

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 458

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 22 mei 2017 een nationale openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken voor het groot onderhoud van een provinciale weg waaronder het vervangen en plaatsen van geleiderail. Het ARW 2016 is op de procedure van toepassing verklaard.
- 1.2. In de Inschrijvingsleidraad van 22 mei 2017 is, onder meer, het volgende bepaald:

1.2 Onderwerp van de aanbesteding

(...)

De verharding en de stalen geleiderail van de weg zijn aan het einde hun de technische levensduur. De aanwezige verlichting en het fietspad voldoen niet meer aan de provinciale kwaliteitseisen en de weg is niet duurzaam veilig ingericht. Er is een matige tot slechte afwikkeling van het verkeer en de berm onder de geleiderail is verontreinigd. Ook speelt er een geluidsprobleem nabij enkele woningen langs deze weg.

Samengevat dienen voorgaande problemen te worden aangepakt:

- Vervangen van de verharding (deklaag) van de hoofdrijbaan;
- Het op de vereiste technische kwaliteit brengen van de kunstwerken;
- Kleine verkeerskundige aanpassingen;
- Het vervangen en plaatsen van geleiderail;
- Het saneren van bermgrond
- Optimaliseren OVL voor wat betreft lichtbron en energiebesparing.

Zie het Bestek voor een nadere omschrijving van het Werk.

Bouwvorm

Het project wordt volgens een RAW bestek in de markt gezet, zonder verdeling in percelen.

De transactiekosten zouden bij een UAV-GC contract voor opdrachtgever en opdrachtnemer hoog zijn in relatie tot de geraamde bouwsom.

1.3. In het bestek bij onderhavige aanbesteding van 22 mei 2017 is, onder meer, het volgende opgenomen:

BESTEK- POST- NUMMER	CATALOGUSNUMMER HOOFD- CODE	DEFICODE 1 2 3 4 5 6	OMSCHRIJVING	EEN- HEID	HOEEVEELHEID RESULTAATS- VERPLICHTING	HOEEVEELHEID TER INLICHTING	
166010	330101	Aanbrengen geleiderail in aardebaan. Situering: langs hoofdrijbaan Oostzijde (km. 79.095 - km. 81.800, km. 81.910 - km. 83.358 & km. 83.385 - km. 83.615)	m	4.400,00	V	
		6.	Type VLP 2Z 133-80 R	m			4.400,00 L
		. . 1. . . .	Met toepassing van verlengde palen (type P4)				
		. . . 9. . .	Inclusief bouten, moeren en volgringen leveren.				
166020	330102	Aanbrengen geleiderail op kunstwerken. Situering: langs hoofdrijbaan Oostzijde (km. 83.358 t/m km. 83.385)	m	27,00	V	
		9.	VLP 2Z C 133-80	m			27,00 L
		. 9.	Leuning, staal geconserveerd volgens bestekspostnrs. 171210 t/m 171230	m			27,00 L
		Hoogte leuning: 0,40m				
		Inclusief montage op geleiderail				
166030	330104	Aanbrengen schuifconstructie. Situering: t.b.v. de aan te brengen geleiderail volgens bestekspostnrs. 166010 en 166020	st	17,00	V	
		5.	Type VP 2Z C 133-80	st			17,00 L
		. . 1. . . .	Met toepassing van verlengde palen (type P4)				
	 1. .	Met een dilatatie kleiner dan of gelijk aan 40 mm (planktype A5A en A6)				
166040	330108	Aanbrengen beëindiging. Situering: t.b.v. de aan te brengen geleiderail volgens bestekspostnrs. 166010 en 166020	st	1,00	V	
		. 9.	In type VLP 2Z C 133-80 beëindiging naar maaiveld	m			24,00 L
166050	330199	Aanbrengen eindstukken geleiderail. Situering: nabij brug Kanaaldijk Z.O. Met toepassing van verlengde palen (type P4). Type VP 2Z C 133-80.	st	1,00	V	
			st			1,00 L
166060	330113	Aanbrengen verankering. Situering: t.b.v. de aan te brengen beëindigingen volgens bestekspostnr. 166040 .	st	1,00	V	
		1.	Verankering: Betonankerplaten Ankerstaaf, lang 6000 mm Ankerstaaf, lang 8000 mm	st			1,00 L
1662		<u>Geleiderail in bestrating VLP2ZC133-80</u>				
166210	330199	Aanbrengen geleiderail, in straatwerk VLP2ZC133-80 Situering: langs hoofdrijbaan oostzijde ter hoogte van: - km. 81.800 t/m km. 81.910 In bestrating	m	69,00	V	
		Type VLP 2Z C 133-80 R	m			69,00 L
		Met toepassing van verlengde palen (type P4). Aanbrengen straatwerk volgens bestekspostnr. 159030				
		Inclusief bouten, moeren en volgringen bijleveren.				
166250	330199	Aanbrengen eindstukken geleiderail. Situering: nabij brug Kanaaldijk Z.O. Met toepassing van verlengde palen (type P4). Type VP 2Z C 133-80.	st	1,00	V	
			st			1,00 L
1664		<u>Geleiderail in aardebaan (hout) CIDNEO 2s</u>				

1.4. Op 23 mei 2017 heeft klager de volgende e-mail aan beklagde verzonden:

'In besteksposten 166010 t./m. 166250 wordt heel specifiek een type product (VLP..., VP ..., etc) voorgeschreven. Dat is niet toegestaan en daartegen wordt dan ook nadrukkelijk bezwaar gemaakt. Artikel 2.76 lid 3 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. En een functionele omschrijving is in dit geval prima mogelijk. Een verwijzing naar een type product is volgens artikel 2.76 lid 4 Aanbestedingswet slechts toegestaan indien een voldoende nauwkeurige of begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is, én de verwijzing naar het merk vergezeld gaat van de woorden "of gelijkwaardig" is opgenomen. Die uitzonderingssituatie doet zich hier niet voor. Zie ook advies 67 van de Commissie van Aanbestedings-experts van 10 februari 2014 (www.commissievanaanbestedingsexperts.nl) waarin geoordeeld werd dat de uitzondering op de hoofdregel, ook echt alleen geldt in uitzonderingsgevallen. Graag deze besteksposten aanpassen zodat ze in overeenstemming worden gebracht met de geldende aanbestedingsregel.'

1.5. Op 9 juni 2017 heeft beklagde per e-mail als volgt gereageerd op de e-mail van klager van 23 mei 2017:

'Gezien de aard van het Werk (groot onderhoud [Provinciale weg A - B]) en de aard van de werkzaamheden van uw onderneming hebben wij uw vraag geclassificeerd als een verzoek om informatie van een potentiële toekomstige leverancier. Om die reden wordt uw vraag rechtstreeks aan u beantwoord en niet beschouwd als vraag in het kader van de aanbesteding (die middels de Nota van Inlichtingen worden beantwoord). Indien u deze vraag alsnog opgenomen wenst te zien in de Nota van Inlichtingen, dient u de vraag opnieuw in te dienen en daarbij gebruik te maken van het beschikbaar gestelde format. Wij verzoeken u dan tevens kenbaar te maken met welke onderneming u wenst in te schrijven op deze aanbesteding.

Op de onderhavige aanbesteding is het ARW 2016 van toepassing. Hierin staat in artikel 2.10 dat wanneer technische specificaties worden opgenomen, deze niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen voor mededinging mogen lijden. Onder artikel 2.10.11 wordt verder duidelijk gemaakt wat in dit kader niet is toegestaan. Aangegeven wordt dat, onder andere, het voorschrijven van een bepaald type niet is toegestaan, tenzij dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is.

Bovenstaande verboden hebben ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen; onwenselijk is dat bepaalde marktpartijen worden bevoordeeld doordat (direct of indirect) hun product wordt voorgeschreven.

Van enig favoritisme is in het onderhavige geval echter geen sprake. De voorgeschreven 'types' staan in geen enkel verband met een specifiek 'type product' en daarmee (een) marktpartij(en), maar deze betreffen een codering afkomstig uit het 'Handboek bermbeveiligingsvoorzieningen' van het CROW welke de mate van uitbuigbaarheid en de stijfheidsklasse van een geleiderail aangeven.

De betreffende besteksposten waar u naar verwijst voldoen derhalve aan het aanbestedingsrecht en blijven dan ook ongewijzigd in stand.'

1.6. Op 15 juni 2017 heeft klager de volgende brief aan het klachtenmeldpunt van beklagde gezonden:

'Op 23 mei jl. heeft [Klager] ten aanzien van de aanbesteding [...] een mail verzonden aan [Beklaagde] om melding te maken van besteksposten die in strijd

zijn met het aanbestedingsrecht. Gezien de negatieve reactie van [Beklaagde] dient [Klager] hierbij een klacht in bij het meldpunt aanbestedingen van [Beklaagde].

In besteksposten 166010 t./m. 166250 wordt heel specifiek een type product (VLP..., VP ..., etc) voorgeschreven. Dat is niet toegestaan en daartegen is door [Klager] dan ook nadrukkelijk bezwaar gemaakt. Artikel 2.76 lid 3 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. En een functionele omschrijving is in dit geval prima mogelijk. Een verwijzing naar een type product is volgens artikel 2.76 lid 4 Aanbestedingswet slechts toegestaan indien een voldoende nauwkeurige of begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is, én de verwijzing naar het merk vergezeld gaat van de woorden "of gelijkwaardig" is opgenomen. Die uitzonderingssituatie doet zich hier niet voor. Zie ook advies 67 van de Commissie van Aanbestedingsexperts van 10 februari 2014 (www.commissievanaanbestedingsexperts.nl) waarin geoordeeld werd dat de uitzondering op de hoofdregel, ook echt alleen geldt in uitzonderingsgevallen.

[Klager] heeft de aanbestedende dienst verzocht deze besteksposten aan te passen zodat ze in overeenstemming worden gebracht met de geldende aanbestedingsregels.

Op 9 juni jl. heeft de aanbestedende dienst geantwoord dat van enig favoritisme in het onderhavige geval geen sprake zou zijn. De voorgeschreven 'types' staan in geen enkel verband met een specifiek 'type product' en daarmee (een) marktpartij(en), maar deze betreffen een codering afkomstig uit het 'Handboek bermbeveiligingsvoorzieningen' van het CROW welke de mate van uitbuigbaarheid en de stijfheidsklasse van een geleiderail aangeven. De aanbestedende dienst meent dan ook dat de betreffende besteksposten voldoen aan het aanbestedingsrecht. Een afschrift van die mail treft u eveneens bijgaand aan.

[Klager] kan zich met dit antwoord niet verenigen.

Ten onrechte wordt verwezen naar het handboek bermbeveiligingsvoorzieningen van CROW. Op grond van artikel 2.76 lid 1 sub a Aanbestedingswet gaat een nationale norm waarin een Europese norm is omgezet voor op genoemd handboek. Voor geleiderail is de genationaliseerde norm in dit geval de NEN-EN 1317-5. Ten onrechte verwijst [Beklaagde] niet naar deze norm.

De NEN-EN 1317-5 definieert de essentiële prestatiekenmerken van geleiderails. Dit zijn: kerend vermogen, werkingsbreedte en letselschadeklasse.

Dit brengt mee dat aanbestedende diensten worden geacht geleiderailproducten uit te vragen door de gewenste klassen van de essentiële prestatiekenmerken te definiëren.

Opvallend is dat [Beklaagde] dit voor bestekspost houten geleiderail (post 166410) grotendeels correct doet, door uit te gaan van de NEN-EN 1317-2, die te noemen, en ook vereiste essentiële prestatiekenmerken definieert.

Maar wat [Beklaagde] bij deze bestekspost vervolgens verkeerd doet is het specifiek noemen van een leverancier, hetgeen in dat geval simpelweg niet is toegestaan.

Hierbij verzoekt [Klager] de klachtencommissie de klacht van [Klager] in behandeling te nemen en te oordelen dat genoemde besteksposten in strijd zijn met het aanbestedingsrecht en aldus aangepast moeten worden. Die aanpassing bestaat er uit dat de NEN-EN 1317-5 als uitgangspunt gehanteerd moet worden.'

- 1.7. Op 14 juli 2017 heeft het klachtenmeldpunt van beklagde de volgende brief aan beklagde gezonden:

'Bij brief van 15 juni 2017 heeft [Klager] een klacht ingediend met betrekking tot de nationaal openbare aanbesteding (...). De klacht richt zich op besteksposten die volgens klager in strijd zijn met het aanbestedingsrecht.

Gronden van de klacht

Aan voornoemde klacht heeft klager – zakelijk weergegeven – de volgende argumenten ten grondslag gelegd:

1. In besteksposten 166010 t/m 166250 wordt heel specifiek een type product (VLP..., VP etc.) voorgeschreven. Dit is in strijd met artikel 2.76 lid 3 Aanbestedingswet (hierna: Aw) Dit artikel 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. In dit geval is een functionele omschrijving mogelijk.
2. Een verwijzing naar een type product is volgens artikel 2.76 lid 4 Aanbestedingswet slechts toegestaan indien een voldoende nauwkeurige of begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is, én de verwijzing naar het merk vergezeld gaat van de woorden "of gelijkwaardig" is opgenomen. Die uitzonderingssituatie doet zich hier niet voor.
3. Ten onrechte wordt verwezen naar het handboek bermbeveiligingsvoorzieningen van CROW. Conform artikel 2.76 lid 1 sub a Aw gaat een nationale norm waarin een Europese norm is omgezet voor op genoemd handboek. Voor geleiderail is de genationaliseerde norm in dit geval de NEN-EN 1317-5. Ten onrechte verwijst [Beklaagde] niet naar deze norm.
4. In het bestek is voor de bestekspost houten geleiderail (post 166410) NEN-EN 1317-2 genoemd en zijn ook de vereiste essentiële prestatiekenmerken gedefinieerd. [Beklaagde] handelt bij deze bestekspost vervolgens onjuist door het specifiek noemen van een leverancier, hetgeen in dat geval niet is toegestaan.

Beoordeling

De Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw), Afdeling 1.2.3. Uitgangspunten bij nationale aanbestedingen, bepaalt in artikel 1.13, voor zover hier van belang:

[...]

3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid.
4. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf past de in het derde lid bedoelde voorschriften toe of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken.

[...]

In Afdeling 2.1.1. Toepassingsbereik bepaalt artikel 2.1 Aw:

Het bepaalde bij of krachtens deel 2 van deze wet is van toepassing op overheidsopdrachten voor werken waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan het in artikel 4, onderdeel a, van richtlijn 2014/24/EU genoemde bedrag, exclusief omzetbelasting.

Artikel 2.10 ARW bepaalt, voor zover hier van belang:

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',
- b. ...,
- c. ..., of
- d. door verwijzing naar de specificaties als bedoeld onder a voor bepaalde kenmerken, en verwijzing naar de prestatie-eisen en functionele eisen als bedoeld onder b voor andere kenmerken.

[...]

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 bevoordeeld 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".

In het bestek behorende bij de betrokken aanbesteding heeft [Beklaagde] (...) in bovengenoemde besteksposten technische specificaties opgenomen waarin wordt verwezen naar specificaties uit het Handboek bermbeveiligingsvoorzieningen van het CROW (hierna: het Handboek). Klager stelt dat daardoor kortgezegd er sprake is van het voorschrijven van een specifiek type product, het verwijzen naar type product en/of het specifiek noemen van een leverancier. Klager stelt dat [Beklaagde] daarmee in strijd handelt met het bepaalde in artikel 2.76 Aw, aan-

gezien voor geleiderails de genationaliseerde (Europese) norm NEN-EN 1317-5 is. Volgens klager verwijst [Beklaagde] ten onrechte niet naar deze norm.

Het Klachtenmeldpunt (hierna: meldpunt) stelt vast dat artikel 2.76 Aw, waar klager in haar klacht aan refereert, op grond van artikel 2.1 Aw enkel van toepassing is op aanbestedingen waarvan de geraamde waarde het Europees drempelbedrag overstijgen. Dat is in casu niet het geval, de onderhavige aanbesteding een nationaal openbare aanbestedingsprocedure betreft waarop het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing is.

Naar het oordeel van het meldpunt kan een verwijzing naar specificaties uit het Handboek daarom geen strijdigheid opleveren met artikel 2.76 Aw. Het meldpunt acht de klacht alleen al om die reden ongegrond.

Ten overvloede overweegt het meldpunt als volgt. Weliswaar is artikel 2.76 Aw niet van toepassing op de onderhavige aanbesteding, artikel 2.10 ARW regelt materieel gezien nagenoeg hetzelfde als hetgeen in artikel 2.76 Aw is opgenomen. Op grond van artikel 1.13 Aw en het Aanbestedingsbesluit is [Beklaagde] verplicht om het ARW 2016 toe te passen voor overheidsopdrachten voor werken onder de Europese drempelwaarden volgens het 'pas toe of leg uit'- principe. Dat betekent dat [Beklaagde] verplicht is de voorschriften in het ARW toe te passen of een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken te motiveren.

Het meldpunt neemt tot uitgangspunt dat NEN-EN 1317-5 de genationaliseerde (Europese) norm is voor geleiderails, daar [Beklaagde] de stelling van klager terzake onvoldoende heeft weersproken. Dit uitgangspunt vindt verder steun in paragraaf 9.1 van het Handboek waarin wordt aangegeven dat de constructie van een afschermingsvoorziening aan eisen moet voldoen die zijn vastgelegd in NEN-EN 1317.

Vaststaat dat artikel 2.10.4 sub a, eerste gedachtestreepje, ARW onder meer bepaalt dat de aanbesteder de technische specificaties formuleert door (in eerste instantie) verwijzing naar technische specificaties naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet. Eveneens staat vast dat [Beklaagde] bij bovengenoemde besteksposten niet heeft verwezen naar NEN-EN 1317, maar naar specificaties uit het Handboek. Voor zover [Beklaagde] in casu heeft willen afwijken van het (bepaalde in artikel 2.10) ARW, had het op de weg van [Beklaagde] gelegen om die afwijking conform het bepaalde in artikel 1.13 lid 4 Aw te motiveren in de aanbestedingsstukken.

Conclusie

Op grond van het vorenstaande acht het meldpunt de klacht ongegrond, met inachtneming van bovengenoemde overweging ten overvloede.'

- 1.8. Op 27 juli 2017 heeft beklagde de volgende brief aan klager gezonden:

'Bij brief van 15 juni 2017 heeft u een klacht ingediend met betrekking tot de nationaal openbare aanbesteding [...]. De klacht richt zich op bestek posten die volgens u in strijd zijn met het aanbestedingsrecht.

Uw klacht is beoordeeld door het Klachtenmeldpunt (hierna: meldpunt). Het meldpunt adviseert ons om uw klacht ongegrond te verklaren. Het argument hiervoor is, verkort weergegeven, dat het artikel uit de Aanbestedingswet waar u aan refereert, te weten 2.76, enkel van toepassing is op aanbestedingen waarvan de waarde het Europees drempelbedrag overstijgt en daar is hier geen sprake van.

Wel overweegt het meldpunt dat het ARW 2016 van toepassing is op de onderhavige aanbesteding waarin nagenoeg hetzelfde is opgenomen en het daarom op onze weg had gelegen om te motiveren waarom voor de technische specificaties niet is verwezen naar nationale normen, te weten de NEN-EN 1317, maar naar het Handboek.

Voor het volledige advies van het meldpunt, welke dient als motivatie voor onderhavige brief, verwijzen wij u naar de bijlage.

Gelet op het bovenstaande, achten wij uw klacht ongegrond en zullen wij bij toekomstige aanbestedingen de overweging van het meldpunt waar mogelijk in acht nemen.

Wij verwachten u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd'

- 1.9. Op 30 augustus 2017 heeft klager de volgende brief aan het klachtenmeldpunt van beklagde verzonden:

'Op 15 juni jl. heeft [Klager] ten aanzien van de aanbesteding [...] een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt. Hierop hebben wij recent van u een reactie ontvangen met kenmerk [...].

De klacht van [Klager] is ongegrond verklaard op formele gronden, omdat [Klager] in de klacht per abuis heeft verwezen naar een artikel uit de Aanbestedingswet waar dit een vergelijkbaar artikel uit het Aanbestedingsreglement Werken 2016 had moeten zijn.

Op basis van het juiste artikel 2.10 uit het ARW overweegt het klachtenmeldpunt vervolgens ten overvloede dat de klacht van [Klager] in de basis terecht is. Er wordt aangegeven dat de aanbestedende dienst de desbetreffende afwijkingen dient te motiveren.

Vaststaat dat artikel 2.10.4 sub a, eerste gedachtestreepje, ARW onder meer bepaalt dat de aanbesteder de technische specificaties formuleert door (in eerste instantie) verwijzing naar technische specificaties naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet. Eveneens staat vast dat [Beklaagde] bij bovengenoemde besteksposten niet heeft verwezen naar NEN-EN 1317, maar naar specificaties uit het Handboek. Voor zover [Beklaagde] in casu heeft willen afwijken van het (bepaalde in artikel 2.10) ARW, had het op de weg van [Beklaagde] gelegen om die afwijking conform het bepaalde in artikel 1.13 lid 4 Aw te motiveren in de aanbestedingsstukken [gele arcering klager, Commissie].

Overigens is deze overweging niet (geheel) juist. Uitgangspunt is namelijk dat de aanbestedende dienst in onderhavig geval prima functioneel kan specificeren, waardoor helemaal niet wordt toegekomen aan een afwijking met de vermelding "of gelijkwaardig" (zie ook de nader uiteengezette klacht hierna). En omdat niet hoeft te worden afgeweken wordt dus niet toegekomen aan een motivering van een afwijking.

Omdat de klacht in eerste instantie ongegrond is verklaard omdat wij het verkeerde artikel als uitgangspunt hebben genomen, formuleren wij de klacht hierbij opnieuw en verzoeken het klachtenmeldpunt, ondanks dat de betreffende aanbesteding reeds is gegund, in een nieuw advies te bepalen dat de aanbestedende dienst de aanbestedingsstukken had dienen te corrigeren. Wij willen met dit advies in nieuwe gevallen direct kunnen ageren op foutief geformuleerde bestekken van uw aanbestedende dienst.

Onze klacht bestaat uit het volgende 3 punten;

Punt 1.

In besteksposten 166010 t./m. 166250 wordt heel specifiek een type product (VLP..., VP ..., etc) voorgeschreven. Dat is niet toegestaan en daartegen is door [Klager] dan ook nadrukkelijk bezwaar gemaakt. Artikel 2.76 lid 3 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. En een functionele omschrijving is in dit geval prima mogelijk. Een verwijzing naar een type product is volgens artikel 2.76 lid 4 Aanbestedingswet slechts toegestaan indien een voldoende nauwkeurige of begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is, én de verwijzing naar het merk vergezeld gaat van de woorden "of gelijkwaardig" is opgenomen. Die uitzonderingssituatie doet zich hier niet voor. Zie ook advies 67 van de Commissie van Aanbestedingsexperts van 10 februari 2014 (www.commissievanaanbestedingsexperts.nl) waarin geoordeeld werd dat de uitzondering op de hoofdregel, ook echt alleen geldt in uitzonderingsgevallen.

[Klager] heeft de aanbestedende dienst verzocht deze besteksposten aan te passen zodat ze in overeenstemming worden gebracht met de geldende aanbestedingsregels.

Op 9 juni jl. heeft de aanbestedende dienst geantwoord dat van enig favoritisme in het onderhavige geval geen sprake zou zijn. De voorgeschreven 'types' staan in geen enkel verband met een specifiek 'type product' en daarmee (een) marktpartij(en), maar deze betreffen een codering afkomstig uit het 'Handboek bermbeveiligingsvoorzieningen' van het CROW welke de mate van uitbuigbaarheid en de stijfheidsklasse van een geleiderail aangeven. De aanbestedende dienst meent dan ook dat de betreffende besteksposten voldoen aan het aanbestedingsrecht. Een afschrift van die mail treft u eveneens bijgaand aan.

De door de aanbestedende dienst bedoelde produkten sluiten echter andere gelijkwaardige, CE-gecertificeerde produkten uit. [Klager] kan zich met dit antwoord deshalve niet verenigen.

Punt 2.

Ten onrechte wordt verwezen naar het handboek bermbeveiligingsvoorzieningen van CROW. Op grond van artikel 2.10.4 sub a ARW gaat een nationale norm waarin een Europese norm is omgezet voor op genoemd handboek. Voor geleiderail is de genationaliseerde norm in dit geval de NEN-EN 1317-5. Ten onrechte verwijst [Beklaagde] niet naar deze norm.

De NEN-EN 1317-5 definieert de essentiële prestatiekenmerken van geleiderails. Dit zijn: kerend vermogen, werkingsbreedte en letselschadeklasse.

Dit brengt mee dat aanbestedende diensten worden geacht geleiderailprodukten uit te vragen door de gewenste klassen van de essentiële prestatiekenmerken te definiëren.

Punt 3.

Opvallend is dat [Beklaagde] dit voor de bestekspost houten geleiderail (post 166410) grotendeels correct doet, door uit te gaan van de NEN-EN 1317-2, die te noemen, en ook de vereiste essentiële prestatiekenmerken definieert.

Maar wat [Beklaagde] bij deze bestekspost vervolgens verkeerd doet is het specifiek noemen van een leverancier, hetgeen in dat geval simpelweg niet is toegestaan.

Hierbij verzoekt [Klager] de klachtencommissie de klacht van [Klager] wederom in behandeling te nemen en te oordelen dat genoemde besteksposten in strijd zijn met het ARW en aldus aangepast moeten worden. Die aanpassing bestaat er onder meer uit dat de NEN-EN 1317-5 als uitgangspunt gehanteerd moet worden en dat de niet toegestane afwijkingen geschrapt worden.'

- 1.10. Op 11 september 2017 heeft het klachtenmeldpunt de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Bij brief van 30 augustus 2017 heeft [Klager] een hernieuwde klacht ingediend met betrekking tot de nationale openbare aanbesteding (...). De klacht richt zich op besteksposten die volgens klager in strijd zijn met het aanbestedingsrecht.

Gronden van de klacht

Aan de hernieuwde klacht heeft klager (nagenoeg) dezelfde argumenten ten grondslag gelegd als in de eerdere klacht, met dien verstande dat nu wordt verwezen naar de (juiste) corresponderende bepaling(en) in het ARW.

Beoordeling

Het klachtenmeldpunt (hierna: meldpunt) volstaat hier met een (gedeeltelijke) herhaling van hetgeen hij in het voorgaande advies (documentnummer [...]) heeft overwogen.

Op grond van artikel 1.13 Aanbestedingswet (hierna: Aw) en het Aanbestedingsbesluit is [Beklaagde] verplicht om het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (hierna: ARW) toe te passen voor overheidsopdrachten voor werken onder de Europese drempelwaarden volgens het 'pas toe of leg uit'-principe. Dat betekent dat [Beklaagde] verplicht is de voorschriften in het ARW toe te passen of een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken te motiveren.

Het meldpunt volgt klager niet in haar stelling dat in casu niet hoeft te worden afgeweken en daarom ook niet wordt toegekomen aan een motivering van een afwijking, omdat er prima functioneel kan worden gespecificeerd. Naar het oordeel van het meldpunt is de systematiek van artikel 1.13 lid 4 Aw zodanig dat een aanbestedende dienst een afwijking van de voorschriften, als bedoeld in artikel 1.13 lid 3 Aw, moet motiveren. Pas dan kan de vraag of de gebezigde motivering de betreffende afwijking kan dragen, aan de orde komen.

Het meldpunt neemt tot uitgangspunt dat NEN-EN 1317-5 de genationaliseerde (Europese) norm is voor geleiderails, daar [Beklaagde] de stelling van klager terzake onvoldoende heeft weersproken. Dit uitgangspunt vindt verder steun in paragraaf 9.1 van het Handboek waarin wordt aangegeven dat de constructie van een afschermingsvoorziening aan eisen moet voldoen die zijn vastgelegd in NEN-EN 1317.

Vaststaat dat artikel 2.10.4 sub a, eerste gedachtestreepje, ARW onder meer bepaalt dat de aanbesteder de technische specificaties formuleert door (in eerste instantie) verwijzing naar technische specificaties naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet. Eveneens staat vast dat [Beklaagde] bij bovengenoemde besteksposten niet heeft verwezen naar NEN-EN 1317, maar naar specificaties uit het Handboek. Voor zover [Beklaagde] in casu heeft willen afwijken van het (bepaalde in artikel 2.10) ARW, had het op de weg van [Beklaagde]

gelegen om die afwijking conform het bepaalde in artikel 1.13 lid 4 Aw te motiveren in de aanbestedingsstukken. Nu [Beklaagde] heeft nagelaten de afwijking van het ARW te motiveren in de aanbestedingsstukken, is de klacht gegrond.

Conclusie

Op grond van het vorenstaande acht het meldpunt de klacht gegrond.'

1.11. Op 1 november 2017 heeft beklagde de volgende brief aan klager verzonden:

'Bij brief van 30 augustus 2017 heeft u een tweede klacht ingediend met betrekking tot de nationaal openbare aanbesteding [...]. De klacht richt zich op de besteksposten die volgens u in strijd zijn met het aanbestedingsrecht.

Uw klacht is beoordeeld door het Klachtenmeldpunt (hierna: meldpunt). Het meldpunt adviseert ons om uw klacht gegrond te verklaren. Dit advies treft u als bijlage aan.

In afwijking van dit advies, achten wij uw klacht op twee onderdelen ongegrond en op een onderdeel gegrond. Hiervoor gelden de volgende overwegingen.

Voor geleiderails geldt de geharmoniseerde norm NEN-EN 1317-5:2007+A2:2012. De overgangperiode voor die norm is op 1 maart 2013 afgelopen. Het voldoen aan deze norm is verplicht; geleiderails mogen niet op de markt worden gebracht indien zij niet beschikken over een CE-markering en prestatieverklaring. Het is daarom voor ons niet nodig om het voldoen aan norm NEN-EN 1317 als afzonderlijke eis op te nemen in bestekken. Wij kunnen er weliswaar voor kiezen om een verwijzing naar NEN-EN 1317 op te nemen in het bestek, bijvoorbeeld wanneer wij kiezen voor van een specifieke klasse onder de NEN-EN-norm. (Zie bijvoorbeeld de wijze van uitvraag van de houten geleiderail). Wij zijn hiertoe echter niet verplicht.

Op grond van artikel 8 lid 5 van de Verordening Bouwproducten (305/2011/EG) mogen lidstaten producten met een CE-markering niet weren van de nationale markt door bijvoorbeeld aanvullende eisen te stellen. Dit verbod op het stellen van aanvullende eisen geldt echter "slechts" ten aanzien van een overheidsorgaan in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden; door een publiekrechtelijk handelende autoriteit (dat is dus niet een aanbestedende dienst die een overheidsopdracht plaatst) mogen geen aanvullende nationale eisen worden gesteld aan dergelijke producten voor het in de handel brengen van die producten.

Aanbestedende diensten (privaatrechtelijk handelende overheden) mogen als zij een overheidsopdracht willen plaatsen wel degelijk hun eigen specifieke wensen en eisen stellen, mits deze voldoen aan artikel 42 van de aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU en de aanbestedingsbeginselen [*Noot 1: Zie Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:411 (Verdegro/Staat), rechtsoverweging 2.4*].

Vanuit onze private rol als opdrachtgever stellen wij eisen aan de geleiderails die in onze projecten worden toegepast. Deze eisen stellen wij onder meer vanuit: onderhoudbaarheid (onderhoud en incidentmanagement); beperking voorraadkosten vervangende onderdelen; uniform wegbeeld (in verband met verkeersveiligheid); restcapaciteit geleiderails na een botsing; bodemgesteldheid.

In artikel 42, derde lid, van de richtlijn 2014/24/EU worden de instrumenten aan de hand waarvan aanbestedende diensten technische specificaties kunnen vaststellen uitputtend benoemd. De (Europese of nationale) normen vormen in dat verband niet het enige instrument. Het stellen van prestatie-eisen of functionele

eisen behoort steeds tot de mogelijkheden, evenals een combinatie van dergelijke eisen met een verwijzing naar normen. Dit illustreert reeds dat verdergaande of andere eisen (mogen) worden gesteld aan een product dan die in de bedoelde normen zijn neergelegd.

Ingevolge artikel 42, derde lid, van de Aanbestedingsrichtlijn heeft een aanbestedende dienst de vrijheid om technische specificaties naar keuze te omschrijven in termen van:

- a) Hetzij prestatie-eisen of functionele eisen;
 - b) Hetzij verwijzing naar technische specificaties van bijlage VII en – in volgorde van voorkeur – naar:
 - o de nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet;
 - o de Europese technische beoordelingen;
 - o de gemeenschappelijke technische specificaties;
 - o internationale normen;
 - o andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen,of, bij gebreke van dit alles:
 - de nationale normen;
 - de nationale technische goedkeuringen;dan wel de nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, het berekenen en het uitvoeren van de werken en het gebruik van de leveringen
- Elke verwijzing gaat vergezeld van de woorden "of gelijkwaardig";
- c) Hetzij prestatie- of functionele eisen, waarbij onder vermoeden van overeenstemming hiermee wordt verwezen naar de onder b bedoelde specificaties;
 - d) Hetzij verwijzing naar de onder b bedoelde specificaties voor bepaalde kenmerken en naar onder a bedoelde prestatie- of functionele eisen voor andere kenmerken.

De wijze (sub a, b, c of d) waarop een aanbesteder de technische specificaties in zijn bestek aangeeft, staat tot zijn vrije keuze. De wijzen van specificeren zijn alternatief geformuleerd; verwijzing naar (nationale of Europese) normen is slechts één van de wijzen om technisch te specificeren.

Bij specificatie volgens wijze b, staat het de aanbesteder bovendien vrij om te kiezen tussen een verwijzing naar de technische specificaties van bijlage VII (bijvoorbeeld omschrijving van afmetingen of andere vereiste kenmerken), of een verwijzing naar – kort gezegd – (nationale of Europese) normen. Een dergelijke verwijzing moet vergezeld gaan van de woorden "of gelijkwaardig".

De aanbesteder heeft dus ruime mogelijkheden om de technische specificaties van de opdracht naar eigen inzicht te formuleren [*Noot 2; Zie Arrowsmith, the law of Public and Utilities Procurement, 2005, § 17.9*].

Een aanbestedende dienst hoeft bij het formuleren van technische specificaties in een bestek geen gebruik te maken van geharmoniseerde (Europese) normen.

Echter, als een aanbestedende dienst kiest voor het gebruiken van een norm om de technische specificatie te omschrijven, dan dient – bij voorkeur – de nationale norm waarin een Europese norm is omgezet te worden gebruikt.

In het bestek [...] is evenwel geen enkele norm voorgeschreven ten aanzien van de bewuste geleiderails. Wij hebben hier als gezegd gekozen voor een – in de branche gebruikelijke – gecodeerde verwijzing naar afmetingen en kenmerken van de geleiderail.

In klachtonderdeel 1 klaagt u erover dat in de besteksposten 166010 t/m 166250 een heel specifiek type product (VLP ..., VP... etc.) wordt voorgeschreven.

Op grond van artikel 42 lid 4 van de richtlijn (artikel 2.76 lid 3 AW, artikel 2.10.11 ARW 2016) mag in de technische specificaties van de opdracht geen melding worden gemaakt van een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of

van 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 ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd, tenzij dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is. Bij wijze van uitzondering is een dergelijke vermelding toegestaan wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht (door middel van prestatie-eisen, functionele eisen, technische specificaties en een verwijzing naar normen) niet mogelijk is. Een dergelijke vermelding of verwijzing gaat vergezeld van de woorden "of gelijkwaardig". Het gaat hier om situaties waarin eisen als het ware worden toegeschreven naar producten van een bepaald opdrachtnemer. Die situatie doet zich hier niet voor. De aanduiding "Type VLP 2Z 133-80 R" is ontleend aan de ingetrokken norm NEN 5191, welke norm is opgesteld in het kader van de samenwerking tussen de Stichting Centrum voor Regelgeving en Onderzoek in de Grond-, Water en Wegenbouw en de Verkeerstechniek (CROW) en het Nederlands Normalisatie-Instituut (NNI). Van het toeschrijven naar een bepaalde marktpartij kan alleen al om die reden geen sprake zijn. Overigens blijkt dit ook uit de praktijk: er zijn diverse marktpartijen die geleiderails "VLP 2Z 133-80 R" aanbieden.

De aanduiding "VLP 2Z 133-80 R" is niets meer en niets minder dan een (gecoordeerde) aanduiding van afmetingen en kenmerken van de uitgevraagde geleiderails. Dit is aanbestedingsrechtelijk te duiden als een technische specificatie in de zin van Bijlage VII van de richtlijn. De aanduiding "VLP 2Z 133-80 R" is geen "type" in de zin van de aanbestedingsrichtlijn.

In de slotalinea van uw klachtonderdeel 1 stelt u dat de door ons bedoelde producten – waarmee bedoeld zal zijn producten met de afmetingen en kenmerken – andere gelijkwaardige CE-gecertificeerde producten uitsluit.

Wij kunnen uw standpunt in dezen niet volgen. Het is een misvatting om te denken dat wij ieder willekeurig type geleiderail zouden moeten accepteren, indien deze maar voorzien is van CE-markering. Zoals hiervoor toegelicht staat het ons – als privaatrechtelijk handelende overheid – vrij om eigen specifieke wensen en eisen stellen bij het plaatsen van een overheidsopdracht.

De door ons gestelde specifieke eisen voldoen aan de eisen van de aanbestedingsrichtlijn, Aanbestedingswet en ARW 2016. Deze bestekseisen zijn proportioneel en niet-discriminerend; van het toeschrijven naar één marktpartij is geen sprake.

Uw klachtonderdeel 2 komt er – kort gezegd – op neer dat volgens u een verwijzing naar NEN-EN 1317-5 zou moeten zijn opgenomen in het bestek. Zoals hiervoor toegelicht zijn wij van oordeel dat het opnemen van een verwijzing naar NEN-EN 1317 in het bestek niet verplicht is; de opdrachtnemer moet immers hoe dan ook CE-gemarkeerde bouwproducten leveren, ook als de opdrachtgever dat niet expliciet voorschrijft.

In voorkomend geval kunnen wij er voor kiezen om toch een verwijzing op te nemen naar de NEN-EN-1317, bijvoorbeeld indien wij een geleiderail met een bepaalde prestatieklasse, werkende breedte of letselkans ASI wensen voor te schrijven. In die situatie zal de bestekseis op dat punt vergezeld gaan van de woorden "of gelijkwaardig".

In klachtonderdeel 3 klaagt u over het noemen van een specifieke leverancier voor de bestekspost houten geleiderails (post 166410).

Wij achten uw klachtonderdeel gegrond.

Wij zullen in de toekomst – voor zover het Europese of nationale aanbestedingen op grond van het ARW 2016 betreft – geen specifieke leverancier noemen bij besteksposten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

digd is (artikel 42 lid 4 richtlijn, artikel 2.76 lid 3 AW, artikel 2.10.11 ARW 2016) en een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is (artikel 42 lid 4 richtlijn, artikel 2.76 lid 4 AW, artikel 2.10.12 ARW 2016). Deze melding/verwijzing zal dan vergezeld gaan van de woorden "of gelijkwaardig".

(...)'

- 1.12. Op 11 januari 2018 heeft de advocaat van klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Namens [Klager] reageer ik op de brief van [Beklaagde] van 1 november 2017. [Beklaagde] heeft in deze brief de klacht van [Klager] op twee onderdelen ongegrond verklaard, in afwijking van het advies van het Klachtenmeldpunt. Het derde klachtonderdeel is – in lijn met het advies van het Klachtenmeldpunt – wel gegrond verklaard. [Klager] is van mening dat klachten 1 en 2 ten onrechte ongegrond zijn verklaard en licht dat nader toe.

I. Vraagspecificatie is in strijd met NEN-EN 1317-5

1. NEN-EN 1317-5 is de geldende norm voor geleiderails. [Beklaagde] heeft dit ook erkend in haar brief van 1 november 2017. Het voldoen aan deze norm is verplicht en geleiderails moeten op grond van deze norm CE-gemarkeerd zijn. Het specifiek opnemen van NEN-EN 1317-5 in de vraagspecificatie is niet verplicht, maar de vraagspecificatie moet wel passen binnen de reikwijdte van NEN-EN 1317-5. Daarvan is echter bij onderhavige aanbesteding geen sprake. In plaats daarvan heeft [Beklaagde] verwezen naar "type VLP 2Z 133-80 R" dat is gebaseerd op de oude norm NEN 5191 voor geleiderails. Echter is deze norm al in augustus 2015 ingetrokken wegens strijd met NEN-EN 1317-5. Van de veertien producten die voldoen aan NEN 5191 komen er bijvoorbeeld tien niet in aanmerking voor de volgens Europese regelgeving verplichte CE-markering. Alle geleiderails moet CE gemarkeerd zijn conform NEN-EN 1317-5, anders levert dit strijd op met de Europese Verordening 305/2011/EG.
2. Alleen hieruit volgt al dat de vraagspecificatie in strijd is met NEN-EN 1317-5
3. [Beklaagde] heeft niet alle vrijheid om technische specificaties naar keuze te omschrijven in de aanbestedingsstukken. [Beklaagde] is ex artikel 1.13 Aanbestedingswet gehouden om het Aanbestedingsreglement werken 2016 (hierna: "ARW") toe te passen volgens het 'pas toe of leg uit'-principe. [Beklaagde] is dus gehouden om het ARW toe te passen óf een afwijking van die voorschriften in de aanbestedingsstukken te motiveren.
4. [Beklaagde] is op grond van het voorgaande in de eerste plaats gehouden om te bezien of functioneel omschrijven mogelijk is. Pas als blijkt dat een functionele omschrijving niet mogelijk is, kan worden toegekomen aan het opnemen van technische specificaties. Los van de vraag of een functionele omschrijving in onderhavig geval mogelijk was geweest, staat niet ter discussie dat artikel 2.10.4 sub a ARW bepaalt dat de aanbestedende dienst de technische specificaties formuleert door te verwijzen naar een genationaliseerde norm, waarin een Europese norm is omgezet. In dit geval is dat NEN-EN 1317-5. Voor zover [Beklaagde] van artikel 2.10 ARW had willen afwijken, had zij dit dus dienen te motiveren, zoals de klachtencommissie van [Beklaagde] ook geoordeeld heeft. Dit heeft [Beklaagde] echter ten onrechte niet gedaan.

5. Een gelijkkluidende regeling is opgenomen in artikel 42 lid 3 Aanbestedingsrichtlijn 2014/24. Los van het feit dat het ARW op onderhavige aanbesteding van toepassing is, was [Beklaagde] met andere woorden op grond van artikel 42 lid 3 van de Aanbestedingsrichtlijn eveneens gehouden om de vraagspecificatie in overeenstemming met NEN-EN 1317-5 te brengen. Hetgeen zij ten onrechte niet heeft gedaan.
6. De verwijzing naar bijlage VII bij de Aanbestedingsrichtlijn kan [Klager] niet volgen. Bijlage VII is immers niet meer dan een weergave van definities, waaronder een definitie van de term "technische specificatie".
7. En dat [Beklaagde] op grond van artikel 42 lid 3 sub van de Aanbestedingsrichtlijn vrijelijk zelf technisch kan specificeren is sowieso niet juist. Er staat immers dat er verwezen moet worden naar technische specificaties **en**:
 - b) onder verwijzing naar de technische specificaties en, in volgorde van voorkeur, de nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, de Europese technische beoordelingen, de gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen, of, bij gebreke van
8. Nu er met de NEN-EN 1317-5 een nationale norm is waarin Europese normen zijn omgezet dient [Beklaagde] op grond van artikel 42 lid 3 sub b juist die NEN-EN 1317-5 te volgen.
9. [Klager] kan [Beklaagde] daarnaast niet volgen waar zij stelt dat door het voorschrijven van "type VLP 2Z 133-80 R" zou zijn gekozen voor een in de branche gebruikelijke gecodeerde verwijzing naar afmetingen en kenmerken van de geleiderail. Waar [Beklaagde] op doelt met het verwijzen naar 'een in de branche gebruikelijke verwijzing' is [Klager] niet duidelijk aangezien alleen Nederlandse partijen bekend zijn met het Nederlandse "type VLP 2Z 133-80 R." Niet-Nederlandse partijen worden hierdoor uitgesloten en dus benadeeld. Dit is op grond van artikel 42 lid 2 Aanbestedingsrichtlijn, welk artikel bepaalt dat inschrijvers gelijke toegang tot de aanbestedingsprocedure moet worden geboden, niet toegestaan.
10. In de VLP 2Z 133-80 R wordt in de ingetrokken norm 5190/5191 tot in detail bijvoorbeeld de productie tekeningen en plaatsingsvoorschriften beschreven. Een alternatief systeem aanbieden kan derhalve niet, want er wordt per saldo heel specifiek om 1 product gevraagd.
11. Zie in dit kader overigens ook de blog van het CROW van 17 oktober 2017 (**bijlage 1**). In deze blog geeft het CROW terecht aan dat het voorschrijven van een specifieke geleiderail, zoals bijvoorbeeld "type VLP 2Z 133-80 R," in beginsel niet meer is toegestaan. In plaats daarvan zullen aanbesteders in hun aanbestedingsstukken de constructies moeten beschrijven conform de CE-markering met prestatieklassen, eventueel met aanduiding van soort materiaal, bijvoorbeeld hout vanwege de landschappelijke inpassing. De blog van CROW is volledig in lijn met de standpunten van [Klager].
12. De stelling van [Beklaagde] dat zij bij onderhavige aanbesteding niet gebonden zou zijn aan regelgeving met een publiekrechtelijk karakter kan [Klager] daarnaast niet plaatsen. De discussie over de toepasselijke aanbestedingsrechtelijke bepalingen en normen en de uitleg daarvan ziet immers enkel op regelgeving met een privaatrechtelijk karakter. [Beklaagde] is vanzelfsprekend aan die regelgeving gebonden. In de door [Beklaagde] aangehaalde uitspraak van het gerechtshof Den Haag van 28 januari 2014

(ECLI:NL:GHDHA:2014:411) was bovendien sprake van een ander feitencomplex. Het systeem waar het daar om ging behoefde niet door Rijkswaterstaat te worden geaccepteerd juist omdat het niet voldeed aan de geldende normen.

13. [Beklaagde] is dus gehouden gelijkwaardige systemen te accepteren die voldoen aan NEN-EN 1317-5. [Beklaagde] heeft in dit kader zelf ook verwezen naar artikel 8 lid 5 Verordening Bouwproducten (305/2011/EG). Welke verordening rechtstreekse werking heeft voor zowel overheidsinstanties als bedrijven. Het was [Beklaagde] daarom niet toegestaan aanvullende eisen in strijd met NEN-EN 1317-5 te stellen, omdat zij hiermee potentiële inschrijvers ten onrechte uitsluit. Zie ook het arrest HvJ EU 6 oktober 2014, C-100/13, In dit arrest is juist vastgelegd dat er alleen gevraagd mag worden naar kenmerken conform de geharmoniseerde norm. Er is geen ruimte voor aanvullend specificeren naast de norm. Het vrij verkeer van goederen gaat voor en "gaten in de norm" kunnen niet gedicht worden met extra eisen stellen.
14. Europese (niet-Nederlandse) leveranciers zijn bovendien niet bekend met het door [Beklaagde] voorgeschreven en door Rijkswaterstaat ontworpen "type VLP 2Z 133-80 R." Inschrijvers, waaronder [Klager], die wel voldoen aan de Europese normen kunnen hierdoor ten onrechte niet toetreden tot de Nederlandse markt, meer specifiek tot onderhavige aanbesteding.
15. Het is bovendien niet toegestaan om te verwijzen naar "type VLP 2Z 133-80 R" dat is ontleend aan de ingetrokken norm NEN 5191. "Type VLP 2Z 133-80 R" is volgens [Beklaagde] geen "type" in de zin van de aanbestedingsrichtlijn, omdat het een gecodeerde aanduiding van afmetingen en kenmerken zou betreffen. Dit standpunt van [Beklaagde] is onjuist. De aanduiding "type VLP 2Z 133-80 R" is een gecodeerde omschrijving van de afmetingen en kenmerken van één specifiek product. De ingetrokken norm NEN 5191 spreekt bovendien zelf ook over een type. Overigens is "type VLP 2Z 133-80 R" bedacht door Rijkswaterstaat en schrijft de overheid op deze manier ten onrechte enkel haar eigen producten voor. Zie in dit kader ook nogmaals de blog van CROW (bijlage 1).
16. [Beklaagde] hoeft dus kortom niet 'ieder willekeurig type geleiderail' te accepteren zolang de geleiderail maar is voorzien van de vereiste CE-markering, maar [Beklaagde] moet wel gelijkwaardige systemen accepteren die voldoen aan NEN-EN 1317-5. Daarvan is in onderhavig geval geen sprake. [Klager] kan dan ook niet anders dan concluderen dat [Beklaagde] ten onrechte "type VLP 2Z 133-80 R" heeft voorgeschreven. [Beklaagde] had bij de vraagspecificatie gebruik moeten maken van de functionele prestatie kenmerken volgend uit de NEN-EN 1317-5, te weten kerend vermogen, werkende breedte en letsel index.

II. NEN-EN 1317-5 gaat vóór CROW-norm

17. Verder benadrukt [Klager] dat [Beklaagde] de tweede klacht van [Klager] onjuist heeft geïnterpreteerd. [Beklaagde] heeft in haar brief van 1 november 2017 gesteld dat zij niet gehouden was om in het bestek expliciet te verwijzen naar NEN-EN 1317-5. [Klager] heeft echter niet gesteld dat volgens haar een expliciete verwijzing naar NEN-EN 1318-5 in het bestek had moeten worden opgenomen. [Klager] heeft gesteld dat een generationaliseerde norm (in dit geval NEN-EN 1317-5) op grond van artikel 2.10.4 sub a ARW voorgaat op de CROW-norm uit het handboek Bermbeveiligingsvoorschriften.

18. Zoals [Beklaagde] en ook het Klachtenmeldpunt hebben aangegeven is NEN-EN 1317-5 de genationaliseerde (Europese) norm voor geleiderails. Verder volgt uit de CROW-norm zelf eveneens dat de constructie van een afschermingsvoorziening moet voldoen aan NEN-EN 1317-5. Bovendien heeft het CROW het handboek Bermbeveiligingsvoorschriften waar [Beklaagde] naar verwijst uit haar collectie gehaald, omdat de richtlijn verouderd is (zie **bijlage 2** waarin dit standpunt door het CROW wordt bevestigd).
19. [Beklaagde] was dus niet verplicht om in de aanbestedingsstukken de norm NEN-EN 1317-5 als afzonderlijke eis voor te schrijven, maar [Beklaagde] mocht geen eisen stellen die strijdig zijn met NEN-EN 1317-5 waarin de essentiële prestatiekenmerken van geleiderails (waaronder kerend vermogen, werkingsbreedte en letstelschadeklasse) zijn gedefinieerd. De conclusie luidt dan ook dat [Beklaagde] klacht 2 gegrond had moeten verklaren, zoals ook het Klachtenmeldpunt heeft geoordeeld.

(...)

Bijlage 1: Blog CROW: 'Hoe zit het nu eigenlijk met geleiderail in RAW?'

'Afgelopen jaar zijn er aan onze helpdesk vragen gesteld over de toepassing van de Nederlandse geleiderail. Opdrachtgevers horen van leveranciers van bermbeveiligingsconstructies dat deze zo vertrouwde geleiderail niet meer mag worden voorgeschreven. Klopt dat?'

Inderdaad hebben die leveranciers een punt. In de beginjaren negentig is een start gemaakt met het opstellen van geharmoniseerde Europese normen voor deze constructies (de EN 1317 serie). Uiteindelijk doel daarvan is altijd geweest om vrije handel tussen de lidstaten mogelijk te maken. Dit hele proces duurde langer dan verwacht maar is inmiddels grotendeels afgerond: sinds een aantal jaren mag geleiderail alleen met een CE-markering in de handel worden gebracht, in 2015 heeft NEN de normen voor de Nederlandse geleiderail (NEN 5190 en 5191) ingetrokken. Geleiderail is daarmee een van de vele producten die voortaan moeten worden voorzien van een CE-markering.

Wat betekent dit nu in de praktijk?

Producenten en leveranciers van afschermende constructies in de Europese unie moeten hun producten testen en beschrijven zoals vastgelegd in EN 1317 en voorzien van een CE-markering. Daarbij beschrijft EN 1317 de constructies niet meer in detail maar maakt gebruik van prestatieklassen. De prestatieklassen zijn een maat voor de belasting die de constructie kan opvangen (voertuigkerende werking). Voor meer informatie wordt verwezen naar de normen zelf en naar het CROW Handboek Veilige inrichting van bermen.

In contracten is het voorschrijven van een specifieke geleiderail zoals de Nederlandse in beginsel niet meer toegestaan. Doe je dit wel dan kan dit leiden tot een handelsbelemmering. Voor nieuw te plaatsen constructies is het advies dan ook om die te beschrijven conform de CE-markering met prestatieklassen, eventueel met aanduiding van het soort materiaal bijv. hout vanwege de landschappelijke inpassing. Dit moet met eigen tekst, de huidige RAW-teksten voorzien daar niet in. Voor herstel en reparatie van de bestaande geleiderail kunnen de huidige RAW-teksten nog worden gebruikt.

Tot slot

De markt moet leren omgaan met de nieuwe situatie. Testen die nodig zijn voor een CE-markering zijn kostbaar en niet alle constructies zijn op dit moment al getest. Bovendien zijn er geen regels voor "CE-gemarkeerde aansluitingen" tussen twee verschillende producten die beide wel de verlangde voortuigkerende werking bezitten (denk aan aansluitingen op bestaande constructies). Producenten, leveranciers en de leden van de normcommissie moeten dus nog wat werk verzetten.

Verreweg de grootste toepasser van dit soort constructies, Rijkswaterstaat, maakt tegenwoordig gebruik van eigen contractvormen. Een analyse van 2700 op basis van de Standaard 2010 openbaar aanbestede RAW-bestekken leverde een aandeel van 0,0% geleiderailposten op. Ook CROW beraadt zich nog hoe ze met de nieuwe situatie moet omgaan: nieuwe, op EN 1317 gebaseerde standaardteksten maken onder de UAV (dus RAW) of onder de UAVgc? Of misschien wel geen standaardteksten meer opnemen.

Emile Hensen (CROW)'

Bijlage 2: E-mail CROW aan advocaat klager van 21 november 2017:

'We hebben de publicatie 'ROA Handboek Bermbeveiligingsvoorzieningen' uit onze collectie gehaald. De richtlijn is verouderd en een nieuwe versie staat op de website van RWS: www.RWS.nl

Bij Zakelijk staan de richtlijnen van Rijkswaterstaat.

De link is <https://www.rijkswaterstaat.nl/zakelijk/werken-aan-infrastructuur/bouwrichtlijnen-infrastructuur/autosnelwegen/index.aspx>'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

De technische specificatie met verwijzing naar type VLP 2Z 133-80 R (zie het bestek in 1.3 hiervoor) is in strijd met het transparantiebeginsel.

2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde handelt in strijd met artikel 2.10.4 ARW 2016 doordat de gehanteerde technische specificatie met verwijzing naar type VLP 2Z 133-80 R in strijd is met de geldende genationaliseerde Europese norm voor geleiderail, te weten NEN-EN 1317-5 (zie het bestek in 1.3 hiervoor). Daarmee handelt beklagde eveneens in strijd met Verordening 305/2011/EU. De nationaal omgezette Europese norm NEN-EN 1317-5 heeft voorrang op de nationale norm van CROW waarnaar beklagde heeft verwezen.

2.3. Klachtonderdeel 3

Beklaagde heeft in strijd met artikel 2.10.11 ARW 2016 verwezen naar een type product, type VLP 2Z 133-80 R.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

Klager kan beklagde niet volgen waar zij stelt dat door het voorschrijven van "type VLP 2Z 133-80 R" zou zijn gekozen voor een in de branche gebruikelijke

gecodeerde verwijzing naar afmetingen en kenmerken van de geleiderail. Waar beklagde op doelt met het verwijzen naar 'een in de branche gebruikelijke verwijzing' is klager niet duidelijk aangezien alleen Nederlandse partijen bekend zijn met het Nederlandse "type VLP ZZ 133-80 R." Europese (niet-Nederlandse) leveranciers zijn niet bekend met het door beklagde voorgeschreven en door Rijkswaterstaat bedachte "type VLP ZZ 133-80 R." Inschrijvers, waaronder klager, die wel voldoen aan de Europese normen kunnen hierdoor ten onrechte niet toetreden tot de Nederlandse markt, meer specifiek tot onderhavige aanbesteding. Niet-Nederlandse partijen worden hierdoor uitgesloten en dus benadeeld. Dit is op grond van artikel 42 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU, welk artikel bepaalt dat inschrijvers gelijke toegang tot de aanbestedingsprocedure moet worden geboden, niet toegestaan.

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. NEN-EN 1317-5 is de geldende norm voor geleiderail. Beklaagde heeft dit ook erkend in haar brief van 1 november 2017. Het voldoen aan deze norm is verplicht en geleiderail moet op grond van deze norm onder andere CE-gecertificeerd zijn. Het specifiek opnemen van NEN-EN 137-5 in de vraagspecificatie is niet verplicht, maar de vraagspecificatie moet wel passen binnen de reikwijdte van NEN-EN 1317-5.
- 3.2.2. Volgens klager is daarvan bij onderhavige aanbesteding echter geen sprake. In plaats daarvan heeft beklagde verwezen naar "type VLP ZZ 133-80 R" dat is gebaseerd op de norm NEN 5191. Deze norm is echter al in augustus 2015 ingetrokken wegens strijd met NEN-EN 1317-5. Van de veertien producten die voldoen aan NEN 5191 komen er volgens klager bijvoorbeeld tien niet in aanmerking voor de volgens Europese regelgeving verplichte CE-markering.
- 3.2.3. Alle geleiderail moet volgens klager CE-gemarkeerd zijn, anders levert dit strijd op met NEN-EN 1317-5. Alleen hieruit volgt al dat de vraagspecificatie van beklagde in strijd is met NEN-EN 1317-5. Beklaagde heeft niet alle vrijheid om technische specificaties naar keuze te omschrijven in de aanbestedingsstukken maar is ex artikel 1.13 Aw 2012 gehouden om het ARW 2016 toe te passen volgens het 'pas toe of leg uit'- principe. Beklaagde is dus gehouden om het ARW 2016 toe te passen óf een afwijking van die voorschriften in de aanbestedingsstukken te motiveren.
- 3.2.4. Klager stelt dat beklagde op grond van het voorgaande in de eerste plaats gehouden is om te bezien of functioneel omschrijven mogelijk is. Pas als blijkt dat een functionele omschrijving niet mogelijk is, kan worden toegekomen aan het opnemen van technische specificaties. Los van de vraag of een functionele omschrijving in onderhavig geval mogelijk was geweest, staat volgens klager niet ter discussie dat artikel 2.10.4 sub a ARW 2016 bepaalt dat de aanbestedende dienst de technische specificaties formuleert door te verwijzen naar een genationaliseerde norm. In dit geval is dat NEN-EN 1317-5. Voor zover beklagde van artikel 2.10 ARW 2016 had willen afwijken, had zij dit dus moeten motiveren, zoals de klachtencommissie van beklagde ook geoordeeld heeft. Beklaagde heeft dit echter ten onrechte niet gedaan.
- 3.2.5. Een gelijkkluidende regeling is opgenomen in artikel 42 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU. Los van het feit dat het ARW 2016 op onderhavige aanbesteding van toepassing is, was beklagde met andere woorden op grond van artikel 42 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU eveneens gehouden om de vraagspecificatie in overeenstemming met NEN-EN 1317-5 te brengen. Beklaagde heeft zich naar mening van klager ten onrechte niet gehouden aan die bepaling(en).

- 3.2.6. In dit kader verwijst klager naar de blog van het CROW van 17 oktober 2017. Volgens klager geeft het CROW in deze blog terecht aan dat het voorschrijven van een specifieke geleiderail, zoals bijvoorbeeld "type VLP 2Z 133-80 R," in beginsel niet meer is toegestaan. In plaats daarvan zullen aanbesteders in hun aanbestedingsstukken de constructies moeten beschrijven conform de CE-markering met prestatieklassen, eventueel met aanduiding van soort materiaal, bijvoorbeeld hout vanwege de landschappelijke inpassing. De blog van CROW is volledig in lijn met de standpunten van klager.
- 3.2.7. De stelling van beklagde dat zij bij onderhavige aanbesteding niet gebonden zou zijn aan regelgeving met een publiekrechtelijk karakter kan klager evenmin plaatsen. De discussie over de toepasselijke aanbestedingsrechtelijke bepalingen en normen en de uitleg daarvan ziet immers enkel op regelgeving met een privaatrechtelijk karakter. Beklaagde is vanzelfsprekend aan die regelgeving gebonden. In de door beklagde aangehaalde uitspraak van het gerechtshof Den Haag van 28 januari 2014 (ECLI:NL:GHDHA:2014:411) was bovendien sprake van een ander feitencomplex. Het systeem waar het daar om ging behoeft niet door Rijkswaterstaat te worden geaccepteerd juist omdat het niet voldeed aan de geldende normen.
- 3.2.8. Beklaagde is dus gehouden gelijkwaardige systemen te accepteren die voldoen aan NEN-EN 1317-5. Beklaagde heeft in dit kader zelf ook verwezen naar artikel 8 lid 5 Verordening Bouwproducten (305/2011/EU). Deze verordening heeft rechtstreekse werking voor zowel overheidsinstanties als bedrijven. Het was beklagde daarom niet toegestaan aanvullende eisen in strijd met NEN-EN 1317-5 te stellen, omdat zij hiermee potentiële inschrijvers ten onrechte uitsluit.
- 3.2.9. Beklaagde hoeft kortom niet 'ieder willekeurig type geleiderail' te accepteren zolang de geleiderail maar is voorzien van de vereiste CE-markering, maar beklagde moet wel gelijkwaardige systemen accepteren die voldoen aan NEN-EN 1317-5. Daarvan is in onderhavig geval geen sprake. Klager kan dan ook niet anders concluderen dan dat beklagde ten onrechte "type VLP 2Z 133-80 R" heeft voorgeschreven. Beklaagde had bij de vraagspecificatie gebruik moeten maken van de functionele prestatie kenmerken volgend uit de NEN-EN 1317-5, te weten kerend vermogen, werkende breedte en letsel index.
- 3.2.10. Ten slotte heeft beklagde in haar brief van 1 november 2017 (zie 1.11 hiervoor) gesteld dat zij niet gehouden was om in het bestek expliciet te verwijzen naar NEN-EN 1317-5. Klager heeft echter niet gesteld dat volgens haar een expliciete verwijzing naar NEN-EN 1317-5 in het bestek had moeten worden opgenomen maar dat een genationaliseerde norm (in dit geval NEN-EN 1317-5) op grond van artikel 2.10.4 sub a ARW 2016 voorgaat op de CROW-norm uit het handboek Bermbeveiligingsvoorschriften.
- 3.2.11. Zoals beklagde en ook het Klachtenmeldpunt hebben aangegeven is NEN-EN 1317-5 de genationaliseerde (Europese) norm voor geleiderail. Verder volgt uit de CROW-norm zelf eveneens dat de constructie van een afschermingsvoorziening moet voldoen aan NEN-EN 1317-5. Bovendien heeft het CROW het handboek Bermbeveiligingsvoorschriften waar beklagde naar verwijst uit haar collectie gehaald, omdat de richtlijn is verouderd. Klager verwijst hiertoe naar de bijlage 2 bij de brief van klager van 11 januari 2018 (zie 1.12 hiervoor). Beklaagde was dus niet verplicht om in de aanbestedingsstukken de norm NEN-EN 1317-5 als afzonderlijke eis voor te schrijven, maar beklagde mocht geen eisen stellen die strijdig zijn met NEN-EN 1317-5 waarin de essentiële prestatiekenmerken van geleiderail (waaronder kerend vermogen, werkingsbreedte en letstelschadeklasse) zijn gedefinieerd. De conclusie luidt dan ook dat beklagde klacht 2 gegrond had moeten verklaren, zoals ook het klachtenmeldpunt heeft geoordeeld.

3.3. Klachtonderdeel 3

Het is volgens klager bovendien niet toegestaan om te verwijzen naar "type VLP 2Z 133-80 R" dat is ontleend aan de ingetrokken norm NEN 5191. "Type VLP 2Z 133-80 R" is volgens beklagde geen "type" in de zin van de aanbestedingsrichtlijn, omdat het een gecodeerde aanduiding van afmetingen en kenmerken zou betreffen. Klager stelt dat dit standpunt van beklagde onjuist is. De aanduiding "type VLP 2Z 133-80 R" is een gecodeerde omschrijving van de afmetingen en kenmerken van één specifiek product. De ingetrokken norm NEN 5191 spreekt bovendien zelf ook over een type. Overigens is "type VLP 2Z 133-80 R" bedacht door Rijkswaterstaat en schrijft de overheid op deze manier ten onrechte enkel haar eigen producten voor. Zie in dit kader ook nogmaals de blog van CROW (zie bijlage 1 bij haar brief van 11 januari 2018 in 1.12 hiervoor).

4. **Reactie beklagde**

4.1. Algemeen

4.1.1. Beklagde stelt voorop dat naar haar oordeel de klachtonderdelen van klager ongegrond zijn. Alvorens inhoudelijk te reageren op de klachten van klager, staat beklagde in het onderstaande kort stil bij de onderwerpen CE-markering, norm NEN-EN 1317 en technische specificaties.

4.1.2. Ten aanzien van CE-markering en de geharmoniseerde norm NEN-EN 1317 merkt beklagde het volgende op.

4.1.3. Het is verboden bouwproducten in de handel te brengen die niet zijn voorzien van de daarop betrekking hebbende CE-markering, althans voor zover de Europese Commissie een geharmoniseerde Europese norm voor dat product heeft gepubliceerd en de co-existentperiode met betrekking tot die norm is afgelopen. Voor geleiderail geldt de geharmoniseerde norm NEN-EN 1317-5:2007+A2:2012. De overgangperiode voor die norm is op 1 maart 2013 afgelopen. Norm NEN-EN 1317 definieert essentiële prestatiekenmerken van geleiderail, te weten kerend vermogen, letselschadeklasse en werkingsbreedte. Dit wordt door klager erkend (zie bijvoorbeeld haar klachtbrief van 15 juni 2017 in 1.6 hiervoor).

'In this standard, several levels of performance are given for the three main criteria relating to the restraint of a road vehicle:

- The containment level;
- The impact severity levels;
- The deformation as expressed by the working width and vehicle intrusion (including normalised values)'

4.1.4. Wat betreft het kerend vermogen ("containment level") onderscheidt norm NEN-EN 1317 vijftien verschillende klassen. Daarnaast kent norm NEN-EN 1317 drie verschillende letselschadeklassen ("impact severity level") afhankelijk van de ASI (Acceleration Severity Index) en de THV (Theoretical Head Impact Velocity). Bij level A moet de $ASI \leq 1,0$ zijn, bij level B moet $ASI \leq 1,4$ zijn en bij level C moet $ASI \leq 1,9$ zijn. Tot slot kent norm NEN-EN 1317 nog acht klassen (W1 t/m W8) wat betreft de werkingsbreedte ("working width") van de geleideconstructie.

4.1.5. Het voldoen aan norm NEN-EN 1317 is verplicht; geleiderail mag niet in het handelsverkeer worden gebracht indien zij niet beschikken over een CE-markering en prestatieverklaring. De Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) van het ministerie van Infrastructuur en Milieu controleert op de aanwezigheid van de CE-

markering en de prestatieverklaring. Ook ziet de ILT toe op de volledigheid en juistheid van de informatie over de prestaties van het product op de essentiële kenmerken voor de toepassing.

- 4.1.6. Uit onderstaand voorbeeld van een CE-markering, ontleend aan NEN-EN 1317-5 + A2, p. 30, blijkt volgens beklagde dat in de CE-markering zelf wordt aangegeven wat de prestaties van het betreffende product zijn, ten aanzien van de prestatiekenmerken:


 <p>01234</p>	<p><i>CE marking, consisting of the "CE"-symbol given in Directive 93/68/EEC</i></p> <p><i>Identification number of the certification body (where relevant)</i></p>
<p>AnyCo Ltd, PO Box 21, B-1050</p> <p>12</p> <p>01234-CPD-00234</p>	<p><i>Name or identifying mark and registered address of the producer</i></p> <p><i>Last two digits of the year in which the marking was affixed</i></p> <p><i>EC Certificate of conformity number</i></p>
<p>EN 1317-5:2007+A2:2012</p> <p>Product Conic barrier, type C, two sided median safety barrier</p> <p>intended to be used in circulation areas</p> <p>Performance under impact:</p> <p>a) Containment level: H1 and H2</p> <p>b) Impact severity: A</p> <p>c) Normalized Working Width:</p> <p style="padding-left: 40px;">H1: $W_N = W4$ (1,1 m)</p> <p style="padding-left: 40px;">H2: $W_N = W6$ (1,9 m)</p> <p>d) Normalized Dynamic deflection:</p> <p style="padding-left: 40px;">H1 $D_N = 0,5$ m</p> <p style="padding-left: 40px;">H2 $D_N = 1,3$ m</p> <p>e) Normalized vehicle intrusion:</p> <p style="padding-left: 40px;">H1: $V_N = V14$ (1,2 m)</p> <p style="padding-left: 40px;">H2: $V_N = V16$ (2,0 m)</p> <p>Durability:</p> <p>S 235 JR galvanized in accordance with EN ISO 1461</p> <p>Resistance to snow removal: Class 3</p> <p>Dangerous substance:</p> <p>NPD</p>	<p><i>No. of European Standard</i></p> <p><i>Description of product</i></p> <p><i>Intended use</i></p> <p><i>Information on regulated characteristics</i></p>

Figure ZA.1.a – Example CE marking information for safety barriers

Information to be given on the product, label, packaging and/or commercial document

- 4.1.7. Het is daarom voor beklagde niet nodig om het voldoen aan norm NEN-EN 1317 als afzonderlijke eis op te nemen in bestekken. Dit wordt ook met zoveel woorden door klager erkend in haar klachtonderdeel 1: "Het specifiek opnemen van NEN-EN 1317-5 in de vraagspecificatie is niet verplicht, maar de vraagspecificatie moet wel passen binnen de reikwijdte van NEN-EN 1317-5" en klachtonderdeel 2: "[Beklaagde] was dus niet verplicht om in de aanbestedingsstukken de norm NEN-EN 1317-5 als afzonderlijke eis voor te schrijven [...]."
- 4.1.8. Beklaagde kan ervoor kiezen om een verwijzing naar NEN-EN 1317 op te nemen in het bestek, bijvoorbeeld indien zij kiest voor een specifieke klasse onder de NEN-EN-norm. Zie bijvoorbeeld de wijze van uitvraag van de houten geleiderail, zoals hierna toegelicht onder 3.6. Beklaagde is hiertoe echter niet verplicht.
- 4.1.9. Op grond van artikel 8 lid 5 van de Verordening Bouwproducten (305/2011/EU) mogen lidstaten producten met een CE-markering niet weren van de nationale markt door bijvoorbeeld aanvullende eisen te stellen. Dit verbod op het stellen van aanvullende eisen geldt echter "slechts" ten aanzien van een overheidsorgaan in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden; door een publiekrechtelijk handelende autoriteit (dat is dus niet een aanbestedende dienst die een overheidsopdracht plaatst) mogen geen aanvullende nationale eisen worden gesteld aan dergelijke producten voor het in de handel brengen van die producten.
- 4.1.10. Die situatie deed zich voor in het door klager aangehaalde arrest Hof van Justitie EU van 16 oktober 2014, C-100/13 (Commissie/Duitsland) (zie de brief van klager van 11 januari 2018, punt 13 in 1.12 hiervoor). In Duitsland was publiekrechtelijke regelgeving van kracht die aanbieders in het algemeen belette om bouwmaterialen op de markt te brengen en te gebruiken die – naast CE-markering – niet (ook) een Duits Ü-Zeichen keurmerk droegen. Het Hof oordeelde hier dat nationale bouwregelgeving geen nadere eisen aan bouwproducten mag stellen om toegelaten te worden op de Duitse markt. Een dergelijke situatie deed zich bij onderhavige aanbesteding echter niet voor.
- 4.1.11. Aanbestedende diensten (privaatrechtelijk handelende overheden) mogen als zij een overheidsopdracht willen plaatsen wel degelijk hun eigen specifieke wensen en eisen stellen, mits deze voldoen aan artikel 42 van de aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU ("technische specificaties") en de aanbestedingsbeginselen.
- 4.1.12. Beklaagde verwijst hiertoe ook naar een uitspraak van het Hof Den Haag van 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:411 (Verdegro/Staat), r.o. 2.4:

'Rijkswaterstaat heeft gesteld dat hij bij het door Verdegro gewraakte handelen niet is opgetreden in enige publiekrechtelijke hoedanigheid, maar gebruik heeft gemaakt van zijn privaatrechtelijke bevoegdheid en vrijheid om bij het aangaan van aannemingscontracten eisen te stellen aan het materieel en de werkwijze die door aannemers mogen worden gebruikt bij het uitvoeren van werkzaamheden aan rijkswegen. Dit is door Verdegro niet voldoende gemotiveerd betwist. Hieruit volgt dat Rijkswaterstaat in hoge mate vrij was en is bij het stellen van die eisen en dat de civiele rechter als uitgangspunt moet nemen dat ingrijpen slechts geboden kan zijn indien Rijkswaterstaat disproportionele eisen zou stellen. Rijkswaterstaat is hierbij niet gebonden geweest aan regelgeving met een publiekrechtelijk karakter. Met de hierboven in rechtsoverweging 1.2 vermelde regelingen heeft Rijkswaterstaat het doen van aanbestedingen en het aangaan van aannemingscontracten willen vergemakkelijken.'

- 4.1.13. Uitgangspunt is dan ook dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is om te bepalen wat hij wil inkopen. Dit blijkt ook uit eerdere adviezen van de Commissie waarbij beklagde naar onder meer Advies 318 en 387 verwijst.
- 4.1.14. In de toelichting op klachtonderdeel 1 geeft klager aan het onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijk handelen van beklagde niet te kunnen plaatsen. Ten overvloede, een voorbeeld waarmee het standpunt van beklagde in dezen wordt geïllustreerd.
- 4.1.15. Beklaagde mag vanuit publiekrechtelijk kader geen regelgeving opstellen waarmee uitsluitend zwarte dieselauto's worden toegelaten op de markt van beklagde. Bij een aanbesteding van de dienstauto voor de Commissaris van de Koning mag beklagde echter wel degelijk eisen dat die auto – gelet op de gewenste representatieve uitstraling – zwart dient te zijn en dat het een auto met een dieselmotor moet zijn, gelet op het aantal kilometers dat jaarlijks met de auto zal worden gereden.
- 4.1.16. Beklaagde stelt – vanuit haar private rol als opdrachtgever – eisen aan de geleiderail die in haar projecten wordt toegepast (zie het bestek in 1.3 hiervoor, bestekspostnummer 1660 e.v.). Deze eisen stelt beklagde onder meer vanuit:
- onderhoudbaarheid (onderhoud en incidentmanagement);
 - beperking voorraadkosten vervangende onderdelen;
 - uniform wegbeeld (in verband met verkeersveiligheid);
 - restcapaciteit geleiderail na een botsing;
 - bodemgesteldheid.
- 4.1.17. Ook door klager wordt onderkend dat het mogelijk is voor beklagde om eisen te stellen. Zo heeft klager opgemerkt dat dit kan voor "bijvoorbeeld hout vanwege de landschappelijke inpassing" (zie de brief van klager van 11 januari 2018, punt 11 in 1.12 hiervoor).
- 4.1.18. In het bestek van onderhavige aanbesteding is de volgende eis opgenomen ten aanzien van geleiderail: Type VLP 2Z 133-80 R. Dit is volgens beklagde geen "type" in de zin van de aanbestedingsrichtlijn, maar een codering voor de afmetingen en fysieke kenmerken van het te leveren product. Concreet wordt hiermee het volgende uitgevraagd:
- VLP: geleiderail verstijfd door diagonalen in het middelste veld van elke 4 meter geleiderail en door vermindering van de paalafstand;
2Z: tweezijdig uitgebouwd;
133: paalafstand van 133 cm;
80: liggerbreedte van 80 cm;
R: waarbij de diagonaaluitvoering rechts is.
- 4.1.19. Volgens beklagde is deze codering een in de branche gebruikelijke aanduiding voor geleiderail, die is ontleend aan de ingetrokken nationale norm NEN 5191. Door de (gecodeerde) aanduiding van de bovengenoemde afmetingen en fysieke kenmerken in het bestek voor te schrijven, heeft beklagde echter niet de norm NEN 5191 voorgeschreven.
- 4.1.20. Ten aanzien van de bestekspost houten geleiderail had klager een derde klacht ingediend bij beklagde, omdat daar werd verwezen naar een concrete leverancier zonder de toevoeging "of gelijkwaardig". Beklaagde heeft deze derde klacht gegrond verklaard. Dit neemt niet weg dat de verdere wijze van uitvraag van de bestekspost houten geleiderail – ook naar het oordeel van klager – correct was.

Dit blijkt onder meer uit de brieven van 15 juni 2017 en 30 augustus 2017 van klager aan beklaagde (zie 1.6 en 1.9 hiervoor). Bij de houten geleiderail heeft beklaagde een verwijzing naar NEN-EN 1317 opgenomen. Het type te leveren product was daar beperkt tot geleiderail die voldoet aan:

- Prestatieklasse: N2
- Werkende breedte: W4
- Letselkans ASI: A

4.1.21. Beklaagde wijst erop dat zij bij de houten geleiderail daarnaast nog diverse eisen heeft gesteld die niet volgen uit NEN-EN 1317, zoals:

- Frame cortenstaal
- Hout, grenen duurzaam behandeld tegen houtrot (met FSC keurmerk)
- Hoogte (max): 700 mm
- Breedte (max): 340 mm
- Paalafstand van 2000 mm.

4.1.22. Gelet op het bovenstaande, biedt de besteksbeschrijving van de geleiderail naar de mening van beklaagde juist meer ruimte aan de markt, dan de besteksbeschrijving van de houten geleiderail. Er is bij de geleiderail geen specifieke prestatieklasse, werkende breedte of letselkans ASI in de zin van NEN-EN 1317 voorgeschreven. De keuze is hier aan de opdrachtnemer. Er zijn enkel afmetingen en fysieke kenmerken uitgevraagd door middel van de codering VLP 2Z 133-80 R. Uiteraard zal wel een CE-gemarkeerde geleiderail moeten worden geleverd.

4.1.23. In de aanbestedingsrichtlijn wordt het begrip "technische specificatie" zeer ruim geformuleerd; het betreft in wezen alle eisen die betrekking hebben op het product of de dienst zelf.

4.1.24. Het standpunt van klager dat Bijlage VII bij de aanbestedingsrichtlijn "niet meer [is] dan een weergave van definities, waaronder een definitie van de term "technische specificatie"" en dat deze bijlage – kennelijk – niet relevant zou zijn voor de onderhavige discussie, kan beklaagde niet volgen (zie de brief van klager van 11 januari 2018, punt 6 in 1.12 hiervoor). Het gaat bij de klachten van klager immers met name over de vraag op welke wijze beklaagde de technische specificaties van een product dient te verwoorden in het bestek. Deze bijlage VII is dus zeer relevant voor de onderhavige discussie.

4.1.25. In artikel 42, derde lid, van de aanbestedingsrichtlijn worden de instrumenten aan de hand waarvan aanbestedende diensten technische specificaties kunnen vaststellen uitputtend benoemd. De (Europese of nationale) normen vormen in dat verband niet het enige instrument. Het stellen van prestatie-eisen of functionele eisen behoort steeds tot de mogelijkheden, evenals een combinatie van dergelijke eisen met een verwijzing naar normen. Dit illustreert reeds dat verdergaande of andere eisen (mogen) worden gesteld aan een product dan die in de bedoelde normen zijn neergelegd.

4.1.26. Ingevolge artikel 42, derde lid, Richtlijn 2014/24/EU heeft een aanbestedende dienst de vrijheid om technische specificaties naar keuze te omschrijven in termen van:

- a) *Hetzij* prestatie-eisen of functionele eisen;
- b) *Hetzij* verwijzing naar technische specificaties van bijlage VII en – in volgorde van voorkeur – naar:
 - o de nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet;
 - o de Europese technische beoordelingen;
 - o de gemeenschappelijke technische specificaties;

- internationale normen;
- andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen,

of, bij gebreke van dit alles:

de nationale normen;

de nationale technische goedkeuringen;

dan wel de nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, het berekenen en het uitvoeren van de werken en het gebruik van de leveringen

Elke verwijzing gaat vergezeld van de woorden "of gelijkwaardig";

- c) *Hetzij* prestatie- of functionele eisen, waarbij onder vermoeden van overeenstemming hiermee wordt verwezen naar de onder b bedoelde specificaties;
- d) *Hetzij* verwijzing naar de onder b bedoelde specificaties voor bepaalde kenmerken en naar onder a bedoelde prestatie- of functionele eisen voor andere kenmerken.

4.1.27. De wijze (sub a, b, c of d) waarop een aanbesteder de technische specificaties in zijn bestek aangeeft, staat tot zijn vrije keuze. De wijzen van specificeren zijn alternatief geformuleerd; verwijzing naar (nationale of Europese) normen is slechts één van de wijzen om technisch te specificeren. In dat kader verwijst beklagde naar Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, § 17.58:

'The new provisions (...) do not require purchasers to refer to existing European specifications at all: purchasers may always use performance or functional requirements instead.'

4.1.28. Overigens merkt beklagde op dat in artikel 2.76 lid 1 Aanbestedingswet 2012 en artikel 2.10.4 ARW 2016 nog steeds de volgorde uit de voormalige aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG wordt gehanteerd, waarbij verwijzing naar technische specificaties als sub a is opgenomen en verwijzing naar prestatie-eisen en functionele eisen als sub b.

4.1.29. Beklaagde verwijst in dit kader ook naar de 'Commission staff working paper, Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, SEC (2011) 853, p. 25:

'One of the major changes brought about by the 2004 reform of the rules is that it now gives contracting authorities and entities a completely free choice between two main methods of defining their technical specifications (...).'

4.1.30. Het standpunt van klager dat beklagde gehouden is om te bezien of functioneel omschrijven mogelijk is en dat pas kan worden toegekomen aan het opnemen van technische specificaties als blijkt dat een functionele omschrijving niet mogelijk is, is dan ook onjuist; het aanbestedingsrecht kent geen enkele grondslag voor dit standpunt.

4.1.31. Bij specificatie volgens wijze b, staat het de aanbesteder volgens beklagde bovendien vrij om te kiezen tussen een verwijzing naar de technische specificaties van bijlage VII (bijvoorbeeld omschrijving van afmetingen of andere vereiste kenmerken), of een verwijzing naar – kort gezegd – (nationale of Europese) normen. Beklaagde voegt daaraan toe dat een dergelijke verwijzing vergezeld moet gaan van de woorden "of gelijkwaardig". De woorden "of gelijkwaardig" worden toegevoegd aan de verwijzing naar de normen (en dus niet naar de technische specificaties van Bijlage VII), omdat een CE-markering een vermoeden van conformiteit biedt en een fabrikant ook op andere wijze kan aantonen dat het product conform of veilig is.

4.1.32. De aanbestedder heeft dus ruime mogelijkheden om de technische specificaties van de opdracht naar eigen inzicht te formuleren.

4.1.33. Beklaagde verwijst in dit kader naar Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, §17.9:

'Purchasing decisions are directed at securing a product for a particular use in a particular context, and thus often incorporate requirements (such as aesthetic considerations) that are not found in regulatory rules, and for which the minimum standards set for circulation in the market place in general may not be adequate. For example, a product such as a bed or chair that is admitted to the general market may not be suitable for elderly persons or children: even if such users do not need specialised non-standard products (...) the Government may wish, for safety reasons, to purchase only 'standard' products meeting certain specifications (such as chairs with arms rather than without), because of the characteristics of the user group. Thus a presumption that the Government must purchase any product admitted to the market is simply not appropriate.'

4.1.34. Deze vrijheid van de aanbestedder bij het opstellen en vormgeven van specificaties wordt bevestigd in jurisprudentie. Beklaagde wijst op Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 17 december 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO9287 (Oracle/Staat), r.o. 3.2:

'3.2. Vooropgesteld wordt dat in beginsel uitsluitend de aanbestedende dienst het voorwerp van de opdracht (de uitvraag) en de reikwijdte ervan kan bepalen. In zoverre zijn de toetsingsmogelijkheden voor de rechter uiterst beperkt.'

4.1.35. Tevens wijst beklaagde op Hof Arnhem 1 mei 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BA4468 (Centric/Gemeente Kampen), r.o. 3.3:

'3.3 (...) Terzijde overweegt het hof dat tussen partijen niet in geschil is (...) dat de gemeente ten aanzien van de inhoud en de omvang van de aan te besteden opdracht een grote mate van vrijheid toekomt, zodat het haar vrijstond om te besluiten dat het huidige systeem door een nieuwe applicatie dient te worden vervangen.'

4.1.36. Een aanbestedende dienst hoeft bij het formuleren van technische specificaties in een bestek geen gebruik te maken van geharmoniseerde (Europese) normen. Echter, als een aanbestedende dienst kiest voor het gebruiken van een norm om de technische specificatie te omschrijven, dan dient – bij voorkeur – de nationale norm waarin een Europese norm is omgezet te worden gebruikt.

4.1.37. In het bestek van onderhavige aanbesteding is evenwel geen enkele norm voorgeschreven ten aanzien van de bewuste geleiderail. Beklaagde heeft hier als gezegd gekozen voor een – in de branche gebruikelijke – gecodeerde verwijzing naar afmetingen en kenmerken van de geleiderail.

4.1.38. Klager lijkt zich op het standpunt te stellen dat het sowieso niet zou zijn toegestaan om technisch te specificeren; klager stelt dat een technische specificatie altijd vergezeld dient te gaan van een verwijzing naar normen (zie de brief van klager van 11 januari 2018, punt 7, in 1.12 hiervoor). Klager komt tot deze interpretatie op grond van het woordje "en" dat in artikel 42 lid 3 sub b Richtlijn 2014/24/EU is opgenomen.

4.1.39. Dit standpunt staat echter haaks op eerdere standpunten van klager, bijvoorbeeld waar zij aangeeft dat de specificatie van de houten geleiderail – waarin o.a.

een hoogte van maximaal 700 mm en een paalafstand van 2000 mm is voorgeschreven – correct is. Bovendien zou het standpunt van klager ook tot absurde uitkomsten leiden; geen enkele aanbestedende dienst zou dan nog afmetingen of andere kenmerken van een product (dat zijn immers technische specificaties in de zin van Bijlage VII van de aanbestedingsrichtlijn) kunnen uitvragen zonder een verwijzing naar normen te vermelden. Daarbij miskent klager dat er geen dekkend normenkader bestaat voor alle kenmerken van een product die een aanbestedende dienst zou willen uitvragen tijdens een aanbesteding.

4.1.40. Volgens beklagde hebben (Europese) normen veelal betrekking op enkele kenmerken van een bepaald product. Er zijn echter altijd productkenmerken die niet gedekt worden door dat normenkader. Vergelijk ook de onderhavige norm NEN-EN 1317, waarin essentiële prestatiekenmerken van geleiderail (kerend vermogen, letselschadeklasse en werkingsbreedte) worden gedefinieerd. Deze norm NEN-EN 1317 zegt echter niets over bijvoorbeeld de kleur, afmetingen, minimale levensduur of (milieuvriendelijke) productiewijze van de geleiderail. Dit zal een aanbestedende dienst in voorkomend geval – aanvullend op NEN-EN 1317 – moeten uitvragen in het bestek.

4.1.41. Indien het bovenstaande standpunt van klager gevolgd zou worden, zou dit betekenen dat het onderstaande niet meer zou kunnen worden uitgevraagd in een aanbesteding:

Een wit voertuig met vier wielen voor de politie;
Stoeptegels van 60 cm x 60 cm;
Vloeibare stikstof met een temperatuur lager dan - 200°C.

4.1.42. Kortom, klager lijkt een overspannen interpretatie toe te kennen aan het woordje “en”. Het standpunt van klager zou er volgens beklagde – in extremo – toe leiden dat (vrijwel) alle tot op heden in Nederland aanbestede overeenkomsten ondeugdelijk zijn en dat bij iedere contracteis alsnog een koppeling gemaakt moet worden met een – wellicht op dat punt niet eens bestaande! – norm. Daar zit niemand op te wachten, noch de markt, noch de aanbestedende diensten.

4.2. Klachtonderdeel 2

4.2.1. Klager geeft in haar klachtonderdeel 2 aan dat beklagde niet verplicht is om in de aanbestedingsstukken de norm NEN-EN 1317 voor te schrijven, maar dat beklagde geen eisen mocht stellen die strijdig zijn met NEN-EN 1317, waarin de essentiële prestatiekenmerken van geleiderail (kerend vermogen, werkingsbreedte en letselschadeklasse) zijn gedefinieerd.

4.2.2. Beklaagde merkt hierbij op dat het standpunt van klager op dit punt tegenstrijdig is. In klachtonderdeel 2 stelt klager – naar het oordeel van beklagde ten onrechte – dat “[Beklaagde] bij de vraagspecificatie gebruik [had] moeten maken van de functionele prestatie kenmerken volgend uit de NEN-EN 1317-5, te weten kerend vermogen, werkende breedte en letsel index [*onderstreping beklagde, Commissie*].”

4.2.3. Kennelijk meent klager dat de aanduiding “VLP 2Z 133-80 R” leidt tot strijdigheid met norm NEN-EN 1317. Dat is echter geenszins het geval.

4.2.4. Overigens onderbouwt klager niet op welke concrete punt(en) er sprake zou zijn van strijdigheid met NEN-EN 1317.

4.2.5. Zoals hiervoor toegelicht, heeft beklagde met de aanduiding “VLP 2Z 133-80 R” voorgeschreven dat de geleiderail verstijfd dient te zijn door diagonalen (zie 4.18

hiervoor). Ook heeft beklagde voorgeschreven dat de geleiderail tweezijdig uitgebouwd dient te zijn met een paalafstand van 133 cm en een liggerbreedte van 80 cm, waarbij de diagonaaluitvoering rechts is. Beklagde heeft geen kerend vermogen, werkingsbreedte of letselschadeklasse van de geleiderail (in de zin van NEN-EN 1317) voorgeschreven.

- 4.2.6. Het voorschrijven van bovengenoemde afmetingen en fysieke kenmerken leidt dus niet tot strijdigheid met NEN-EN 1317.
- 4.2.7. Vergelijk in dat verband ook de bestekpost houten geleiderail. Daar zijn een prestatieklasse (N2), werkende breedte (W4) en letselkans (ASI A) conform NEN-EN 1317 uitgevraagd, maar daarnaast ook nog andere kenmerken en eigenschappen. Volgens beklagde bijt dit elkaar niet; het uitvragen van die andere kenmerken en eigenschappen leidt niet tot strijdigheid met NEN-EN 1317.
- 4.2.8. Beklagde borduurt vervolgens voort op het in 4.15 hiervoor gegeven voorbeeld. De winnende opdrachtnemer heeft een zwarte dieselauto voor de Commissaris van de Koning geleverd. Uiteraard dient die auto te voldoen aan alle (Europese) voorschriften voor toelating op de openbare weg, ook als beklagde dat niet expliciet heeft voorgeschreven. De eisen dat de auto zwart dient te zijn en een dieselmotor moet hebben, leiden niet tot strijd met die toelatingsregels. Dat een andere marktpartij wellicht rode benzineauto's kan leveren die eveneens zijn toegelaten op de openbare weg, maakt niet dat beklagde geen zwarte dieselauto had kunnen of mogen uitvragen.
- 4.2.9. Klager stelt in klachtonderdeel 1 verder nog dat beklagde "gelijkwaardige systemen [moet] accepteren die voldoen aan NEN-EN 1317-5". Inderdaad is beklagde gehouden om gelijkwaardige oplossingen te accepteren; niet voor niets moeten verwijzingen naar normen steeds vergezeld gaan van de woorden "of gelijkwaardig". Dat neemt niet weg dat dergelijke – aan NEN-EN 1317 gelijkwaardige – producten daarnaast ook dienen te voldoen aan de afmetingen en kenmerken die beklagde heeft uitgevraagd met de aanduiding "VLP 2Z 133-80 R".
- 4.2.10. Overigens merkt beklagde op dat ook klager uitdrukkelijk onderkent dat beklagde niet gehouden is om ieder willekeurig type geleiderail te accepteren indien deze maar voorzien is van CE-markering.
- 4.2.11. Zoals hiervoor toegelicht staat het beklagde – als privaatrechtelijk handelende overheid – vrij om eigen specifieke wensen en eisen te stellen bij het plaatsen van een overheidsopdracht.
- 4.2.12. De door beklagde gestelde specifieke bestekseisen ten aanzien van geleiderail voldoen aan de bepalingen van de aanbestedingsrichtlijn, Aanbestedingswet en ARW 2016. Deze eisen zijn ingegeven door o.a. onderhoudbaarheid (onderhoud en incidentmanagement), beperking voorraadkosten vervangende onderdelen, uniform wegbeeld (in verband met verkeersveiligheid), restcapaciteit geleiderail na een botsing en bodemgesteldheid. Deze bestekseisen zijn proportioneel en niet-discriminerend; van het toeschrijven naar één marktpartij is geen sprake.
- 4.2.13. Beklagde acht klachtonderdeel 2 ongegrond.

4.3. Klachtonderdeel 3

- 4.3.1. In klachtonderdeel 3 klaagt klager erover dat in de besteksposten 166010 t/m 166250 een heel specifiek type product (VLP ..., VP... etc.) wordt voorgeschreven. Op grond van artikel 42 lid 4 van de aanbestedingsrichtlijn (artikel 2.76, lid 3, AW, artikel 2.10.11 ARW 2016) mag in de technische specificaties van de op-

dracht geen melding worden gemaakt van een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of van 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 ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd, tenzij dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is.

- 4.3.2. Bij wijze van uitzondering is een dergelijke vermelding toegestaan wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht (door middel van prestatie-eisen, functionele eisen, technische specificaties en een verwijzing naar normen) niet mogelijk is. Een dergelijke vermelding of verwijzing gaat vergezeld van de woorden "of gelijkwaardig" (artikel 42, lid 4, Richtlijn 2014/24/EU, artikel 2.76, lid 4, AW, artikel 2.10.12 ARW 2016).
- 4.3.3. Het gaat hier om situaties waarin eisen als het ware worden toegeschreven naar producten van een bepaalde opdrachtnemer. Beklaagde verwijst hiertoe naar de considerans 74 van de aanbestedingsrichtlijn: "(...) Bijgevolg moeten de technische specificaties zodanig worden opgesteld dat kunstmatige concurrentiebeperking, die erin bestaat eisen te stellen die een bepaalde ondernemer bevoordelen omdat zij afgestemd zijn op de hoofdkenmerken van de leveringen, diensten of werken zoals deze gewoonlijk door die ondernemer worden aangeboden, wordt voorkomen. (...)". Die situatie doet zich hier volgens beklagde niet voor. De aanduiding "Type VLP 2Z 133-80 R" is ontleend aan de ingetrokken norm NEN 5191, die is opgesteld in het kader van de samenwerking tussen de Stichting Centrum voor Regelgeving en Onderzoek in de Grond-, Water en Wegenbouw en de Verkeerstechniek (CROW) en het Nederlands Normalisatie-instituut (NNI). Van het toeschrijven naar een bepaalde marktpartij kan volgens beklagde alleen al om die reden geen sprake zijn. Overigens blijkt dit ook uit de praktijk: er zijn diverse marktpartijen die geleiderail "VLP 2Z 133-80 R" aanbieden.
- 4.3.4. Dat de aanduiding "type VLP 2Z 133-80 R" een gecodeerde omschrijving van de afmetingen en kenmerken van één specifiek product is, is dan ook onjuist.
- 4.3.5. De aanduiding "VLP 2Z 133-80 R" is als gezegd niets meer en niets minder dan een (gecodeerde) aanduiding van afmetingen en kenmerken van de uitgevraagde geleiderail. Dit is aanbestedingsrechtelijk te duiden als een technische specificatie in de zin van Bijlage VII van de richtlijn. De aanduiding "VLP 2Z 133-80 R" is geen "type" in de zin van de aanbestedingsrichtlijn.
- 4.3.6. De verwijzing naar deze codering hangt overigens samen met de RAW-systematiek. Zoals ook aangegeven in 01.01.01.01 van de Bepalingen bij het bestek zijn de Standaard RAW Bepalingen – zoals laatstelijk vastgesteld in januari 2015, hierna te noemen "de Standaard", uitgegeven door de Stichting CROW – van toepassing op het werk. Om een RAW-bestek op te stellen, maakt beklagde gebruik van de software die daartoe (tegen betaling) door het CROW beschikbaar is gesteld. Deze software dicteert dat de provincie bij het beschrijven van de eisen aan een geleiderail een typeaanduiding (ontleend aan de ingetrokken norm NEN 5191) kiest.
- 4.3.7. De handelwijze van beklagde is in lijn met Voorschrift 3.9 C van de Gids Proportionaliteit: in gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 22 mei 2017 een nationale openbare procedure heeft aangekondigd.
- 5.2. Klager heeft niet gesteld dat de Europese drempelwaarde is overschreden en heeft naar het oordeel van de Commissie ook overigens onvoldoende gesteld dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Nu beklagde een nationale openbare procedure heeft aangekondigd, neemt de Commissie dan ook tot uitgangspunt dat het Unierecht niet van toepassing is op de onderhavige opdracht. Op deze aanbestedingsprocedure zijn dan onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, hoofdstukken 1.1, 1.2 afdelingen 1.2.1 en 1.2.3, hoofdstukken 1.3 en 1.4 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012; hoofdstuk 2 van het ARW 2016; de Gids Proportionaliteit en de Standaard RAW 2015.
- 5.3. Alvorens tot een beoordeling van de klacht te komen, overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het toetsingskader.
 - 5.3.1. In artikel 1.12, lid 1, Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.
 - 5.3.2. 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 ondernemingen gelijke toegang tot de opdracht moeten bieden (zie Advies 190, overweging 5.2 en Advies 396, overweging 5.8.2).
 - 5.3.3. Voorts dient een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.12, lid 2, Aw 2012 transparant te handelen.
 - 5.3.4. Op grond van artikel 1.13 Aw 2012 mag een aanbestedende dienst verder slechts eisen stellen aan de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
 - 5.3.5. De artikelen 2.10.1, 2.10.4, aanhef en sub a, 2.10.11 en 2.10.12 ARW 2016 zijn vrijwel gelijklopend aan de artikelen 2.75, lid 6, en 2.76, lid 1, aanhef en sub a, leden 3 en 4 Aw 2012 die de implementatie vormen van artikel 42, leden 2, 3 en 4, Richtlijn 2014/24/EU. Deze artikelen uit het ARW 2016 dienen daarom op dezelfde wijze als artikel 42 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.76 Aw 2012 te worden uitgelegd. In dat kader zijn ook de definities van termen betreffende technische specificaties in Bijlage VII van Richtlijn 2014/24/EU van belang. In artikelen 2.10.4, aanhef en sub a, 2.10.11 en 2.10.12 ARW 2016 is bepaald:

2.10.1

De aanbesteder neemt in de voor inschrijving relevante aanbestedingsstukken de technische specificaties op, waarin de door hem voor de opdracht voorgeschreven kenmerken zijn opgenomen. De technische specificaties bieden de ondernemers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van opdrachten voor mededinging.

(...)

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 aanbestedder 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 bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is.

2.10.12

De aanbestedder 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".

- 5.4. De Commissie zal nu overgaan tot behandeling van de drie klachtonderdelen tezamen. In dat kader wijst de Commissie er op dat zij vandaag in een soortgelijke zaak Advies 442 heeft uitgebracht.
 - 5.4.1. 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.
 - 5.4.2. Klachten over Verordening 305/2011/EU voor zover die vallen buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 neemt de Commissie niet in behandeling. De Commissie neemt klachtonderdeel 2 dan ook niet in behandeling voor zover daarin wordt geklaagd over Verordening 305/2011/EU en die klacht buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.
 - 5.4.3. Op basis van artikel 1.22, lid 2, Aw 2012 – partijen verwijzen ten onrechte naar artikel 1.13 Aw 2012 dat op de Gids Proportionaliteit ziet, zie de artikelen 10 en 11 van het Aanbestedingsbesluit – dient beklagde het ARW 2016 toe te passen of een afwijking daarvan te motiveren in de aanbestedingsstukken.
 - 5.4.4. Beklaagde heeft in de aanbestedingsstukken het ARW 2016 van toepassing verklaard. Niet gesteld of gebleken is dat beklagde gemotiveerd is afgeweken van artikelen 2.10.4, 2.10.11 of 2.10.12 ARW 2016, zodat deze artikelen op deze nationale openbare aanbestedingsprocedure van toepassing zijn.
 - 5.4.5. 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 2.10.4 ARW 2016 en Advies 387, overweging 5.2.4). Anders dan klager stelt (zie 3.2.4 hiervoor), is het overigens niet zo dat alleen naar Europese of nationale normen mag worden verwezen indien niet prestatiegericht of functioneel kan worden gespecificeerd.

- 5.4.6. Verder zal een aanbestedende dienst op basis van artikel 2.10.4, sub a, ARW 2016 zo mogelijk moeten verwijzen naar Europese normen en slechts als deze er niet zijn naar nationale normen kunnen verwijzen.
- 5.4.7. In het bestek schrijft beklagde type VLP 2Z 133-80 R als technische specificatie voor (zie 1.3 hiervoor). Kennelijk betreft dit een type geleiderail zoals omschreven in de ingetrokken nationale norm NEN 5191.
- 5.4.8. 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.
- 5.4.9. 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 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.
- 5.4.10. Nu slechts geleiderail die aan de Europese norm EN 1317 voldoet in de lidstaten op de markt mogen worden gebracht en mogen worden verhandeld, hoeft beklagde naar het oordeel van de Commissie niet als technische specificatie in de aanbestedingsstukken op te nemen dat de geleiderail aan deze (nationaal omgezette) Europese norm moet voldoen. Nu er kennelijk ook geleiderail is die wel aan de nationale norm NEN 5191 voldoet, maar niet aan de omgezette Europese norm NEN EN 1317 (zie 3.2.2 hiervoor), acht de Commissie het niettemin raadzaam om dit wel in de aanbestedingsstukken op te nemen.
- 5.4.11. Vervolgens is in deze zaak naar het oordeel van de Commissie onvoldoende gesteld of gebleken dat het niet mogelijk is zowel aan de Europese norm EN 1317 als aan de ingetrokken nationale norm NEN 5191 te voldoen. Ook klager geeft op haar eigen website aan dat zij 'alle systemen conform de recent ingetrokken NEN 5190/NEN 5191 en de daarbij behorende hulpconstructies' levert. Verder blijkt uit de stellingen van klager dat 4 van 14 producten die aan de ingetrokken nationale norm NEN 5191 voldoen, eveneens aan de Europese norm EN 1317 voldoen (zie 3.2.2 hiervoor). Bovendien stelt klager dat uit de CROW-norm zelf volgt dat de constructie van een afschermingsvoorziening – de Commissie neemt aan dat klager daarmee geleiderail bedoeld – moet voldoen aan NEN-EN 1317-5 (zie 3.2.11 hiervoor). De Commissie concludeert daaruit dat technische specificaties van de ingetrokken nationale norm NEN 5191 niet in strijd (hoeven te) zijn met de technische specificaties van de Europese norm EN 1317. De eisen uit de ingetrokken nationale norm kunnen kennelijk als aanvullend op de Europese norm worden gezien. Voor zover in het tweede klachtonderdeel is geklaagd dat de technische specificatie in strijd is met de NEN-EN 1317-5 is dit klachtonderdeel daarmee naar het oordeel van de Commissie ongegrond.

- 5.4.12. Voor zover er aanvullende eisen ten opzichte van de (nationaal omgezette) Europese norm worden gesteld, betreft het eisen die niet in die (omgezette) Europese norm zijn opgenomen. Naar het oordeel van de Commissie staat het bestaan van een Europese norm er 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. Voor zover in het tweede klachtonderdeel is geklaagd dat de nationaal omgezette Europese norm NEN-EN 1317-5 voorrang heeft op de nationale norm en er geen aanvullende eisen ontleend aan de nationale norm mogen worden gesteld, is het daarmee ook ongegrond.
- 5.4.13. 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 5.3 hiervoor opgenomen toetsingskader. Zo zullen de technische specificaties overeenkomstig artikel 1.12, lid 2, Aw 2012 voldoende transparant moeten zijn.
- 5.4.14. In het bestek is als technische specificatie VLP 2Z 133-80 R voorgeschreven (zie 1.3 hiervoor). Dit betreft kennelijk een geleiderail zoals omschreven in de ingetrokken nationale norm NEN 5191. In de reactie op de klacht heeft beklagde aangegeven welke eisen hieraan verbonden zijn (zie 4.1.18 en 4.2.5 hiervoor). Niet gesteld of gebleken is dat deze eisen in de aanbestedingsstukken zijn vermeld of dat een duidelijke verwijzing naar een goed toegankelijke vindplaats van deze eisen is opgenomen. Daarmee is de eis wat dat betreft naar het oordeel van de Commissie onvoldoende transparant.
- 5.4.15. Beklaagde heeft nog aangevoerd dat de software van CROW ten behoeve van het opstellen van een RAW-bestek geen mogelijkheid biedt de technische specificaties betreffende geleiderail op een andere wijze vorm te geven dan door middel van een verwijzing naar een typeaanduiding ontleend aan de ingetrokken norm (zie 4.3.6 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie ontslaat dit beklagde niet van haar plicht in overeenstemming met het aanbestedingsrecht te handelen. Het is dus raadzaam dat de software op dit punt wordt aangepast.
- 5.4.16. 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. Nu beklagde op dit punt geen verweer heeft gevoerd, laat de Commissie het antwoord op deze vraag in het midden.
- 5.4.17. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 gegrond, waarin is geklaagd dat beklagde in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel.
- 5.4.18. De Commissie zal zich in het kader van het derde klachtonderdeel in het navolgende nog verder inhoudelijk uitspreken over de verwijzing naar VLP 2Z 133-80 R.
- 5.4.19. 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 neemt niet weg dat de Commissie het volgende over de verwijzing naar VLP 2Z 133-80 R kan overwegen.
- 5.4.20. De Commissie heeft in 5.4.12 en 5.4.13 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 5.3 hiervoor opgenomen toetsingskader.

- 5.4.21. Op grond van artikel 2.10.11 ARW 2016 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 artikel 2.10.12 ARW 2016 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.
- 5.4.22. Voor zover door het voorschrijven van VLP 2Z 133-80 R 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 verband met onderhoud en incident management, beperking voorraadkosten vervangende onderdelen en uniform wegbeeld, zie 4.1.16 en 4.2.12 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.
- 5.4.23. Overigens is Voorschrift 3.9 C Gids Proportionaliteit, waarnaar beklagde verwijst in 4.3.7 hiervoor, in dit kader niet aan de orde omdat het ziet op contractmodellen en algemene voorwaarden en geen betrekking heeft op de technische specificaties.
- 5.4.24. Naar het oordeel van de Commissie is klachtonderdeel 3 ongegrond.
- 5.4.25. Ten overvloede merkt de Commissie op dat het door beklagde aangehaalde arrest van het hof Den Haag van 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:411 geen betekenis heeft voor de onderhavige zaak omdat het een andere context betrof. Die zaak betrof niet de relatie tussen een aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een aanbestedingsprocedure.

6. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond**, neemt klachtonderdeel 2 niet in behandeling voor zover daarin wordt geklaagd over Verordening 305/2011/EU en die klacht buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt en acht klachtonderdeel 2 voor het overige, evenals klachtonderdeel 3 **ongegron**d.

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