

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 318

1. Feiten

1.1. Op 15 april 2015 heeft beklaagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor leveringen. De opdracht bestaat uit twee percelen: (i) het leveren en uitzetten van minicontainers bestemd voor het inzamelen van restafval, GFT, papier en toebehoren en (ii) het leveren en plaatsen van ondergrondse afvalcontainers bestemd voor het inzamelen van restafval en papier met daarbij behorende meerjarige onderhoudswerkzaamheden.

1.2. In paragraaf 7.4 ("Gebruik merknamen of typen") van het Aanbestedingsdocument is het volgende bepaald:

'7.4.1 Daar waar in het Aanbestedingsdocument en/of de Bijlagen merken, octrooien of typen, of een bepaalde oorsprong of productie worden genoemd, dient gelezen te worden: "of gelijkwaardig".'

1.3. In Bijlage 1 ("Beschrijving van de opdracht / Programma van Eisen", hierna: "Programma van Eisen") van het Aanbestedingsdocument is onder andere het volgende bepaald:

'Perceel 1

E-2	Minicontainers algemeen
(...)	(...)
E-2.5	De minicontainers moeten voldoen aan de NEN-EN 840, deel 1,5 en 6.
(...)	
E-2.11	De minicontainers voor restafval, GFT-afval en papier hebben een inhoud van resp. 180 ; 180 en 180 liter, waarbij de romp is voorzien van een doorlopend handgreep
(...)	(...)

(...)

E-3	Romp minicontainers
E-3.1	De minimale nuttige belasting voor de containers bedraagt: 72 kg voor de 180 liter container.
E-3.2	De breedte maat van de 180 liter container is gelijk aan de breedte van de 140 liter container en heeft de diepte van de 240 liter container.
(...)	(...)
E-3.8	Alle containers zijn aan 2 tegen overliggende zijden (aan dezelfde kanten als de wielen) voorzien van een ronde oranje reflector ca. 40mm en beluchtingsgaatjes, zie foto's. De reflectoren mogen niet geplakt worden, maar dienen in de romp gemonteerd te zijn. [Twee foto's, Commissie]
E-3.9	De hoogte van de romp dient minimaal 950 mm te zijn.
E-3.10	De wanddikte van de romp dient minimaal 3,8 mm te bedragen.
(...)	(...)

E.3.14	De achterzijde van de container bevat een mogelijkheid voor beladers of bewoners om met gebruik van een "voethulp" de container makkelijk te kantelen. In de toekomst moet het mogelijk zijn om er een "WMO step" op eenvoudige wijze aan de container te bevestigen. Voor uw beeldvorming is onderstaande foto gefotoshopt. [Foto, Commissie] Een voorbeeld uploaden in Smart Decision.
--------	--

(...)

E-6	Handgrepen minicontainers
E-6.1	De handgreep(scharnierklep) dient over de hele breedte te zijn aangebracht.
(...)	(...)'

1.4. Beklaagde heeft op 29 mei 2015 een Nota van Inlichtingen voor perceel 1 gepubliceerd. Daarin zijn onder andere de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.4.1. Vraag 15 [m.b.t. Eis E-2.11, Commissie]: 'U geeft hier aan dat de containers voorzien dienen te zijn van een doorgetrokken handgreep. Wij adviseren dringend het gebruik van 4 scharnierpunten omdat dit aanmerkelijk steviger is en leidt tot beduidend minder uitval en reparatie. Is het toegestaan om een minicontainer met 4 scharnierpunten aan te bieden? Zo niet; waarom niet?'

Antwoord: 'De handgreep is een doorgetrokken handgreep, deze mag ook op 4 plaatsen aan de container bevestigd zijn. Het aantal vaste scharnierpunten van de deksel bedraagt 2! Het is wel toegestaan naast de 2 vaste scharnierpunten losse geleidingen toe te passen. Dit om starheid van de deksel te voorkomen.'

1.4.2. Vraag 18 [m.b.t. Eis E-3.10, Commissie]: 'U beschrijft hier een wanddikte van minimaal 3,8 mm, waarmee u leveranciers uitsluit. Daarnaast is een bepaalde wanddikte niet essentieel m.b.t. een bepaalde kwaliteit welke u nastreeft. Wij verzoeken u de gemiddelde wanddikte aan te passen met 0,3 mm naar minimaal 3,5 mm.'

Antwoord: 'De eis blijft ongewijzigd.'

1.4.3. Vraag 19 [m.b.t. Eis E-3.8, Commissie]: 'De door u omschreven reflectors zijn een specifiek product welke alleen door een bepaalde aanbieder kan worden aangeboden. Dit is volgens de aanbestedingswet niet toegestaan. Wij verzoeken u deze eis aan te passen in: Ronde oranje reflectie, aangebracht in de zijwanden.'

Antwoord: 'De in het aanbestedingsdocument opgenomen afbeelding is illustratief en niet bepalend. Zie ook 7.4.1. van het aanbestedingsdocument.'

1.4.4. Vraag 20 [m.b.t. Eis E-3.14, Commissie]: 'De door u omschreven voethulp is een specifiek product welke alleen door een bepaalde aanbieder kan worden aangeboden. Dit is volgens de aanbestedingswet niet toegestaan. Wij verzoeken u deze eis daarom te laten vervallen.'

Antwoord: 'De eis van een voethulp blijft ongewijzigd, zie ook 7.4.1 van het aanbestedingsdocument.'

- 1.4.5. Vraag 21 [*m.b.t. Eis E-6.1, Commissie*]: 'U geeft hier aan dat de containers voorzien moeten zijn van een handgreep over de gehele breedte. Het deksel is echter het meest kwetsbare onderdeel van de minicontainer. Wij voeren ons deksel daarom standaard uit met 4 scharnierpunten waardoor de kans op vervanging van het deksel zo goed als uitgesloten is. Kunt u een container met 2 handgrepen en dus 4 scharnierpunten ook toestaan?'

Antwoord: 'Nee, zie ook vraag 15.'

- 1.4.6. Vraag 27 [*m.b.t. Eis E-3.2, Commissie*]: 'U spreekt op blz. 7 van minicontainers 140 en 180 ltr. Op pagina 18 bij 2.6.1 spreekt u uitsluitend over minicontainers van 180 ltr. op pag. 31 vermeld u bij eis E.2.3. wederom uitsluitend de 180 ltr. De minicontainers van 180 ltr. worden slechts door een klein, beperkt, aantal leveranciers geleverd. Gebruikelijk is een keuze uit een 140 of 240 ltr. m.c. te maken, welke algemeen in Nederland worden toegepast en u een veel betere prijsaanbieding opleverd, aangezien deze producten door alle leveranciers geleverd worden. Daarbij dwingt de kleine 140 ltr. de bewoners tot een beter scheidingsgedrag, aangezien er minder volume ter beschikking wordt gesteld. Ons verzoek is de 140 ltr. eveneens toe te laten.'

Antwoord: 'Alle containers dienen een inhoud te hebben van 180 liter.'

- 1.4.7. Vraag 28 [*m.b.t. Eis E-3.8, Commissie*]: 'Er is slechts één fabrikant die deze reflectoren kan aanbieden; u wekt hiermede de schijn op u, dat u uw keuze reeds voor deze leverancier bepaald heeft? Nergens binnen de Nederlandse aanbestedingen wordt om een dergelijke uitvoering gevraagd. U schrijft hierdoor toe op die ene specifieke leverancier en maakt het product onnodig duur. Ons verzoek is deze eis te laten vervallen.'

Antwoord: 'De afgebeelde reflector dient als voorbeeld voor uw beeldvorming. Er zijn diverse reflectoren leveranciers die soortgelijke reflectoren kunnen leveren. Reflectoren (niet gelijmd) met apart aangebrachte beluchtingsgaten in de minicontainer zijn ook toegestaan.'

- 1.4.8. Vraag 29 [*m.b.t. Eis E-3.14, Commissie*]: 'U vraagt hier een voetgreep welke wederom door één leverancier geleverd wordt. Wederom is deze dezelfde als bij onze hierboven gestelde vraag, waardoor u de schijn alleen maar versterkt reeds uw keuze voor deze leverancier gemaakt te hebben. Ons verzoek is deze eis te laten vallen.'

Antwoord: 'Wij vragen om een mogelijkheid tot het aanbrengen van een voet-hulp. De gefotoshopte foto is voor uw beeldvorming. Een andersoortige voethulp is ook toegestaan. Deze eis blijft gehandhaafd. Zie ook antwoord vraag 20.'

- 1.4.9. Vraag 34 [*m.b.t. Eis E-3.8, Commissie*]: 'Gezien u de reflector zo precies beschrijft zijn er nog eisen aan de gaatjes gesteld.'

Antwoord: 'De gaatjes zijn rond met kleine diameter. (ter indicatie ca. 1 mm). Zie ook antwoord vraag 20 en 29 [*bedoeld zal zijn vraag 19 en 28, Commissie*].'

- 1.4.10. Vraag 35 [*m.b.t. Eis E-3.8, Commissie*]: 'De reflector dient in de romp gemonteerd te zijn, u eist echter in eis E.3.3 een volledig gladde binnenwand. Deze eis is in tegenspraak. Graag alternatief reflector systeem toe staan welke niet in de wand bevestigd is.'

Antwoord: 'De eis geldt voor het onderste deel (ca. 80 cm) van de container, waardoor het aangeboden afval makkelijk loskomt van de container. Hier boven

wordt de reflector bevestigd, de verbinding container met reflector bedraagt slechts enkele millimeters.'

- 1.5. Beklaagde heeft op 5 juni 2015 een Nota van Inlichtingen gepubliceerd. Daarin zijn onder andere de volgende vraag en antwoord opgenomen:

Vraag 1: 'Algemeen: Er zijn 4 producenten die de door u gevraagde afmeting van de 180 liter kunnen produceren. Door uw eisen E-2.11 (doorgetrokken handgreep), E-3.8 (reflectors), E-3.10 (wanddikte 3,8 mm) en E-3.14 (Mogelijkheid voetpedaal) heeft u er voor zover onze kennis reikt nu 3 uitgesloten van inschrijving. Bent u zich hiervan bewust? Bent u bereid deze 4 genoemde eisen te laten vervallen zodat u meerdere concurrerende aanbiedingen krijgt?'

Antwoord: 'De handgreep is een doorgetrokken handgreep, deze mag ook op 4 plaatsen aan de container bevestigd zijn. De doorgetrokken handgreep zorgt er voor dat deze zeer makkelijk handelbaar is voor zowel links als rechtshandige en gedurende het reiden zeer makkelijk kan worden bestuurd door de gebruikers omdat de hand(en) over de hele greep kunnen glijden. Het aantal vaste scharnierpunten van de deksel bedraagt 2! Het is wel toegestaan naast de 2 vaste scharnierpunten losse geleidingen toe te passen. Dit om starheid van de deksel te voorkomen. De afgebeelde reflector dient als voorbeeld voor uw beeldvorming. Er zijn diverse reflectoren leveranciers die soortgelijke reflectoren kunnen leveren. Reflectoren (niet gelijk) met apart aangebrachte beluchtingsgaten in de minicontainer zijn ook toegestaan. De eis E-3.10 blijft ongewijzigd daar dit de kwaliteit (= levensduur) verhoogt. Wij vragen om een mogelijkheid tot het aanbrennen van een voethulp. De gefotoshopte foto is voor uw beeldvorming. Een andersoortige voethulp is ook toegestaan. Deze eis blijft gehandhaafd. De eisen vragen misschien enige creativiteit en inventiviteit, maar sluiten geen partijen uit.'

- 1.6. Klager is een branchevereniging die de belangen behartigt van leveranciers van inzamelcontainers. Zij heeft op 16 juni 2015 een brief aan beklagde gestuurd, met onder andere de volgende inhoud:

'Van een aantal van onze leden heeft de vereniging vragen en opmerkingen ontvangen m.b.t. perceel 1 in de bovengenoemde aanbesteding. Hierbij is de indruk ontstaan dat het bestek van deze aanbesteding bij voorbaat al drie van de vier leveranciers van de desbetreffende kunststof container uitsluit.

Belangrijke uitgangspunt van de Europese aanbestedingswetgeving is dat aanbestedingsprocedures transparant zijn en dat zoveel mogelijk leveranciers kunnen inschrijven. De aanbestedingscriteria zijn echter zo strikt dat slechts één leverancier aan de eisen kan voldoen. Veel van de eisen hebben bovendien geen invloed op het doel, de kwaliteit of het functioneren van de inzamelcontainer en zijn naar onze mening daardoor ten onrechte discriminatoir.

Vanzelfsprekend begrijpen we dat er mogelijk een voorkeur kan zijn voor een bepaalde techniek of "feature" op een container. De Europese aanbesteding geeft dan de mogelijkheid om deze voorkeur uit te drukken in punten. Het blokkeren van andere partijen is echter niet toegestaan.

Als branchevereniging verzoeken we u dan ook om de beperkende eisen (E-2.11., E-3.8, E-3.10, E-3.14 en E-6.1) zorgvuldig te onderzoeken en waar nodig aan te passen zodat zij niet langer discriminator zijn maar vooral functioneel zijn. Hierdoor worden meerdere partijen in de gelegenheid gesteld om in te schrijven op het bestek.'

- 1.7. X is adviseur van beklaagde. X heeft 24 juni 2015 per brief namens beklaagde onder andere het volgende aan klager laten weten, in reactie op de brief van klager van 16 juni 2015:

'Ten aanzien van dit verzoek [*tot aanpassing van de 1.6 door klager genoemde eisen, Commissie*] het volgende. De aanbestedende dienst heeft ten aanzien van deze eerdere genoemde eisen inmiddels twee klachten (twee van uw leden) ontvangen en deze door het klachtenmeldpunt [naam website van X] laten onderzoeken en zich daarin laten adviseren. Het advies van het klachtenmeldpunt is geweest om beide klachten ongegrond te verklaren. Dit advies is overgenomen en aan klagers schriftelijk medegedeeld. Nu uw verzoek zich inhoudelijk richt op exact dezelfde eisen als een van de afgehandelde klachten, is de aanbestedende dienst van mening dat om dezelfde redenen waarom de klacht ongegrond is verklaard, niet aan uw verzoek tot wijziging van de eisen gehoor zal worden gegeven.

(...)

Het enkele feit dat één of meer aanbieders met de door hen geleverde standaardproducten niet aan de technische specificaties kunnen voldoen, maken deze gestelde eisen nog niet disproportioneel of discriminatoir. Daarbij is verder van belang dat in onderdeel 7.4.1. van het aanbestedingsdocument vermeld staat dat "Daar waar (...) merken, octrooien of typen, of een bepaalde oorsprong of productie worden genoemd, gelezen dient te worden "of gelijkwaardig"".

Potentiële inschrijvers zijn dus te allen tijde in de gelegenheid om bij ten aanzien van hun inschrijving aan te tonen dat de specificaties van het aangeboden product of de aangeboden dienst als gelijkwaardig dient te worden aangemerkt.

Ten aanzien van eis 3.8

U stelt dat een reflector met beluchting geen functionele eis is.

Opgemerkt wordt dat de aanbestedende dienst binnen de hiervoor genoemde vereisten, de vrijheid heeft om technische specificaties op te stellen. De aanbestedende dienst heeft duidelijk aangegeven dat gelijkde reflectoren niet worden geaccepteerd. Daarbij heeft de aanbestedende dienst - onbetwist - in de nota van inlichtingen aangegeven dat er meerdere leveranciers zijn die reflectoren kunnen leveren die aan de technische vereisten voldoen. In de nota van inlichtingen is bovendien de mogelijkheid van een variant genoemd.

Vastgesteld dient te worden dat de gestelde eis duidelijk is en dat daaraan kan worden voldaan, daar de reflectoren via verschillende leveranciers op de markt kunnen worden verkregen.

Als wordt gesteld dat stickers functioneel volkomen gelijkwaardig zijn, ligt het op de weg van een inschrijver om dit aan te tonen. Daarbij zullen vermoedelijk aspecten als onder meer reflectie, stootvastheid, duurzaamheid, etc, aan de orde kunnen komen.

Op dit moment is niet gebleken van een discriminatoire of disproportionele eis.

Ten aanzien van eis 3.10

U stelt dat een minimale wanddikte van 3,8 mm geen functionele eis is en dat bij kwaliteit de wanddikte ook samen gaat met de vorm van de container. Functioneel dient de aanbestedende dienst een container dient te vragen die bestand is tegen het ledigen met een zijlader grabber.

De aanbestedende dienst vermeldt de vereiste wanddikte nog in de nota van inlichtingen onder punt 3.10 en stelt daarbij dat deze wanddikte kwaliteitsverhogend werkt. Dit is als zodanig niet disproportioneel of discriminatoir. Dat er veel aanbieders zijn, zoals een der klagers stelt, die een dunnere wanddikte aanbieden maakt dat niet anders, daar er kennelijk aanbieders zijn die de vereiste wanddikte wel kunnen aanbieden. De andere aanbieders zouden ook hun productieproces kunnen aanpassen om wel aan de eisen te voldoen.

Op dit moment is niet gebleken van een discriminatoire of disproportionele eis.

Ten aanzien van eis 3.14

Ook hier geldt dat er sprake is van een functionele technische eis, waarbij de vorm van uitvoering gekozen mag worden door de inschrijvende partij.

Het enkele feit dat niet iedere leverancier containers met voethulp standaard in het pakket hebben, maakt de eis als zodanig niet discriminatoir of disproportioneel. Daarbij is er op grond van 7.4.1. van het aanbestedingsdocument de mogelijkheid voor inschrijvers om aan te tonen dat er sprake is van een gelijkwaardige oplossing.

Op dit moment is niet gebleken van een discriminatoire of disproportionele eis.

Ten aanzien van eis 2.11 en 6.1

Gesteld wordt de eis dat de minicontainers voor restafval, GFT-afval en papier een inhoud hebben van resp. 180, 180 en 180 liter waarbij de romp is voorzien van een doorlopende handgreep.

In de nota van inlichtingen is dit aspect onder nummers 30 en 33 behandeld. Daarbij is een duidelijke motivatie gegeven voor de keuze van deze handgreep c.q. wijze van bevestiging c.q. wijze van scharnieren, namelijk de handelbaarheid van de containers.

Uit de verkregen informatie blijkt niet dat hetgeen de aanbestedende dienst vraagt onmogelijk is. Integendeel, de vraagsteller in onderdeel 33 van de nota van inlichtingen [*door de Commissie aangeduid als vraag 1 van de Nota van Inlichtingen van 5 juni 2015, zie 1.5 hiervoor, Commissie*] geeft aan dat de handgrepen geproduceerd kunnen worden. Daarnaast is niet gebleken dat er niet nog meer fabrikanten zijn, die aan deze eis kunnen voldoen. Op dit moment is niet gebleken van een discriminatoire of disproportionele eis.

(...)'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft de eisen van de opdrachtspecificatie van de minicontainers (perceel 1) zodanig opgesteld dat slechts één leverancier aan die eisen kan voldoen. De eisen zijn discriminatoir, disproportioneel en mededingingsbeperkend.

2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde heeft niet zorg gedragen voor een zorgvuldige en transparante afhandeling van bezwaarschriften.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Klager stelt dat beklaagde het bestek heeft toegeschreven naar één specifieke leverancier. Het bestek bevat enkele zeer specifieke eisen die gezamenlijk slechts in één type minicontainer voorkomen die geleverd wordt door één leverancier.
- 3.1.2. Anders dan beklaagde bij monde van haar adviseur X in haar brief van 24 juni 2015 betoogt, leiden de specifieke technische eisen er in gezamenlijkheid toe dat slechts één fabrikant de minicontainers tegen een reële prijs kan leveren. De andere fabrikanten zullen immers behoorlijk moeten investeren in hun productieproces om een container te fabriceren die aan de eisen voldoet, terwijl hun huidige minicontainers uitstekend geschikt zijn voor het door de gemeente beoogde doel. Door deze noodzakelijke investeringen kunnen de overige leveranciers nimmer concurrerend zijn, wat in een aanbestedingsprocedure waarin prijs het zwaarwegende criterium is vanzelfsprekend funest is.
- 3.1.3. De eisen zijn naar de mening van klager dus te stringent gesteld waardoor het bestek op dit onderdeel (perceel 1) discriminatoir, disproportioneel en mededingingsbeperkend is omdat deze slechts één leverancier in staat stellen om de minicontainers (met redelijke marge/concurrerend) te leveren (zie artikel 23 lid 2 Richtlijn 2004/18/EG). De eisen staan niet in redelijke verhouding tot de aard van de opdracht (zie artikel 1.10 Aw 2012). Immers ook minicontainers zonder de specifieke technische eisen voldoen aan de duurzaamheidseisen, zijn geschikt voor het door beklaagde beoogde doel en zijn compatibel met hef- en ledigingsystemen.
- 3.1.4. Klager wil benadrukken dat zij met de klacht beoogt om voor alle aanbieders van in casu afvalsystemen een gelijk speelveld te creëren door samen met aanbestedende diensten bestekken zo transparant mogelijk en zonder vooringenomenheid vorm te geven. Klager wijst er in dit verband op dat de onderneming aan wie beklaagde perceel 1 van de opdracht heeft gegund tevens lid is van klager.

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. In haar brief van 24 juni 2015 heeft beklaagde bij monde van haar adviseur X aangegeven dat zij de klacht(en) heeft laten onderzoeken door het klachtenmeldpunt van X en zich eveneens door dit meldpunt heeft laten adviseren. Het klachtenmeldpunt heeft geadviseerd om de klachten ongegrond te verklaren.
- 3.2.2. De website waar in de brief van 24 juni naar wordt verwezen, is echter een website/organisatie van X die tevens namens beklaagde reageert op de klacht en die tevens (mede)opsteller is van het bestek en contactpersoon van beklaagde is inzake de onderhavige aanbesteding.
- 3.2.3. Klager is derhalve van mening dat beklaagde onvoldoende heeft zorggedragen voor een onafhankelijke, zorgvuldige en eerlijke 'interne' beoordeling van de klacht omdat de slager zijn eigen vlees keurt.

4. Reactie beklaagde

- 4.1. Beklaagde heeft de Commissie desgevraagd laten weten dat zij geen aanleiding ziet om een ander standpunt in te nemen ten aanzien van de klacht en de wijze waarop deze is afgehandeld dan het standpunt zoals X dat namens beklaagde heeft verwoord in de brief van 24 juni 2015 (zie 1.7 hiervoor).

- 4.2. Beklaagde merkt nog wel op dat X op generlei wijze betrokken is geweest bij de totstandkoming van de aanbesteding. Volgens beklagde is X onafhankelijk en is het standpunt van klager dat dit niet zo is ongefundeerd en apert niet waar.

5. Beoordeling

- 5.1. Op 15 april 2015 heeft beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor leveringen. De opdracht bestaat uit twee percelen: (i) het leveren en uitzetten van minicontainers bestemd voor het inzamelen van restafval, GFT, papier en toebehoren en (ii) het leveren en plaatsen van ondergrondse afvalcontainers bestemd voor het inzamelen van restafval en papier met daarbij behorende meerjarige onderhoudswerkzaamheden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Richtlijn 2004/18/EG, Delen 1 en 2 van de ten tijde van aankondiging van de opdracht geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

5.2. Klachtonderdeel 1

- 5.3. Alvorens tot beoordeling van het eerste klachtonderdeel over te gaan, overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het toetsingskader.

- 5.3.1. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.

- 5.3.2. Deze verplichting is onder andere uitgewerkt in artikel 2.75 en artikel 2.76, leden 1, sub a en b, 2, 5 en 6, Aw 2012, waarin onderdelen van artikel 23 van Richtlijn 2004/18/EG zijn geïmplementeerd:

'Artikel 2.75

1. Een aanbestedende dienst neemt de door hem gestelde technische specificaties op in de aanbestedingsstukken.

2. 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 naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, Europese technische goedkeuringen, 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 producten,

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 de 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.

2. Een aanbestedende dienst doet een verwijzing als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, vergezeld gaan van de woorden «of gelijkwaardig».

(...)

5. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabrikaat, 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.

6. Een aanbestedende dienst kan de melding of verwijzing, bedoeld in het vijfde lid, opnemen in de technische specificatie indien:

a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht door toepassing van het eerste lid of van artikel 2.77, eerste lid, niet mogelijk is en

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

- 5.3.3. 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.
- 5.3.4. 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 artikel 2.76, lid 1, Aw 2012).
- 5.3.5. In beginsel mag een aanbestedende dienst bovendien vragen om maatwerk, mits hij de eisen dan zoveel mogelijk functioneel specificeert. Het uitvragen van maatwerk in een concrete aanbestedingsprocedure wordt naar het oordeel van de Commissie echter problematisch indien de markt dat maatwerk niet eenvoudig kan realiseren. Dat zal al snel het geval zijn bij standaard producten die in grote aantallen door nagenoeg alle marktpartijen worden aangeboden en waarbij veel inspanningen van die marktpartijen worden gevraagd om door één aanbestedende dienst gevraagde wijzigingen in dat aanbod aan te brengen. Indien in een dergelijk geval slechts enkele ondernemingen in staat zijn aan (een combinatie van) maatwerkeisen van die ene aanbestedende dienst te voldoen, zal al snel sprake kunnen zijn van eisen die niet meer in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht (zie artikel 1.10, lid 1, Aw 2012) en mogelijk zelfs van eisen waarmee de aanbestedende dienst de inschrijvers niet meer op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt (zie artikel 1.8 jo. artikel 2.75, lid 2, Aw 2012). Daarvan zal nog sneller sprake zijn wanneer in een dergelijk geval bovendien slechts één onderneming in staat is aan die (combinatie van) maatwerkeisen te voldoen, zeker wanneer blijkt dat die eisen, in strijd met de geldende regels, zijn toegeschreven naar die onderneming (zie artikel 2.76 lid 5 Aw 2012).
- 5.3.6. Het voorgaande laat naar het oordeel van de Commissie echter onverlet dat een aanbestedende dienst ter stimulering van innovatie, bijvoorbeeld op het gebied van duurzaamheid, als zogenoemde 'launching customer' nieuwe en van de standaard afwijkende producten kan uitvragen die op dat moment alleen nog maar door één of enkele ondernemingen worden geleverd. De aanbestedende dienst loopt in een dergelijk geval voorop bij de ontwikkeling van een nieuw product, dat in de toekomst mogelijk ook door andere organisaties, waaronder aanbestedende diensten, zal worden ingekocht. De aanbestedende dienst zal in het hiervoor bedoelde geval dergelijke innovatieve producten wel zoveel mogelijk functioneel moeten specificeren.
- 5.4. Daarmee komt de Commissie toe aan een beoordeling van het klachtonderdeel.

5.5. De Commissie overweegt allereerst dat de containers die tot het productassortiment van potentiële inschrijvers behoren, niet eenvoudig zijn te wijzigen in het kader van een concrete aanbestedingsprocedure. Beklaagde heeft de stelling van klager dat slechts één leverancier aan de combinatie van de in de onderhavige aanbesteding gestelde eisen kon voldoen ook overigens onvoldoende gemotiveerd bestreden. De Commissie is dan ook van oordeel dat zich in de onderhavige aanbesteding het geval voordoet zoals bedoeld in 5.3.5, in die zin dat slechts één leverancier aan de combinatie van eisen in de onderhavige aanbesteding kon voldoen.

5.6. Relevant is voorts het volgende. Beklaagde heeft verwezen naar toepasselijke normen (zie eis E-2.5 in 1.3). Uit het voorwoord bij de norm EN 840-1 blijkt dat het gaat om een Europese norm:

'This European Standard was approved by CEN on 22 September 2012. CEN members are bound to comply with the CEN/CENELEC Internal Regulations which stipulate the conditions for giving this European Standard the status of a national standard without any alteration.'

5.7. Beklaagde heeft soms eisen uit de norm herhaald, maar is daarnaast ook afge-weken van de norm:

a. Eis E-3.9 stelt dat de hoogte van de romp minimaal 950 mm dient te bedragen, terwijl Table 2 van de norm dwingend voorschrijft dat die hoogte tussen 860 en 1030 mm dient te bedragen. Dat is een afwijking van de norm die niet gemotiveerd wordt en waardoor fabrikanten die een container produceren met een hoogte tussen 860 en 950 mm of tussen 950 en 1030 mm benadeeld worden.

b. Eis E-3.10 stelt dat de wanddikte van de romp minimaal 3,8 mm dient te bedragen. Wanneer echter een container voldoet aan de norm, en dus in staat is om een massa van 72 kg te dragen, dan is de wanddikte kennelijk afdoende om aan eis E-3.1 te voldoen en is er geen noodzaak om een minimale wanddikte te eisen. Fabrikanten die een container produceren die aan de norm voldoet maar die een iets kleinere wanddikte dan 3,8 mm hebben, worden dus door deze eis benadeeld. Zie in dit verband vraag 18 uit de Nota van Inlichtingen van 29 mei 2015 in 1.4.2 hiervoor en vraag 1 uit de Nota van Inlichtingen van 5 juni 2015 in 1.5 hiervoor.

5.8. Het doel van normen is het standaardiseren van de eisen waaraan producten moeten voldoen opdat fabrikanten weten dat wanneer zij producten maken die aan de normen voldoen, deze overal in de Europese Unie aanvaard moeten worden door aanbestedende diensten. Het zonder noodzaak afwijken van normen benadeelt bepaalde fabrikanten die immers geen rekening hebben kunnen houden met die afwijkingen. Andere fabrikanten die al dan niet toevallig producten maken die wel voldoen aan die afwijkingen worden daarentegen bevoordeeld.

5.9. De Commissie is van oordeel dat beklagde onvoldoende heeft verwezen naar standaarden en de eisen onvoldoende functioneel heeft gespecificeerd, terwijl dat wel mogelijk was geweest. Toepassing van artikel 2.76, leden 5 en 6, Aw 2012 is dan niet aan de orde (het accepteren van gelijkwaardige producten). Eis E.3.14 schrijft bijvoorbeeld voor dat de achterzijde van de container een mogelijkheid voor beladers of bewoners moet bevatten om met gebruik van een 'voethulp' de container makkelijk te kantelen (zie 1.3 hiervoor). Een functionele omschrijving van deze technische specificatie zou zijn dat een met een bepaald gewicht gevulde container zonder grote inspanning een bepaald aantal meters te verplaatsen moet zijn, al dan niet inclusief bepaalde hoogteverschillen, ook door mensen met beperkte lichamelijke kracht, zoals senioren. Daaraan had kunnen worden toegevoegd dat de container goed bedienbaar moet zijn, door zowel rechts- als links-

handigen (Eis E-2.11 en 6.1: doorgetrokken handgreep, zie 1.3 hiervoor). In plaats van reflectoren te eisen (Eis E-3.8, zie 1.3 hiervoor) had beklagde kunnen vragen naar een oplossing dat de containers aan beide zijanten goed zichtbaar zijn in het donker gedurende een bepaald aantal jaren.

- 5.10. Nu beklagde niet functioneel heeft gespecificeerd, kan in het midden blijven of beklagde met deze wijze van specificeren een innovatieve ontwikkeling stimuleert als bedoeld in 5.3.6.
- 5.11. Nu beklagde onvoldoende functioneel heeft gespecificeerd en slechts één leverancier in staat is aan de combinatie van eisen van beklagde te voldoen, is de Commissie van oordeel dat de combinatie van de eisen niet meer in een redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht (zie artikel 1.10, lid 1, Aw 2012) en beklagde de inschrijvers niet op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt (zie artikel 1.8 jo. artikel 2.75, lid 2, Aw 2012 en 5.5 hiervoor).
- 5.12. Daarmee acht de Commissie het eerste klachtonderdeel gegrond.
- 5.13. Klachtonderdeel 2
 - 5.13.1. De Commissie constateert dat dit onderdeel van de klacht zich richt tegen de (beweerdelijk gebrekkige) wijze waarop beklagde de afhandeling van klachten met betrekking tot de onderhavige aanbesteding heeft georganiseerd. De Commissie beoordeelt het klachtonderdeel in lijn met haar Advies 197 (overweging 5.2), Advies 242 (overweging 5.8) en Advies 388 (overweging 5.4) als volgt.
 - 5.13.2. Art. 1 sub c van het Reglement van de Commissie definieert het begrip "klacht" als volgt:

'Een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.'
 - 5.13.3. De Commissie is van oordeel dat de wijze waarop een aanbestedende dienst de interne afhandeling van klachten met betrekking tot een aanbesteding organiseert weliswaar als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.
 - 5.13.4. De Commissie zal dit klachtonderdeel derhalve niet in behandeling nemen.
 - 5.13.5. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Het voorgaande oordeel laat onverlet dat – voor zover een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst een bij haar ingediende klacht afwijst – de Commissie zich bij de behandeling van een klacht inhoudelijk zal kunnen uitlaten over de wijze waarop die afwijzing door dat klachtenmeldpunt is onderbouwd.

6. Advies

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht **gegrond** en neemt onderdeel 2 van de klacht niet in behandeling.

7. Aanbeveling

De Commissie beveelt aan dat aanbestedende diensten bij het opstellen van de technische specificaties bij aanbestedingen van levering van standaardproducten bijzondere aandacht besteden aan de op de markt gangbare producten en hun variaties. Omdat de op de markt aangeboden producten doorgaans niet identiek zijn, is het vaak op eenvoudige wijze mogelijk om door het stellen van slechts een paar niet-functionele eisen alle producten op één na uit te sluiten. Wanneer dit zonder noodzaak gebeurt, handelt de aanbestedende dienst niet alleen ondoelmatig maar naar het oordeel van de Commissie ook onrechtmatig. Doel van de richtlijnen is immers het openstellen van de Europese overheidsmarkt voor zoveel mogelijk leveranciers en de genoemde handelwijze gaat lijnrecht in tegen die fundamentele doelstelling.

Den Haag, 26 januari 2017

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid