanbestedende dienst een (technische) eis stelt waar een of meer ondernemingen niet aan kunnen voldoen, betekent derhalve nog niet per definitie dat de aanbestedende dienst handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling (zie Advies 476, overweging 5.3.7 en Advies 475, overweging 5.4.7).

5.3. De Commissie zal hierna overgaan tot de beoordeling van de klacht.

5.3.1. De vraag is allereerst of aanbestedder aan zijn hiervoor in 5.2.1 bedoelde transparantieplichting heeft voldaan, in die zin dat hij Eis 2.4.1 in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd 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 de omschrijving van deze eis moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vra-

gen 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.

- 5.3.2. Naar aanleiding van het antwoord op vraag 150 in de Nota van Inlichtingen zullen alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze eis op dezelfde wijze uitleggen in die zin dat er geen andere database software is toegestaan dan die van Oracle, ook niet als die andere database software gelijkwaardig is.
- 5.3.3. Verder neemt de Commissie tot uitgangspunt dat de Oracle database met inachtneming van de aanbestedingsregelgeving is ingekocht.
- 5.3.4. Artikel 2.76, lid 3, Aw 2012 ziet op bepaalde technische specificaties die tot voordeling of benadeling van bepaalde ondernemingen leiden. Doel van artikel 2.76, lid 3 en 4, Aw 2012 is te voorkomen dat een opdracht naar bepaalde producten wordt toegeschreven. Naar het oordeel van de Commissie is artikel 2.76, lid 3, Aw 2012 echter niet van toepassing op elke technische specificatie, die tot uitsluiting van bepaalde producten of bepaalde ondernemingen kan leiden: aan een (technische) eis is immers inherent dat er altijd ondernemingen zullen zijn die daar niet aan zullen kunnen voldoen en om die reden van deelname aan de aanbestedingsprocedure moeten worden uitgesloten (zie 5.2.6 hiervoor).
- 5.3.5. Aanbesteder schrijft in Eis 2.4.1 niet voor dat een product van een bepaald merk moet worden geleverd in de zin van artikel 2.76, lid 3, Aw 2012. Aanbesteder stelt 'slechts' een compatibiliteitseis. Het te leveren product moet kunnen functioneren in combinatie met een product van een bepaald merk. Voor zover een 'bijzondere werkwijze' wordt voorgeschreven – het te leveren product moet kunnen functioneren in combinatie met een ander bepaald product – betreft dat niet een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van bepaalde ondernemers in de zin van artikel 2.76, lid 3, Aw 2012. Iedere onderneming is vrij om het gevraagde product, dat compatibel moet zijn met de database software van Oracle, te ontwikkelen en te leveren. Meerdere ondernemingen hebben dit product ook daadwerkelijk ontwikkeld en kunnen dit leveren (zie ook 5.3.8 hierna). Daarmee is artikel 2.76, lid 3, Aw 2012 naar het oordeel van de Commissie niet op het onderhavige geval van toepassing.
- 5.3.6. Verder handelt aanbesteder naar het oordeel van de Commissie niet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Uitgangspunt is, zoals gezegd, dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen (zie 5.2.5 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder goede redenen om te eisen dat gebruik moet worden gemaakt van minimaal Oracle 12c database software. Ondernemer stelt dat X functioneel overeenstemt met de Oracle 12c database-software (zie 3.1 hiervoor). Of dat zo is, laat de Commissie in het midden. In ieder geval vergt de inbedding van de database van X andere kennis en extra aandacht en brengt dat extra risico's met zich mee. Hoewel de platformen onafhankelijk van elkaar kunnen draaien, zijn de data in de databases niet onafhankelijk van elkaar. Aanbesteder geeft ook in het bestek aan integriteit van de data belangrijk te vinden. Er zullen altijd verschillen zijn in de wijze waarop de beide systemen met de data omgaan, in opslag of in aanroep. Dat betekent dat ook de omgeving daarop moet worden aangepast. Aangezien Oracle leidend is, moet elke aanpassing die Oracle doet door X worden gevolgd om gelijkwaardig te blijven. De releases (patches, updates en nieuwe functies) van Oracle en X lopen bovendien nooit exact synchroon. Dat vergt extra regie en beheer om te zorgen dat beide onderdelen in de pas blijven lopen. De extra database vergt ook een

extra inrichting (inclusief dubbele uitvoering) en het beheer daarop, om aan de eisen van betrouwbaarheid en beschikbaarheid te voldoen, die nu ook voor het huidige Oracle-cluster gelden.

- 5.3.7. Dat er voor aanbesteder meer beheer en vooral meer risico's zitten aan een tweede database is naar het oordeel van de Commissie een goede reden om bij één database te willen blijven. Daarmee houdt de gestelde eis voldoende verband met het voorwerp van de opdracht. Bij de aankoop van een nieuwe brandweergarage mogen ook eisen worden gesteld aan de afmetingen om te waarborgen dat de nieuwe garage in de bestaande garage van de aanbestedende dienst past. De aanbestedende dienst hoeft niet toe te staan dat een te grote brandweergarage wordt aangeboden, waarvoor een verbouwing van de garage noodzakelijk is of een nieuwe garage moet worden (bij)gebouwd.
- 5.3.8. Ten slotte wordt de mededinging naar het oordeel van de Commissie niet ongerechtvaardigd belemmerd in die zin dat er als gevolg van deze keuze onvoldoende mededinging overblijft. Oracle is op de internationale markt van 'relational database management systems' (RDBMS) de marktleider en er zijn veel ondernemingen die de gevraagde op een Oracle database gebaseerde applicatie kunnen bouwen en leveren.
- 5.3.9. Daarmee acht de Commissie de klacht ongegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. ir. D.C.G. de Rooij die als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 18 april 2019

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr.drs. T.H. Chen
Commissielid