

**LJN: BP5747, Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage ,
383603 / KG ZA 10-1640**

Datum uitspraak: 18-02-2011

Datum publicatie: 25-02-2011

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Kort geding

Inhoudsindicatie: Aanbesteding hardware storage (=opslagsysteem). Eiseres heeft ingeschreven met drie opties. Volgens eiseres zijn bij toepassing van sizing tools, die werken als een soort multiplier, minder disks voor de performance nodig. Volgens gedaagde zijn de sizing tools onbetrouwbaar en onvoldoende beproefd. Vordering is afgewezen.

Uitspraak

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector civiel recht - voorzieningenrechter

zaak- / rolnummer: 383603 / KG ZA 10-1640

Vonnis in kort geding van 18 februari 2011

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid SLTN B.V.,
gevestigd en kantoorhoudende te Almere,
eiseres,
advocaat mr. R. Glas te Leeuwarden,

tegen:

de Staat der Nederlanden (het Ministerie van Veiligheid en Justitie, Dienst Justitiële Inrichtingen),
zetelend te 's-Gravenhage,
gedaagde,
advocaat mr. E.L.H. van Erp te 's-Gravenhage.

1. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 10 februari 2011 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

1.1. In het kader van een openbare Europese aanbestedingsprocedure heeft eiseres op 10 maart 2009 een inschrijving uitgebracht voor de levering van hardware inclusief de direct daaraan gerelateerde dienstverlening voor de levering van storage (een dataopslagsysteem). Gedaagde heeft deze inschrijving alsmede de inschrijving van twee andere deskundige marktpartijen beoordeeld als de economisch meest voordelige aanbidding.

1.2. Op 24 april 2009 is tussen gedaagde en eiseres inzake voormelde levering en dienstverlening een raamovereenkomst tot stand gekomen. Gedaagde heeft ter zake met twee andere leveranciers (voormelde twee andere marktpartijen) eveneens een raamovereenkomst gesloten.

1.3. Bij e-mail van 15 september 2010 heeft het Shared Service Center ICT, de ICT-uitvoeringsorganisatie van de Dienst Justitiële Inrichtingen (hierna: SSC-I) eiseres en twee andere leveranciers uitgenodigd om binnen de kaders van voormelde raamovereenkomst een offerte uit te brengen voor de storage omgeving ten behoeve van het project Landelijke Werkplek Standaard Dienst Justitiële Inrichtingen (LWS DJI) voor twee locaties (Maasland en Veenhuizen). Daarbij is vermeld dat de offertes worden beoordeeld op een drietal criteria, te weten: prijs (40%), technische wensen (30%) en logistieke en commerciële wensen (30%).

1.4. Een storage omgeving als hiervoor bedoeld bestaat uit verschillende opslagdisks (ook wel disken genoemd). Door de data te verdelen over meerdere disks wordt de snelheid voor de gebruikers om de

data op te vragen en om deze op te slaan ('read' en 'write') vergroot, omdat de belasting over verschillende disks wordt verdeeld. Deze (read/write-) snelheid wordt uitgedrukt in "Input/Output Operations Per Second" (hierna: IOPS) De hoeveelheid IOPS bepaalt het prestatievermogen (de performance) van een storagestelsel. Het wegschrijven en opvragen van data op de verschillende disks wordt aangestuurd door "controllers". Deze controllers zorgen er voor dat de data naar de verschillende disks worden doorgeleid en van die disks weer kunnen worden opgevraagd.

1.5. In de bijlage bij de offerte-aanvraag (Request for Proposal, hierna ook: RPF) staat als toelichting bij de opdracht onder meer het volgende vermeld:

Waar in deze offerteaanvraag 'merkenamen, merkspecifieke typen of gesloten standaarden' staan beschreven, is dit bedoeld als voorbeeld en kunt u lezen: of minimaal vergelijkbaar met. U kunt er voor kiezen om een alternatief aan te bieden welke dezelfde functionaliteit en resultaten levert. U dient dit in uw aanbieding aan te tonen.

Iedere inschrijver staat het daarom vrij om een aanbieding te doen van een ander of meerdere merken (lees hier anders dan de huidige 'install base') zolang het aanbod en de configuratie volledig voldoet aan de genoemde functionele eisen.

Aan alle uitgangspunten moet worden voldaan, tenzij de leverancier met bewezen techniek een alternatief kan aanbieden met minimaal dezelfde functionaliteit. Materiedeskundigen van DJI zullen beoordelen of de aangeboden storage oplossing voldoet aan de functionele eisen. Bij niet voldoen aan de uitgangspunten wordt de leverancier uitgesloten van verdere deelname c.q. de offerte wordt niet verder beoordeeld en niet gegund.

1.6. Op 30 september 2010 heeft eiseres ingeschreven op de RPF. De offerte van eiseres bestond uit drie opties waarbij daarnaast, voor elke optie, ook extra hardware optioneel werd aangeboden.

1.7. Vervolgens heeft SSC-I eiseres uitgenodigd voor een gesprek, dat op 12 oktober 2010 heeft plaatsgevonden, om haar offerte nader toe te lichten. Daarbij is toegelicht dat er met het oog op de wegingsfactor van de prijs drie opties zijn uitgewerkt waarvan optie 1 het beste klopt met de functionele aanvraag. In het gesprek heeft SSC-I ter sprake gebracht dat eiseres in haar offerte diverse getallen heeft genoemd die berekend zijn op basis van kengetallen van onder meer het systeem Citrix. Daarbij heeft SSC-I onder meer te kennen gegeven dat onduidelijk is hoe deze getallen uiteindelijk worden gebruikt om te komen tot een totaal berekening van het benodigde aantal IOPS en de wijze waarop dit aansluit bij de aangeboden configuratie(s). Daarop heeft eiseres in het gesprek aangegeven dat dit komt uit de NetApp sizing tool (een systeem om opgeslagen data te ordenen). SSC-I heeft in het gesprek ook twijfels geuit of de door eiseres aangeboden configuratie rekening houdt met de datagroei. Daarop heeft eiseres geantwoord dat datagroei geen probleem is als er maar niet meer gebruikers op gaan werken.

1.8. Naar aanleiding van door SSC-I bij e-mail van 14 oktober 2010 aan eiseres gestelde aanvullende vragen heeft eiseres op 15 oktober 2010 nog een schriftelijke toelichting gegeven op haar offerte.

1.9. Bij brief van 30 november 2010 heeft SSC-I eiseres meegedeeld dat de door eiseres uitgebrachte offerte niet voorziet in een configuratie die aansluit op de gestelde functionele eisen en genoemde uitgangspunten. Daarbij is eiseres meegedeeld dat DJI tot de conclusie is gekomen dat zij het traject moet vervolgen met een andere leverancier en dat zij daarom het voornemen heeft de opdracht aan een andere leverancier te gunnen.

1.10. Bij e-mail van 2 december 2010 heeft eiseres geantwoord dat zij formeel protest aantekent tegen de gunningbeslissing. Daarbij heeft zij het volgende gesteld:
Onze aanbieding komt volledig overeen met de eisen welke zijn gesteld in uw RPF. Onze sizing waaraan door u gerefereerd wordt hebben wij berekend met de daarvoor geldende sizingtools vanuit de leverancier. Ook hebben wij referentiecasses bekeken en daaruit blijkt dat wij zelfs meer disken aanbieden dan in vergelijkbare omgevingen.

U kunt mij tot op heden niet concreet aangeven waar exact uw beslissing op is gebaseerd. U spreekt van een "grondig onderzoek" maar concrete cijfers hebben wij nog niet van u onder ogen gehad.

Graag ontvang ik van u een ontvangstbevestiging van deze email en een stappenplan hoe wij hiermee om kunnen gaan. Op dit moment lijkt het ons niet juist om direct een dagvaarding te doen uitgaan maar willen wij eerst in een gesprek proberen e.e.a. te verduidelijken.

1.11. Bij brief van 9 december 2010 heeft SSC-I onder meer geantwoord dat eiseres voorbij lijkt te gaan aan de klantvraag inhoudende dat de aangeboden configuratie in de praktijk bruikbaar moet zijn.

Daarbij wijst SSC-I bijvoorbeeld op het door eiseres additioneel aanbieden van zogenaamde PAM modules (kaarten met geheugen chips) die meer performance en flexibiliteit bieden maar waarvan eiseres onvoldoende duidelijk heeft gemaakt of deze modules strikt noodzakelijk zijn. In de brief wordt als volgt geconcludeerd:

Samengevat is DJI door o.a. deze bevindingen van mening dat er onvoldoende rekening wordt gehouden met de in de RPF genoemde uitgangspunten, waardoor de benodigde performance (aantal IOPS) voor het aantal gespecificeerde concurrent citrix gebruikers, toepassen van asynchrone datareplicatie & antivirus oplossing en toegang tot gebruikersdata (reguliere dataopslag), niet geleverd kan worden. Daarbij geldt in zijn algemeenheid "meer disken is meer IOPS", waardoor er eveneens rekening wordt gehouden met het opvangen van pieken. DJI is na grondig onderzoek (waarbij gekeken is naar responsetijden in relatie tot het aantal IOPS per data drive en het theoretische maximum IOPS per disk) van mening dat de benodigde performance niet geleverd gaat worden voor beschreven omgeving(en) door het lage aantal aangeboden disken. Daarnaast moeten aangeboden configuraties rekening houden met de functionele eis dat uitval van één controller niet leidt tot verstoring voor de cliëntsystemen. DJI is van mening dat hier onvoldoende rekening mee is gehouden in de aanbieding.

2. Het geschil

2.1. Eiseres vordert na wijziging van eis -zakelijk weergegeven- gedaagde te gebieden:

primair

zijn voornemen tot gunning aan een andere partij dan eiseres in te trekken en de inschrijving van eiseres mee te nemen in de opnieuw te nemen gunningbeslissing en, om aan de hand van de vastgestelde gunningcriteria, te gunnen aan de partij die de ranking als eerste eindigt;

subsidiair

de onderhavige aanbesteding te staken en gestaakt te houden en over te gaan tot heraanbesteding waarbij eiseres wordt uitgenodigd om deel te nemen;
een en ander op straffe van een dwangsom.

2.2. Daartoe voert eiseres onder meer het volgende aan.

Eiseres is ten onrechte uitgesloten van deelname aan levering van een storage systeem aan gedaagde. Het feit dat eiseres heeft ingeschreven met drie opties kan geen reden zijn om eiseres uit te sluiten. Het door eiseres in optie 1 aangeboden storagestelsel voldoet met en zonder PAM aan de door DJI gestelde specificaties. Het is een misvatting dat er meer disken nodig zijn voor de benodigde performance dan door eiseres aangeboden. Gedaagde gaat eraan voorbij dat de door eiseres toegepaste sizing tools, afkomstig van de leverancier van het aangeboden storagestelsel, het belangrijkste en meest geschikte gereedschap zijn om de juiste berekening te maken. Omdat in de RFP geen eis is opgenomen ten aanzien van het opgeven van referentiecases, behoeft eiseres ook niet aan deze eis te voldoen. Daarnaast geldt dat de cliëntsystemen bij uitval van een enkele controller nog steeds gebruik kunnen maken van het storagestelsel omdat een controller snel vervangen kan worden. Overigens heeft de winnende deelnemer precies dezelfde controller aangeboden als eiseres.

2.3. Gedaagde voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

3. De beoordeling van het geschil

3.1. De vraag is of gedaagde in deze zaak jegens eiseres onrechtmatig heeft gehandeld. Daarbij is van belang of gedaagde eiseres terecht heeft uitgesloten van verdere deelname omdat eiseres met aanbieding van haar optie 1 niet heeft voldaan aan de uitgangspunten zoals genoemd in de RFP.

3.2. Voorop staat dat tussen partijen niet in geschil is dat indien de offerte van eiseres niet zou voldoen aan de RFP, deze terzijde gelegd kan worden. Ook staat tussen partijen niet ter discussie dat de door eiseres aangeboden opties 2 en 3 vanwege de daarbij behorende (hogere) prijs niet in aanmerking zouden komen voor gunning. Dat betekent dat deze opties niet in de beoordeling hoeven te worden betrokken.

3.3. Voor zover het verweer van gedaagde erop ziet dat de vorderingen van eiseres afgewezen moet worden omdat de offerte van eiseres niet voldeed aan de eisen van de RFP vanwege de daarin opgenomen verschillende opties, wordt daaraan voorbijgegaan. Voorshands is niet gebleken dat deze omstandigheid voor gedaagde, na de inschrijving van eiseres op 30 september 2010, bijvoorbeeld in het gesprek tussen partijen op 12 oktober 2010 of in de tussen partijen gevoerde correspondentie in november en december 2010, een breekpunt is geweest.

3.4. De kern van het geschil tussen partijen betreft de vraag of eiseres met haar aanbieding heeft voldaan aan de daartoe door SSC-I gestelde eisen in de RFP zoals onder meer hiervoor vermeld onder 1.5. Met name is er tussen partijen geen overeenstemming over de vraag of optie 1 van eiseres voldoet aan de benodigde performance. In optie 1 van eiseres wordt uitgegaan van 72 disks per locatie. Daarbij heeft eiseres in haar offerte gesteld dat zij op basis van de in de RFP gespecificeerde gebruikersaantallen uitgaat van een totale belasting van 32.000 IOPS per locatie. Volgens gedaagde is dit onrealistisch hoog; naar haar zeggen gaan deskundigen uit van maximaal 250 IOPS per disk. Eiseres meent dat de door haar aangeboden optie 1 met behulp van de NetApp sizer volledig overeenkomt met de eisen welke zijn gesteld in de RFP. Volgens haar zijn met de Netapp sizer meer IOPS te realiseren zonder dat meer disks nodig zijn. Daartegenover heeft gedaagde aangevoerd dat de NetApp sizer een hulpmiddel is dat niet altijd even betrouwbaar is. Volgens gedaagde kan er dan bijvoorbeeld een situatie ontstaan dat de benodigde performance onvoldoende is in geval een controller uitvalt. Gedaagde heeft daarbij gesteld dat deskundigen bij DJI na grondige bestudering van de offerte van eiseres tot die conclusie zijn gekomen. Bovendien heeft gedaagde aangevoerd dat Telindus ISIT, een vooraanstaand specialist en leverancier op het gebied van storage-oplossingen, desgevraagd die conclusie heeft bevestigd. Gelet op dit verweer van gedaagde ligt het op de weg van eiseres om voldoende aannemelijk te maken dat zij met behulp van de Netapp sizer wel zou voldoen aan de gestelde eisen.

3.5. Ter zitting heeft eiseres gesteld dat de hoeveelheid disken voor de performance van de aangeboden controller van geen enkele betekenis is omdat de verwerkingscapaciteit van de controller niet afhankelijk is van de hoeveelheid daarachter aangesloten disken. Daarbij heeft zij de controller vergeleken met een trechter die ervoor zorgt dat de daar achter aangesloten disken op basis van de NetApp sizer als het ware een multipliereffect bewerkstelligt waardoor de disks substantieel meer performance hebben dan zonder de NetApp sizer. Eiseres heeft echter daarmee niet de klacht van gedaagde kunnen wegnemen dat de NetApp sizer slechts een hulpmiddel is waarvan de betrouwbaarheid niet vast staat. Nu eiseres kennelijk de enige inschrijver is die de NetApp sizer een prominente, voor de performance doorslaggevende, rol in haar aanbieding toedicht wordt tot uitgangspunt genomen dat het hier in ieder geval niet gaat om een algemeen gangbare oplossing. Daarbij wordt mede betrokken dat ook eiseres zelf in haar offerte bij de presentatie van haar opties op pagina 11 vermeldt: "(...) meer disken is immers meer IOPS". Onder deze omstandigheden dient eiseres de werking en betrouwbaarheid van de NetApp sizer nader inzichtelijk te maken. Daarin is zij niet geslaagd. Geoordeeld wordt in dit verband dat eiseres over de door haar toegepaste ongebruikelijke oplossing geen gegevens op het punt van de betrouwbare werking heeft overgelegd. Nu eiseres bovendien noch in haar offerte en toelichting noch ter zitting onderbouwde berekeningen heeft gepresenteerd die overtuigend die betrouwbare werking aannemelijk maken, kan vooralsnog niet worden geconcludeerd dat eiseres heeft voldaan aan de eisen voor de benodigde performance. Ook heeft zij geen refertewerk in beeld gebracht waaruit die betrouwbaarheid zou kunnen blijken. De klacht van eiseres dat de RFP geen refertevereiste bevat, kan haar niet baten nu het op de weg van eiseres ligt om in geval van een ongebruikelijke oplossing de betrouwbaarheid van die oplossing te onderbouwen. De omstandigheid dat de winnende deelnemer dezelfde controller als eiseres heeft aangeboden legt, gelet op het voorgaande, onvoldoende gewicht in de schaal.

3.6. Gelet op het voorgaande behoeft de vraag of de door eiseres al dan niet in te zetten PAM modules bij optie 1 van belang zijn voor het voldoen aan de benodigde performance geen bespreking meer. Geoordeeld wordt dat gedaagde in deze zaak jegens eiseres niet onrechtmatig heeft gehandeld nu eiseres niet aannemelijk heeft gemaakt dat gedaagde haar ten onrechte heeft uitgesloten van verdere deelname.

3.7. Eiseres zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

4. De beslissing

De voorzieningenrechter:

wijst het gevorderde af;

veroordeelt eiseres in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van gedaagde begroot op € 1.384,--, waarvan € 816,-- aan salaris advocaat en € 568,-- aan griffierecht;

bepaalt dat, indien niet binnen veertien dagen na heden aan deze proceskostenveroordeling is voldaan, daarover wettelijke rente verschuldigd is;

verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.Th. Nijhuis en in het openbaar uitgesproken op 18 februari 2011.

AB
