

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 442

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 29 mei 2017 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken voor het ontwerpen en uitvoeren van integraal groot onderhoud aan verhardingen en kunstwerken, het ontwerpen en aanleggen van zogenoemde Meer Veilig-maatregelen en het ontwerpen en aanleggen van twee ecopassages en de verbreding van een N-weg, inclusief alle bijkomende werkzaamheden in beheersgebied [X] van beklaagde. De opdracht is verdeeld in drie percelen. Het ARW 2016 is op de procedure van toepassing verklaard.
- 1.2. In de Vraagspecificatie Eisen van 29 mei 2017 is, voor zover van belang, het volgende bepaald:

1 Inleidende informatie

(...)

1.3 Uitleg Vraagspecificatie Eisen

Deze Vraagspecificatie Eisen beschrijft het Werk, in de vorm van een verzameling geordende eisen en een beschrijving van het systeem in zijn directe omgeving. De Vraagspecificatie Eisen is onderdeel van de Vraagspecificatie zoals genoemd in de Basisovereenkomst.

Hoofdstuk 2 Systeemdefinitie bevat een beschrijving en afbakening van het systeem en de relatie die het heeft met zijn omgeving.

Hoofdstuk 3 Systeemeisen bevat eisen die aan het systeem worden gesteld.

(...)

2 Systeemdefinitie

Dit hoofdstuk bevat een beschrijving en afbakening van het in de tijd veranderende systeem en de relatie die het heeft met zijn omgeving. Hierdoor wordt duidelijk:

- aan welk systeem de eisen in hoofdstuk 3 worden gesteld,
- waar de fysieke en functionele grenzen van het systeem liggen,
- welke interactie het systeem met zijn omgeving heeft.

(...)

Voertuigkering

Geleideconstructies (geleiderail, geleidebarrier), obstakelbeveiligers of leuninggen welke tot doel hebben een gevarenzone af te schermen voor uit de koers geraakte motorvoertuigen.

2.6 Scopebeschrijving

In deze paragraaf wordt de scope van de hiervoor genoemde objecten uit de objectenboom nader beschreven en worden de onderdelen en werkzaamheden aangegeven die tot de Scope van de Overeenkomst horen.

Het contract omvat in grote lijnen:

- Ontwerp en realisatie van Integraal Groot Onderhoud;
- Ontwerp en realisatie van Ecopassages;
- Ontwerp en realisatie maatregelen Meer Veilig;

De genoemde trajecten zijn inclusief:

- parallelbanen;
- fietspaden;
- verzorgingsplaatsen;
- toe- en afritten;
- pechhavens.

Daarnaast zijn in paragraaf 2.6.4 optionele werkzaamheden genoemd. Dit betreft werkzaamheden die optioneel gevraagd kunnen worden en derhalve geen onderdeel uitmaken van de voorliggende scope.

(...)

Voertuigkering

De voertuigkering is een raakvlak van bovenbouw en berm. Daar waar de hoogte van de bovenbouw en/of berm wijzigt zal de geleiderail ook moeten worden aangepast.

3 Systeemeisen

Dit hoofdstuk bevat de functionele eisen, aspecteisen en raakvlakeisen beschreven die van toepassing zijn op het Systeem en de onderliggende objecten.

Een toelichting op de eistabellen is weergegeven in onderstaande opsomming:

- Eis nummer: een uniek nummer startend met SYS-.
- Eistitel: de naam van de eis.
- Geldigheidsperiode: geeft aan in welke periode(n) de eis geldig is; de realisatiefase (R) en/of gebruiksfase (G).
- Eistekst: een beschrijving van de gevraagde eigenschap van het te leveren product of de te leveren dienst.
- Bovenliggende: de eis die ten grondslag ligt aan de desbetreffende eis.
- Onderliggende: de eis(en) die is (zijn) afgeleid uit de desbetreffende eis.
- Verificatie-
 - fase: de fase waarin de verificatie dient te worden uitgevoerd (indien hier "-" wordt vermeld, dan geldt hier "Keuze ON");
 - methode: de wijze waarop de verificatie uitgevoerd dient te worden (indien hier "-" wordt vermeld, dan geldt hier "Keuze ON");
 - criterium: een specifieke invulling aan de hand waarvan de verificatiemethode dient plaats te vinden.
- Stakeholder(s): de initiator van de eis.
- Bron: de titel van het document waaruit de eis is afgeleid.
- Toelichting: nadere tekst ter verduidelijking van de eistekst, het verificatievoorschrift of de verificatiemethode.

(...)

3.8 Voertuigkering Perceel Noord

(...)

3.8.2 Eisen uit aspectanalyse

(...)

Veiligheid

(...)

SYS-0328	Geleideconstructie, ASI-waarde	Geldigheidsperiode(s):	G										
<i>Generiek</i>	De geleideconstructie dient afhankelijk van de beschikbare ruimte in het dwarsprofiel voor de berging van de werkende breedte* van de geleideconstructie, een maximaal toelaatbare ASI-waarde te hebben van: <table border="1" data-bbox="539 801 1114 1131"> <thead> <tr> <th>Beschikbare ruimte [m]</th> <th>ASI-waarde</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>> 1.80</td> <td>≤ 0.8</td> </tr> <tr> <td>1.80 ≥ x ≥ 1.30</td> <td>≤ 1.0</td> </tr> <tr> <td>1.30 ≥ x ≥ 0.90</td> <td>≤ 1.2</td> </tr> <tr> <td>< 0.90</td> <td>≤ 1.4</td> </tr> </tbody> </table>			Beschikbare ruimte [m]	ASI-waarde	> 1.80	≤ 0.8	1.80 ≥ x ≥ 1.30	≤ 1.0	1.30 ≥ x ≥ 0.90	≤ 1.2	< 0.90	≤ 1.4
Beschikbare ruimte [m]	ASI-waarde												
> 1.80	≤ 0.8												
1.80 ≥ x ≥ 1.30	≤ 1.0												
1.30 ≥ x ≥ 0.90	≤ 1.2												
< 0.90	≤ 1.4												
	*) De werkende breedte van een voertuigkering mag de beschikbare ruimte niet overschrijden.												
Toelichting:	De werkende breedte van een voertuigkering mag de beschikbare ruimte niet overschrijden.												
Bovenliggende:	SYS-0327	Onderliggende:											
Verificatie:	Fase: - Methode: - Criterium: · Testrapporten conform NEN-EN 1317-2 [DOC-0003] en CE-certificaten conform NEN-EN 1317-5:2007+A2:2012 [DOC-0241]. · Indien een (alternatieve) EN 1317-2 [DOC-0003] geteste geleiderailconstructie wordt aangeboden die anders is dan geleiderailconstructies conform de NEN 5190 [DOC-0027], dan dient men deze gelijkwaardigheid qua w-waardes te toetsen aan deze geleiderailconstructies (b-maten) en hun bijbehorende uitbuigingsruimtes (c-maten) zoals bekend in Bijlage II-6: Plaatsingscriteria geleideconstructies (standaard dwarsprofielen), welke achterin CROW-publicatie 705 [DOC-0108] is te vinden.												
Stakeholder(s):	[Beklaagde]	Bron:	Componentspecificatie Voertuigkering 3.0 – 10 oktober 2014										

- 1.3. In de Nota van Inlichtingen van 23 juni 2017 zijn, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 24: 'Bij de criteria voor de geleiderailsystemen wordt door u terecht verwezen naar de EN 1317. Dit is de Europese geharmoniseerde norm die van toe-

passing is op voertuigkerende systemen. Dezelfde norm bepaalt tevens de essentiële prestatiekenmerken van voertuigkerende geleiderail systemen. Dit zijn voertuigkerend niveau, werkingsbreedte, voertuig indringing en letselschadeklasse. Op basis van deze prestatiekenmerken behoort geleiderail te worden uitgevraagd.

1- Het numeriek uitvragen van de ASI waarde is niet mogelijk. Leveranciers verklaren de letselschade prestaties van hun systeem louter met de klasse A, B of C. Een andere of meer gedetailleerde prestatie benoemen dan A, B of C is niet toegestaan voor de fabrikant. (EU verordening 305/2011 artikel 4 lid 2) Gelieve de tabel aan te passen naar de klassen die voor het essentiële prestatiekenmerk letselschade zijn toegestaan.

2- Het CROW boek waarnaar u verwijst (zie tabel II-6) maakt een koppeling tussen beschikbare ruimte op de weg en het toe te passen type (Nederlandse) geleiderail. Het uitvragen van een type geleiderail is niet toegestaan (Artikel 2.76 lid 5 Aanbestedingswet bepaalt dat de aanbestedende dienst bij de technische specificaties niet verwijst naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst, type, een merk of keurmerk indien een functionele omschrijving van het product mogelijk is). U dient hier te verwijzen naar een tabel waarin ruimte op de weg gekoppeld wordt aan een klasse van het essentiële prestatiekenmerk werkingsbreedte.

3- Uw [DOC-0108] referentie verwijst via de Referentielijst naar een document "CROW 705, ROA Veilige Inrichting van Bermen / 2014". Het is ons niet duidelijk welk document u bedoelt. De CROW 705 is van 1999. Graag de referentie correct weergeven. Eisen van gelijke strekking treffen wij ook aan de andere percelen. Gelieve deze ook aan te passen'

Antwoord: *[Beklaagde herhaalt de vraag maar beantwoordt die niet, Commissie]'*

- 1.4. In de Nota van Inlichtingen van 30 juni en 4 juli 2017 is, onder meer, de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen:

Vraag 33: 'Uw antwoord van 23-06 op vraag 24 is niet correct. Dit zal een fout zijn. Het antwoord is gelijk aan de vraag.'

Antwoord: 'De constatering is juist. Er is een vergissing gemaakt bij het kopiëren van de tekst. Onderstaand het correcte antwoord. SYS-0328 komt voort uit de componentspecificatie Voertuigkering en is algemeen van toepassing bij contracten van [Beklaagde]. Deze vraag wordt doorgestuurd naar de beheerder van deze componentspecificatie. Deze eis wordt voor dit contract niet aangepast.'

- 1.5. Los van deze aanbestedingsprocedure heeft klager op 11 juli 2017 de volgende brief aan beklaagde gezonden:

'Ongeveer een jaar geleden hebben wij [Beklaagde] tweemaal schriftelijk gewezen op een onhoudbare situatie rondom geleiderail in Nederland. De veiligheid is in het geding zolang er sjoemelrail kan worden geplaatst zonder de vereiste CE markering conform EN1317.

Uit de antwoorden, schriftelijk aan ons gegeven dd. 18 mei 2016 (...), kunnen wij opmaken dat [Beklaagde] stelt dat alles onder controle is. Naar onze mening is dat een verkeerde weergave van de werkelijkheid.

Een (zeer) groot gedeelte van de dagelijks geplaatste geleiderail voldoet namelijk niet aan de vereiste CE markering conform EN1317. Daarbij houdt Rijkswaterstaat, in al haar aanbestedingen en projecten, vast aan de ingetrokken normen NEN 5190 en NEN 5191. Deze systemen kunnen meestal niet met de door [Beklaagde] gevraagde CE markering conform EN1317-5: 2007 / A2:2012 worden

geleverd. Verder constateren wij dat nog steeds niemand de geplaatste geleiderail controleert of verifieert, niet op papier en niet fysiek.

ONTBREKEN VAN CE MARKERING OP NEN 5190 / 5191 GELEIDERAIL SYSTEMEN

In uw brief van 18 mei 2016 refereert u aan een bijeenkomst tussen [Beklaagde], 3 Nederlandse fabrikanten en 1 Nederlandse Notified Body. In deze bijeenkomst stelde [Klager], dat slechts 3 geleiderail systemen uit de NEN 5190 / 5191 familie de vereiste CE markering hadden. Andere fabrikanten bagatelliseerden dit gegeven, maar helaas blijkt in de praktijk dat dit wel de situatie is. Bijna 80% van de NEN 5190 / 5191 familie komt niet voor CE markering in aanmerking, enerzijds door falende EN1317 crashtesten dan wel anderzijds vanwege geringe vraag in aanbestedingen en vergen daardoor buiten proportionele investeringen voor fabrikanten.

MEERDERE AANBIEDERS NEN 5190 / 5191 GELEIDERAIL SYSTEMEN NIET AFDOENDE

Verder wijzen wij u op het navolgende feit. Ondanks dat er wellicht meerdere Nederlandse leveranciers zijn, die de door u gewenste NEN systemen soms onder CE kunnen leveren (uw uitspraak punt 3 in brief 18 mei 2016), is dit derhalve niet conform de EU wetgeving. De wetgeving is er op gericht gelijke kansen voor fabrikanten die een systeem (of een familie van systemen) heeft ontwikkeld, moet dit dus op de Nederlandse markt kunnen aanbieden als deze voldoet aan de essentiële kenmerken van de geharmoniseerde norm EN1317. Het kennisplatform van het ministerie van Economische zaken (Pianoo) geeft hierover expliciet uitleg. De handelwijze van [Beklaagde] beperkt hierin sterk de markttoegang van Europese aanbieders en dat is niet toegestaan.

INGETROKKEN NORMEN NEN 5190 / 5191

In uw brief van 18 mei 2016 schrijft u verder bovenaan pagina 2, dat de NEN 5190 en NEN 5191 enkel normen betreffen met betrekking tot de materialen, vorm en uitvoering (plaatsing) van geleiderailtypen en geen bepalingswijzen bevatten voor prestaties van geleiderail.

Met dit standpunt miskent [Beklaagde] allereerst dat er maar 1 norm bestaat die moet worden toegepast en dat is de Europese norm EN1317. [Beklaagde] is verplicht deze Europees geharmoniseerde norm te hanteren en er is bepaald in de EU verordening 305 / 2011 artikel 17 dat tegenstrijdige nationale normen moeten worden ingetrokken. De verantwoordelijke NEN normcommissie heeft hieraan gehoor gegeven en de betreffende normen ingetrokken.

In de recente aanbestedingen van (grote) projecten meldt [Beklaagde] nu zelfs ook dat de normen NEN 5190 en NEN 5191 zijn ingetrokken, maar dat deze ingetrokken normen echter middels referentie documenten volledig van toepassing blijven voor de gevraagde geleiderail. Dit druist volledig in tegen de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Wij herhalen nogmaals dat NEN 5190 en NEN 5191 niet kunnen en mogen worden toegepast. Het betreft derhalve niet zoals u in uw brief heeft gesteld, het "slechts niet meer onderhouden" van beide normen. Dat is een volstrekt verkeerde voorstelling van zaken.

Onze conclusie is dat [Beklaagde] geheel ten onrechte vasthoudt aan de NEN 5190 / 5191 geleiderail systemen. Wij herhalen nogmaals onze dringende verzoek, zoals eerder gedaan in onze brief van 25 maart 2016. [Beklaagde] behoort ten minste de volgende maatregelen te nemen:

- I. Per direct te stoppen aan de oude NEN 5190 / 5191 geleiderail systemen gefingeerde prestaties toe te kennen, want deze systemen hebben meestal geen praktijkproeven conform de geharmoniseerde EN1317 ondergaan. De gehele prestatie tabel opgesteld door [Beklaagde] van systemen uit de NEN 5190 / 5191 is zeer discutabel te noemen en schoffeert de prestaties van correct CE gecertificeerde "alternatieve" geleiderailsystemen welke door EN1317 crashtesten zijn bewezen. De ontwerprichtlijnen die [Beklaagde] met betrekking tot wegen uitgeeft (zie ROA VIB 1999 en/of RO VIB 2014 en/of Componentspecificatie) leggen echter een relatie tussen voor het wegontwerp benodigde prestatie en een type NEN 5190 / 5191 systeem (zie tabel 9 ROA VIB 2014). Dit is niet juist. Hiermee geeft [Beklaagde] aan zelf de prestatie(s) van een systeem te declareren.
- II. Per direct te controleren en verifiëren of geleverde geleiderail systemen volledig voldoen aan de EN1317-5: 2007 / A2:2012 op de Nederlandse wegen. Dit omvat alle projecten in uitvoering en/of uitgevoerde projecten sinds verstrijken van de co-extensie periode 1 maart 2013 alsmede komende projecten.
- III. Per direct alle projecten in uitvoering alsmede komende projecten en/of in aanbesteding zijnde projecten, de geleiderail functioneel uit te vragen en te accepteren conform de essentiële prestatiekenmerken gebaseerd op de EN1317.
- IV. Per direct aan alle betrokken partijen in de Nederlandse geleiderail markt duidelijke richtlijnen uit te vaardigen, die enkel het gebruik toestaan van stalen geleiderail systemen welke voldoen aan de EN 1317-5: 2007 / A2:2012 conform de verplichte wetgeving EU verordening 305 / 2011

Tot slot kunnen wij u berichten, dat wij inmiddels zelf melding hebben gemaakt van de huidige onhoudbare situatie bij de Inspectie Leefomgeving & Transport. Tijdens ons gesprek met de Inspectie bleek dat [Beklaagde] nimmer een melding heeft gedaan, zoals eerder door u tweemaal aan ons schriftelijk is bericht (kenmerk [...]). Blijkbaar is er nog niet de moeite genomen daadwerkelijk de geplaatste geleiderail systemen te gaan controleren.

Wij verwachten uiterlijk 22 juli as. uw schriftelijke reactie. Het is ons doel een einde te maken aan de huidige onveilige situatie op de Nederlandse wegen alsook de belemmeringen weg te nemen voor vrij verkeer van goederen. Geleiderail systemen met een correcte CE markering conform EN137 mogen niet geweerd worden in Nederland.'

1.6. In de Nota van Inlichtingen van 25 en 26 juli 2017 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.6.1. Vraag 125: 'Het antwoord op vraag 24 is niet compleet (antwoord door u gegeven op de herhaalde vraag 33). Er wordt geen antwoord gegeven op de onduidelijke referentie naar "CROW 705, ROA Veilige Inrichting van Bermen / 2014", uw [DOC-0108]. De CROW 705 is van 1999. Graag de referentie correct aangeven.'

Antwoord: '[DOC-0108] welke is opgenomen in de referentielijst dient te verwijzen naar ROA Veilige Inrichting van Bermen / 2014. Het document CROW 705 kan uitsluitend nog gebruikt worden voor het hanteren van plaatsingstabellen etc die in de ROA VIB niet meer voorkomen.'

1.6.2. Vraag 130: 'Het antwoord op vraag 33 is niet acceptabel. [Beklaagde] stelt dat eis SYS-0328 afkomstig is uit de componentspecificatie van Voertuigkering en algemeen van toepassing is bij contracten van [Beklaagde]. Dat is niet relevant. [Beklaagde] miskent hiermee dat gespecificeerd moet worden op basis van de EN 1317 en dat is in dit geval niet gebeurd. Op grond van artikel 2.13.2 ARW 2016 dient de aanbestedende dienst antwoorden te geven die verduidelijken, aanvullen, of wijzigingen te weeg brengen. Het

antwoord van [Beklaagde] voldoet niet aan artikel 2.13.2 ARW 2016. [Beklaagde] kan en mag niet volstaan met de mededeling dat zij een onjuiste eis toepast simpelweg omdat die eis algemeen van toepassing is bij [Beklaagde].

Verder wordt gesteld dat de vraag wordt doorgestuurd naar de beheerder van de componentspecificatie. Het ontgaat ons waarom de vraag wordt doorgestuurd. Een aanbestedende dienst heeft immers een zelfstandige verantwoordelijkheid voor deugdelijke formulering van eisen bij een aanbesteding. Het ontgaat ons vervolgens helemaal dat de aanbestedende dienst aangeeft dat de eis niet wordt aangepast, terwijl er nog geen reactie ligt van de beheerder van de component-specificatie.

Het verzoek tot aanpassing van de eis blijft gehandhaafd.'

Antwoord: 'Reactie op de 3 punten uit vraag 24; (Vraag VRA-0165 verwijst naar VRA-0033 welke op zijn beurt naar VRA-0024 verwijst).

Punt 1; V.w.b. de ASI waarde uitvraag: er wordt gesteld dat er een toegestane maximale ASI waarde moet zijn dat is correct maar dit is gekoppeld aan de beschikbare ruimte hier moet dus preciezer gespecificeerd worden. Dit is geen uitvraag maar een eis aan 2 ASI waarden die in een bepaalde klasse valt. Er wordt vnl vanuit gegaan dat altijd de laagste ASI-waarde wordt aangehouden maar maximaal 1.4. Als ON een geleiderailconstructie aanbied die in die klasse valt is dat goed. Voor de producent is deze waarde bij de CE-markering terug te halen uit de DoP Declaration of Performance. Uit tabel 3 uit EN-1317_2 blijkt dat in klasse A, in de eis 2 waarden voorkomen m.b.t. de beschikbare ruimte maar ook in klasse B. Vandaar de specs in combinatie met de vrije ruimte.

Punt 2; In de verificatie van SYS-0328 dient aan het eind toegevoegd te worden; Of ROA Veilige Inrichting van Bermen par 3.3.2 plaatsing van afschermingsvoorzieningen.

Punt 3; is beantwoord in VRA-0151.'

- 1.7. In de Nota van Inlichtingen van 23 augustus 2018 is, voor zover van belang, het volgende opgenomen:

'De volgende eisen worden gewijzigd in de Vraagspecificatie Eisen:

(...)

SYS-0328	Geleideconstructie, ASI-waarde	Geldigheidsperiode(s):	G										
<i>Generiek</i>	<p>De geleideconstructie dient afhankelijk van de beschikbare ruimte in het dwarsprofiel voor de berging van de werkende breedte* van de geleideconstructie, een maximaal toelaatbare ASI-waarde te hebben van:</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Beschikbare ruimte [m]</th> <th>ASI-waarde</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>> 1.80</td> <td>≤ 0.8</td> </tr> <tr> <td>1.80 ≥ x ≥ 1.30</td> <td>≤ 1.0</td> </tr> <tr> <td>1.30 ≥ x ≥ 0.90</td> <td>≤ 1.2</td> </tr> <tr> <td>< 0.90</td> <td>≤ 1.4</td> </tr> </tbody> </table> <p>*) De werkende breedte van een voertuigkering mag de beschikbare ruimte niet overschrijden.</p>			Beschikbare ruimte [m]	ASI-waarde	> 1.80	≤ 0.8	1.80 ≥ x ≥ 1.30	≤ 1.0	1.30 ≥ x ≥ 0.90	≤ 1.2	< 0.90	≤ 1.4
Beschikbare ruimte [m]	ASI-waarde												
> 1.80	≤ 0.8												
1.80 ≥ x ≥ 1.30	≤ 1.0												
1.30 ≥ x ≥ 0.90	≤ 1.2												
< 0.90	≤ 1.4												
Toelichting:	De werkende breedte van een voertuigkering mag de beschikbare ruimte niet overschrijden.												
Bovenliggende:	SYS-0327	Onderliggende:											
Verificatie:	<p>Fase: - Methode: - Criterium: · Testrapporten conform NEN-EN 1317-2 [DOC-0003] en CE-certificaten conform NEN-EN 1317-5:2007+A2:2012 [DOC-0241].
· Indien een (alternatieve) EN 1317-2 [DOC-0003] geteste geleiderailconstructie wordt aangeboden die anders is dan geleiderailconstructies conform de NEN 5190 [DOC-0027], dan dient men deze gelijkwaardigheid qua w-waardes te toetsen aan deze geleiderailconstructies (b-maten) en hun bijbehorende uitbuigingsruimtes (c-maten) zoals bekend in Bijlage II-6: Plaatsingscriteria geleideconstructies (standaard dwarsprofielen), welke achterin CROW-publicatie 705 [DOC-0108] is te vinden of ROA Veilige inrichting van bermen par. 3.3.2 plaatsing van afschermingsvoorzieningen.</p>												
Stakeholder(s):	[Beklaagde]	Bron:	Componentspecificatie Voertuigkering 3.0 - 10 oktober 2014										

(...)

Vraag 130

In het antwoord van vraag 130 worden verwezen naar vraagnummers. Deze verwijzing is naar de vragen in ons intern systeem. De verwijzing naar de juiste nummers volgens TenderNed is hieronder aangegeven.

Antwoord: "Reactie op de 3 punten uit vraag 24; (Vraag VRA-0165 verwijst naar VRA-0033 welke op zijn beurt naar VRA-0024 verwijst)."

Wordt gewijzigd in:

"Reactie op de 3 punten uit vraag 24; (**Vraag 130** verwijst naar **vraag 116** welke op zijn beurt naar **vraag 17** verwijst)."

"Punt 3: is beantwoord in VRA-0151" wordt gewijzigd in "Punt 3 is beantwoord in **vraag 125**".'

- 1.8. Op 31 augustus 2017 heeft klager de volgende brief aan het klachtenmeldpunt van beklaagde gezonden:

'Hierbij dienen wij een klacht in naar aanleiding van de aanbesteding [...].

In eis SYS-0328 in Vraagspecificatie Eisen (zie uitsnede hieronder) wordt door de aanbestedende dienst een eis geformuleerd die de vrije toegang van CE-gecertificeerde geleiderail beperkt. Dit is in strijd met de Aanbestedingsreglement Werken 2016, artikel 2.10.11.

[De brief bevat vervolgens een integraal citaat van Eis SYS-0328, uit paragraaf 3.8.2 van de Vraagspecificatie Eisen, zie 1.2 hiervoor, Commissie]

[Klager] heeft hierover een aantal vragen gesteld in de NvI die door de aanbestedende dienst niet naar tevredenheid van [Klager] zijn beantwoord.

Het gaat om de vragen gesteld in vraag 24 NvI. De finale antwoorden op de betreffende vragen worden uiteindelijk gegeven in het antwoord van vraag 130 NvI.

1. De numerieke ASI waarden, zoals in de eis SYS-0328 benoemd zijn geen toegestane klassen in de zin van Tabel ZA.1.b van de NEN-EN 1317-5 +A2. De betreffende tabel is van toepassing door de EU verordening 305/2011, en het feit dat geleiderail valt onder de geharmoniseerde norm EN 1317. Artikel 4 lid 2 uit de verordening maakt het niet mogelijk om over andere ASI klassen te spreken dan A, B of C.
Het antwoord van de aanbestedende dienst is incorrect. Een (correcte) DoP bevat geen numerieke ASI waarde.
2. In het verificatie-blok van de eis SYS-0328 wordt door aanbestedende dienst gesteld dat andere dan NEN 5190 (ingetrokken NEN norm) systemen qua gelijkwaardigheid dienen te worden getoetst. Er worden hier vervolgens door de aanbestedende dienst een aantal zaken incorrect behandeld.
 - a. De toetsing van de gelijkwaardigheid dient volgens de aanbestedende dienst te geschieden aan de hand van bijlage II-6 uit de CROW publicatie 705 "of" ROA Veilige Inrichting van Bermen par 3.3.2.
De toevoeging vanaf "of" is door de aanbestedende dienst als antwoord gegeven op NvI vraag 130 punt 2. Er wordt door de aanbestedende dienst nu een "willekeurige" keuze gecreëerd.
 - b. Echter het antwoord op NvI vraag 130 punt 3 sluit de CROW 705 publicatie uit. Het geldende document zou moeten zijn de "ROA Veilige Inrichting van bermen / 2014".
Dit document bestaat echter niet. Bij weten van [Klager] is er een concept versie van 2015 en een definitieve versie van 2017.
 - c. Echter noch in Par 3.3.2 van ROA Veilige Inrichting van bermen (versie 10) van juli 2017, noch in par 3.3.2 van ROA Veilige Inrichting van bermen (versie 9) van mei 2015 staat een toetsingskader waar andere dan NEN 5190/5191 geleiderailsystemen aan dienen te voldoen.
 - d. Als de in bijlage 9 van de ROA VIB (beide versies zijn op dit punt gelijk) genoemde prestaties van NEN systemen door aanbestedende dienst als toetsingskader bedoeld worden, bestaat de klacht van [Klager] er op dit punt uit dat deze prestaties niet door [Beklaagde] gedeclareerd kunnen en mogen worden (EU verordening 305/2011).

Conclusie

[Klager] concludeert dat het met deze eisen set geheel niet mogelijk is om met gelijkwaardige CE-gecertificeerde geleiderailsystemen toetsbaar toegelaten te worden tot de aanbesteding.

(...)'

- 1.9. Het klachtenmeldpunt van beklagde heeft op 26 september 2017 de volgende reactie aan klager gezonden:

'Ontvankelijkheid

(...)

Inhoudelijke reactie op de door u aangedragen punten Ad 1 en 2 a t/m d.

De genoemde eis, SYS-0328 Geleideconstructie – ASI waarde, verwijst 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. De eis, met nummer SYS-0328, is derhalve niet disproportioneel en niet discriminerend. Daarnaast mag [Beklaagde], als aanbestedende dienst, strengere eisen stellen aan de prestaties van geleiderailsystemen, dan in enige norm is voorgeschreven.

Conclusie

Ik verklaar uw klacht ongegrond omdat niet is gebleken dat Aanbesteder in strijd met de Aanbestedingswet 2012 heeft gehandeld.

(...)'

- 1.10. In reactie op een brief van 11 juli 2017 heeft beklagde op 3 oktober 2017 de volgende brief aan klager verzonden:

'Hanteren NEN 5190

[Beklaagde] kan vanuit haar privaatrechtelijke rol als inkoper van producten als onderdeel van een uitbesteed werk, eisen stellen aan producten, waaronder geleideconstructies. De basis van de prestatie-eisen die aan geleideconstructies worden gesteld voorafgaand aan het aanbieden op de markt ligt in de NEN-EN 1317. Fabrikanten/importeurs dienen aan te tonen dat de prestaties van hun geleideconstructies hieraan voldoen, als voorwaarde voor toegang tot de markt.

[Beklaagde], opdrachtgever, gebruikt naast de Europese geharmoniseerde norm de NEN 5190 als referentie om de aan hem te leveren systemen te specificeren, waarbij het aanbieden van een alternatieve oplossing in principe altijd is toegestaan. De aantoonplicht of een alternatief systeem functioneel vergelijkbaar is met de referentie, ligt evenwel bij de aanbieder. Er vloeit uit de aanbestedingsregelgeving geen verplichting voor een aanbestedende dienst voort om bij het specificeren van een werk gebruik te maken van een geharmoniseerde norm, noch om zich tot de in de norm opgenomen eigenschappen te beperken. Zie daarvoor de Europese richtlijn 2014/24/EU (artikel 42 en Bijlage VII, onder 1a), welke zijn geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012, artikel 2.75 en verder. De door [Beklaagde] gehanteerde handelswijze is ons inziens dan ook geheel in lijn met de Aanbestedingswet.

Zoals reeds toegelicht in een aantal overleggen met Bouwend Nederland, waar [Klager] onderdeel van uitmaakt, en in het overleg met [Klager] d.d. 1 juni 2017, maakt [Beklaagde] voor het specificeren van de eisen aan genoemde eigen-

schappen zoveel mogelijk gebruik van deze geharmoniseerde norm. De eisen worden waar mogelijk productonafhankelijk functioneel geformuleerd. Dit laat onverlet dat bij het verklaren van prestaties op basis van een geharmoniseerde norm de aantoonplicht van de aanbieder dat daarmee aan de eisen van de aanbestedende dienst wordt voldaan, blijft bestaan. Zie hiervoor Aanbestedingswet 2017, artikel 2.77 en verder. Expliciet benoem ik dat de eisen niet tot doel hebben meningsvorming te reguleren, maar een heldere basis te scheppen om ook innovaties te kunnen toepassen. Ontwerp en realisatie ligt bij de markt. Die ruimte moeten de eisen dus ook bieden. Maar [Beklaagde] stelt ook eisen aan onderhoudbaarheid (onderhoud en incidentmanagement) en wil vanuit dit perspectief ook een zekere uniformiteit.

CE-markering NEN-EN 1317

In uw brief, en reeds in eerdere brieven, stelt u dat op het merendeel van de NEN 5190 systemen geen CE-markering zit. De markt levert systemen die zijn vervaardigd middels referentie aan de NEN 5190 door [Beklaagde] gestelde eisen én beschikken over een CE-markering. Hieruit blijkt enerzijds dat [Beklaagde] geen disproportionele eisen stelt en anderzijds dat de huidige systemen voldoen aan de verwachtingen van [Beklaagde], binnen de totale daarvoor te beschouwen context, inclusief het ontwerp van de weg.

Inspectie Leefomgeving en Transport

U stelt dat [Beklaagde] heeft nagelaten Inspectie Leefomgeving en Transport (ILenT) te informeren. Ik heb u bericht dat [Beklaagde] een collegiale melding zal doen bij ILenT indien tijdens de uitvoering blijkt dat een opdrachtnemer niet aan de jegens hem op grond van de Verordening bouwproducten (de Europese Verordening 305/2011) geldende verplichting voldoet, om aan de hand van de geharmoniseerde norm NEN-EN 1317 de prestaties te bepalen en deze middels CE-gemarkeerde prestatieverklaring te verklaren. [Beklaagde] is geen bevoegde autoriteit, die krachtens de Woningwet, is belast met het toezicht op naleving van de Verordening bouwproducten. Tot op heden heeft [Beklaagde] geen melding gemaakt bij ILenT.'

2. Beschrijving klacht

Met de technische specificatie betreffende NEN 5190 in eis SYS-0328 in paragraaf 3.8.2 van de Vraagspecificatie Eisen (zie 1.2 en 1.7 hiervoor) beperkt beklagde de vrije toegang van CE-gecertificeerde geleiderail. Beklaagde handelt met deze technische specificatie tevens in strijd met artikel 2.76, leden 3 en 4, Aw 2012, artikelen 2.10.4 en 2.10.11 en 2.10.12 ARW 2016 en het transparantiebeginsel.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager stelt dat beklagde met eis SYS 0328 de vrije toegang van CE-gecertificeerde geleiderail beperkt. Hierover heeft klager vragen gesteld in de Nota's van inlichtingen (zie 1.3, 1.4 en 1.6 hiervoor).
- 3.2. Volgens klager zijn de numerieke ASI waarden, zoals die in de eis SYS-0328 zijn benoemd, geen toegestane klassen in de zin van Tabel ZA.1.b van de NEN-EN 1317-5 +A2. Deze tabel is volgens klager van toepassing in deze aanbestedingsprocedure op grond van Verordening 305/2011/EU en omdat geleiderail onder de geharmoniseerde norm EN 1317 valt.
- 3.3. Klager verwijst voorts naar artikel 4 lid 2 van de Verordening 305/2011/EU. Dit artikel maakt het volgens klager niet mogelijk om over andere ASI klassen te

spreken dan klasse A, B of C. Dit leidt er volgens klager toe dat de reactie op de brief van klager van 11 juli 2017 door beklagde van 3 oktober 2017 (zie 1.10 hiervoor) niet correct is omdat een (correcte) prestatieverklaring (Declaration of Performance) volgens klager geen numerieke ASI waarde bevat.

- 3.4. In het verificatie-blok van de eis SYS-0328 wordt bepaald dat andere systemen dan NEN 5190 op gelijkwaardigheid dienen te worden getoetst. Klager wijst erop dat de NEN 5190 is ingetrokken.
- 3.5. Volgens klager handelt beklagde niet op correcte wijze. Klager geeft daarvoor de volgende vier voorbeelden.
 - 3.5.1. Klager stelt allereerst dat toetsing van gelijkwaardigheid dient te geschieden aan de hand van Bijlage II-6 uit de CROW publicatie 705 'of' ROA Veilige Inrichting van Bermen, paragraaf 3.3.2. Klager stelt dat de toevoeging vanaf 'of' door de aanbestedende dienst als antwoord is gegeven op vraag 30, punt 2 in de Nota van inlichtingen [*bedoeld zal zijn vraag 130, zie 1.6.2 hiervoor, Commissie*]. Beklaagde creëert op deze wijze een "willekeurige" keuzemogelijkheid.
 - 3.5.2. Volgens klager sluit het antwoord op vraag 130 (zie 1.6.2 hiervoor) bovendien de CROW 705 publicatie uit. Het geldende document zou volgens klager de ROA Veilige Inrichting van Bermen/2014 moeten zijn, maar dit document bestaat niet volgens klager. Klager geeft aan dat er slechts een conceptversie van 2015 en een definitieve versie van 2017 van dit document bestaan.
 - 3.5.3. Ten derde stelt klager dat noch in paragraaf 3.3.2 van ROA Veilige Inrichting van Bermen (versie 10) van juli 2017, noch in paragraaf 3.3.2 van ROA Veilige Inrichting van Bermen (versie 9) van mei 2015, een toetsingskader staat waar andere dan NEN 5190/191 geleiderail aan dient te voldoen.
 - 3.5.4. Ten slotte voert klager aan dat als de in bijlage 9 van de ROA Veilige Inrichting van Bermen (volgens klager zijn beide versies op dit punt gelijk) genoemde prestaties van NEN-systemen door beklagde als toetsingskader bedoeld worden, deze prestaties niet door beklagde mogen worden voorgeschreven op grond van EU-Verordening 305/2011.
- 3.6. Klager concludeert dat op basis van de gestelde eisen het in het geheel niet mogelijk is om met gelijkwaardige CE-gecertificeerde geleiderailsystemen toegelaten te worden tot de aanbestedingsprocedure.

4. Reactie beklagde

Beklaagde verwijst naar de reactie op de klacht door het klachtenmeldpunt van 26 september 2017 (zie 1.9 hiervoor) en haar brief van 3 oktober 2017 (zie 1.10 hiervoor).

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 29 mei 2017 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken voor het ontwerpen en uitvoeren van integraal groot onderhoud aan verhardingen en kunstwerken, het ontwerpen en aanleggen van zogenoemde Meer Veiligmaatregelen en het ontwerpen en aanleggen van twee ecopassages en de verbreding van een N-weg, inclusief alle bijkomende werkzaamheden in beheersgebied X van beklagde. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de

volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012, Hoofdstukken 1 en 2 ARW 2016 en de Gids Proportionaliteit.

- 5.2. Alvorens tot een beoordeling van de klacht te komen, overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het toetsingskader.
 - 5.2.1. In artikel 42, lid 3, Richtlijn 2014/24/EU zijn regels voor technische specificaties opgenomen, terwijl in Bijlage VII van Richtlijn 2014/24/EU de definities van enkele termen betreffende technische specificaties zijn bepaald.
 - 5.2.2. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.
 - 5.2.3. 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 (zie Advies 190, overweging 5.2 en Advies 396, overweging 5.8.2).
 - 5.2.4. Voorts dient een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9 Aw 2012 transparant te handelen.
 - 5.2.5. Op grond van artikel 1.10 Aw 2012 mag een aanbestedende dienst verder slechts eisen stellen aan de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
 - 5.2.6. Op grond van artikel 1.10a Aw 2012 mag een aanbestedende dienst geen overheidsopdracht ontwerpen met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van Deel 2, 2a of 3 van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging is kunstmatig beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.
 - 5.2.7. De hiervoor genoemde verplichtingen zijn onder andere uitgewerkt in artikel 2.75, lid 6, in artikel 2.76, lid 1, 3 en 4, 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 referentie-systemen 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 bevoorreed 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, aantoont 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.'

5.2.8. De artikelen 2.10.4, aanhef en sub a, 2.10.11 en 2.10.12 ARW 2016 zijn vrijwel gelijklopend aan artikel 2.76, lid 1, aanhef en sub a, lid 3 en 4, Aw 2012, zodat zij op dezelfde wijze als artikel 42 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.76 Aw 2012 moeten worden uitgelegd. In artikelen 2.10.4, aanhef en sub a, 2.10.11 en 2.10.12 ARW 2016 is bepaald:

2.10.4

De aanbesteder formuleert de technische specificaties:

a. door verwijzing naar

technische specificaties en, in volgorde van voorkeur, naar:

- nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet,
- Europese technische beoordelingen,
- gemeenschappelijke technische specificaties,
- internationale normen,
- andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen,

of, bij ontstentenis daarvan, in volgorde van voorkeur, naar:

- nationale normen,
 - nationale technische goedkeuringen dan wel
 - nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, het berekenen en het uitvoeren van werken en het gebruik van leveringen,
- waarbij iedere verwijzing vergezeld gaat van de woorden 'of gelijkwaardig',
(...)

2.10.11

De aanbesteder maakt in de technische specificaties geen melding van een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer en evenmin van een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemers of bepaalde producten worden voordeel of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is.

2.10.12

De aanbesteder kan de melding of verwijzing als bedoeld in artikel 2.10.11 opnemen in de technische specificaties indien:

- a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk is door toepassing van artikel 2.10.4, en
- b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden "of gelijkwaardig".'

- 5.3. De Commissie zal nu overgaan tot behandeling van de klacht. In dat kader wijst de Commissie er op dat zij vandaag in een soortgelijke zaak Advies 458 heeft uitgebracht.
- 5.3.1. Krachtens artikel 1 van het Reglement van de Commissie, neemt de Commissie slechts klachten in behandeling over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.
- 5.3.2. Klachten over Verordening 305/2011/EU voor zover die vallen buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 neemt de Commissie niet in behandeling.
- 5.3.3. Uitgangspunt is vervolgens 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).
- 5.3.4. Verder zal een aanbestedende dienst op basis van artikel 2.76, lid 1, sub a, Aw 2012 zo mogelijk moeten verwijzen naar Europese normen en slechts als deze er niet zijn naar nationale normen kunnen verwijzen.
- 5.3.5. In eis SYS-0328 in paragraaf 3.8.2 van de Vraagspecificatie Eisen (zie 1.2 en 1.7 hiervoor) eist beklagde dat wanneer een systeem wordt aangeboden dat weliswaar valt onder de (Europese) EN 1317 norm, maar niet gelijk is aan de constructie conform de (Nederlandse) NEN 5190, gelijkwaardigheid dient te worden aangetoond. Daarmee eist beklagde dat zowel aan de Europese norm EN 1317 als aan de ingetrokken nationale norm NEN 5190 (of gelijkwaardig) wordt voldaan.
- 5.3.6. Doel van Verordening 305/2011/EU is de totstandbrenging van een goed werkende interne markt voor bouwproducten door middel van geharmoniseerde technische specificaties waarin de prestaties van bouwproducten zijn uitgedrukt. Op basis van Verordening 305/2011/EU worden Europese normen vastgesteld waar bouwproducten aan moeten voldoen. Bouwproducten die aan deze Europese normen voldoen mogen in alle lidstaten op de markt worden gebracht en worden verhandeld.
- 5.3.7. De EN 1317 is de Europese geharmoniseerde norm die van toepassing is op voertuigkerende systemen, waarin de essentiële prestatiekenmerken van voertuigkerende geleiderailsystemen zijn bepaald. De EN 1317 geeft het minimale niveau aan waaraan moet worden voldaan, maar op een zodanige wijze dat er ruimte blijft voor innovatie en de ontwikkeling van de techniek niet wordt tegengehouden. Met het oog daarop geeft de EN 1317 bandbreedtes waarbinnen keuzes kunnen worden gemaakt.
- 5.3.8. Naar het oordeel van de Commissie is in deze zaak onvoldoende gesteld of gebleken dat het niet mogelijk is zowel aan de Europese norm EN 1317 als aan de ingetrokken nationale norm NEN 5190 te voldoen. Zo heeft klager in haar brief van 11 juli 2017 gesteld dat '3 geleiderail systemen uit de NEN 5190 / 5191 familie de vereiste CE markering hadden' (zie 1.5 hiervoor). Beklaagde heeft eveneens aangevoerd dat de markt systemen levert 'die zijn vervaardigd middels referentie aan de NEN 5190 door [Beklaagde] gestelde eisen én beschikken over een CE-markering' (brief van 3 oktober 2017 in 1.10 hiervoor, waarnaar beklagde in haar reactie op de klacht verwijst, zie in 4 hiervoor). Klager geeft van haar kant op 23 maart 2018 op haar eigen website aan dat zij 'alle systemen conform de recent ingetrokken NEN 5190/NEN 5191 en de daarbij behorende

hulpconstructies' levert. De Commissie concludeert daaruit dat technische specificaties van de ingetrokken nationale norm NEN 5190 niet in strijd (hoeven te) zijn met de technische specificaties van de Europese norm EN 1317. De eisen uit de nationale norm kunnen kennelijk als aanvullende eisen worden gezien.

- 5.3.9. Voor zover er aanvullende eisen ten opzichte van de (nationaal omgezette) Europese norm worden gesteld, betreft het eisen die niet in een (omgezette) Europese norm zijn opgenomen. Naar het oordeel van de Commissie staat het bestaan van een Europese norm er dan ook niet aan in de weg dat in een nationale aanbestedingsprocedure aanvullende eisen worden gesteld (Vgl. Rb. Den Haag (Vzr.) 28 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15519, r.o. 4.2 en 4.8, over aanvullende eisen voor combinatievaccins), zolang deze niet in strijd zijn met de Europese norm.
- 5.3.10. Dat een nationale norm is ingetrokken, sluit in beginsel niet uit dat een aanbestedende dienst bepaalde technische specificaties uit de ingetrokken norm voorschrijft in een aanbestedingsprocedure. Deze technische specificaties zullen echter ook overigens in overeenstemming moeten zijn met het in 5.2 hiervoor opgenomen toetsingskader. Zo zullen de technische specificaties overeenkomstig artikel 1.9 Aw 2012 voldoende transparant moeten zijn.
- 5.3.11. Dat een inschrijver voor het aantonen van de gelijkwaardigheid aan NEN 5190 kan kiezen tussen twee methoden, in plaats van één methode, acht de Commissie als zodanig – anders dan klager – niet bezwaarlijk (zie 3.5.1 hiervoor). Deze keuze geeft de inschrijvers immers juist extra mogelijkheden. De Commissie wijst er overigens op dat een inschrijver daarnaast op basis van de artikelen 2.77, lid 1, en 2.78 Aw 2012 met elk passend middel mag aantonen dat de door hem voorgestelde oplossing op gelijkwaardige wijze voldoet.
- 5.3.12. Klager heeft gesteld dat de ROA Veilige Inrichting van Bermen/2014, waarnaar beklagde verwijst in het kader van de mogelijkheid gelijkwaardigheid aan de NEN 5190 aan te tonen, niet bestaat. Er zou wel een conceptversie van 2015 en een definitieve versie van 2017 zijn (zie onder meer in 3.5.2 hiervoor). Beklaagde heeft hierop niet gereageerd. De Commissie heeft op 23 maart 2018 op de website van beklagde een versie van de ROA Veilige Inrichting van Bermen uit 2017 gevonden. Op 23 maart 2018 is op de website van het CROW vermeld dat een versie van de ROA Veilige Inrichting van Bermen uit 1999 op dit moment niet beschikbaar is. In de ROA Veilige Inrichting van Bermen uit 2017 is aangegeven dat deze de ROA Veilige Inrichting van Bermen uit 1999 herziet. Daarmee is de eis wat dat betreft, zeker voor potentiële buitenlandse inschrijvers, naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant.
- 5.3.13. Klager heeft ook gesteld dat paragraaf 3.3.2 ROA Veilige Inrichting van Bermen in de versie van 2015 en in de versie van 2017 geen toetsingskader bevat (zie 3.5.3 hiervoor). Beklaagde heeft ook daarop niet gereageerd. Daarmee is de eis ook wat dat betreft, zeker voor potentiële buitenlandse inschrijvers, onvoldoende transparant. Volgens klager staat er overigens wel een toetsingskader in Bijlage 9 van de ROA Veilige Inrichting van Bermen van 2015 en 2017.
- 5.3.14. Op basis van hetgeen in overwegingen 5.3.12 en 5.3.13 hiervoor is overwogen, komt de Commissie tot het oordeel dat beklagde in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel.
- 5.3.15. De Commissie vraagt zich overigens wel af of klager voldoende belang heeft bij deze klacht nu zij op haar website stelt dat zij al haar geleiderailsystemen conform de ingetrokken NEN 5190 en 5191 levert. Bovendien bevreemdt het de Commissie dat klager zelf in haar brief van 11 juli 2017 naar de ROA Veilige In-

richting van Bermen/2014 verwijst om vervolgens de stelling in te nemen dat deze niet bestaat. Nu beklagde op dit punt geen verweer heeft gevoerd, laat de Commissie het antwoord op deze vraag in het midden.

- 5.3.16. Daarmee acht de Commissie de klacht gegrond, voor zover is geklaagd dat beklagde in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel.
- 5.4. Dit brengt met zich mee dat de Commissie aan verdere behandeling van de klacht niet toekomt. Dat beklagde met betrekking tot de technische specificatie betreffende NEN 5190 in eis SYS-0328 in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel en de Commissie daardoor niet toekomt aan verdere behandeling van de klacht, laat onverlet dat de Commissie zich inhoudelijk kan uitspreken over de verwijzing naar de (ingetrokken) nationale norm 5190 in eis SYS-0328. Ten overvloede merkt de Commissie hierover nog het volgende op.
 - 5.4.1. Allereerst merkt de Commissie op dat het op de weg van klager had gelegen om beter aan te geven in welk opzicht zij door deze eis wordt belemmerd. Dit laat echter onverlet dat de Commissie het volgende over eis SYS-0328 kan overwegen.
 - 5.4.2. De Commissie heeft in 5.3.9 en 5.3.10 hiervoor reeds overwogen dat een aanbestedende dienst aanvullende eisen ten opzichte van een Europese norm mag stellen, zolang deze niet in strijd zijn met het in 5.2 hiervoor opgenomen toetsingskader.
 - 5.4.3. Op grond van artikel 2.76, lid 3, Aw 2012 mag onder andere niet naar een bepaald type worden verwezen, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is en aan de voorwaarden van het vierde lid van artikel 2.76 Aw 2012 is voldaan. Nog daargelaten dat de Commissie zich afvraagt of beklagde met haar wijze van specificeren een bepaald type geleiderail heeft voorgeschreven, is hoe dan ook sprake van een type dat door iedere fabrikant mag worden gemaakt. Ook overigens is voor de Commissie niet aannemelijk geworden dat door de gekozen wijze van specificeren bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten.
 - 5.4.4. Voor zover door het stellen van eis SYS-0328 al sprake zou zijn van een belemmering, rijst overigens de vraag of de argumenten die beklagde heeft aangevoerd voor het voorschrijven van de technische specificaties van de ingetrokken norm NEN 5190 (onderhoudbaarheid in relatie tot reeds geplaatste geleiderail en uniformiteit, zie de brief van 3 oktober 2017, in 1.10 hiervoor) bij het geheel vervangen van een traject van enige omvang of bij het plaatsen van geleiderail op een nieuw traject voldoende gewicht in de schaal kunnen leggen.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond** voor zover is geklaagd dat beklagde in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door drs. ing. J.N. Koning, ing. T.G. Reeuwijk en mw. mr. G.R. Werkman-Bouwkamp die als Branche-Experts aan de Commissie zijn verbonden.

Den Haag, 23 maart 2018

w.g.:

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

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid