

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 424

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft mede namens vier andere organisaties op 17 januari 2017 een Europese openbare procedure aangekondigd voor raamovereenkomsten met één ondernemer respectievelijk met meerdere ondernemers (zie het antwoord op vraag 72 in de Nota van inlichtingen van 17 februari 2017, in 1.4.2 hierna) voor de opslag, distributie en levering van laboratoriumchemicaliën en laboratorium-disposables verdeeld over zes percelen. De klacht betreft percelen 1, 3 en 4.

1.2. In het Beschrijvend Document is onder meer bepaald:

‘Percelen en omvang van de opdracht
1.3.2 KO

Q: 1.3.2 De opdracht is verdeeld in 6 percelen om daarmee meerdere Inschrijvers de mogelijkheid te geven een aanbieding te offrenen.

De perceelsindeling is als volgt:

Nr.	Omschrijving	Omzet 2016	Aantal raamovk	Dekking artikelen
1	Chemicals	€ 368.197	3	90%
2	Standaarden	(...)	(...)	(...)
3	Disposables	€ 500.441	3	90%
4	Filters	€ 340.094	1	90%
5	Emballage	(...)	(...)	(...)
6	Microbiologie	(...)	(...)	(...)

=====
Totaal € 1.857.622

Bovenstaande percelen hadden een gezamenlijke waarde van **€ 1.857.622** voor het jaar 2016. De gegeven cijfers zijn uitsluitend ter indicatie. Hieraan kan de Inschrijver geen rechten ontleen. De daadwerkelijke omzet kan verschillen. De Opdrachtgever geeft geen omzetgaranties.’

1.3. In drie exceldocumenten met de prijslijsten voor percelen 1, 3 en 4 worden diverse artikelen uitgevraagd met als aanduiding fabrikant/leverancier, artikelnummer en verpakkingshoeveelheid.

1.4. In de Nota van Inlichtingen van 17 februari 2017 zijn de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.4.1. Vraag 25: ‘Het is volgens de Europese Aanbestedingsregels alleen toegestaan om een tender uit te schrijven waarbij de producten op basis van een merk en/of artikelnummer moeten worden aangeboden indien dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is (artikel 2.76 van de Aanbestedingswet). Kunt u toelichten waarom in dit geval dit gerechtvaardigd is?’

Antwoord: ‘Bij de vorige aanbesteding van 4 jaar geleden waren alternatieven toegestaan. Echter tijdens de uitvoering van de raamovereenkomsten bleken deze alternatieven in de praktijk niet geschikt.’

Hiervoor zijn verschillende redenen aan te wijzen. Zo zijn er veel diverse toepassingen waar de artikelen voor worden gebruikt. Daarnaast weegt mee dat de accreditering en voortgang van het proces van de laboratoria (her-validatie kost tijd terwijl de analyses reeds zijn ingepland) en her-validatietrajecten qua investering niet opwegen tegen een eventuele kostenbesparing.

Bovendien is het ondoenlijk om al de artikelen functioneel te specificeren. Dit zou een te zware belasting zijn qua kosten/baten voor zowel de markt als de aanbestedende dienst.

Hierdoor heeft de aanbestedende dienst gemeend de markt te ontlasten door op merk en artikelnummer te specificeren (uitgezonderd perceel 6). Dit dient te worden aangevuld met de term 'of gelijkwaardig'.

Deze gelijkwaardigheid dient te worden aangetoond door de Inschrijver (bij de inschrijving) op basis van een onderbouwing door een hiertoe geaccrediteerd laboratorium en een sluitende business case. Door deze business case wordt aangetoond dat de lagere prijs van het artikel opweegt tegenover de extra inspanningen van het laboratorium.'

1.4.2. Vraag 72: 'Aanbestedende dienst geeft aan dat de dekking van de artikelen verder wordt toegelicht in de percelen waar is deze toelichting?'

Antwoord: 'Deze toelichting staat in Negometrix bij ieder perceel: 'stap 1: informatie'. Hierbij nogmaals de toelichting van de diverse percelen:

Perceel 1 en 3:

Hier worden 3 Raamovereenkomsten voor afgesloten.

De bestellingen worden geplaatst bij de inschrijver met de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Mocht deze leverancier niet kunnen voldoen aan onderstaande voorwaarden dan wordt er besteld bij inschrijver met rangorde nummer 2. Mocht deze leverancier niet kunnen voldoen aan onderstaande voorwaarden dan wordt er besteld bij nummer 3.

De genoemde artikelen zullen worden besteld bij de winnende inschrijver mits:

- Tijdige levering wordt gegarandeerd
- Kwaliteit wordt gegarandeerd
- Marktconformiteit op orde is
- De overige voorwaarden van de raamovereenkomst door de inschrijver worden nagekomen

Voor dit perceel dient bij tenminste 90% van de gevraagde artikelen een prijsopgave te worden gedaan. Anders wordt de aanbidding als ongeldig terzijde gelegd. Indien er een artikel of artikelen niet zijn ingevuld word ter wille van de vergelijkbaarheid de hoogste prijs van de andere (geldige) inschrijvers ingevuld.

Verder wordt er een kortingspercentage per merk gevraagd. Indien dit merk niet kan worden geleverd dient "0 %" te worden ingevuld.

Perceel 4 en 5:

Hier wordt 1 raamovereenkomst voor afgesloten en 1 wachtkamerovereenkomst. Voor dit perceel dient bij tenminste 90% van de gevraagde artikelen een prijsopgave te worden gedaan.

Anders wordt de aanbidding als ongeldig terzijde gelegd.

Indien er een artikel of artikelen niet zijn ingevuld word ter wille van de vergelijkbaarheid de hoogste prijs van de andere (geldige) inschrijvers ingevuld.

Verder wordt er een kortingspercentage per merk gevraagd. Indien dit merk niet kan worden geleverd dient "0 %" te worden ingevuld.

(...)'

- 1.4.3. Vraag 103: 'Mogen alternatief identieke producten worden aangeboden?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 25.'

- 1.4.4. Vraag 113: 'Er wordt een aanbod gevraagd voor specifieke producten van een bepaald merk. Er lijkt geen optie in de bijlages bij de percelen om gelijkwaardige alternatieven te bieden. Is het wel mogelijk alternatieven te bieden?

Is men zich ervan bewust dat indien dat niet mogelijk is er (veel) potentiële deelnemers aan de aanbesteding worden uitgesloten en dat dit niet in lijn is met de aanbestedingswet?'

Antwoord: 'Zie hiervoor het antwoord op vraag 25.'

- 1.4.5. Vraag 117: 'Kunt u nader toelichten waarom volgens u in de manier waarop de aanbesteding nu wordt uitgevraagd, op merk en artikel specifiek (sterke voorkeur), het transparantie, gelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel niet in het gedrang komen?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 25.'

- 1.4.6. Vraag 123: 'In de informatie bijeenkomst kwam duidelijk naar voren dat alternatieven geen voorkeur hebben gezien aanvullende testen en de impact op de lopende onderzoeken. Kunt u echter aangeven hoe alternatieven toch gelijkwaardig worden beoordeeld?'

Antwoord: 'Zie het antwoord op vraag 25.'

- 1.4.7. Vraag 124: 'In de informatie bijeenkomst is gesproken over de mogelijkheid tot het aanbieden van (gelijkwaardige) Alternatieven. Uit de bijeenkomst is gebleken dat in tegenstelling tot wat gecommuniceerd is op Negometrix alternatieven wel aangeboden mogen worden. Verzoek is daarom in de Opties op Negometrix aan te geven dat alternatieven wel mogen worden aangeboden en tevens ook de excel prijsfiles hierop aan te passen. Extra kolommen om specificaties alternatief op te geven.'

Antwoord: '1.1.1. Gelijkwaardige producten mogen alleen worden aangeboden onder de voorwaarden zoals geformuleerd in antwoord 25.'

- 1.5. Naar aanleiding van het antwoord op vraag 25 in de Nota van Inlichtingen (zie 1.4.1 hiervoor) heeft klager op 1 maart 2017 een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van beklagde.

- 1.6. Nadat het klachtenmeldpunt op 17 maart 2017 advies heeft uitgebracht, heeft beklagde op 12 juni 2017, onder meer, als volgt op de klacht gereageerd:

'(...)

Opdracht tot uitvoeren analyses

De [laboratoria] voeren, in opdracht van de [andere organisaties], tal van analyses uit. Dit kunnen verschillende disciplines zijn, waaronder (maar niet uitputtend):

1) kwaliteit van het oppervlaktewater, bijvoorbeeld met het oog op de KRW (Kader Richtlijn Water, sinds 2000 van kracht). Als voorbeeld wordt hier het mestbeleid op afgestemd, een vrijwillige wijziging voor de bepaling van Fosfaat en Stikstof heeft 10 jaar lang effect op het beleid gehad door een trendbreuk

2) Zuiveringsrendementen bepalen

3) Het bepalen van VE (vervuilingseenheden) ten behoeve van handhaving of heffingen

Deze (wettelijke) kaders zijn bijvoorbeeld de metingen ten behoeve van de KRW, de lozingsvergunningen aan ons opgelegd, de door ons afgegeven lozingsvergunningen.

De [laboratoria] voeren deze analyses uit, waar mogelijk op basis van de geldende NEN-norm.

Analyseresultaat

Kenmerkend voor chemicaliën is dat dit producten zijn waarvan bekend is dat het analyseresultaat wordt beïnvloed door omstandigheden die niet door de aanbestedende dienst kunnen worden geduid. Ook disposables, filters en emballage bezitten eigenschappen die van belang zijn voor het analyseresultaat. Dat betekent dat ook de kleinste verandering in deze producten van invloed kan zijn op het analyseresultaat.

Beklaagde kan daarom niet duiden, (want weet dat niet en kan dat ook niet weten) door welke kenmerken c.q. welke combinatie van kenmerken van het betreffende product die invloed op het analyseresultaat wordt veroorzaakt.

Nauwkeurigheid analyseresultaten

De laboratoria gebruiken analysemethoden waarbij de uitkomsten als gevolg van eerder gemaakte - rechtmatige - keuzes in de hiervoor genoemde producten echter gehandhaafd dienen te blijven om analyseresultaten te kunnen vergelijken met historische data. Deze trend of trendlijn is het geschatte verloop (tendentie) van een bepaalde ontwikkeling gebaseerd op historische data en gemiddelden. Indien van merk wordt veranderd, dan kan dit de trend onderbreken of doen afbuigen.

Ieder laboratorium zal op basis van de combinatie apparatuur, chemicaliën en voorschriften een bepaalde meet- en toevalonzekerheid (berekend tot uitgebreide meetonzekerheid, hierna onzekerheid) hebben, berekend op basis van de NEN 7777. Het doel van [de laboratoria] is om een zo hoog mogelijke nauwkeurigheid en daarmee een zo laag mogelijke onzekerheid te bewerkstelligen. Door deze lage onzekerheid zijn de resultaten die de aanbestedende dienst levert aan [de opdrachtgevers], ter ondersteuning van de wettelijke kaders waaraan deze moeten voldoen, met een zo groot mogelijke nauwkeurigheid te genereren. Iedere significante wijziging zal leiden tot een verandering van de onzekerheid en daarmee nauwkeurigheid. Dit is direct van invloed op de verschillende disciplines die hiervoor zijn genoemd.

Ter illustratie: Bij de handhaving op (verleende) vergunningen werkt het als volgt. In een vergunning wordt een lozingseis omschreven van bijvoorbeeld 1000 mg/l. czv (chemisch zuurstof verbruik). Het laboratorium geeft op de onderzoeksresultaten een onzekerheidsmarge (= meetonzekerheid) mee van bijvoorbeeld 10%. In dat geval wordt er niet handhavend opgetreden wanneer in een monster een concentratie aan czv wordt gemeten van 1.100 mg/l. Dit, omdat Handhaving het beleid heeft om bij handhavend optreden de onzekerheidsmarge af te trekken van het verkregen onderzoeksresultaat. Hiermee is de overschrijding absoluut. Dit betekent, dat verandert de onzekerheidsmarge naar 20% dan wordt er na een gemeten resultaat van 1.200 mg/l. nog steeds niet handhavend

opgetreden. Een bedrijf loost dan feitelijk meer dan is toegestaan, echter daarop kan vanwege de toegenomen onzekerheidsmarge niet gehandhaafd worden. Een grotere onzekerheidsmarge in het meetresultaat heeft niet alleen gevolgen voor de handhaving. Deze gevolgen werken door in bijvoorbeeld een grotere vervuiling van het oppervlaktewater of een verstoorde werking van een RWZI.

(...)'

- 1.7. Tevens heeft beklagde op 12 juni 2017 een Nota van Inlichtingen uitgebracht waarin is bepaald:

'Aanleiding

De aanleiding van de Nota van Inlichtingen is een klacht van 1 maart 2017. Deze klacht betrof de manier waarop producten wordt uitgevraagd te weten op merk en artikelnummer. De aanbestedende dienst heeft besloten om deze manier van uitvragen voor de percelen 1, 3, 4 en 5 te differentiëren. Per artikel wordt aangegeven tot welke categorie dit artikel behoort:

- A. Voor dit artikel kan geen alternatief worden aangeboden
- B. Voor dit artikel wordt de toevoeging "of gelijkwaardig" opgenomen en kunnen na validatie-proces (zie bijlage) worden afgenomen.
- C. Deze producteigenschappen van deze artikelen zijn de functionele omschrijving en alternatieven kunnen worden aangeboden.

In de bijgevoegde en gewijzigde prijslijsten van bovengenoemde percelen is per artikel de categorie opgenomen.

Dit betekent dat binnen de verschillende percelen de verdeling van producten (zoals deze zijn opgenomen in de prijslijst bij de aanbestedingsdocumenten) naar productgroepen als volgt is:

Aantal	Perceel/Categorie	A	B	C	SUBTOT
	P1 Chemicals	17	8	1	26
	P3 Disposables	4	8	7	19
	P4 Filters	7	8	2	17
	P5 Emballage	0	21	13	34
	TOTAAL	28	45	23	96

Percentage	Perceel/Categorie	A	B	C
	P1 Chemicals	65%	31%	4%
	P3 Disposables	21%	42%	37%
	P4 Filters	41%	47%	12%
	P5 Emballage	0%	62%	38%
	TOTAAL	29%	47%	24%

Overweging en aanvullende eisen

Hieronder worden per categorie de overwegingen en nadere eisen geformuleerd:

Categorie A

Er worden producten uitgevraagd op merk waarbij de vermelding "of gelijkwaardig" een formaliteit zou zijn (en dus achterwege zal blijven), omdat die gelijkwaardigheid – gelet op de buitenproportionele kosten die daarmee gemoeid zijn - niet kan worden aangetoond. Dat volgt uit het feit dat, zoals hiervoor aangegeven, een validatieproces (waarvan de kosten geschat rond € 15.000,- per artikel) in totaal een disproportioneel bedrag met zich meebrengt gelet op aantal artikelen dat categorie A wordt uitgevraagd. En verder, omdat een trendbreuk in analyseresultaten in vergelijking met historische onderzoeksgegevens zich pas na heel lange tijd openbaart.

Het voorwerp van de opdracht rechtvaardigt om die reden dat in de technische specificaties wordt verwezen naar een merk. De aanbestedende dienst (en diens opdrachtgevers) heeft (hebben) immers een aanzienlijke belang bij het voorkomen van een trendbreuk gelet op de risico's en kosten (zie hiervoor) die aan een trendbreuk verbonden zijn. Dat sluit aan bij het feit dat een aanbestedende dienst dient zorg te dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst (zie artikel 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012). Dat volgt ook uit het feit dat er voor [de opdrachtgevers van beklagde en de andere organisaties waarvoor zij aanbesteedt] grote belangen vanuit het oogpunt van milieu en volksgezondheid op het spel staan om haar taken goed te blijven uitvoeren en op die wijze te waken voor de zorg voor het watersysteem en de zorg voor het zuiveren van afvalwater, zoals in [de Wet] aan [de opdrachtgevers van beklagde en de andere organisaties waarvoor zij aanbesteedt] is opgedragen.

Een voldoende nauwkeurige beschrijving door een verwijzing naar technische specificaties, prestatie-eisen en/of functionele eisen is niet mogelijk. Meer in het bijzonder gaat het om producten waarbij het analyseresultaat wordt beïnvloed door specifieke kenmerken van een merkproduct. De aanbestedende dienst weet niet (en kan ook niet weten) welke kenmerken c.q. combinatie van kenmerken van dat product een trendbreuk in analyseresultaten kan voorkomen, zodat daarvan ook geen nauwkeurige beschrijving kan worden gegeven. Een validatieproces om de gelijkwaardigheid van een ander merkproduct vast te stellen, biedt geen uitkomst (zie hiervoor).

Ten slotte is geen sprake van een ongerechtvaardigde belemmering van de mededinging. Er is immers al mededinging, namelijk in de markt van resellers, die op basis van kortingsafspraken met de betreffende fabrikanten deze merken kunnen leveren.

Categorie B

Er worden producten op merk uitgevraagd waaraan de toevoeging "of gelijkwaardig" wordt opgenomen.

Een voldoende nauwkeurige beschrijving door een verwijzing naar technische specificaties, prestatie-eisen en/of functionele eisen is niet mogelijk. Meer in het bijzonder gaat het ook hier om producten waarbij het analyseresultaat wordt beïnvloed door specifieke kenmerken van een merkproduct. De aanbestedende dienst weet niet (en kan ook niet weten) welke kenmerken c.q. combinatie van kenmerken van dat product een trendbreuk in analyseresultaten kan voorkomen, zodat daarvan ook geen nauwkeurige beschrijving kan worden gegeven.

Van de merkproducten weet de aanbestedende dienst door jarenlang gebruik dat deze producten geen trendbreuk in analyseresultaten opleveren. Van andere merken kan de aanbestedende dienst bij deze categorie wel vaststellen of na het uitvoeren van een validatieproces sprake is van een trendbreuk. Als een ander merk wordt geleverd is een eventuele trendbreuk aan de hand van een validatieproces namelijk al snel inzichtelijk.

Inschrijver dient bij inschrijving aan te tonen dat en waarom het product (van een ander merk dan het aangegeven merk) gelijkwaardig is. Aanbestedende dienst zal in voorkomend geval - te weten na voorlopige gunning - door middel van een validatieproces dat ca. 8 weken in beslag zal nemen (schaduw)testen uitvoeren. Dit validatieproces dient ertoe om de gelijkwaardigheid die inschrijver bij inschrijving heeft aangetoond, vast te stellen. De voorlopig gegunde partij dient (om niet) het product of de producten voor dit validatieproces op eerste verzoek van de aanbestedende dienst ter beschikking te stellen. Als uit de valida-

tie blijkt dat één of meer producten niet gelijkwaardig is/zijn, hetgeen ter beoordeling is van de aanbestedende dienst, heeft de inschrijver het recht om het (de) betreffende product (producten) te vervangen door het (de) beschreven merkproduct(en), maar dan wel tegen de prijs als geoffreerd voor het oorspronkelijke product. Indien inschrijver geen gebruik wenst te maken van dat recht zal de aanbestedende dienst het gehele perceel gunnen aan de nummer twee in rangorde geëindigde inschrijver (en zo verder).

Categorie C

Er worden producten uitgevraagd die technisch en/of functioneel worden gespecificeerd en waarbij een validatieproces niet aan de orde is. Dit betekent dat voor deze categorie de gevraagde producten - of gelijkwaardig- kunnen worden aangeboden.

(...)

Bijlage: Validatie-procedure

Validatie houdt in bevestiging door onderzoek en levering van objectief bewijs dat aan bepaalde eisen voor een specifiek beoogd gebruik wordt voldaan. Door middel van onderzoek worden de prestatiekenmerken van een meetmethode vastgesteld en beoordeeld of deze voldoen aan het gebruiksdoel (doeltreffendheid). De betrokken laboratoria zijn geaccrediteerd voor de kwaliteitsnorm NEN-EN-ISO 17025:2005, dit is samen met RvA (Raad van Accreditatie)documenten, (analyse)normbladen en interne voorschriften het uitgangspunt voor validatie.

Procedure:

- Opstellen validatieplan (NEN 7777), deze bevat onder andere de volgend onderdelen:
 - Methode blanco
 - Rapportagegrens (RGw)
 - Herhaalbaarheid
 - Reproduceerbaarheid en terugvinding
 - Juistheid
 - Robuustheid

Per onderdeel worden eisen en randvoorwaarden opgesteld die overeenstemmen met de behoefte van de klant. Eisen van de klant zijn gebaseerd op wettelijke toetsingskaders zoals bijvoorbeeld de Kader Richtlijn Water (KRW).

- Uitvoeren van de validatie:
 - Voor het vaststellen van bovenstaande prestatiekenmerken wordt de gehele analyse per matrix minimaal 8 keer uitgevoerd. Bij 4 matrices betekent dit dus minimaal 32 analyseseries. In de praktijk kan er 1 analyseserie per dag uitgevoerd worden. De gebruiksgoederen en chemicaliën zijn impliciet onderdeel van de validatie van een analyse-methode.
 - De resultaten worden met diverse rekenmethodes getoetst aan de gestelde criteria (eisen en randvoorwaarden).
 - Bij wijzigingen van gebruiksgoederen en chemicaliën moet er getoetst worden of de prestatiekenmerken nog voldoen. Hiervoor moet bovenstaande validatieprocedure geheel of gedeeltelijk opnieuw worden uitgevoerd.
 - Bij het in gebruik nemen van bijvoorbeeld een nieuw filter moet de rapportagegrens en de methode blanco opnieuw worden vastgesteld. Als het filter voor 5 verschillende analyses en in 3 verschillende matrices gebruikt wordt, resulteert dat per analy-

se in 8 maal 2 prestatiekenmerken voor 3 matrices. Dit zijn in het totaal 48 analyses, dit moet herhaald worden voor de andere analyses dus komt het voor de wijziging van 1 filter uiteindelijk neer op ruim 240 analyses.

- Bij het in gebruik nemen van bijvoorbeeld natriumsulfaat moet de rapportagegrens, de reproduceerbaarheid, terugvinding en de juistheid opnieuw worden vastgesteld. Als de natriumsulfaat voor 4 verschillende analyses en in 3 verschillende matrices gebruikt wordt, resulteert dat per analyse in 8 maal 3 prestatiekenmerken voor 3 matrices. Dit zijn in het totaal 72 analyses, dit moet herhaald worden voor de andere analyses dus komt het voor een ander merk natriumsulfaat uiteindelijk neer op ruim 280 analyses.'

- 1.8. Op 9 november 2017 heeft de Commissie een informatiebijeenkomst gehouden waarbij vertegenwoordigers van beklagde en enkele organisaties waarvoor zij aanbesteedt met een advocaat en vertegenwoordigers van klager aanwezig waren. Voor zover voor het advies van belang, is de tijdens deze bijeenkomst verstrekte informatie in dit advies verwerkt (zie 5 hierna).

2. Beschrijving klacht

De Commissie begrijpt de klacht aldus dat beklagde in strijd handelt met artikel 2.76, lid 3 en 4, Aw 2012 door voor de zogenoemde B-categorie producten een bepaald merk of gelijkwaardig voor te schrijven, waarbij de gelijkwaardigheid door inschrijver moet worden aangetoond, en voor de zogenoemde A-categorie producten een bepaald merk voor te schrijven zonder aan inschrijvers de mogelijkheid te bieden om met een gelijkwaardig product in te schrijven.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Op grond van art. 2.76 lid 3 Aw is het onder meer verboden bij de specificatie van de opdracht te verwijzen naar specifieke merken of fabricaten, tenzij die verwijzing door het voorwerp van de opdracht wordt gerechtvaardigd. Beklaagde heeft niettemin bij vier van de zes percelen verwezen naar specifieke merken en fabricaten, overigens zonder in de aanbestedingsstukken te motiveren waarom het voorwerp van de opdracht een dergelijke verwijzing zou rechtvaardigen.
- 3.2. Doordat beklagde deze producten voorschrijft, is het voor klager onmogelijk om in te schrijven terwijl zij beschikt over producten die naar haar mening volledig gelijkwaardig zijn en functioneel dus voldoen aan hetgeen is uitgevraagd. Klager heeft daarom ten aanzien van de percelen 1, 3, 4 en 5 (Chemicals, Disposables, Filters en Emballage) een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van beklagde.
- 3.3. In reactie op de klacht heeft beklagde aangegeven de te leveren producten in de vier ter discussie staande percelen in te delen in drie categorieën namelijk:
(i) Categorie A: producten die worden uitgevraagd op merk, zonder vermelding van de toevoeging "of gelijkwaardig". De leveranciers moeten exact het gevraagde product leveren;
(ii) Categorie B: producten die worden uitgevraagd op merk, met de toevoeging "of gelijkwaardig";
(iii) Categorie C: producten die naar aanleiding van de klacht van klager alsnog technisch/functioneel worden gespecificeerd.

- 3.4. Klager kan zich niet verenigen met deze aangepaste wijze van uitvragen, voor zover het de producten betreft die zijn ondergebracht in categorie A en categorie B. Zij voert hiertoe het volgende aan.
- 3.5. Klager stelt dat de aangepaste wijze van uitvragen (nog steeds) verhindert dat zij een inschrijving kan doen voor de percelen 1 (Chemicals), 3 (Disposables) en 4 (Filters). Zij kan namelijk de door beklagde genoemde merken in de meeste gevallen niet leveren en dus in ieder geval de producten in Categorie A niet leveren. Een substantieel deel van de betreffende percelen bestaat volgens klager echter uit A-categorie producten: voor perceel 1 is dat 65%, voor perceel 3 21% en voor perceel 4 41% (zie 1.7 hiervoor)
- 3.6. Bovendien heeft beklagde in het Beschrijvend Document als minimumeis gesteld dat inschrijvers voor ieder perceel waarop zij inschrijven een minimum aantal producten moeten kunnen leveren (en dus ten minste een bepaalde procentuele "dekking" van dat perceel moeten behalen). Klager verwijst hiertoe naar paragraaf 1.3.2 van het Beschrijvend Document, waarin is weergegeven dat telkens een "dekking" moet worden behaald van 90% voor de percelen 1, 3 en 4.
- 3.7. Door deze dekkingseis in combinatie met de categorie-indeling kan klager de facto niet inschrijven op de percelen 1, 3 en 4. De A-categorie producten maken volgens klager een zodanig groot deel uit van ieder perceel dat klager niet aan de (als knock out geformuleerde) dekkingseis kan voldoen.
- 3.8. Hiermee staat volgens klager vast dat de door beklagde gehanteerde werkwijze potentiële inschrijvers zoals klager belemmert om deel te nemen aan de aanbesteding en aldus de mededinging op onaanvaardbare wijze beperkt. Daarbij acht klager het van belang dat zij een 'top drie' speler van de wereld is op het gebied van de levering van chemicals en disposables en als zodanig in staat is om alle door beklagde gevraagde producten – mits functioneel gespecificeerd – te leveren.
- 3.9. Beklagde voert als rechtvaardiging voor de verwijzing naar merknamen samengevat het volgende aan. De aanbestedende laboratoria voeren in opdracht van hun opdrachtgevers analyses uit. De analyseresultaten kunnen volgens beklagde worden beïnvloed door verschillende factoren, waaronder veranderingen in de samenstelling van gebruikte producten. De laboratoria willen een zo hoog mogelijke nauwkeurigheid en dus een zo laag mogelijke onzekerheid bewerkstelligen. Een zo laag mogelijke onzekerheid is nodig, onder meer omdat op basis van de analyseresultaten handhavend wordt opgetreden. Beklagde stelt dat bij overgang naar chemicaliën van een ander merk een reële kans bestaat op een trendbreuk, met name bij de A-categorie producten. Om dit risico uit te sluiten zou zij enorme en buitenproportionele kosten moeten maken voor een validatieproces. Ook is validatie in sommige gevallen volgens beklagde niet goed mogelijk, omdat bij sommige producten een trendbreuk pas na één of meerdere jaren zichtbaar is.
- 3.10. Klager acht de rechtvaardiging die beklagde heeft gegeven voor de verwijzing naar merknamen niet valide en voert hiertoe het volgende aan.
- 3.11. Volgens klager heeft het er alle schijn van dat beklagde door middel van een rookgordijn tracht een groot deel van de opdracht de facto buiten de aanbesteding te houden, ingegeven door de kennelijke wens van de laboratoria om het gebruik van de huidige merken te continueren. Volgens klager bedient beklagde zich in haar besluit van 12 juni 2017 (zie 1.7 hiervoor) van vage en niet-controleerbare redeneringen en haalt zij er diverse NEN-normen bij, maar maakt zij niet inzichtelijk dat en waarom het gebruik van een ander merk daadwerkelijk

het risico van een (onaanvaardbare) trendbreuk in zich draagt en onderbouwt zij evenmin de gepretendeerde hoogte van de validatiekosten om gelijkwaardigheid aan te tonen.

- 3.12. In dat kader betwist klager dat het voor de door beklagde beoogde toepassing noodzakelijk is om producten van dezelfde fabrikant te blijven gebruiken. Hiertoe voert zij het volgende aan.
- 3.13. Volgens klager worden chemicaliën door de fabrikanten ingedeeld in zogeheten 'grades' (kwaliteitsniveaus). Iedere grade of kwaliteit heeft zijn eigen toepassingsgebieden. Aanbieders (waaronder klager) kunnen chemicaliën doorgaans in allerlei grades leveren. De samenstelling van producten van verschillende leveranciers met dezelfde grade is volledig gelijkwaardig en dus uitwisselbaar. Sterker nog, aangezien slechts een beperkt aantal fabrikanten chemicals produceert, zijn producten met verschillende merknamen veelal afkomstig uit dezelfde fabriek en gaat het dus zelfs om één en hetzelfde product (met enkel afwijkende verpakkingen).
- 3.14. Klager heeft ter verduidelijking een "Chemical Grade Comparison Chart" bij haar klacht gevoegd. In dit schema zijn de verschillende chemische toepassingen van een product genoemd (tweede kolom), met de bijbehorende producten/grades die klager levert (eerste kolom, Brand 7) en de daarmee overeenstemmende producten/grades van een zestal andere leveranciers (Brand 1 t/m Brand 6). Ter illustratie geeft klager aan dat beklagde [product D] uitvraagt (salpeterzuur in de grade 65% van een specifiek merk). [Product E] van klager komt volgens klager qua samenstelling volledig overeen met [product D]. Toch is het klager niet toegestaan om [product E] aan te bieden.
- 3.15. Klager stelt dat marginale afwijkingen in samenstelling van producten onontkoombaar zijn, en op grond van de toepasselijke kwaliteitsnormen ook toelaatbaar. Klager licht toe dat voor verschillende grades kwaliteitsnormen zijn vastgesteld, waarin is bepaald wat de samenstelling van het product moet zijn, rekening houdend met een geringe tolerantie. Dat geldt ook voor producten die van dezelfde fabrikant afkomstig zijn. Volgens klager produceren fabrikanten chemicaliën in zogeheten batches (grote hoeveelheden van een bepaald aantal liter). Binnen die ene batch is de samenstelling gelijk. Tussen de verschillende batches die een fabrikant produceert, bestaan echter – binnen de toegestane toleranties – wel kleine afwijkingen. In verband daarmee kan van iedere geproduceerde batch een analysecertificaat worden verkregen, waarin de exacte waarden qua samenstelling van de betreffende batch zijn vermeld.
- 3.16. Klager stelt dat het door beklagde gepretendeerde risico op een trendbreuk in het geheel niet is onderbouwd en niet is voorzien van controleerbare informatie. Klager plaatst bovendien grote vraagtekens bij de stelling dat een dergelijke trendbreuk bij de A-categorie producten pas na jaren inzichtelijk wordt. De rechtvaardiging voor de verwijzing naar merknamen bij filters en disposables wordt door beklagde al helemaal niet toegelicht.
- 3.17. Hieruit volgt volgens klager dat de redenering van beklagde niet valide is omdat producten van verschillende leveranciers in dezelfde grade (en dus geschikt voor dezelfde toepassing) gelijkwaardig en onderling uitwisselbaar zijn. Daarnaast zijn in veel gevallen producten met verschillende merknamen zelfs afkomstig van dezelfde fabrikant en gaat het dus om hetzelfde product in een andere verpakking. De verwijzing naar merknamen dient volgens klager daarom geen enkel legitiem doel. Chemicaliën worden geproduceerd in batches en tussen de verschillende batches van dezelfde fabrikant bestaan zonder meer geringe afwijkingen. De kans dat de door beklagde gestelde risico's zich voordoen is dus even groot bij

het gebruik van chemicaliën van dezelfde fabrikant. Ook dat rechtvaardigt volgens klager niet dat een concreet merk wordt voorgeschreven. Tot slot is het volgens klager de vraag hoe beklagde haar redenering overeind denkt te houden in de situatie waarin een product van een bepaald merk tijdelijk niet verkrijgbaar is of door de leverancier uit het assortiment wordt genomen.

- 3.18. Daarnaast stelt klager dat beklagde geen beroep kan doen op artikel 2.33, sub b, onder 2, Aw 2012 omdat er naar haar mening geen sprake is van producten "met andere technische eigenschappen die niet verenigbaar zijn met de technische eigenschappen van reeds verworven leveringen". Klager stelt dat het gaat om gelijkwaardige producten met dezelfde technische eigenschappen en in een aantal gevallen zelfs om dezelfde producten uit dezelfde fabriek. Ook van "onevenredige technische moeilijkheden" is geen sprake, integendeel.
- 3.19. Klager wijst erop dat andere aanbestedende diensten die op grond van hun taken vergelijkbare analyses uitvoeren (zoals de opdrachtgevers van beklagde en de andere organisaties waarvoor zij aanbesteedt) wel in staat zijn de gevraagde producten functioneel te specificeren en niet afwijken van de hoofdregel in artikel 2.76, lid 1, Aw 2012. Zij stellen volgens klager in verband met de door hen beoogde toepassing (en de nauwkeurigheid waarmee een en ander gepaard dient te gaan) hoge eisen aan de te leveren producten, maar zijn goed in staat om dit functioneel uit te vragen. Deze aanbestedende diensten zijn bij hun werkzaamheden veelal eveneens gebonden aan allerlei NEN-normen. Die NEN-normen schrijven werkwijzen voor en geven daarbij mogelijk ook kaders voor de kwaliteit/zuiverheid die de gebruikte producten moeten hebben, maar verwijzen in ieder geval niet naar concrete merken. De genormeerde werkwijze en kwaliteit/zuiverheid kunnen volgens klager worden gewaarborgd door de verlangde kwaliteit/zuiverheid voor te schrijven en daarmee corresponderende (strikte) eisen te stellen aan de te leveren producten. Het staat er echter niet aan in de weg om de producten functioneel uit te vragen. Dat is volgens klager bij beklagde niet anders.
- 3.20. Het hiervoor gestelde geldt volgens klager in grote lijnen eveneens voor disposables en filters, in ieder geval voor wat betreft het feit dat voor deze producten eveneens normeringen zijn opgesteld en dat ieder product dat blijft binnen de normering van het type dat is uitgevraagd (althans voldoet aan de functionele specificaties), gelijkwaardig is (waardoor deze producten ook onderling uitwisselbaar zijn qua merken). Er is naar de mening van klager geen enkele noodzaak om deze producten te specificeren door middel van een verwijzing naar een merknaam. Klager wijst erop dat beklagde voor het uitvragen van merken bij de disposables en filters ook niet of nauwelijks een rechtvaardiging heeft gegeven in haar besluit; zij beperkt zich in hoofdzaak tot de chemicaliën, terwijl de discussie betrekking heeft op drie verschillende percelen.
- 3.21. Klager concludeert dan ook dat het voorwerp van de opdracht niet rechtvaardigt dat de uitvraag geschiedt aan de hand van merknamen. Het handelen van beklagde is volgens klager in strijd met artikel 2.76, lid 3, Aw 2012.
- 3.22. Klager voegt hier aan toe dat voor de A-categorie producten nog eens te meer geldt dat er sprake is van strijd met de Aanbestedingswet 2012 nu beklagde voor deze categorie iedere mogelijkheid om "gelijkwaardige" producten aan te bieden aan de inschrijvers heeft ontnomen. Zou een verwijzing naar merknamen al geoorloofd zijn op grond van het bepaalde in artikel 2.76, lid 3, Aw 2012, dan dient volgens klager deze vergezeld te gaan van de toevoeging "of gelijkwaardig". Nu deze toevoeging ontbreekt en beklagde naar eigen zeggen overigens ook niet van zins is om gelijkwaardige producten te accepteren, handelt zij (voor

zover niet in strijd met artikel 2.76, lid 3, Aw 2012) in strijd met artikel 2.76, lid 4, Aw 2012.

- 3.23. Klager betwist in dat kader dat de validatiekosten voor A-categorie producten € 15.000,00 per product zouden bedragen. Beklaagde heeft deze stelling niet onderbouwd. Feit is volgens klager dat validatiemethoden beschikbaar zijn waarmee tegen zeer geringe kosten en binnen een kort tijdsbestek kan worden vastgesteld of een product gelijkwaardig is. Bovendien kunnen volgens klager de hiervoor aangehaalde analysecertificaten worden opgevraagd, aan de hand waarvan de samenstelling van producten in een batch – en dus de gelijkwaardigheid van producten van verschillende merken – kan worden gecontroleerd. Klager is in ieder geval van mening dat een validatie – voor zover al nodig – kan worden uitgevoerd voor een fractie van de kosten die beklagde opvoert. Bij een geraamde opdrachtwaarde (inclusief verlengingen) van in totaal ruim € 7 miljoen is ook alleszins gerechtvaardigd dat de aanbestedende dienst zich inspant om een opdracht daadwerkelijk voor mededinging open te stellen en inschrijvers in staat te stellen met gelijkwaardige producten aan te bieden.
- 3.24. Naar de mening van klager zou beklagde de uit te vragen producten functioneel moeten specificeren. In ieder geval zou beklagde inschrijvers in staat moeten stellen om voor alle producten waarvoor verwijzing naar een merk gerechtvaardigd is gelijkwaardige producten aan te bieden, zonder dat zij daardoor worden geconfronteerd met kosten of een onredelijke bewijslast.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Klager heeft geen inschrijving gedaan. Voor de percelen 1 en 3 heeft beklagde drie inschrijvingen ontvangen en op perceel 4 vier inschrijvingen.
- 4.2. Primair stelt beklagde dat klager geen belang heeft bij haar klacht, omdat klager een groothandel is die uit dien hoofde niet beperkt wordt in de mogelijkheid om op de aanbestedingsprocedure in te schrijven. Op grond daarvan ontbreekt het door haar aangevoerde belang bij deze klacht, omdat de vermeende beperking van de mededinging voor haar helemaal niet aan de orde is. Beklagde licht dit als volgt toe.
- 4.2.1. De relevante markt waarop deze aanbestedingsprocedure zich afspeelt, is die van de groothandels. Kenmerkend aan een groothandel is dat een groothandel de merken die in de markt verkrijgbaar zijn kan leveren, dan wel in haar assortiment kan opnemen. Dat is de functie van een groothandel.
- 4.2.2. Definitie van een groothandel in de Dikke van Dale is: "handel waarbij van de producent betrokken waar aan detaillisten doorverkocht wordt". Een vergelijking kan worden gemaakt met de Food/Non-Food groothandels als Makro, Hanos en Sligro. Bij al die groothandels kunnen producten van verschillende merken worden gekocht. Het hangt van het inkoopbeleid en de beoogde winstmarges van deze groothandels af of en zo ja hoeveel korting op de prijs van de verschillende producten kan worden gegeven aan de klant.
- 4.2.3. Blijkens het uittreksel Kamer van Koophandel is klager een groothandel.
- 4.2.4. Uit de omschrijving uit het financieel jaarverslag (2013) blijkt ook dat klager een groothandel is:
- 'The operations of [Klager], part of [Moedervenootschap van klager] are mainly comprised of the purchase and resale of laboratory equipment, chemicals, con-

sumables and life-science products for the use in Laboratories, research facilities and hospitals.'

4.2.5. Op haar website wordt als omschrijving aangegeven:

'[Moederverenootschap van klager] is de wereldleider op het gebied van wetenschappelijke dienstverlening. (...)

Of het nu gaat om fijne chemicaliën, verbruiksartikelen of apparatuur, [Moederverenootschap van klager] heeft meer dan 200.000 producten om u te voorzien van consistente, reproduceerbare resultaten. Vanwege ons uitgebreide assortiment, gebruiksvriendelijke online bestelsysteem, efficiënte leveringen, kundige klantenservice en competitieve prijzen zijn wij in Nederland één van de grootste leveranciers van laboratoriumproducten.

[Moederverenootschap van klager]

Als toonaangevende leverancier van meer dan 150.000 verschillende laboratoriumproducten, chemicaliën, verbruiksartikelen en apparatuur, distribueert [Moederverenootschap van klager] in Nederland zowel merkproducten van gerenomeerde producenten als eigen label aan meer dan 10.000 klanten. Ons uitgangspunt daarbij is altijd Choice and Convenience [*onderstreping door beklagde*].'

4.2.6. Volgens beklagde is een groothandel, zoals klager, in staat om de producten opgenomen in de prijslijsten van de percelen 1, 3 en 4 in deze aanbestedingsprocedure te leveren, dan wel alsnog in haar assortiment op te nemen.

4.2.7. Aangenomen mag worden dat dit voor zowel de producten uit de A-categorie (producten uitgevraagd op merk) als uit de B-categorie (producten uitgevraagd op merk of gelijkwaardig) geldt.

4.2.8. Beklagde betwist dan ook dat klager deze producten niet zou kunnen leveren en om die reden niet heeft kunnen inschrijven op de aanbestedingsprocedure. Dat geldt in ieder geval voor perceel 4, zo blijkt uit haar eigen webshop. Klager kan alle uitgevraagde producten van alle A-categorie merken in perceel 4 leveren op één product na van het A-categorie merk Eijkelkamp, regel 17 van de Prijslijst, welk product drie andere vergelijkbare inschrijvers die groothandel zijn wel kunnen leveren, zo blijkt uit de ontvangen inschrijvingen. Klager haalt dus met gemak de 90% dekkingsgraad en zou als groothandel zelfs (gelet op de mogelijkheid die de andere groothandels ook hebben) voor 100% kunnen voldoen. Dat geldt vermoedelijk ook voor de andere twee percelen. Dat heeft beklagde niet gecontroleerd.

4.2.9. In dat licht bezien valt het op dat klager in haar klacht (en ook in haar eerdere correspondentie) niet benoemt welke A-categorie merken door haar niet geleverd zouden kunnen worden en vooral ook waarom die merken door haar als groothandel niet geleverd zouden kunnen worden. Daardoor is het niet controleerbaar of juist is wat klager stelt, te weten of zij inderdaad bepaalde A-categorie merken niet zou kunnen leveren, en zo ja of in dat geval de dekkingsgraad van 90% niet zou kunnen worden gehaald. Gelet op haar webshop lijkt dit echter geen geloofwaardig standpunt.

4.2.10. Beklagde betwist dan ook dat klager niet heeft kunnen inschrijven omdat er één of meer A-categorie merken niet in haar assortiment zaten dan wel zij als groothandel niet in staat was om die merken alsnog in haar assortiment op te nemen. Te meer, omdat uit de ontvangen inschrijvingen van vergelijkbare groothandels blijkt dat die geen moeite hebben met het leveren van de uitgevraagde (zowel A- als B-categorie) merken. Dat is ook logisch, want het (door)leveren van verschillende merken is nu eenmaal de functie van een groothandel. Het moet er dan

ook voor worden gehouden dat zij – net als andere (vergelijkbare) groothandels die wel hebben ingeschreven – heel goed in staat was om een inschrijving te doen.

- 4.2.11. Haar belang zit er wellicht in dat zij op haar huismerken hogere winstmarges kan halen dan op de A-categorie merken, maar dat geldt voor alle groothandels. Dat commerciële belang (namelijk dat zij meer winst kan maken als zij een huismerk zou mogen leveren) kan naar de mening van beklaagde nooit relevant worden geacht voor de vraag of de wijze van uitvraag al dan niet rechtmatig is. In dat kader wijst beklaagde op Vzr. Rb. Den Haag 25 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3420, r.o. 3.5:

‘Daar komt nog bij dat voorshands onvoldoende is gebleken dat door de keuze van het RIVM sprake is van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel of dat de mededinging op een ontoelaatbare wijze wordt geschonden, te meer nu van het RIVM niet kan worden gevergd dat zij zich bij de keuze van de voor het uitvoeren van de Opdracht gewenste, naar de stand van de wetenschap thans meest optimale, werkwijze laat leiden door onderlinge concurrentie tussen potentiële inschrijvers.’

- 4.2.12. Het lijkt er dan ook op dat het klager om iets anders te doen is. Mogelijk dat klager om andere redenen niet in staat is om in te schrijven. Of dat juist is, is voor beklaagde niet na te gaan. Als dat zo is, misbruikt klager deze klachtprocedure en probeert zij op basis van oneigenlijke gronden vertraging te creëren om op die wijze een nieuwe kans in een nieuwe aanbestedingsprocedure af te dwingen. Mogelijk dat zij dat nog zal proberen te bewerkstelligen in een kort geding tegen de voorlopige gunningsbeslissing.
- 4.2.13. Wat daar ook van zij, feit is dat klager heeft nagelaten om in te schrijven terwijl zij daartoe als groothandel heel goed in staat was, althans onvoldoende heeft onderbouwd dat en waarom zij daartoe niet in staat was. Zij heeft voorts óók niet voorafgaand aan het sluiten van de inschrijvingstermijn een kort geding aanhangig gemaakt tegen het besluit van 12 juni 2017 (zie 1.7 hiervoor) - waartoe zij (na verlenging van de vervaltermijn tot aan sluiting van de inschrijvingstermijn op 4 juli 2017, 12.00 uur) ruimschoots de tijd heeft gehad. Dit betekent volgens beklaagde dat klager een onvoldoende voortvarende (proces)houding kan worden verweten.
- 4.2.14. Beklaagde is op de hoogte van overweging 5.2.3 in advies 295 van de Commissie (vordering schadevergoeding in een bodemprocedure). Van een gemiste kans als gevolg van de wijze van aanbesteden (uitvragen op merk) is echter geen sprake op het moment dat klager als groothandel wel degelijk kon inschrijven.
- 4.2.15. Want zelfs als de Commissie van oordeel zou zijn dat beklaagde niet op deze wijze de aanbestedingsprocedure had mogen inrichten dan stelt beklaagde onder verwijzing naar Vzr. Rb. Gelderland, locatie Arnhem, 28 augustus 2013, (ECLI:NL:RBGEL:2013:4134, r.o. 4.18 en 4.19) dat klager hierdoor niet is benadeeld en dat zij geen enkel belang heeft bij welk oordeel dan ook over het uitvragen op merk in deze aanbestedingsprocedure.
- 4.2.16. Beklaagde verzoekt de Commissie dan ook de klacht wegens gebrek aan belang af te wijzen, althans haar daarin niet ontvankelijk te verklaren.
- 4.3. Subsidiair voert beklaagde aan dat er geen grond is voor toewijzing van de klacht.

- 4.3.1. In dat kader stelt beklagde zich allereerst op het standpunt dat het uitvragen op merk in de percelen 1 (chemicaliën), 3 (disposables) en 4 (filters) – zowel de A- als B-categorie merken – in dit geval gerechtvaardigd is. Dat licht beklagde als volgt toe.
- 4.3.2. Voor al deze producten geldt dat de samenstelling daarvan van invloed is op het analyseresultaat. Dat geldt dus – voor alle duidelijkheid – niet alleen voor chemicaliën; dat geldt net zo goed voor de disposables (zoals bijvoorbeeld pipetpunten) en filters. Iedere minimale – voor het oog vaak niet zichtbare – wijziging in samenstelling van het product is relevant voor de consistentie van de analysesresultaten.
- 4.3.3. Voor chemicaliën geldt bijvoorbeeld, onder meer, dat de zuiverheidsgraad van belang is. Bij het ene merk zijn die er in verregaande mate uitgefilterd en bij het andere merk niet. Of en zo ja hoe hoog de mate van zuiverheid is, is op basis van een omschrijving van de specificaties van die chemicaliën (van een bepaald merk) voor beklagde niet vast te stellen. De mate van zuiverheid is slechts een voorbeeld.
- 4.3.4. Voor disposables en filters geldt hetzelfde verhaal. Uit de praktijk is bijvoorbeeld gebleken dat het ene merk vial (glaasje met afdicht cap, die dichtgeknepen moet worden) die luchtdicht moet worden afgesloten om te voorkomen dat het oplosmiddel verdampt, niet even goed werkt als het andere merk. Gebleken is dat het product van het ene merk namelijk wel heel goed in staat is tot een luchtdichte afsluiting, terwijl bij het andere product met exact dezelfde specificaties oplosmiddel verdampt. Dit is van invloed op het analyseresultaat en kan dus tot een trendbreuk leiden.
- 4.3.5. Gebleken is voorts bijvoorbeeld bij pipetpunten dat het ene merk minder precies zijn volume afgeeft ten opzichte van een ander merk bij dezelfde specificaties, terwijl het juiste volume essentieel is voor berekeningen van bijvoorbeeld CZV-gehalten ten behoeve van CZV-analyses. Zo zijn er legio voorbeelden. Met (onder meer) die bril op is gekeken naar de A-categorie merken en B-categorie merken van disposables in relatie tot de veelheid aan analyses die met die disposables worden verricht.
- 4.3.6. Diezelfde bril is ook toegepast voor perceel 4: filters. Want ook filters zijn essentieel voor het voorkomen van een trendbreuk. Wat zich bijvoorbeeld, onder meer, kan voordoen bij filters van een ander merk dan het voorgeschreven merk is dat als monstermateriaal op het filter wordt aangebracht bij het vacuüm trekken van de lucht onder het filter (waardoor het monster door het filter wordt gezogen) een – voor het oog onzichtbaar – scheurtje in het filter kan ontstaan. Dit heeft vervolgens invloed op de analysesresultaten waardoor een trendbreuk kan ontstaan. Dit zijn filters die exact dezelfde specificaties hebben als het uitgevraagde merk en dus toch tot een trendbreuk kunnen leiden.
- 4.3.7. Zelfs marginale afwijkingen, waarvan klager toegeeft dat die in samenstelling van producten onontkoombaar zijn, kunnen van invloed zijn op het analyseresultaat. Die marginale afwijkingen kunnen dan mogelijk op basis van de toepasselijke (bij klager intern geldende) kwaliteitsnormen wel toelaatbaar zijn, maar dat garandeert niet dat er geen sprake is van invloed op het analyseresultaat. Met andere woorden: die marginale afwijking – hoe gering ook – kán het risico van een trendbreuk opleveren. En zonder validatieproces is dat risico niet uit te sluiten.
- 4.3.8. Dat betekent dat het (huis)merk dat klager zou willen leveren – zelfs als dat (huis)merk afkomstig is van dezelfde fabrikant als het A-categorie merk dat wordt uitgevraagd – niet exact (te weten 100%) dezelfde eigenschappen heeft

als het uitgevraagde A-categorie merk. Althans, dat risico kan niet worden uitgesloten. En zelfs als dat (huis)merk dezelfde eigenschappen heeft als het A-categorie merk is het nog de vraag of dat merk in samenhang gebruikt met de disposables/filters/apparatuur wel dezelfde analyseresultaten oplevert als het A-categorie merk. Ook die samenhang wordt in het kader van een validatie (automatisch) getest: het betreft een combinatie van producten – te weten chemicaliën, disposables, filters, maar ook apparatuur die beklagde al eerder heeft aangeschaft - die met elkaar in een specifieke combinatie gebruikt het analyseresultaat oplevert.

- 4.3.9. Zo geldt bijvoorbeeld voor de [cuvettentesten] van [Merk E] die in perceel 1 worden uitgevraagd als A-categorie, dat alleen deze cuvettentesten compatibel zijn met de [Merk E] apparatuur die in een eerdere Europese aanbesteding rechtmatig is aangeschaft. Die compatibiliteit volgt niet alleen uit de afmetingen van de cuvettentesten, maar ook uit het feit dat deze [Merk E] cuvettentesten zijn voorzien van een BAR-code die alleen door [Merk E] apparatuur kan worden uitgelezen. Als derhalve cuvettentesten van een ander merk zouden moeten worden aangeschaft, zou daardoor de [Merk E] apparatuur ook direct vervangen moeten worden.
- 4.3.10. Overigens heeft de aanbestedende dienst dat ook proefondervindelijk vast kunnen stellen op basis van de vorige Europese aanbestedingsprocedure. Naar aanleiding van een vraag in de NvI-ronde heeft de aanbestedende dienst het voor alle producten goed gevonden dat een gelijkwaardig product mocht worden geleverd. In de praktijk is toen (aan de hand van kostbare schaduw-validatietesten) gebleken dat door de betreffende leverancier geleverde andere merken een trendbreuk opleverden, zodat uiteindelijk de uitgevraagde merken moesten worden geleverd om een trendbreuk te voorkomen.
- 4.3.11. Bovendien, en dat is een volgend probleem, analyseert iedere fabrikant zijn chemicaliën op andere eigenschappen. Een goed voorbeeld is petroleumether. Daarvan worden de productcertificaten van drie verschillende fabrikanten als bijlage 3 bijgevoegd. Uit deze certificaten blijkt dat de ene fabrikant petroleumether op meer stoffen/eigenschappen analyseert dan de andere fabrikant. Dat betekent dat een productcertificaat nooit een volledig beeld van specificaties geeft. Bovendien is het de vraag of in het product niet meer stoffen/eigenschappen zitten, die niet uit het certificaat blijken. Op het certificaat staan namelijk alleen die stoffen/eigenschappen waarop de specifieke fabrikant analyseert en bijgevolg de resultaten daarvan op het certificaat kan weergeven. In deze branche is de certificering van chemicaliën namelijk niet genormeerd (bijvoorbeeld door middel van een nen-norm). Zodat certificaten van verschillende fabrikanten een "appels met peren" vergelijking oplevert dan wel kan opleveren.
- 4.3.12. In dit licht dient ook het overzicht van "grades" te worden beschouwd, zoals die blijken uit de bijlage die bij de klacht van klager is gevoegd. Overigens blijkt uit dit overzicht (en de daarin gebruikte terminologie) al dat iedere leverancier kenmerkend verschillende begrippen gebruikt. Nog los daarvan, aan dit overzicht kan geen waarde worden gehecht, omdat dat de hiervoor aangegeven "appels met peren" vergelijking oplevert, omdat certificering nu eenmaal niet genormeerd is en iedere fabrikant daarin zijn eigen vrijheid heeft. Het levert dan ook een papieren werkelijkheid op, die voor een aanbestedende dienst niet te controleren is, noch van enige waarde kan zijn voor een toets op gelijkwaardigheid.
- 4.3.13. Er is vervolgens maar één manier om zeker te weten dat een ander merk dan het voorgeschreven merk geen trendbreuk oplevert en dat is een validatieproces.

- 4.3.14. De reden dat het risico van een trendbreuk absoluut moet worden uitgesloten, is dat beklagde (en haar opdrachtgevers) zich geen enkele onzekerheid in analyseresultaten kunnen veroorloven, omdat dat direct van invloed is op de wettelijke taken van de opdrachtgevers van beklagde en de andere organisaties waarvoor zij aanbesteedt en bijgevolg op de grote belangen die vanuit het oogpunt van milieu en volksgezondheid op het spel staan. Tussen partijen staat overigens ook vast dat de aanbestedende dienst (en haar opdrachtgevers) grote belangen hebben bij het voorkomen van een trendbreuk. Klager betwist dat namelijk niet in haar klacht.
- 4.3.15. Overigens bagatelliseert klager het risico van een trendbreuk door te stellen dat de verschillende batches van producten (chemicaliën, disposables en filters worden telkens in een grote hoeveelheid aangeleverd, ook wel een batch genoemd) eveneens van elkaar (kunnen) afwijken.
- 4.3.16. Dat verschillende batches van hetzelfde merk van elkaar kunnen afwijken, is op zichzelf juist. Uit het verleden is gebleken dat ook deze marginale verschillen invloed hebben op het analyseresultaat. Om die reden wordt door elk laboratorium bij iedere nieuwe batch een ingangscntrole uitgevoerd. Dit betreft een eenvoudige enkelvoudige controle door met bijvoorbeeld een blanco monster (dus hiervoor zijn geen praktijkmonsters nodig) het gehele analyseproces te doorlopen. Deze enkelvoudige controle volstaat omdat het om hetzelfde product van hetzelfde merk gaat, alleen een andere batch.
- 4.3.17. Dit is wezenlijk anders dan wanneer er sprake is van chemicaliën van een andere fabrikant (al dan niet met een ander zuiveringsproces en mogelijk met een andere samenstelling) of van een ander merk filters of disposables. In dergelijke gevallen moet ook al vanwege de accreditatie een volledige validatie worden uitgevoerd, wat hoge kosten met zich meebrengt. De betrokken laboratoria zijn namelijk geaccrediteerd voor de kwaliteitsnorm NEN-EN-ISO 17025:2005, dit is samen met RvA (Raad van Accreditatie)documenten, (analyse)normbladen en interne voorschriften het uitgangspunt voor validatie. Beklagde wijst in dit kader op Raad voor Accreditatie (RVA) Toelichting op de NEN-EN-ISO/IEC 17025:2005, RvA-T015-NL, versie 5, 2 maart 2017, blz.5:

'Normelement 5.4.3 Methoden die in het laboratorium zijn ontwikkeld
Accreditatie kan alleen plaatsvinden voor de testen en kalibraties die volledig zijn gevalideerd. Hierbij mag een testlaboratorium een worstcase-benadering toepassen. Het mag volstaan met een volledige validatie met de moeilijkste matrix. In de NEN 7777-serie wordt uitgebreid ingegaan op validatie, prestatiekenmerken, meetonzekerheid, etc. (...).' [*onderstreping door beklagde*]

- 4.3.18. Tevens wijst beklagde op ILAC Policy for Participation in Proficiency Testing Activities, ILAC-P9:06/2014, blz. 5:

'According to ISO/IEC 17025 [4] a laboratory shall have quality control procedures for monitoring the validity of tests and calibrations undertaken. This monitoring may include the participation in interlaboratory comparisons or proficiency testing programmes. Other means may include the regular use of reference materials, or replicate tests or calibrations using the same or different methods. By these mechanisms a laboratory can provide evidence of its competence to its clients, interested parties and the accreditation body.'

- 4.3.19. Een validatieonderzoek is dan ook veel omvangrijker dan een ingangscntrole. [*onderstreping door beklagde*] Dat volgt uit het belang dat natuurlijk met zekerheid moet kunnen worden vastgesteld dat dit andere merk (chemicaliën, dis-

posable of filter) géén trendbreuk oplevert. En dat volgt uit het belang van accreditatie. Of anders gesteld, zonder validatie geen accreditatie.

- 4.3.20. Het essentiële verschil met een ingangscntrole is dat er naast laboratoriummonsters en blanco's bij een validatieonderzoek naar het mogelijk optreden van een trendbreuk heel veel praktijkmonsters onderzocht moeten worden (met bijbehorende verslaglegging, hetgeen ook veel manuren kost).
- 4.3.21. Het aantal praktijkmonsters is gerelateerd aan de matrices (bijvoorbeeld afvalwater, oppervlaktewater, grondwater) waarop de parameters worden onderzocht ter voorkoming van een trendbreuk en waarop een laboratorium overigens ook is geaccrediteerd. Een voorbeeld als een ander merk filter in gebruik zou worden genomen: als het filter voor vijf verschillende bepalingen (anionen, discrete analyser, czv en nh₄) en in drie verschillende matrices (oppervlaktewater, afvalwater, influenten) gebruikt wordt, moeten per bepaling twee prestatiekenmerken (rapportagegrens en methode blanco) acht keer worden bepaald in drie matrices. Dit zijn in totaal 2x3x8=48 analyses; dit moet herhaald worden voor de andere bepalingen dus komt het voor de wijziging van één filter uiteindelijk neer op 240 analyses. Elke analyse kost ca. € 70, De kosten bedragen daarmee ca. € 16.800 (voor de wijziging van één artikel).
- 4.3.22. Verschillende artikelen worden daarnaast ook nog eens voor verschillende analysemethodes gebruikt. Voor al die verschillende toepassingen moet vervolgens ook nog eens apart een validatie worden gedaan. Let wel: dit dient vervolgens door alle zes laboratoria afzonderlijk te worden uitgevoerd. Sterker nog, dit geldt zelfs voor elke afzonderlijke locatie van de verschillende laboratoria.
- 4.3.23. Dit validatieonderzoek is voor de A-categorie merken zo arbeidsintensief en neemt zo veel tijd in beslag (in veel gevallen zijn verschillende meetmomenten in verschillende seizoenen benodigd om vast te kunnen stellen of sprake is van een trendbreuk) dat een trendbreuk op de korte termijn dan wel zonder hele hoge kosten - zoals bij B-categorie producten waarvan sneller een inschatting is te maken van de vraag of al dan niet sprake is van een trendbreuk - niet is vast te stellen. Validatie van A-categorie producten neemt dus significant meer tijd in beslag en levert zeker geen resultaat op binnen de validatietermijn van 8 weken zoals die bij de B-categorie producten wordt gehanteerd.
- 4.3.24. Een voldoende nauwkeurige beschrijving door een verwijzing naar technische specificaties, prestatie-eisen of functionele eisen is dan ook niet mogelijk. Zoals hiervoor aangegeven gaat het om producten waarbij het analyseresultaat wordt beïnvloed door specifieke kenmerken van een merkproduct. De aanbestedende dienst weet niet (en kan ook niet weten) welke kenmerken of combinatie van kenmerken van dat product een trendbreuk in analyseresultaten kan voorkomen, zodat daarvan ook geen nauwkeurige beschrijving kan worden gegeven.
- 4.3.25. Overstappen op een ander merk betekent dan ook dat beklagde niet zeker weet of dat andere merk wel consistente analyseresultaten oplevert en dus of al dan niet sprake zal zijn van een trendbreuk. De stelling van klager in haar klacht dat overstappen op een ander merk geen enkel risico zou opleveren, is dan ook onjuist.
- 4.3.26. Dat een risico op verstoring van analyseresultaten bij het wisselen van merk altijd aanwezig is, is een feit van algemene bekendheid in de wereld van chemicaliën, disposables en filters. Ook klager weet dat zowel chemicaliën als verbruiksartikelen relevant zijn voor een consistent resultaat, zo blijkt uit haar website:

'Of het nu gaat om fijne chemicaliën, gebruiksartikelen of apparatuur, [moeder-vennootschap klager] heeft meer dan 200.000 producten om u te voorzien van consistente, reproduceerbare resultaten.' [onderstreping door beklagde]

- 4.3.27. Dat klager stelt dat beklagde ook een probleem heeft als een merk tijdelijk niet verkrijgbaar zou zijn of uit het assortiment zou gaan, is volgens beklagde natuurlijk onjuist. In zo'n geval zijn er voldoende groothandels (bijvoorbeeld de nummer twee in de aanbesteding) die in dat geval de uitgevraagde A-categorie merken prima kunnen leveren.
- 4.3.28. Kortom, beklagde creëert geen "rookgordijn" (zoals klager betoogt) als zij stelt dat er groot belang bestaat bij het uitvragen op merk, zowel bij de A- als de B-categorie merken, dus zowel zonder als met de toevoeging "of gelijkwaardig". Daar waar mogelijk, en die kritische toets is de afgelopen maanden door de aanbestedende dienst verricht, is "of gelijkwaardig" toegevoegd (de B-categorie producten). Graadmeter daarvoor is geweest of een validatietraject op korte termijn (8 weken) inzichtelijk kan maken of een trendbreuk optreedt. De kosten daarvan zijn (mede vanwege deze korte termijn) proportioneel, gelet op de geraamde waarde (omzet) van de opdracht.
- 4.3.29. Overigens is het niet de wens van beklagde om een groot deel van de opdracht de facto buiten de aanbesteding te houden. Integendeel: beklagde wil juist graag de inkoop van alle producten (dus ook de A-categorie producten) aan concurrentie onderwerpen. Dat klager niet inschrijft dient voor haar rekening te blijven, aldus beklagde.
- 4.3.30. Vervolgens voert beklagde aan dat zij de toevoeging "of gelijkwaardig" bij A-categorie producten achterwege mocht laten. Beklagde licht dit als volgt toe.
- 4.3.31. Dat de woorden "of gelijkwaardig" bij de A-categorie producten niet zijn toegevoegd, maakt niet dat er geen sprake is van concurrentie. Dat volgt uit het feit dat de aanbesteding zich afspeelt op de markt van groothandels (waartoe klager ook behoort). Van schending van het gelijkheidsbeginsel is dan ook – gelet op deze markt – geen sprake. In dat kader wijst beklagde op drie uitspraken:

Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant, 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951, r.o. 4.10.4:

'Uit een oogpunt van tegengaan van ongerechtvaardigde belemmeringen in de mededinging zoals genoemd in artikel 2.75 lid 2 Aw 2012 is de vermelding 'of gelijkwaardig' ook niet nodig. Er is immers al mededinging, namelijk de markt voor het leveren van boeken. Zou dit anders zijn, dan zouden niet alleen scholen maar ook rijksoverheden, provinciale overheden en lokale overheden bij een aanbesteding van boeken in voorkomend geval genoeg moeten nemen met alternatieve boeken in plaats van de gewenste boeken. Een dergelijk ongerijmd resultaat kan nimmer bedoeld zijn. Het toch vereisen van de melding 'of gelijkwaardig' dient geen redelijk doel omdat dit bij voorbaat neerkomt op het schrijven van een zinloze formaliteit. Die eis hoeft bij de levering van (digitale) boeken dan ook niet te worden gesteld.'

 [onderstreping door beklagde]

Vzr. Rechtbank Den Haag 17 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2217, r.o. 5.2.2:

'Vooropgesteld wordt dat het opnemen van titels lesmethodes in het programma van eisen zonder de vermelding 'of gelijkwaardig' niet in strijd is met het bepaalde in artikel 2.76, vijfde lid, Aw 2012. Immers, zoals ook de voorzieningenrechter Zeeland-West-Brabant in de uitspraak van 1 mei 2015 heeft overwogen, kan het opnemen van specifieke titels worden aangemerkt als het noemen van technische specificaties als bedoeld in artikel 2.75, Aw 2012 en is het uit het oogpunt van

het tegengaan van ongerechtvaardigde belemmeringen in de mededinging zoals genoemd in artikel 2.75, tweede lid, Aw 2012 niet nodig daarbij de vermelding 'of gelijkwaardig' te plaatsen.' [onderstreping door beklagde]

Vzr. Rb. Den Haag 17 december 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO9287, r.o. 3.6: 'Het voorgaande brengt verder mee dat de door de ministeries - in perceel 1 - gestelde eis dat het betreffende ICT-personeel expertise moet hebben met SAP-software hier gerechtvaardigd is in de zin van artikel 23 lid 11 Bao. Die expertise is immers onontbeerlijk voor de verbouwing van het, op SAP-software gebaseerde, SZW-systeem. De omstandigheid dat de in artikel 23 lid 12 onder b voorgescreven woorden "of gelijkwaardig" niet zijn toegevoegd aan de gestelde "SAP-eisen", maakt het voorgaande niet anders, reeds omdat Oracle - daarnaar gevraagd - op de zitting heeft aangegeven het ontbreken van die woorden niet relevant te vinden. Van schending van het fundamentele beginsel van gelijke behandeling is onder de gegeven omstandigheden dan ook geen sprake. Het perceel richt zich niet op producenten van ICT-software, zoals Oracle en SAP-vennootschappen. (...)' [onderstreping door beklagde]

- 4.3.32. Dat beklagde geen andere keuze heeft dan deze wijze van aanbesteden wordt volgens haar onderstreept door het feit dat zij juist niet kiest voor de weg om de A-categorie producten buiten de aanbestedingsprocedure te laten met een beroep op artikel 2.33 sub b onder 2 Aanbestedingswet 2012. De enige manier om toch concurrentie te laten plaatsvinden zonder dat de aanbestedende dienst met een trendbreuk wordt geconfronteerd, is deze wijze van uitvraag. Een andere mogelijkheid ziet zij niet, terwijl haar belang bij concurrentie groot is gelet op de doelmatigheid die zij nastreeft. De stelling van klager dat andere aanbestedende diensten (waaronder waterschappen) wel in staat zijn om functioneel te specificeren wordt bij gebrek aan wetenschap betwist. Dat is beklagde niet bekend en klager laat (wederom) na om die stelling te concretiseren en te onderbouwen met voorbeelden.
- 4.3.33. Ook is het belang groot om de woorden "of gelijkwaardig" bij A-categorie producten juist niet toe te voegen. De kosten van validatie zijn (als gevolg van de arbeidsintensiviteit en/of de lange doorlooptijd) namelijk buitenproportioneel, terwijl klager daarvoor geen enkel oog heeft. Klager verzoekt de Commissie immers om een negatief advies uit te brengen over het uitvragen op merk zonder de woorden "of gelijkwaardig", terwijl zij daaraan toevoegt dat zij vooral niet met kosten wil worden geconfronteerd. Dat getuigt van een hoog opportunistisch gehalte, terwijl beklagde met een groot probleem wordt geconfronteerd.
- 4.3.34. De kosten van validatie voor alléén de A-categorie producten bedragen namelijk naar schatting ca. 2,1 miljoen Euro. De scope van de opdracht in perceel 1, 3 en 4 op basis van de omzetcijfers 2016 (zie par. 1.3.2 van het aanbestedingsdocument, in 1.2 hiervoor) bedraagt over vier jaar ca. 4,8 miljoen Euro. Dat betekent dat de validatiekosten de helft van de totale waarde van de opdracht zou bedragen. En die zouden dan allemaal voor rekening van beklagde moeten komen, aldus klager. Dat sluit niet aan bij het feit dat een aanbestedende dienst dient zorg te dragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst (zie artikel 1.4, lid 2, Aanbestedingswet 2012).
- 4.3.35. Daarnaast is pas in veel gevallen op lange termijn vast te stellen of sprake is van een trendbreuk. Daarvoor worden immers langere tijd naast de analyses met de bestaande merken schaduw-analyses met de "gelijkwaardige" producten uitgevoerd. Dat kan betekenen dat pas na hele lange tijd (in veel gevallen pas na ca. een jaar) wordt vastgesteld dat het "gelijkwaardige" merk dat klager graag wil leveren niet voldoet, omdat een trendbreuk wordt veroorzaakt. Als klager dan

niet bereid zou zijn om het uitgevraagde merk te leveren, zou dat betekenen dat de aanbestedende dienst de nummer twee na zo'n lange tijd nog bereid moet vinden om de opdracht over te nemen.

- 4.3.36. Vervolgens zou dat (mogelijk) opnieuw kunnen betekenen dat een validatietraject moet worden gevolgd als die partij ook met een "gelijkwaardig" product heeft ingeschreven. Dit kan zich jaar na jaar herhalen en daardoor zou de aanbesteding in de praktijk dus op een mislukking uitdraaien als blijkt – en die kans acht de aanbestedende dienst heel erg groot gelet op haar ervaringen na de vorige Europese aanbestedingsprocedure – dat na ommekomst van vier jaar geen enkel gelijkwaardig product uit de A-categorie uit al die validatietrajecten is voortgekomen.
- 4.3.37. Bovendien zou dat voor de aanbestedende dienst zelfs tot nog hogere kosten leiden dan de 2,1 miljoen Euro die hiervoor is aangegeven. Dat zou bovendien betekenen dat al die tijd de zittende leverancier (inmiddels niet langer rechtmatig) zijn merk kan doorleveren omdat validatie zo lange tijd in beslag neemt. Dat is niet alleen onrechtmatig, ook is dat niet doelmatig. Van de besparingen die met het nieuwe contract worden beoogd, kan niet worden geprofiteerd, terwijl de kosten van validatie buitenproportioneel zijn.
- 4.3.38. Kortom, op grond van dit alles verzoeken wij de Commissie de klacht ongegrond te verklaren. Juist onder de omstandigheden als geschetst, is het gerechtvaardigd om op merk uit te vragen. Dat bij de A-categorie merken de woorden "of gelijkwaardig" niet zijn toegevoegd, doet hieraan gelet op hetgeen hiervoor is vermeld niets af.
- 4.4. Indien de Commissie van oordeel zou zijn dat zij nader geïnformeerd zou moeten worden omdat hetgeen in deze reactie is aangevoerd daarvoor onvoldoende zou zijn, verzoekt beklagde dat de Commissie een deskundige benadert die bekend is met de wereld van de onderhavige laboratoria. Zoals hiervoor aangegeven, zijn de belangen van beklagde en de andere organisaties waarvoor zij aanbesteedt (en haar opdrachtgevers) zeer groot en zou afdoening van deze klacht met de enkele redenering dat niet op merk mag worden uitgevraagd zonder de toevoeging "of gelijkwaardig" de belangen van beklagde ernstig schaden. Beklagde hoopt op een positief advies, zodat voormelde problemen waartegen in de branche wordt aangelopen tot het verleden behoren.

5. Informatiebijeenkomst

- 5.1. Tijdens de informatiebijeenkomst die de Commissie op 9 november 2017 met partijen heeft belegd (zie 1.8 hiervoor) voert klager, onder meer, nog het volgende aan.
 - 5.1.1. Naar aanleiding van de stelling van beklagde dat klager geen belang bij haar klacht zou hebben omdat zij een groothandel is en alle gevraagde producten zou moeten kunnen leveren, voert klager het volgende aan. In perceel 1 heeft klager slechts de rechten om 3 van de A-categorie uitgevraagde merken te distribueren. Voor de overige 6 A-categorie producten heeft klager geen distributierechten. In perceel 3 heeft klager de rechten om 2 van de 4 A-categorie uitgevraagde merken te distribueren en in het vierde perceel 2 van de 3.
 - 5.1.2. Gekeken naar het geheel van categorie A, B en C-producten en de minimumeis van 90% dekking voldeed klager voor perceel 1 (ruim) en perceel 3 (net) niet aan de minimum dekkingsvereisten en zou zij voor die percelen worden uitgesloten.

- 5.1.3. Klager geeft aan dat zij wellicht wel distributierechten op de gevraagde merken zou kunnen regelen, maar dat zij het daar principieel niet mee eens is.
- 5.1.4. Voorts voert klager aan dat enkele van haar producten mogelijk door dezelfde fabrikant worden geleverd als de gevraagde producten, maar dat voor haar niet altijd de bron te achterhalen is.
- 5.1.5. Verder geeft klager aan met veel grote laboratoria, privaat en publiek, samen te werken en dat die goed in staat zijn om de gevraagde producten functioneel te specificeren en van de ene leverancier over te stappen op een andere. Volgens klager zijn de uitgevraagde producten in deze aanbestedingsprocedure tamelijk algemeen van aard en bestaan daarvoor zeker gelijkwaardige alternatieven.
- 5.1.6. Volgens klager is beklagde niet de enige aanbestedende dienst die probeert te ontsnappen aan de aanbestedingsrechtelijke verplichting om de opdracht functioneel te specificeren en klager geeft aan dat het haar gaat om het principe.
- 5.1.7. Vanwege de relatief simpele samenstelling van vele van de uitgevraagde producten kan klager zich niet voorstellen dat voor het overstappen naar gelijksoortige producten onder andere merknamen zulke enorme inspanningen en financiële middelen noodzakelijk zijn als beklagde stelt.
- 5.2. Beklaagde voert tijdens de informatiebijeenkomst, onder meer, nog het volgende aan.
 - 5.2.1. Beklaagde geeft aan de wijze van uitvragen van producten zelf ook een dilemma te vinden. Zij doet uitspraken over de kwaliteit van het Nederlandse oppervlaktewater en doet met name onderzoek naar de verschillen in kwaliteit over meerdere jaren. Het gaat daarbij om de kwaliteitsverschillen over periodes van 10 jaar omdat volgens klager een uitspraak over een eventuele trendbreuk (veranderingen) pas na 10 jaar te doen is. Daarvoor zijn veel metingen nodig. Wijziging van een product werkt door in de meetonzekerheid, hetgeen tot gevolg kan hebben dat minder snel een boete kan worden opgelegd bij overschrijding van lozingsvergunningen, dat het oppervlaktewater meer vervuild raakt en dat de werking van zuiveringsinstallaties wordt verstoord. Dit kan dus gevolgen hebben voor de volksgezondheid en het milieu.
 - 5.2.2. Het gaat er niet alleen om dat een product aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet, maar vooral dat er geen trendbreuk als gevolg van de wisseling van het product optreedt.
 - 5.2.3. Als voorbeeld noemt beklagde dat Calvé pindakaas en het huismerk AH pindakaas uit dezelfde fabriek komen, en dat deze wellicht voor 98% overeenkomen. Het verschil van 2% is volgens beklagde echter een verschil dat kan leiden tot een trendbreuk en juist dit is voor haar reden om niet functioneel aan te besteden. Beklaagde kan vanwege dit verschil van 2% niet vragen om producten die gelijkwaardig zijn omdat deze 2% al van invloed is op het analyseresultaat.
 - 5.2.4. In het kader van verschillende batches van een en dezelfde leverancier geeft beklagde aan dat er inderdaad verschillen kunnen voorkomen tussen deze batches en dat daarom voor een nieuwe batch een validatieprocedure noodzakelijk is, een zogenoemde ingangscntrole. Om problemen zoveel mogelijk te voorkomen worden grote batchreserveringen gemaakt voor een periode van 2 jaar. Indien er productieproblemen zijn bij de fabrikant en de ruime reservering het probleem niet kan ondervangen dan is dat een probleem voor beklagde en zal zij haar klanten moeten teleurstellen. Dit is in het verleden wel eens gebeurd.

- 5.2.5. Wat betreft de overzichten die de producenten zelf van hun product geven, merkt beklagde op dat daarvoor geen NEN-normen bestaan en dat per producent verschillend wordt getest en dat deze overzichten daarom niet vergelijkbaar zijn. Bij chemicaliën is daarmee onbekend welke extra stoffen in het product aanwezig zijn, terwijl die extra stoffen een trendbreuk zouden kunnen veroorzaken. Het kan ook zijn dat juist het huidige merkproduct een onbekende extra stof bevat, waardoor een wisseling van het product een trendbreuk zou kunnen opleveren. Daarom is functioneel uitvragen volgens beklagde niet mogelijk.
- 5.2.6. Beklaagde geeft aan dat de validatietesten per laboratorium ter plekke zullen moeten worden uitgevoerd. Doordat de verschillende laboratoria met oppervlaktewater uit verschillende gebieden werken en er met verschillende producten en mensen wordt gewerkt, kunnen de uitkomsten per laboratorium verschillen. Het is dan ook niet mogelijk dat een marktpartij deze testen uitvoert. Overigens stelt beklagde dat een leverancier niet zal overgaan tot het testen van producten. Op de vraag van klager of de pipetteerder dan ook wordt gevalideerd, laat beklagde weten dat dit inderdaad het geval is en dat er interne audits worden gehouden door het hele land.
- 5.2.7. Ten aanzien van de kosten van validaties heeft beklagde een overzicht overgelegd. Daarin wordt onderscheid gemaakt tussen 'analysekosten validatie' en 'analysekosten trendbreuk'. Validatie houdt in dat door middel van onderzoek en levering van objectief bewijs wordt bevestigd dat aan bepaalde eisen voor een specifiek gebruik wordt voldaan. Daarnaast is trendbreukonderzoek nodig om vast te stellen of sprake is van een trendbreuk bij wisseling van een merk chemicaliën, disposables of filters. Als voor alle A-categorie producten een validatie en trendbreukonderzoek wordt uitgevoerd, bedragen de totale onderzoekskosten € 2.434.989. De geschatte omvang van dat deel van de opdracht (perceel 1, 3 en 4, gebaseerd op de omzet in 2016) bedraagt per jaar € 1.208.732 en over vier jaar € 4.834.928.
- 5.2.8. Beklaagde stelt dat ook met het wisselen van B-categorie producten veel geld gemoeid is, namelijk 3,4 miljoen euro. Beklaagde is wel bereid deze kosten te maken. Beklaagde merkt daarbij op dat de invloed op het analyseresultaat bij B-categorie producten kleiner is dan in het geval van wisseling van A-categorie producten. Daarnaast stelt beklagde dat in het geval van A-categorie producten het om weggegooid geld gaat omdat de producten waarschijnlijk niet vergelijkbaar zijn. Bij een eerdere aanbestedingsprocedure is het toegestaan om gelijkwaardige producten aan te bieden en bleek bij het testen toch steeds sprake te zijn van een trendbreuk. Het kan volgens beklagde een jaar duren voordat duidelijk is of het om een gelijkwaardig product gaat, omdat veel A-categorie producten gedurende alle seizoenen moeten worden getest. Daarnaast zijn er voor bepaalde producten veel testen nodig om hier uitsluitel over te geven. Beklaagde vraagt zich af wat proportioneel is en is van mening dat het in het geval van A-categorie producten niet proportioneel is om naar gelijkwaardige producten te vragen en voor B-categorie producten wel.
- 5.2.9. Volgens beklagde is het niet mogelijk om steekproefsgewijs te bepalen of het gaat om gelijkwaardige producten. Reden daarvoor is dat zij gebonden is aan NEN-normen. Daarmee is de bandbreedte om te bepalen of een product wel of niet gevalideerd moet worden, beperkt. Bovendien maakt een steekproef niet duidelijk of er sprake is van een trendbreuk. Daarvoor is het nodig dat er heel veel keer in duplo getest wordt, dat wil zeggen zowel met het oorspronkelijke als met het nieuwe product. Indien een trendbreuk wordt vastgesteld, hoeven de resterende testen niet te worden voortgezet. Volgens beklagde zullen wel alle

begrote testen uitgevoerd moeten worden om een trendbreuk te kunnen uitsluiten.

- 5.2.10. Beklaagde stelt dat ten aanzien van disposables en filters misschien nog wel vaker getest moet worden, maar in ieder geval geldt voor deze categorieën hetzelfde als voor chemicaliën.
- 5.2.11. Beklaagde geeft aan dat een onzekerheidsmarge van 10% zeer nauwkeurig is, met name omdat zij te maken heeft met veel storende factoren. Dat is bijvoorbeeld anders bij verkeersboetes waarbij nauwelijks tot geen storende factoren aanwezig zijn.
- 5.2.12. Naar aanleiding van de vraag waarom wisseling van product bij andere laboratoria wel mogelijk is, geeft beklagde aan dat bij oppervlaktewater vaak meer storende factoren zijn, dan bij de stoffen die in andere laboratoria worden onderzocht. Beklaagde noemt als voorbeeld onderzoek naar verontreiniging bij babyvoeding. Eventuele verontreiniging kan alleen zijn ontstaan tijdens het productieproces van de babyvoeding. Daarmee zijn er minder verontreinigingsmogelijkheden dan bij oppervlaktewater. Hetzelfde geldt voor de farmaceutische industrie. Verder zijn de eisen die aan oppervlaktewater worden gesteld volgens klager een factor 100 tot 1000 lager dan de eisen die aan drinkwater worden gesteld. Hoewel dit tegenstrijdig klinkt, leidt dit ertoe dat drinkwaterlaboratoria makkelijker kunnen testen dan oppervlaktewaterlaboratoria.
- 5.2.13. Naar aanleiding van een vraag geeft beklagde aan dat bij een trendbreuk de methode zou kunnen worden aangepast aan het product, door middel van kalibratie. Met het aanpassen van parameters creëer je volgens beklagde echter grotere onzekerheid. Daarom gebeurt dit niet.
- 5.2.14. Beklaagde geeft aan dat in het kader van eerdere aanbestedingsprocedures producten zijn getest, waarbij uiteindelijk een trendbreuk optrad. Er zijn ook producten die nog niet getest zijn, die een alternatief voor de huidige producten zouden kunnen zijn. Beklaagde geeft aan dat in overleg met een leverancier zou kunnen worden besloten enkele producten te gaan testen. De leverancier zou dan ook bereid moeten zijn bij te dragen aan de kosten. Omdat het validatieproces veel tijd kost, zou dat onderzoek los van een concrete aanbestedingsprocedure moeten plaatsvinden. Indien een product gelijkwaardig blijkt te zijn kan het vervolgens bij een eerstvolgende aanbestedingsprocedure worden aangeboden.
- 5.2.15. Omdat partijen van mening verschillen of er zoveel kostbaar onderzoek nodig is om vast te stellen of een product gelijkwaardig is, stelt beklagde voor om een expert in te schakelen van de Raad voor Accreditatie. In dat kader stelt beklagde, onder meer, drs. P.R. Kootstra voor. Klager stemt daarmee in.

6. Beoordeling

- 6.1. De Commissie stelt vast dat beklagde mede namens vier andere organisaties op 17 januari 2017 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor raamovereenkomsten met één ondernemer en met meerdere ondernemers voor de opslag, distributie en levering van laboratoriumchemicaliën en laboratoriumdisposables verdeeld over zes percelen. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de raamovereenkomst geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit. De klacht betreft de percelen 1, 3 en 4.

- 6.2. Alvorens tot beoordeling van de klacht over te gaan, gaat de Commissie in op de vraag of klager voldoende belang heeft bij haar klacht. Nu klager over het voorschrijven van bepaalde merken klaagt en heeft willen inschrijven met gelijksoortige producten, heeft zij voldoende belang bij haar klacht (zie HvJ EU 8 juni 2017, zaak C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431, r.o. 77 (Medisanus) en HvJ EG 24 januari 1995, zaak C-359/93, EU:C:1995:14, r.o. 27 (Unix).
- 6.3. Vervolgens geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 6.3.1. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.
- 6.3.2. Deze verplichting houdt naar het oordeel van de Commissie onder andere in dat de door een aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken opgenomen functionele en technische specificaties en beoordelings- en gunningssystematiek de tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen gelijke toegang tot de opdracht moeten bieden. Aan deze verplichting wordt niet voldaan in het geval dat de specificaties en/of de beoordelings- en gunningssystematiek zijn toegeschreven naar een bepaald fabricaat of merk waardoor één van de tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen kan worden bevoordeeld (zie Advies 190, overweging 5.2 en Advies 396, overweging 5.8.2).
- 6.3.3. 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.
- 6.3.4. 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.
- 6.3.5. De hiervoor genoemde verplichtingen zijn onder andere uitgewerkt in artikel 2.75, lid 6, in artikel 2.76, lid 1 en lid 3, artikel 2.77, artikel 2.78 en artikel 2.78b Aw 2012, waarin onderdelen van artikel 42 van 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 omschrijving 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».

Artikel 2.77

1. Een aanbestedende dienst die verwijst naar de specificaties, bedoeld in artikel 2.76, eerste lid, onderdeel a, wijst een inschrijving niet af omdat de aangeboden werken, leveringen of diensten niet voldoen aan de specificaties waarnaar hij heeft verwezen, indien de inschrijver in zijn inschrijving met elk passend middel, waaronder de bewijsmiddelen, bedoeld in artikel 2.78b, aantoonst dat de door hem voorgestelde oplossingen op gelijkwaardige wijze voldoen aan de eisen in die technische specificaties.

2. Een aanbestedende dienst die prestatie-eisen of functionele eisen stelt als bedoeld in artikel 2.76, eerste lid, onderdeel b, wijst een inschrijving voor werken, leveringen of diensten niet af indien die inschrijving voldoet:

- a. aan een nationale norm waarin een Europese norm is omgezet,
- b. aan een Europese technische beoordeling,
- c. aan een gemeenschappelijke technische specificatie,
- d. aan een internationale norm of
- e. aan een door een Europese normalisatie-instelling opgesteld technisch referentiesysteem, indien de in onderdelen a tot en met e bedoelde specificaties betrekking hebben op de prestatie-eisen of functionele eisen die de aanbestedende dienst heeft voorgeschreven.

Artikel 2.78

Een inschrijver bewijst in zijn inschrijving met elk passend middel, waaronder bewijsmiddelen, bedoeld in artikel 2.78b, dat de levering (...) in overeenstemming is met de norm en voldoet aan de functionele en prestatie-eisen van de aanbestedende dienst.

(...)

Artikel 2.78b

1. Een aanbestedende dienst kan van een ondernemer een testverslag of certificaat van een conformiteitsbeoordelingsinstantie verlangen als bewijs van overeenstemming met de voorschriften of criteria in de technische specificaties, gunningscriteria of contractvoorwaarden.

2. Indien een aanbestedende dienst een certificaat van een specifieke conformiteitsbeoordelingsinstantie eist, aanvaardt hij ook een certificaat van een gelijkwaardige conformiteitsbeoordelingsinstantie.

3. Een aanbestedende dienst aanvaardt andere dan de in het eerste lid bedoelde bewijsmiddelen, zoals een technisch dossier van de fabrikant, indien een ondernemer:

a. geen toegang had tot een certificaat of testverslag als bedoeld in het eerste lid of dit niet binnen de gestelde termijnen kon verkrijgen, mits de ondernemer het ontbreken van toegang niet valt aan te rekenen, en

b. aantoont dat het door hem te leveren werk, de door hem te verrichten levering of dienst voldoet aan de voorschriften of criteria van de technische specificaties, gunningscriteria of contractvoorwaarden.'

6.3.6. 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 en Advies 387, overweging 5.2.4).

6.3.7. Ten slotte kan een aanbestedende dienst op basis van artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub b, onder 2°, Aw 2012 de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toepassen indien:

'b. de overheidsopdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht, omdat:

(...)

2°. mededinging om technische redenen ontbreekt, (...).'

6.4. De Commissie zal nu overgaan tot beoordeling van de klacht.

6.4.1. De Commissie laat in het midden of er in deze zaak wellicht technische redenen in de zin van artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub b, onder 2°, Aw 2012 zijn om voor een bepaalde ondernemer te kiezen. Hetzelfde geldt voor de vraag of sprake is van uitbreiding van bestaande leveringen in de zin van artikel 2.33, aanhef en sub b, onder 2°, Aw 2012 op grond waarvan een raamovereenkomst gedurende drie jaar met de bestaande leveranciers kan worden gesloten (zie de reactie van beklagde in 4.3.32 hiervoor). Nu beklagde ervoor heeft gekozen de onderhavige raamovereenkomsten volgens een Europese openbare procedure aan te besteden, kan zij achteraf geen beroep meer op deze artikelen doen ter rechtvaardiging van een schending van artikel 2.76 lid 3 en 4 Aw 2012 (vgl. Advies 293, overweging 5.6.3 betreffende artikel 2.33, aanhef en onder a, Aw 2012; vgl. per analogie tevens HvJ 25 april 1996, C-87/94 (*Waalse bussen*), ECLI:EU:C:1996:161, r.o. 34 en 35).

6.4.2. Naar het oordeel van de Commissie heeft beklagde voldoende aannemelijk gemaakt dat verwijzing naar bepaalde merken door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is in de zin van artikel 2.76, lid 3, Aw 2012. Dat geldt zowel voor de zogenoemde A-categorie producten, als de B-categorie producten.

6.4.3. In dat kader heeft beklagde aangevoerd de in te kopen producten te gaan gebruiken voor onderzoek. Aannemelijk is geworden dat wisseling van een van deze producten kan leiden tot een trendbreuk in de resultaten van het onderzoek van (de opdrachtgevers van) beklagde, hetgeen kan leiden tot een grotere onzekerheidsmarge in de resultaten van het onderzoek. Bij onderzoek naar de kwaliteit van het oppervlaktewater kan dit, onder meer, gevolgen hebben voor de handhaving van lozingsvergunningen, waardoor minder snel een boete kan worden opgelegd. Dit kan leiden tot een grotere vervuiling van het oppervlaktewater en een verstoring van de werking van waterzuiveringsinstallaties. Daarmee kan een wijziging van een van deze producten negatieve gevolgen hebben voor de volksgezondheid en het milieu.

- 6.4.4. Het voorgaande kan naar het oordeel van de Commissie op grond van artikel 2.76, lid 3, Aw 2012 rechtvaardigen dat beklaagde naar bepaalde merkproducten vraagt, waarmee beklaagde vooralsnog haar onderzoeken uitvoert. Op deze wijze tracht beklaagde een trendbreuk en een daaruit voortvloeiende toename van de onzekerheidsmarge in haar onderzoeksresultaten te voorkomen.
- 6.4.5. Om te mogen verwijzen naar een bepaald merk, moet op grond van artikel 2.76, lid 4, Aw 2012 echter aan twee bijkomende voorwaarden worden voldaan. Naar het oordeel van de Commissie is aan de eerste voorwaarde van artikel 2.76, lid 4, sub a, Aw 2012 voldaan, doordat het in dit geval niet mogelijk is een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht te geven door toepassing van artikel 2.76, lid 1, Aw 2012. Het is immers niet mogelijk door middel van een verwijzing naar standaarden of een functionele omschrijving een product uit de A- of B-categorie te omschrijven dat gegarandeerd geen trendbreuk zal opleveren. Het huidige product of een ander product zou immers onbekende eigenschappen kunnen hebben, die het onderzoeksresultaat beïnvloeden (zie 5.2.5 hiervoor). Dat geldt niet alleen voor de chemicaliën (perceel 1), maar ook voor de disposables (perceel 3) en de filters (perceel 4).
- 6.4.6. Nu voor de B-categorie producten eveneens is voldaan aan de tweede voorwaarde van artikel 2.76, lid 4, sub b, Aw 2012 dat de woorden 'of gelijkwaardig' in de productomschrijving zijn opgenomen, is de klacht ongegrond voor zover deze ziet op de B-categorie producten.
- 6.4.7. Ten overvloede merkt de Commissie nog op dat beklaagde aan de mogelijkheid gelijkwaardige B-categorie producten aan te bieden naar het oordeel van de Commissie de voorwaarde mag verbinden dat deze producten na de voorlopige gunning gedurende 8 weken een validatieproces bij (de opdrachtgevers van) beklaagde moeten doorlopen en dat daarin wordt vastgesteld dat deze producten daadwerkelijk gelijkwaardig zijn voor beklaagde (zie de Nota van inlichtingen van 12 juni 2017, in 1.7 hiervoor), in die zin dat deze producten geen trendbreuk in de onderzoeksresultaten veroorzaken. Zonder een dergelijk onderzoek bij (de opdrachtgevers van) beklaagde kan immers niet worden aangetoond dat een product gelijkwaardig is voor het doel waarvoor het is bestemd (zie 4.3.22 en 5.2.6 hiervoor). Ook acht de Commissie het gerechtvaardigd dat de opdrachtnemer zal moeten delen in de validatiekosten in die zin dat hij zijn product gratis ter beschikking moet stellen voor het validatieonderzoek. Het is immers aan de inschrijver om aan te tonen dat zijn product gelijkwaardig is. Met het oog op de kosten voor de inschrijver zal beklaagde niet meer onderzoeken mogen doen dan noodzakelijk om de gelijkwaardigheid van de producten vast te stellen.
- 6.4.8. Voor de A-categorie producten zijn niet de woorden 'of gelijkwaardig' in de productomschrijving opgenomen, zodat voor deze producten niet is voldaan aan de tweede voorwaarde van artikel 2.76, lid 4, sub b, Aw 2012. De Aanbestedingswet 2012 biedt naar het oordeel van de Commissie geen mogelijkheid om artikel 2.76, lid 3, Aw 2012 toe te passen, zonder dat aan de voorwaarde van artikel 2.76, lid 4, sub b, Aw 2012 wordt voldaan. Daarmee handelt beklaagde in strijd met artikel 2.76 Aw 2012 (vgl. HvJ EU 8 juni 2017, zaak C-296/15, ECLI:EU:C:2017:431, r.o. 77 (Medisanus) en HvJ EG 24 januari 1995, zaak C-359/93, EU:C:1995:14, r.o. 27 (Unix) en is de klacht in zoverre gegrond.
- 6.4.9. Verder merkt de Commissie nog ten overvloede op dat de verplichting om bij A-categorie producten 'of gelijkwaardig' te vermelden naar haar oordeel niet met zich meebrengt dat beklaagde ook zelf alle onderzoekskosten moet dragen (zie ter illustratie Hof Den Haag 1 november 2001, ECLI:NL:GHSGR:2001:AE0863, NJ

2002/48, eerste r.o. 5). Voor zover de kosten noodzakelijk zijn om de gelijkwaardigheid van een product voor het beoogde doel vast te stellen, komen deze in beginsel immers voor rekening van de inschrijver, aangezien hij de gelijkwaardigheid van zijn product moet aantonen. De Commissie is echter van oordeel dat het voorgaande onverlet laat dat beklagde vooraf in de aanbestedingsstukken zal moeten aangeven (i) dat het onderzoek naar de gelijkwaardigheid bij en door beklagde zal worden uitgevoerd; (ii) wat de aard, inhoud en omvang van het onderzoek is; (iii) welk deel van het onderzoek, wat de kosten daarvan betreft, voor rekening komt van de inschrijver en (iv) wat de omvang is van die kosten, voorzien van een onderbouwing. In dat kader merkt de Commissie op dat beklagde het aantal noodzakelijke onderzoeken in de procedure bij de Commissie aan de hoge kant heeft ingeschat. Tevens heeft zij in de procedure bij de Commissie zowel kosten voor validatieonderzoek als kosten voor trendbreukonderzoek opgevoerd, terwijl zij heeft nagelaten de aanzienlijke post voor trendbreukonderzoek te onderbouwen.

- 6.4.10. De Commissie kan zich voorstellen dat de hoge kosten om de gelijkwaardigheid van een A-categorie product vast te stellen en het risico dat alsnog het gevraagde merkproduct tegen de geoffreerde prijs moet worden geleverd, potentiële inschrijvers ervan zal weerhouden om met een mogelijk gelijkwaardig product in te schrijven. Daarbij speelt mee dat zij niet kunnen inschatten of hun product als gelijkwaardig uit het onderzoek naar voren zal komen. Het is ook overigens onwenselijk – ook voor aanbestedende diensten – dat de mededinging op de markt voor de onderhavige producten op deze wijze bij voorbaat en voor langere tijd wordt beperkt. De Commissie juicht het dan ook toe wanneer aanbestedende diensten en leveranciers de handen ineen slaan om, los van concrete aanbestedingsprocedures, producten op gelijkwaardigheid te gaan onderzoeken. In dat kader zullen aanbestedende diensten wel de bepalingen uit de Aanbestedingswet 2012 in acht moeten nemen.

7. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond** voor zover die de B-categorie producten betreft en **gegrond** voor zover die de A-categorie producten betreft.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door drs. P.R. Kootstra die ten behoeve van de behandeling van de onderhavige klacht als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 27 februari 2018

w.g.:

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid