

# Commissie van Aanbestedingsexperts

## Advies 368

### 1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft op 19 mei 2016 een nationale openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken met betrekking tot de vervanging van oevervoorzieningen van ca. 1,8 km. Beklaagde heeft het ARW 2012 op deze aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard.

1.2. In artikel 01.01.01 ("Van toepassing zijnde bepalingen"), lid 1, van Deel 3 ("Bepalingen") van het 'Bestek 201-11, inhoudende "Vervanging boordvoorzieningen [Locatie]", tussen km 28.050 en km 29.898, e.e.a. met bijkomende werken gelegen in [Gemeente]' (hierna: "Bestek"), is onder andere bepaald:

'Op dit werk zijn van toepassing de Standaard RAW Bepalingen, zoals laatstelijk vastgesteld in december 2010, hierna te noemen 'Standaard 2010', uitgegeven door de Stichting CROW. (...)'

1.3. In artikel 0.04 ("Inschrijving"), lid 8, van Deel 0 ("Totstandkoming van de overeenkomst") van het Bestek is het volgende bepaald:

'Technische bekwaamheid volgens artikel 2.7 van het ARW 2012:

De inschrijver moet over voldoende technische bekwaamheid beschikken om het onderhavige werk op vakkundige en regelmatige wijze te kunnen uitvoeren en daarbij dient zij aan te tonen te beschikken over de volgende kerncompetentie(s):

- kerncompetentie 1: het realiseren van een vergelijkbaar werk (aanbrengen stalen damwand) op het gebied van waterbouw.

Voor elke kern competentie moet de inschrijver met minimaal 1 referentieopdracht aantonen dat zij, in de periode van 5 jaar voorafgaande aan de uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen, op een vakkundige en regelmatige wijze vergelijkbaar werk of onderdelen daarvan heeft uitgevoerd en tijdig heeft opgeleverd, verleend uitstel daarin begrepen. Het aandeel in de aanneemsom of een gefactureerd bedrag van de referentie opdracht dient gelijk aan of groter te zijn dan:

- Kern competentie 1: 500.000,- euro excl. btw.

Heeft de inschrijver dit uitgevoerd in combinatie of als onderaannemer dan dient zijn aandeel hierin ten minste gelijk te zijn aan de ervaringseis. Ingeval van inschrijving in combinatie geldt het volgende:

- Bij de beoordeling of een combinatie voldoet aan de ervaringseis, zal van iedere deelnemer aan die combinatie slechts 1 (één) opgeleverd werk op het gevraagde ervaringsgebied binnen de gestelde termijn in beschouwing worden genomen.

Tevens dient de inschrijver in het bezit te zijn van een kwaliteitssysteemcertificaat op basis van de norm ISO 9001 "Kwaliteitsmanagementsystemen" met een scope die betrekking heeft op de aard van het werk, e.e.a. volgens artikel 2.8 van het ARW 2012.

Dit certificaat moet zijn afgegeven door een certificatie-instelling, die daartoe is erkend door een nationale accreditatie-instelling (in Nederland: de Raad voor Accreditatie). Ingeval van een samenwerkingsverband van ondernemers dient het

samenwerkingsverband of iedere ondernemer afzonderlijk in het bezit te zijn van het certificaat.'

- 1.4. In Deel 2.2 ("Nadere beschrijving") van het Bestek is een nadere beschrijving van de uitvoering van het werk opgenomen. Daarin is onder andere de volgende bestekspost opgenomen:

'3 STALEN DAMWAND  
(...)

#### 311 LEVEREN STALEN DAMWAND

De aannemer dient aan te tonen dat de te leveren damplanken de rekenwaarde voor het buigend moment kunnen opnemen, waarbij het weerstandsmoment van de damplanken gereduceerd moet worden voor scheve buiging volgens CUR166 en aantasting ten gevolge van corrosie van 0,60 mm per zijde.

##### 311010 Leveren stalen damplank [1.450 stuks, Commissie]

Betreft te leveren stalen damplanken ter plaatse van dwarsprofiel 5 t/m 18, km 28.450 t/m 29.898. Betreft damplanken te verwerken volgens post 312010  
Bij de hoeveelheid resultaatsverplichting is gerekend met een breedte van 1 m per damplank.

Stalen damplank

Warmgewalste damplank.

Damwanden zijn berekend volgens CUR 166.

Damwand constructies uitgevoerd op basis klasse II.

Warmgewalste damplank minimum dikte 6 mm

Damplank: lengte: 6.00 m

Staalkwaliteit: warmgewalst S240GP of hoger

NEN-EN10248 -1 en-2,

Rekenmoment bedraagt 54 kNm/m

Plaats van leveren: volgens bestekspostnummer 312010.

##### 311010 Leveren stalen damplank [200 stuks, Commissie]

Betreft te leveren stalen damplanken ter plaatse van dwarsprofiel 3 en 4, km 28.250 t/m 28.450. Betreft damplanken te verwerken volgens post 312020  
Bij de hoeveelheid resultaatsverplichting is gerekend met een breedte van 1 m per damplank.

Stalen damplank

Warmgewalste damplank.

Damwanden zijn berekend volgens CUR 166.

Damwand constructies uitgevoerd op basis klasse II.

Warmgewalste damplank minimum dikte 6 mm

Damplank: lengte: 6.25 m

Staalkwaliteit: warmgewalst S240GP of hoger

NEN-EN10248 -1 en-2,

Rekenmoment bedraagt 40 kNm/m

Plaats van leveren: volgens bestekspostnummer 312020.

##### 311010 Leveren stalen damplank [200 stuks, Commissie]

Betreft te leveren stalen damplanken ter plaatse van dwarsprofiel 1 en 2, km 28.050 t/m 28.250. Betreft damplanken te verwerken volgens post 312030  
Bij de hoeveelheid resultaatsverplichting is gerekend met een breedte van 1 m per damplank.

Stalen damplank

Warmgewalste damplank.

Damwanden zijn berekend volgens CUR 166.

Damwand constructies uitgevoerd op basis klasse II.

Warmgewalste damplank minimum dikte 6 mm  
Damplank: lengte: 7.25 m  
Staalkwaliteit: warmgewalst S240GP of hoger  
NEN-EN10248 -1 en-2,  
Rekenmoment bedraagt 65 kNm/m  
Plaats van leveren: volgens bestekspostnummer 312030.'

- 1.5. In artikel 41.26.02 ("Stalen damplanken"), lid 01, van Deel 3 ("Bepalingen") van het Bestek is het volgende bepaald:

'Stalen damplanken leveren volgens 'NEN-EN 10248-1:1995 nl' en 'NEN-EN 10248-2:1995 nl'.  
Onder gelijkwaardig damwand-profiel t.o.v. de genoemde profielen komen alleen in aanmerking: warmgewalste profielen.'

- 1.6. In de Nota van Inlichtingen van 28 juni 2016 is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

- 1.6.1. Vraag 1: 'Mogen de te leveren stalen damwandplanken ook koud gewalste damplanken zijn?'

Antwoord: 'Het bestek schrijft warmgewalste stalen damwandplanken voor.'

- 1.6.2. Vraag 2: 'Als wij als fabrikant van koud damwand kunnen aantonen gelijkwaardig te zijn aan warmgewalst profielen, wilt u dan de bestekseis t.a.v. warmgewalste damwanden wijzigen weglaten alsmede de normering NEN-EN 10248-1:1995 nl' en 'NEN-EN 10248-2:1995 nl?''

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 1.'

- 1.6.3. Vraag 8: 'Mogen er damwanden geleverd worden conform koudgewalst/gezet NEN-EN 10249?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 1.'

- 1.6.4. Vraag 9: 'Mogen er andere types damwanden dan stalen damwanden aangeboden worden (bijv. kunststof damwand)?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 1.'

- 1.6.5. Vraag 10: 'Welke parameters worden gerespecteerd in het kader van gelijkwaardigheid bij het toepassen van een ander type materiaal (koudgewalst/gezet of kunststof)?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 1.'

- 1.7. Op 15 juni 2016 heeft klager in een brief aan beklaagde onder meer het volgende geschreven:

'Geachte Mevrouw, Heer,

In het bestek deel 3 paragraaf 41.26.02 op pagina 50 wordt vermeld dat onder gelijkwaardig damwand-profiel t.o.v. de genoemde profielen alleen warmgewalste profielen in aanmerking komen.

Op het bestek is het ARW 2012 Hoofdstuk 2 van toepassing.

Artikel 2.4.9 ARW 2012 meldt o.a. dat de aanbesteder in de technische specificaties geen melding maakt van een bepaald fabricaat (...), danwel (...) een bepaalde productie, tenzij dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is.

Hierbij zij opgemerkt dat in Overweging 29 van de Europese Richtlijn (2004/18/EG) (zie ook onderstaand knipsel, met name het gemarkeerde) is bepaald dat aanbestedende diensten waar mogelijk technische specificaties dienen te beschrijven in termen van prestaties en functionele eisen, waardoor het mogelijk is inschrijvingen in te dienen waar de diversiteit aan technische oplossingen tot uiting komt.

Als wij als fabrikant van koud damwand kunnen aantonen gelijkwaardig te zijn aan warmgewalst profielen, wilt u dan de bestekseis t.a.v. warmgewalste damwanden wijzigen weglaten alsmede de normering NEN-EN 10248-1:1995 nl' en 'NEN-EN 10248-2:1995 nl'?

Zo niet, kunt u ons dan een motivering geven waarom u hier niet toe bereid bent?

(...)

Met vriendelijke groet,

[Naam]'

- 1.8. Op 30 juni 2016 heeft klager schriftelijk een klacht ingediend bij het klachtenloket van beklagde. Daarin schrijft klager onder andere het volgende:

'Geachte heer, mevrouw,

(...)

Met de specifieke bepaling dat warmgewalste damwandplanken moeten worden geleverd, wordt gehandeld in strijd met artikel 2.78 Aanbestedingswet. Daarin is bepaald dat de aanbestedende dienst in de technische specificaties niet verwijst naar een bepaald fabricaat, herkomst, oorsprong of een bepaalde productie:

*"Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, een merk, keurmerk of certificaat betreffende duurzaamheid, milieu of dierenwelzijn, dan wel gebaseerd op sociale overwegingen, 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."*

[Beklaagde] verwijst nu juist wel naar een bepaald fabricaat, herkomst, oorsprong of een bepaalde productie.

Vergelijk in dit kader ook artikel 2:76 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet, waarin is bepaald dat technische eisen in termen van de prestatie-eisen en functioneel omschreven moeten worden. Zie ook overweging 29 van de Europese Richtlijn 2004/18/EG [2004/18/EG, Commissie], waarnaar [Klager] reeds verwees in de door haar gestelde vraag bij de Nota van Inlichtingen.

Blijkens artikel 2:78 lid 6 Aanbestedingswet kan in de technische specificaties alleen dan specifiek verwezen worden naar bijvoorbeeld een bepaald fabricaat indien een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp

van de overheidsopdracht niet mogelijk is. In dat geval dient de verwijzing vergezeld te gaan van de woorden "of gelijkwaardig".

In onderhavig geval kan het voorwerp van de opdracht, het leveren van damwanden, zonder problemen voldoende nauwkeurig en begrijpelijk beschreven worden. Daarmee is het dus niet toegestaan specifiek te verwijzen naar warmgewalste damwandplanken.

En als wel specifiek verwezen zou mogen worden naar warmgewalste damwandplanken (hetgeen niet het geval is), dan is het niet toegestaan om de woorden "of gelijkwaardig" dermate specifiek in te vullen dat als gelijkwaardige damwandplank alleen warmgewalste damwandplanken mogen worden gebruikt. Van een deugdelijke gelijkwaardigheidstoets is daarmee geen sprake.

(...)

Met vriendelijke groet,

[Naam]'

1.9. Beklaagde heeft op 8 juli 2016 per brief de volgende reactie aan klager gestuurd:

'Geachte heer [Naam],

(...)

In het inkoop- en aanbestedingsbeleid van [Beklaagde] is opgenomen dat [Beklaagde] een meldpunt aanbestedingsklachten heeft ingesteld, waar een ondernemer een klacht over een lopende aanbesteding kan indienen. [Beklaagde] heeft (nog) geen klachtenregeling vastgesteld, maar heeft in haar interne procedure aansluiting gezocht bij de manier van afhandeling van klachten door de commissie van aanbestedingsexperts. Het meldpunt aanbestedingsklachten staat open voor (potentiele) inschrijvers. Uit het ingestelde onderzoek en met name uit de gestelde eisen in het bestek maken wij op dat [Klager] niet zelfstandig dan wel in combinatie zou kunnen inschrijven op onderhavig werk. Om die reden staat ook het meldpunt aanbestedingsklachten van [Beklaagde] niet open voor [Klager]. De commissie komt dan ook tot de conclusie dat zij de klacht van [Klager] niet in behandeling kan nemen.

(...)

Met vriendelijke groet,

[Naam]'

1.10. Op 12 juli 2016 heeft klager per brief als volgt op de bovenstaande reactie van beklagde gereageerd:

'Geachte heer [Naam],

(...)

Gesteld wordt dat het klachtenmeldpunt open staat voor (potentiële) inschrijvers. En omdat [Klager] geen (potentiële) inschrijver is, wordt de klacht van [Klager] niet in behandeling genomen. Dit raakt naar de mening van [Klager] kant noch wal.

In het eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid van [Beklaagde] staat in artikel 3.6 dat een klachtenmeldpunt is ingesteld voor een ondernemer. Er staat dus helemaal niet dat het moet gaan om een (potentiële) inschrijver. Omdat [Klager] een ondernemer is, zou de klacht gewoon in behandeling genomen moeten worden.

Verder geeft u aan dat [Beklaagde] voor de klachtafhandeling aansluiting heeft gezocht bij de manier van klachtafhandeling door de Commissie van Aanbestedingsexperts. Dat is simpelweg niet juist, nu de Commissie van Aanbestedingsexperts in artikel 7 lid 1 sub a van het Reglement juist toestaat dat ook een onderaannemer van een (potentiële) inschrijver (zoals [Klager]) een klacht kan indienen.

En als gekeken wordt naar de uniforme klachtafhandeling bij aanbesteden (een document dat is opgesteld in samenwerking tussen aanbestedende dienst en ondernemers) dan staat daar in artikel 4 eveneens dat onderaannemers van (potentiële) inschrijvers een klacht kunnen indienen.

(...)

Met vriendelijke groet,

[Naam]'

## **2. Beschrijving klacht**

Beklaagde handelt in strijd met artikel 2.78 Aw 2012.

## **3. Onderbouwing klacht**

- 3.1. Klager stelt dat artikel 41.26.02 van deel 3 van het Bestek, dat ziet op het leveren van warmgewalste damwandplanken, in strijd is met artikel 2.78 Aw 2012 [*bedoeld zal zijn: artikel 2.76 Aw 2012, Commissie*].
- 3.2. Klager stelt dat in artikel 2.78 Aw 2012 is bepaald dat de aanbestedende dienst in technische specificaties niet mag verwijzen naar een bepaald fabricaat, herkomst, oorsprong of een bepaalde productie [*bedoeld zal zijn: artikel 2.76 lid 5 Aw 2012, Commissie*]. Er mag alleen specifiek verwezen worden naar bijvoorbeeld een bepaald fabricaat indien een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is, in dat geval dient de verwijzing vergezeld te gaan van de woorden 'of gelijkwaardig' (zie artikel 2.76 lid 6 Aw 2012).
- 3.3. Klager stelt dat in onderhavige aanbestedingsprocedure het voorwerp van de opdracht – het leveren van damwanden – voldoende nauwkeurig en begrijpelijk beschreven kan worden. Daarmee is het volgens klager niet toegestaan specifiek te verwijzen naar warmgewalste damwanden.
- 3.4. Klager verwijst ter onderbouwing van de klacht tevens naar artikel 2.76 lid 1 onder b Aw 2012 en naar overweging 29 van Richtlijn 2004/18/EG.

## **4. Reactie beklagde**

- 4.1. Beklaagde stelt zich allereerst op het standpunt dat de Commissie de klacht niet in behandeling kan nemen omdat klager geen potentiële inschrijver op de aanbe-

steding is. Tevens stelt beklagde dat klager een onderaannemer is van een potentiële inschrijver.

- 4.2. Beklaagde stelt voorts dat klager een metaalfabrikant is en geen expertise heeft in de waterbouw. De inschrijving op de aanbesteding staat open voor ondernemers die beschikken over de juiste technische bekwaamheid, en ervaring hebben met het realiseren van een vergelijkbaar werk in de waterbouw. Beklaagde verwijst ter onderbouwing van haar standpunt naar artikel 0.08 lid 7 van het Bestek [*beklaagde bedoelt waarschijnlijk artikel 0.04, lid 8, Bestek, zie 1.2 hiervoor, Commissie*] jo. artikel 2.7 ARW 2012.
- 4.3. Tenslotte wijst beklagde er op dat het bestek een RAW-bestek betreft op basis van de UAV 2012. Zij schrijft geen leverancier voor, maar vraagt enkel om een bepaald type boordvoorziening, passend bij de omstandigheden. Hierbij gaat het volgens beklagde om een objectieve voorwaarde zodat er geen specifieke leveranciers worden bevoordeeld of benadeeld.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. Beklaagde heeft op 19 mei 2016 een nationale openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken met betrekking tot de vervanging van oevervoorzieningen van ca. 1,8 km. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012; hoofdstuk 2 ARW 2012; de Gids Proportionaliteit en de Standaard RAW 2010.
- 5.2. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of zij de klacht in behandeling kan nemen.
- 5.3. Op grond van artikel 7 lid 1 sub a van het Reglement van de Commissie kan een klacht bij de Commissie worden ingediend door ondernemers die een opdracht willen verwerven. Deze bepaling noemt als voorbeelden (potentiële) gegadigden, (potentiële) inschrijvers en ook onderaannemers van (potentiële) inschrijvers.
- 5.4. De Commissie is van oordeel dat deze bepaling ruim moet worden uitgelegd in die zin dat niet alleen onderaannemers maar alle 'onderopdrachtnemers' van (potentiële) gegadigden of inschrijvers een klacht mogen indienen bij de Commissie. Nu klager een potentiële toeleverancier is van (potentiële) inschrijvers is niet relevant of klager over de technische bekwaamheid beschikt om te kunnen inschrijven op deze overheidsopdracht. De Commissie neemt de klacht dan ook in behandeling.
- 5.5. Voor de behandeling van de klacht is het volgende toetsingskader relevant.
  - 5.5.1. Klager baseert haar klacht op artikel 2.76 Aw 2012. Dit artikel is, evenals de overige bepalingen van deel 2 van de Aanbestedingswet, echter niet van toepassing op een nationale openbare procedure. Afdeling 1.2.3 Aw 2012 is wel op een dergelijke procedure van toepassing, evenals hoofdstuk 2 ARW 2012.
  - 5.5.2. In artikel 1.12, lid 1, Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.
  - 5.5.3. Artikel 2.4.1 ARW 2012 bepaalt:

'De aanbesteder neemt de technische specificaties op in het bestek. De technische specificaties bieden de ondernemers gelijke toegang en leiden niet tot onge-

rechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van opdrachten voor mededinging.'

5.5.4. Artikel 2.4.2 ARW 2012 bepaalt:

'De aanbesteder formuleert de technische specificaties:

a. (...)

b. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen, die milieukeurmerken kunnen bevatten, waarbij de eisen zodanig nauwkeurig zijn bepaald dat de ondernemers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbesteder de opdracht kan verlenen,

c. (...)

d. (...).'

5.5.5. Artikel 2.4.9 ARW 2012 bepaalt:

'De aanbesteder maakt in de technische specificaties geen melding van een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, (...), een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is.'

5.5.6. Artikel 2.4.10 ARW 2012 bepaalt:

'De aanbesteder kan de melding of verwijzing als bedoeld in artikel 2.4.9 opnemen in de technische specificaties indien:

a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk is door toepassing van artikel 2.4.2, en

b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden "of gelijkwaardig".'

5.5.7. De hiervoor geciteerde bepalingen in het ARW 2012 zijn voor nationale en Europese aanbestedingen gelijkkluidend. Voor wat betreft Europese aanbestedingen vinden die bepalingen hun oorsprong in artikel 23 Richtlijn 2004/18/EG. Overweging 29 uit de considerans van Richtlijn 2004/18/EG bepaalt:

'De door de aanbestedende diensten opgestelde technische specificaties moeten de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging mogelijk maken; daartoe moet het mogelijk zijn inschrijvingen in te dienen waarin de diversiteit van de technische oplossingen tot uiting komt. Te dien einde moeten enerzijds de technische specificaties kunnen worden opgesteld in termen van prestaties en functionele eisen en moeten anderzijds, bij verwijzing naar de Europese – of bij ontstentenis daarvan naar de nationale – norm, op andere gelijkwaardige oplossingen gebaseerde inschrijvingen door de aanbestedende dienst in overweging worden genomen.'

5.6. Daarmee komt de Commissie toe aan de beoordeling van de klacht in het licht van het hiervoor weergegeven toetsingskader.

5.6.1. De Commissie begrijpt de stellingen van klager aldus dat zij er van uitgaat dat beklagde de opdracht had dienen te omschrijven door de levering van stalen damwandplanken uit te vragen en niet – zoals beklagde heeft gedaan – de levering van warmgewalste stalen damwandplanken. Daarmee lijkt klager te veronderstellen dat beklagde haar met de uitvoering van de opdracht beoogde doelstellingen zowel kan bereiken met het uitvragen van warmgewalste als koudgewalste stalen damwandplanken.



- 5.6.2. Naar het oordeel van de Commissie gaat klager met haar veronderstellingen aan het volgende voorbij. In de praktijk zijn grofweg drie categorieën damwandplanken te onderscheiden: de warmgewalste damwandplank, de koudgewalste damwandplank en de koudgevormde damwandplank. Het belangrijkste verschil tussen de warme variant enerzijds en de twee koude varianten anderzijds, is dat de warme variant bij een temperatuur van 1300 °C wordt gevormd, terwijl de koude varianten bestaan uit warmbreedbandstaal dat zonder verdere verhitting plastisch gedeformeerd wordt. In het ene geval gebeurt dat door middel van walsing, in het andere geval door middel van verbuiging. Door plastische deformatie krijgt het staal andere, mechanische eigenschappen. Het gaat hierbij onder meer om eigenschappen als taaierheid, sterkte, corrosiegevoeligheid en precisie van de slotverbindingen. Dit zijn wezenlijke materiaaleigenschappen. Het voorgaande betekent dat het warm productieproces resulteert in een product dat wezenlijk verschilt van een product uit een koud productieproces. Warmgewalst staal heeft kwalitatief betere eigenschappen die het voor bepaalde toepassingen meer geschikt maakt dan koudgewalst staal (zie onder meer B. van Ens, P. Slappendel en M. van Manen, *Vergelijking warmgewalste en koudgevormde damwand*, Land+Water, nr. 12 december 2014, p. 32-33).
- 5.6.3. De Commissie gaat er van uit dat – gegeven de aard van de opdracht en de doelstellingen die beklagde met de uitvoering daarvan voor ogen heeft – voormelde wezenlijke kwaliteitsverschillen voor beklagde de aanleiding zijn geweest om de levering van warmgewalste stalen damwandplanken uit te vragen in plaats van louter stalen damwandplanken. In het laatste geval zou beklagde immers ook een aanbod tot levering van koudgewalste stalen damwandplanken moeten accepteren, niettegenstaande het feit dat zij met een dergelijke levering de door haar beoogde doelstellingen niet – althans: verminderd – zou bereiken. De Commissie is in dat licht bezien van oordeel dat beklagde de levering van warmgewalste stalen damwandplanken kon uitvragen in plaats van louter stalen damwandplanken.
- 5.6.4. Het voorgaande betekent dat de Commissie de klacht niet verder kan toetsen aan de hiervoor in 5.5 genoemde bepalingen, in het bijzonder artikel 2.4.9 ARW 2012. Daarvoor is immers nodig dat de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken melding heeft gemaakt van een bepaalde productie – in het onderhavige geval: warmgewalste damwandplanken – terwijl er ook andere productiewijzen zouden bestaan – in het onderhavige geval: koudgewalste en koudgevormde damwandplanken – waarmee de aanbestedende dienst een gelijkwaardig resultaat zou kunnen bereiken. Zoals de Commissie hiervoor heeft geoordeeld in 5.6.2 is dat laatste niet het geval.
- 5.6.5. Het voorgaande betekent dat de klacht ongegrond is.
- 5.7. Ten slotte merkt de Commissie nog op dat beklagde naar aanleiding van de vele vragen die tijdens de aanbestedingsprocedure in het kader van het onderwerp van de onderhavige klacht zijn gesteld, er verstandiger aan zou hebben gedaan in de inlichtingenfase toe te lichten waarom zij voor warmgewalste damwandplanken heeft gekozen. De praktijk van verwijzing naar het bestek ter beantwoording van vragen, terwijl die vragen de in het bestek gemaakte keuzes ter discussie stellen, strookt naar het oordeel van de Commissie niet met de strekking van de in art. 2.13 ARW 2012 vermelde verplichtingen van de aanbestedende dienst.

**6. Advies**

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

**7. Aanbeveling**

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

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. drs. J. Fijneman die als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 3 oktober 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen  
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid