

Advies 633 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europees openbare procedure voor een raamovereenkomst (met één of meer ondernemers) voor de levering van onder meer verkeersborden, straatnaamborden en verwijzingsborden voor 21 organisaties.

Ondernemer klaagt over de minimumeisen die aanbesteder stelt aan de toe te passen retro reflecterende materialen.

De Commissie overweegt dat de gestelde minimumeisen een verzwaring inhouden ten opzichte van het Nederlandse normatieve en wettelijke kader. Aanbesteder heeft geen deugdelijke motivering gegeven voor de verzwaring van de eisen. Dit brengt mee dat ervan uit moet worden gegaan dat de verzwaring van de eisen niet in verhouding staat tot de objectief kenbare doelstellingen van de opdracht. De Commissie moet bovendien het ervoor houden dat de verzwaring leidt tot een ongerechtvaardigde belemmering in de openstelling van de opdracht voor mededinging en geen sprake is van gelijke toegang.

De Commissie acht de klacht gegrond.

Advies 633

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder, een inkoop samenwerking, heeft op 12 maart 2021 een Europees openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst (met één of meer ondernemers) voor de levering van onder meer verkeersborden, straatnaamborden en verwijzingsborden voor 21 organisaties.
- 1.2. Onderwerp van de klacht zijn de eisen die aanbesteder heeft gesteld aan de retroreflectie van verkeersborden, straatnaamborden en verwijzingsborden (waarnaar in dit advies gezamenlijk wordt verwezen als "borden").

Eisen retroreflectie in aanbestedingsdocument

- 1.3. In het aanbestedingsdocument van 11 maart 2021 heeft de aanbesteder onder meer het volgende bepaald:

'1.3 Doel van de aanbesteding

Verkeerstekens (verkeersborden en markering) en bewegwijzering vergroten de verkeersveiligheid en zorgen voor een veilige en vlotte verkeersafwikkeling. Een goede kwaliteit van verkeerstekens zorgt voor naleving en handhaving van de verkeersmaatregelen en voorkomt onduidelijke situaties en aansprakelijkheidsproblemen. Daarnaast wordt een bijdrage geleverd aan de openbare ruimte.'

(...)

'2.2.1 Wettelijke eisen en certificering

Alle wettelijke eisen certificering zijn minimum eisen:

(...)

- de straatnaamborden die beschikken over retro-reflectieklasse III Ultimate Signing voldoen aan de meest recente norm NEN-1772+C1:2014,'

- 1.4. Aanbesteder heeft vervolgens in het aanbestedingsdocument specifiekere minimumeisen (2.2.2 en 2.2.3) gesteld aan de retroreflecterende folie van verkeersborden, straatnaamborden en verwijzingsborden:

'2.2.2 Minimum eisen verkeersborden (incl. onderborden)

De te leveren verkeersborden (en verkeersregelingen) voldoen aan de eisen en voorschriften die de wetgever aan deze borden heeft verbonden. Verkeersborden voldoen aan onderstaande minimum eisen en aan de maatvoeringtabel in de meest recente uitgave van het VNVF bordenboek:

- retroreflecterende folie (signfaces) is leverbaar in retro-reflectieklasse III: Ultimate Signing;
- (...)
- ten aanzien van de retro reflectiewaarde wordt een aflopende garantie van 20 jaar voor klasse III: Ultimate Signing afgegeven;

- (...)

2.2.3 Minimum eisen straatnaamborden / verwijzingsborden

Straatnaamborden en verwijzingsborden voldoen aan onderstaande minimum eisen en aan de maatvoeringstabel VNVF bordenboek (indien van toepassing):

- (...)
- retroreflecterende folie (signfaces) is leverbaar in retro-reflectieklasse III: Ultimate Signing;
- (...)'

- 1.5. Het document Ultimate Signing™, Versie 2020.2, een uitgave van de Vereniging Nederlandse Verkeersborden Fabrikanten (VNVF), bevat een beschrijving van retro-reflecterende Klasse III-folie voor UltimateSigning20:

'Veilig & Duurzaam Beeldvlak

Verkeersborden dienen voorzien te zijn van een beeldvlak dat voor optimale veiligheid en duurzaamheid is voorzien van:

- Het beeldvlak dient te bestaan uit (...) retro-reflecterende Klasse III-folie voor UltimateSigning20 en Klasse II-folie voor UltimateSigning10 (...).

(...)

- Voor UltimateSigning20 is het beeldvlak altijd geprint. Het beeldvlak dient daarbij volledig te voldoen aan de minimum vereiste retro-reflectiewaarde van de norm DIN 67520-2013:10, type RA3A en RA3B (...)'

Nota van Inlichtingen

- 1.6. In de Nota van Inlichtingen van 29 maart 2021 zijn verschillende vragen en antwoorden opgenomen over de eisen die aanbesteder stelt aan retroreflectie van de borden, alle met een vergelijkbare strekking: het beeldvlak moet volledig voldoen aan het minimum vereiste van de DIN, 3A en 3B.

- 1.6.1. Vragen 2 t/m 6 gaan allen over eis 2.2.2 en stemmen woordelijk overeen. Aanbesteder heeft op die vijf vragen telkens exact hetzelfde antwoord gegeven. Vraag 1 gaat over eis 2.2.1 en het antwoord op die vraag heeft dezelfde strekking als het antwoord op vraag 2. Vraag 7 gaat over eis 2.2.3, het antwoord dat aanbesteder op die vraag heeft gegeven is exact hetzelfde antwoord als het op vraag 2 gegeven antwoord.

- 1.6.2. De Commissie geeft onderstaand vraag 2 met het bijbehorende antwoord weer. Zoals hiervoor onder 1.6.1 uiteengezet is onderstaand antwoord door aanbesteder ook gegeven op vragen 3 tot en met 7 en heeft het antwoord op vraag 1 dezelfde strekking:

Vraag 2: 'Punt 2.2.2 vermeldt dat "De te leveren verkeersborden (en verkeersregelingen) voldoen aan de eisen en voorschriften die de wetgever aan deze borden heeft verbonden. Verkeersborden voldoen aan onderstaande minimum eisen en aan de maatvoeringstabel in de meest recente uitgave van het VNVF bordenboek: - retroreflecterende folie (signfaces) is leverbaar in retro-reflectieklasse III: Ultimate Signing;

- ten aanzien van de retro reflectiewaarde wordt een aflopende garantie van 20 jaar voor klasse III: Ultimate Signing afgegeven³"

Ultimate Signing (of Ultimate Signing 2020 of US20) is een privaat keurmerk door de VNVF in het leven geroepen en niet zoals 2.2.2 doet vermoeden een wettelijke eis door de wetgever gesteld. Om aan het private Ultimate Signing keurmerk van de VNVF te kunnen voldoen dient de folie van de verkeersborden tegelijkertijd te voldoen aan retroreflectie waarden zoals opgenomen in tabel RA3A en RA3B. Het vereiste om (tegelijkertijd) aan RA3A te voldoen bestaat evenwel niet onder het Nederlandse juridische en normatieve kader, noch bestaat dit in andere Europese landen.

Artikel 6.1 van het geldende normatieve kader in Nederland, te weten NEN 3381;2020, geeft het vereiste waaraan het retroreflecterende beeldvlak moet voldoen. Onder verwijzing naar artikel 6.1.3 "*Retroreflectieklasse III*" dient de mate van retroreflectie minimaal overeen te komen met retroreflectieklasse 3B volgens DIN 67520:2013-10.

Door door middel van Ultimate Signage onnodig en zonder enig legitiem doel RA3 als eis te stellen, worden ondernemingen die anders aan alle wettelijke en normatieve eisen voldoen uitgesloten en dit zal enkel kostenverhogend werken. Wij verzoeken u de Ultimate Signing eis in zijn geheel te laten vallen en aansluiting te zoeken bij het wettelijke en normatieve kader.

Wat betreft de eis dat de retro reflectie waarde een aflopende garantie van 20 jaar moet hebben voor klasse III: "Ultimate Signing afgegeven" verzoeken wij u eveneens hier het Ultimate Signing vereiste te laten vallen nu dit onterecht de indruk kan wekken dat Ultimate Signing (en daarmee de onterecht RA3A eis) nog steeds als vereiste geldt. Daarentegen kunt u uw garantie vereiste omschrijven / specificeren.'

Antwoord: 'De aanbestedende dienst neemt uw voorstel niet over. Op dit moment zijn de deelnemers al overgestapt naar Ultimate Signing en hieraan wensen zij vast te houden. Met de toevoeging dat hier moet worden gelezen 'Ultimate Signing of gelijkwaardig'. Dit betekent onder andere dat het beeldvlak volledig dienst te voldoen aan de minimum vereiste retro-reflectiewaarden van de norm DIN 67520-2013:10, type RA3A en RA3B met een optimale functionaliteit onder zowel grote als kleine observatie- en invalshoeken om de gelijkwaardigheid aan te tonen. De inschrijver is verantwoordelijk voor het aantonen van de gelijkwaardigheid van een eventueel geboden alternatief.'

Klacht ondernemer en reactie aanbesteder

- 1.7. Ondernemer heeft op 30 maart 2021 per brief (toegezonden per mail van dezelfde datum) een klacht bij aanbesteder ingediend over de gestelde minimumeisen. Aanbesteder heeft bij reactie van 31 maart 2021 laten weten de klacht te beschouwen als een verzoek en de klacht verder niet in behandeling genomen. Vervolgens heeft ondernemer op 19 april 2021 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragrafen 2 en 3 hierna).
- 1.8. Aanbesteder heeft op 28 april 2021 een reactie ingediend (zie paragraaf 4 hierna).

2. Beschrijving klacht

Aanbesteder handelt in strijd met het non-discriminatiebeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en het proportionaliteitsbeginsel door te eisen dat verkeersborden moeten voldoen aan het private keurmerk van de VNVF "Ultimate Signing".

Aanbesteder heeft bovendien de op hem rustende motiveringsplicht geschonden, omdat hij het voorschrijven van Ultimate Signing niet deugdelijk heeft gemotiveerd. Tot slot draagt aanbesteder onvoldoende zorg voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde door toepassing van het Ultimate Signing keurmerk.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. De ondernemer stelt dat retroreflectieklasse 3B volgens DIN 67520:2013-10 reeds toereikend is binnen het Nederlandse wettelijke en normatieve kader. Door te verwijzen naar Ultimate Signing eist aanbesteder retroreflectieklasse 3A én 3B volgens DIN 67520:2013-10. Aanbesteder stelt daarmee, volgens ondernemer, verzwaarde eisen aan de retroreflectieklasse van de te leveren borden (eisen 2.2.1, 2.2.2 en 2.2.3) ten opzichte van de algemeen geldende eisen. Die verzwaaring dient geen legitiem doel en is niet deugdelijk gemotiveerd.
- 3.2. Omdat maar twee producenten retro reflectie materiaal vervaardigen dat in overeenstemming is met Ultimate Signing, is het gevolg, volgens ondernemer, dat leden van de VNVF die in overeenstemming met Ultimate Signing produceren worden bevoordeeld. Partijen die borden produceren met het door ondernemer vervaardigde foliemateriaal (wat niet in overeenstemming is met Ultimate Signing) worden benadeeld.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. Aanbesteder vraagt zich af of ondernemer voldoende belang heeft bij zijn klacht, omdat hij moet worden beschouwd als toeleverancier.
- 4.2. Aanbesteder brengt naar voren dat hij niet de eis heeft gesteld dat de verkeersborden moeten voldoen aan het private keurmerk van de VNVF "Ultimate Signing". Aanbesteder verwijst enkel naar de Ultimate Signing als onderdeel van de technische specificaties, waarbij de mogelijkheid wordt geboden gelijkwaardige producten te leveren.
- 4.3. Aanbesteder stelt voorts dat de gestelde eisen, zoals nader toegelicht in de Nota van Inlichtingen, proportioneel en objectief gerechtvaardigd zijn. Onder verwijzing naar een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 28 december 2017 (ECLI:NL:RBDHA:2017:15519) en adviezen 387 en 442, stelt aanbesteder zich op het standpunt dat het aanbestedende diensten, mede gelet op de contractsvrijheid, tot op zekere hoogte vrij staat aanvullende eisen te stellen ten opzichte van het wettelijk kader. De gestelde eisen betreffen een specifiek kenmerk van de te leveren verkeersborden en houden dus verband met het voorwerp van de onderhavige opdracht. Daarom zijn de eisen proportioneel.
- 4.4. Bovendien stelt aanbesteder dat de eisen tot doel hebben de zichtbaarheid en de duurzaamheid van de verkeersborden te bevorderen. Dat is volgens aanbesteder een legitiem doel, dat bovendien is beschreven in paragraaf 1.3 van het aanbestedingsdocument (zie hiervoor onder 1.3).
- 4.5. De eisen staan volgens aanbesteder in verhouding tot de aanzienlijke waarde van de opdracht (die aanbesteder schat op € 10 miljoen).
- 4.6. De eis met betrekking tot het beeldvlak is niet in strijd met de Europese norm, volgens aanbesteder. Met de verwijzing naar Ultimate Signing sluit aanbesteder aan bij een gebruikelijke standaard in de markt. Verschillende aanbestedende diensten hanteren de eisen die aanbesteder hanteert op vergelijkbare wijze in hun aanbestedingsprocedures. Het overgrote deel van de markt kan aan de eisen

voldoen – voldoende concurrentie blijft dus bestaan. Daarom is geen sprake van ongeoorloofde beperking van de mededinging. Aanbestedende diensten zijn niet gehouden zodanige eisen te stellen dat alle ondernemers die zich op de relevante markt begeven zelfstandig aan de eisen kunnen voldoen.

- 4.7. Tot slot is volgens aanbesteder geen sprake van bevoordeling of benadeling, omdat inschrijvers de mogelijkheid hebben gelijkwaardige producten aan te bieden. Aanbesteder heeft verduidelijkt welke elementen van Ultimate Signing relevant zijn voor de gelijkwaardigheid en de onderliggende technische specificaties zijn openbaar en zonder kosten verkrijgbaar.
- 4.8. Aanbesteder is van oordeel dat de klacht ongegrond moet worden verklaard.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 12 maart 2021 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor de levering van onder meer verkeersborden, straatnaamborden en verwijzingsborden voor 21 organisaties. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (2^e herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).

Beknopt oordeel

- 5.2. De Commissie geeft eerst beknopt haar oordeel weer en geeft vervolgens een toelichting op dat oordeel. De Commissie beschouwt de eisen die aanbesteder stelt aan de retroreflectie van de borden als aanvullend ten opzichte van de vigerende NEN norm. De aanvulling waarvoor aanbesteder heeft gekozen, acht de Commissie een verzwaring. Aanbesteder heeft onvoldoende rechtvaardiging voor de verzwaring aangedragen. Daarmee is de klacht gegrond.

Toelichting

Nederlands kader retroreflectie verkeersborden

- 5.3. De Europese norm NEN-EN 12899-1 stelt eisen aan de afmetingen, materialen, kleuren en retroreflectie van verkeersborden. De Nederlandse norm NEN 3381:2020 geeft aanvullende eisen ten opzichte van de Europese norm.

- 5.4. Ten aanzien van retroreflecterend beeldvlak van verkeersborden stelt NEN 3381:2020 in 6.1.1 de eis:

‘Het retroreflecterende beeldvlak moet voldoen aan retroreflectieklasse II of III volgens 6.1.3, waarbij combinaties van verschillende retroreflectieklassen binnen een beeldvlak of op een ondersteuningsconstructie niet zijn toegelaten met uitzondering voor de kleur zwart.’

- 5.5. In 6.1.3 van NEN 3381:2020 zijn de retroreflectieklassen als volgt beschreven:

‘Retroreflectieklasse II: Aanduiding voor de mate van retroreflectie, RA, minimaal overeenkomend met retroreflectieklasse R2A volgens NEN-EN-12899-1 voor materialen met glasparels of retroreflectieklasse R2 volgens relevante ETA voor microprismatische materialen.

Retroreflectieklasse III: Aanduiding voor de mate van retroreflectie minimaal overeenkomend met retroreflectieklasse 3B volgens DIN 67520:2013-10.’

- 5.6. Uit het voorwoord op de hier relevante NEN norm blijkt dat de norm is gericht op het leggen van een basis voor verkeersborden die leiden tot een veilig en duurzaam verkeersbeeld:

'Met NEN 3381 wordt samen met de Europese norm NEN-EN 12899-1 een basis gelegd voor verkeersborden die dag en nacht gedurende een reeks van jaren de wegbeheerder zullen helpen om de weggebruiker te geleiden en te begeleiden in een veilig en duurzaam verkeersbeeld.'

- 5.6.1. De NEN norm acht retroreflectieklasse 3B volgens de relevante DIN norm toereikend voor retroreflectieklasse III.
- 5.6.2. Uit de door aanbesteder gegeven antwoorden bij Nota van Inlichtingen blijkt de objectief kenbare bedoeling van aanbesteder te eisen dat het beeldvlak van alle borden (dus zowel verkeersborden, als straatnaamborden, als verwijzingsborden) zou voldoen aan de minimaal vereiste retro-reflectiewaarde van de DIN norm, 3A en 3B. Waar de NEN norm het voldoen aan enkel 3B toereikend acht uit een oogpunt van veiligheid en duurzaamheid, acht aanbesteder retroreflectie 3B volgens de DIN kennelijk niet toereikend voor retroreflectieklasse III en eist hij dat aanvullend wordt voldaan aan 3A volgens de DIN. Aldus eist de aanbesteder dat alle borden voldoen aan 3A én 3B.

Wettelijk kader technische specificaties

- 5.7. In artikel 2.75 Aw 2012 is bepaald dat technische specificaties verband houden met het voorwerp van de opdracht en in verhouding zijn tot de waarde en doelstellingen van die opdracht. Bovendien bieden de technische specificaties de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging (zie Advies 442, overwegingen 5.2.1 tot en met 5.2.7 voor een uitgebreidere beschrijving van het relevante kader):

- '1. Een aanbestedende dienst neemt in de aanbestedingsstukken de technische specificaties op, waarin de door hem voor een werk, dienst of levering voorgeschreven kenmerken zijn opgenomen.
2. De in het eerste lid bedoelde kenmerken houden verband met het voorwerp van de overheidsopdracht en zijn in verhouding tot de waarde en de doelstellingen van die opdracht.
- (...)
6. De technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging.'

- 5.8. De uitspraak van de Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag en de twee adviezen waarnaar aanbesteder verwijst in zijn reactie, hebben slechts beperkte relevantie voor het oordeel van de Commissie in deze zaak. Het uitgangspunt dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen, staat hier niet ter discussie. Evenmin staat ter discussie dat het bestaan van een Europese norm er niet aan in de weg staat dat in een nationale aanbestedingsprocedure aanvullende eisen worden gesteld.

Toetsing aan wettelijk kader

- 5.9. De Commissie heeft beoordeeld in hoeverre de door aanbestede gestelde eisen (i) verband houden met het voorwerp van de opdracht en (ii) in verhouding zijn tot de waarde en (iii) doelstellingen van de opdracht, overeenkomstig het bepaalde in artikel 2.75 leden 1 en 2 Aw 2012.
- 5.9.1. (i) Zoals aanbestede terecht stelt, houden eisen 2.2.1, 2.2.2 en 2.2.3 (zie hiervoor onder 1.3 en 1.4) verband met het voorwerp van de opdracht. (ii) In hoeverre de verzwarening (voldoen aan 3A én 3B) in verhouding staat tot de waarde van de opdracht kan in het midden blijven, aangezien (iii) uit de doelstelling van de opdracht geen noodzaak blijkt tot het verzwaren van de eisen uit de NEN norm. Aanbestede heeft in ieder geval onvoldoende duidelijk gemaakt welk aspect van de in paragraaf 1.3 van het aanbestedingsdocument beschreven doelstelling niet kan worden gehaald met borden die uitsluitend voldoen aan 3B van de DIN en slechts kunnen worden gehaald met borden die voldoen aan zowel 3A als 3B van de DIN. Aanbestede heeft dan ook geen deugdelijke motivering gegeven voor de verzwarening van de eisen. Dit brengt mee dat ervan uit moet worden gegaan dat de verzwarening van de eisen niet in verhouding staat tot de objectief kenbare doelstellingen van de opdracht.
- 5.9.2. De Commissie begrijpt dat het voldoen aan 3A en 3B van de DIN slechts mogelijk is met gebruikmaking van foliematerialen van een zeer beperkt aantal fabrikanten. De gekozen verzwarening van de eisen leidt in die zin tot een belemmering in de openstelling van de opdracht. Een dergelijke belemmering kan niettemin gerechtvaardigd zijn, zoals volgt uit artikel 2.75 lid 6 Aw 2012. Aangezien aanbestede in dit geval onvoldoende rechtvaardiging voor de verzwarening van de eisen heeft aangedragen, moet de Commissie het ervoor houden dat de verzwarening leidt tot een ongerechtvaardigde belemmering in de openstelling van de opdracht voor mededinging en geen sprake is van gelijke toegang.
- 5.9.3. Daarmee is de klacht gegrond en komt de Commissie niet toe aan de vraag of aanbestede voldoende heeft zorggedragen voor het leveren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde.

Belang ondernemer bij behandeling klacht

- 5.10. Ten overvloede behandelt de Commissie de stelling van aanbestede dat ondernemer, in zijn hoedanigheid van toeleverancier, onvoldoende belang heeft bij zijn klacht.
- 5.10.1. Op grond van artikel 7 lid 1 sub a van het Reglement van de Commissie kan een klacht bij de Commissie worden ingediend door ondernemers die een opdracht willen verwerven. Deze bepaling noemt als voorbeelden (potentiële) gegadigden, (potentiële) inschrijvers en ook onderaannemers van (potentiële) inschrijvers.
- 5.10.2. In de Adviezen 368 en 425 heeft de Commissie overwogen dat deze bepaling ruim moet worden uitgelegd in die zin dat niet alleen onderaannemers maar alle 'onderopdrachtnemers' van (potentiële) gegadigden of inschrijvers een klacht mogen indienen bij de Commissie. Nu ondernemer een potentiële toeleverancier is van (potentiële) inschrijvers heeft hij in die hoedanigheid een belang bij de onderhavige aanbesteding. De Commissie heeft de klacht daarom in behandeling genomen.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door de heer ing. T.G. van Reeuwijk die als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 28 mei 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams	Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp	Mr. drs. T.H. Chen
Voorzitter	Vicevoorzitter	Commissielid