

Advies 676 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europees openbare procedure voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor de levering van twee smalspoorttractoren met front en achter klepelmaaiers, inclusief het onderhoud.

Klachtonderdelen

Ondernemer stelt dat de mededinging op onacceptabele wijze is beperkt doordat aanbesteder exorbitante eisen aan de te leveren tractoren heeft gesteld waaraan slechts twee merken tractoren kunnen voldoen en aan sommige eisen zelfs geen enkele tractor. Inschrijvers die tractoren kunnen leveren die voldoen aan de functionele behoefte van aanbesteder, wordt geen gelijke kansen tot verwerving van de opdracht geboden.

Oordeel Commissie

Het enkele feit dat aanbesteder vergaande eisen stelt aan de functionaliteit, ergonomie en comfort van de in te kopen tractor maakt niet dat hij daarmee de markt onacceptabel beperkt. Een aanbesteder heeft een ruime beoordelingsmarge bij het formuleren van de technische specificaties van een opdracht. Technische specificaties moeten inschrijvers gelijke toegang bieden en mogen niet leiden tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van opdrachten voor mededinging. De Commissie acht de door aanbesteder gegeven rechtvaardiging voor het hanteren van een aantal technische specificaties deugdelijk. Eén technische specificatie erkent aanbesteder mogelijk ten onrechte te hanteren. Voor zover de klacht betrekking heeft op die specificatie, verklaart de Commissie de klacht gegrond. Voor het overige acht de Commissie de klacht ongegrond.

Advies 676

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder, een waterschap, heeft op 14 april 2022 een Europees openbare procedure aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor de levering van twee smalspoortractoren met front en achter klepelmaaiers, inclusief het onderhoud. Smalspoortractoren worden gebruikt voor het maaien van sloten binnen krappe ruimtes, smalle schouwpaden.
- 1.2. In het Programma van Eisen van het Aanbestedingsdocument van 13 april 2022 is, onder meer, het volgende bepaald:

'Programma van Eisen: 2 Smalspoortractoren compleet met front en achter klepelmaaiers

| | Algemene eisen |
|-------|---|
| (...) | (...) |
| E-11 | De te leveren machines zijn van een F uitvoering/type uit een serie-productie van de fabrikant. |
| (...) | (...) |

(...)

| | Afmetingen en gewichten |
|-------|--|
| E-36 | Bij volledige belading en deelbelading, wordt de wettelijk toegestane asbelasting en bandbelasting in transportstand niet overschreden. |
| (...) | (...) |
| E-39 | De smalspoortractoren moeten het totale gewicht met de front en achter klepelmaaiers moeten/mogen/kunnen dragen volgens fabrieksopgave maximaal bruto toelaatbaar totaalgewicht. Hier geeft de fabrikant een verklaring voor af. |
| E-40 | Er mogen GEEN extra assen of constructies toegebracht worden waardoor extra gewicht gedragen kan worden buiten het maximum toelaatbaar totaal gewicht volgens opgaaf fabrikant van de smalspoortractor. |
| E-41 | De smalspoortractoren met front en achter klepelmaaiers moet voor aflevering gewogen worden op een geijkte weegbrug en dient te voldoen aan het Programma van Eisen. De weegbrief maakt deel uit van de levering. |
| (...) | (...) |

(...)

| | Tractie (motor en aandrijving) |
|-------|--|
| (...) | (...) |
| E-57 | De smalspoortractoren hebben een traploze continu variabele transmissie met actieve stilstand. De snelheid kan eenvoudig met één hendel ingesteld worden, zonder gebruik van een koppelingspedaal. |

| | |
|-------|---|
| | De snelheid is schokvrij en traploos te regelen/doseren met voetpedaal. Dit dient omschakelbaar te zijn met een één hands bedieningshandel rechts en met een schakelaar/handel links onder het stuur. |
| (...) | (...) |
| E-62 | De olieopbrengst (hydrauliek) voor externe aansluitingen bedraagt minimaal 100 liter per minuut. |
| E-67 | De hydrauliek werkt met elektrisch proportioneel te bedienen ventielen en load sensing hydrauliekpomp. Liter opbrengst moet probleemloos een transportband op de klepelmaaier aan kunnen drijven en dit in de cabine kunnen regelen qua doorstroming en links of rechtsom kunnen laten draaien. |
| (...) | (...) |

(...)

| | |
|-------|---|
| | Velgen banden en dubbel lucht |
| (...) | (...) |
| E-89 | Achterbanden 340/85R28 en voorbanden 340/70R18 (A merk als Michelin, Trelleborg of gelijkwaardig). In overleg met opdrachtgever (in |
| (...) | (...) |

(...)

1.3. In de Nota van Inlichtingen van 17 mei 2022 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.3.1. Vraag 6 [m.b.t. Eis E-89, Commissie]: 'Wanneer wij een "P waterschap" uitvoerig leveren moet op de vooras, voor de juiste overbrengingsverhouding, 320/70R18 banden gemonteerd zijn. Mag dit?'

Antwoord: 'Nee, dit mag niet.'

1.3.2. Vraag 7 [m.b.t. Eis E-11, Eis E-36, Eis E-39 en Eis E-40, Commissie]: 'Eis E-11, Eis E-36, Eis E-39 en Eis E-40 verwijzen ernaar dat de trekker een frontklepelmaaier en een achterklepelmaaier moet kunnen dragen volgens fabrieksopgaaf. Het gewicht van de Major MT26C-180 frontklepel in uw uitvoering bedraagt 720 kilo. Het gewicht van de Ducker USM 120 in uw uitvoering met de nieuwe verzwaarde ophanging en kist bedraagt 1040 kilo. Totaal gewicht van de werktuigen bedraagt 1760 kilo. Vervolgens weegt de trekker door onder andere de extra kist, dubbelluchtwiel, zwaardere velgen, draadgeleider, een grotere volle dieselolietank en diverse andere aanpassingen, 3700 kilo. Hierdoor wordt het totaal toelaatbaar gewicht van de standaard F serie overschreden. Om aan uw eisen te voldoen kunnen wij een speciale "P Waterschap" uitvoering leveren. Deze trekker heeft dezelfde afmetingen als een F uitvoering. Deze trekker heeft een specifieke goedkeuring zoals deze in uw Eis E-4 genoemd is, mag deze P in specifieke waterschap uitvoering aangeboden worden?'

Antwoord: 'Nee, niet akkoord. De eisen worden voor deze aanbesteding niet aangepast. Er dient aan de wet te worden voldaan.'

1.3.3. Vraag 10 [m.b.t. Eis E-57, Commissie]: 'U vraagt in deze openbare aanbesteding een continu variabele versnellingsbak voor een smalspoortrekker. Er zijn maar 2 merken die dit kunnen leveren, daarmee sluit u alle andere merken uit van deelname aan deze tender. Dit kan niet de bedoeling zijn van een Europese aanbesteding en is ook niet toegestaan volgens de aanbestedingswet. Om deze reden verzoeken wij om een handgeschakelde versnellingsbak eventueel met 3-traps

powershift (zonder koppelen te schakelen) met een modulerende elektro-hydraulische omkeerschakeling toe te staan. De versnellingen zijn ook te ontkoppelen met een schakelaar op de versnellingspook waardoor de chauffeur ergonomisch gezien veel minder kniebelasting heeft bij het schakelen. Deze versnellingsbak heeft veel snelheids-bereiken passend bij alle werkzaamheden die met de trekker moet worden uitgevoerd. Ook zijn er geen hydraulische verliezen bij aandrijving van de motor naar de wielen wat zorgt voor een efficiënte werking en minder brandstofverbruik. Een trekker met dit type versnellingsbak is behalve efficiënter ook nog eens duizenden euro's goedkoper dan de trekker met een continu variabele versnellingsbak.'

Antwoord: 'Uit jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (EU C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865, 25 oktober 2018) volgt dat de Aanbestedende Dienst met betrekking tot de formulering van de technische specificaties een ruime beoordelingsmarge heeft. Dit Hof overwoog dat de beoordelingsmarge wordt gerechtvaardigd door het feit dat de aanbestedende diensten het beste op de hoogte zijn om de eisen te bepalen waaraan moet worden voldaan om het gewenste resultaat te bereiken. Volgens [Aanbesteder] wordt het door het [Aanbesteder] gewenste resultaat met het oog op de ergonomie en rijgemak voor de bestuurder het beste door het geformuleerde in deze eis bereikt. Zoals u ook aangeeft kunnen meerdere leveranciers aan deze eis voldoen. De eis blijft gehandhaafd.'

- 1.3.4. Vraag 11 [m.b.t. Eis E-67, Commissie]: 'U vraagt in deze openbare aanbesteding een Load Sensing hydrauliekpomp van 100l/min op een smalspoortrekker. Van deze 100 liter gaat een deel naar de interne gebruikers van de trekker dus is er nooit 100 liter beschikbaar voor de externe gebruikers. Er zijn maar 2 merken die een Load Sensing pomp kunnen leveren met een maximum opbrengst van 100 l/min op dit type trekker, daarmee sluit u alle andere merken uit van deelname aan deze tender. Dit kan niet de bedoeling zijn van een Europese aanbesteding en mag ook niet volgens de aanbestedingswet. Wij kunnen op dit type trekker een combinatie van tandwielpompen leveren met een totale opbrengst van meer dan 90 liter per minuut voor de hydraulische aansluitingen en daarbij een aparte pomp voor intern gebruik van de trekker, totaal ruim 120 liter per minuut, meer dan voldoende voor werkzaamheden met de genoemde machines. Wij vragen u om deze mogelijkheid ook toe te staan.'

Antwoord: 'Uit jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (EU C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865, 25 oktober 2018) volgt dat de Aanbestedende Dienst met betrekking tot de formulering van de technische specificaties een ruime beoordelingsmarge heeft. Dit Hof overwoog dat de beoordelingsmarge wordt gerechtvaardigd door het feit dat de aanbestedende diensten het beste op de hoogte zijn om de eisen te bepalen waaraan moet worden voldaan om het gewenste resultaat te bereiken. Volgens [Aanbesteder] wordt het door het [Aanbesteder] gewenste resultaat met het oog op efficiëntie, duurzaamheid en gebruikersgemak het beste door het geformuleerde in deze eis bereikt. Load sensing zorgt ervoor dat er niet meer olie wordt gebruikt dan nodig is, doordat alleen olie vrijkomt als het systeem dit vraagt. Dit kost minder vermogen en minder olie. Dit geeft tevens minder lawaai en warmteontwikkeling. Het klopt dat van deze 100 liter een deel naar de interne gebruikers van de trekker gaat en er dus nooit 100 liter beschikbaar is voor de externe gebruikers. Eis E-62 wordt gewijzigd in: De olieopbrengst (hydrauliek) bedraagt minimaal 100 liter per minuut.'

- 1.3.5. Vraag 13 [m.b.t. Eis E-36, Commissie]: 'U stelt dat de asbelasting bij volledige of deel belading niet mag worden overschreden. Deze eis is volgens ons op geen enkele wijze door een leverancier te behalen. Dit is alleen mogelijk indien de gebruiker zich houdt aan de door de fabriek toegestane waarden. Deze eis dient volgens ons te worden verwijderd.'

Antwoord: 'Met deze eis benadrukt [Aanbesteder] dat er op dit punt aan de wet moet worden voldaan. Ook al zou [Aanbesteder] deze eis niet opnemen, dan nog moet aan de wet worden voldaan. De eis blijft gehandhaafd.'

- 1.3.6. Vraag 17 [m.b.t. Eis E-89, Commissie]: 'U vraagt banden met een specifieke maat voor en achter. In verband met de voorloop vragen wij u toe te staan bijvoorbeeld 380/70R28 met bijpassend voorwiel dit zorgt voor een verbeterd rijcomfort en langere levensduur van de trekker.'

Antwoord: 'Nee, dit mag niet.'

- 1.4. Op 23 mei 2022 heeft ondernemer een klacht ingediend bij aanbesteder. Ondernemer heeft op deze dag, de uiterste dag voor het indienen van de inschrijvingen, geen inschrijving ingediend.
- 1.5. Op 23 juni heeft aanbesteder een beslissing gegeven op de klacht, waarbij aanbesteder het advies van het klachtenmeldpunt van aanbesteder van 7 juni 2022 heeft overgenomen. De klacht is op alle punten ongegrond verklaard, met uitzondering van de klacht over het ontbreken van een motivatie van aanbesteder voor het eisen van een specifieke bandenmaat. Deze motivatie heeft de aanbesteder alsnog gegeven. Daarnaast heeft aanbesteder uitsluitel gegeven over het onderzoek dat hij op advies van het klachtenmeldpunt heeft gedaan naar de haalbaarheid voor inschrijvers van een aantal cumulatief gestelde eisen ten aanzien van de maximaal toelaatbare massa. Volgens aanbesteder kunnen meerdere leveranciers hieraan voldoen hetgeen ook blijkt uit de inschrijvingen.
- 1.6. Vervolgens heeft ondernemer op 15 juli 2022 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 2 hierna).
- 1.7. Aanbesteder heeft op 29 augustus 2022 een reactie ingediend bij de Commissie (zie paragraaf 3 hierna). Op deze datum was de opdracht inmiddels gegund.

2. Beschrijving klacht en onderbouwing

- 2.1. Ondernemer stelt, kort samengevat, dat er dusdanig exorbitante en luxe eisen aan de aanbesteding zijn gesteld dat aanbesteder daardoor de mededinging op onacceptabele wijze heeft beperkt. Inschrijvers krijgen geen gelijke kansen. Ondernemers die functioneel gezien alles kunnen leveren wat de aanbesteder wil, zoals ondernemer zelf, worden desondanks van de aanbesteding uitgesloten omdat zij niet aan de exorbitante eisen kunnen voldoen. Ondernemer draagt voor zijn stelling dat de mededinging op onacceptabele wijze wordt beperkt een drietal gronden aan.

1. Slechts twee merken kunnen meedoen aan de aanbesteding

- 2.1.1. Als gevolg van de exorbitante eisen die de aanbesteder stelt en de formulering van deze eisen kunnen eigenlijk maar twee merken meedoen aan de aanbesteding en wordt naar deze twee merken toegeschreven. Dit leidt tot een beperking van de mededinging.

2. Aan de eis van het maximaal toelaatbare gewicht kan geen enkele tractor voldoen

- 2.1.2. Ondernemer stelt dat de gestelde eisen met betrekking tot het totale gewicht van de tractor inclusief de aanbouwdelen en belading, en de eisen met betrekking tot

de toegestane asbelasting dermate disproportioneel zijn dat het resterende vrije draagvermogen van de machines die over een variabele versnellingsbak (CVT) (Commissie: moeten) beschikken te gering is om nog te kunnen voldoen aan de wettelijke eisen op het gebied van de maximaal toelaatbare massa (MTM). Gevolg hiervan is dat geen enkele ondernemer aan de betreffende eisen kan voldoen en er zodoende in het geheel geen marktwerking overblijft, hetgeen in strijd is met de wet. Ondernemer doelt hierbij op Eis E-36, E-39, E-40 en E-41.

3. *Aanbesteder wil een te luxe tractor, waardoor inschrijvers met een minder luxe maar wél functionele tractor worden afgewezen*

- 2.1.3. Aanbesteder wil volgens ondernemer een te luxe tractor. Een aantal eisen is volgens ondernemer niet nodig om het werk goed te kunnen uitvoeren. De (minder luxe) tractor van ondernemer kan alles wat aanbesteder wil en voldoet aan de wettelijke eisen. Toch wordt de tractor van ondernemer op grond van de exorbitante eisen afgewezen (Commissie: mocht ondernemer besluiten een inschrijving in te dienen). Volgens ondernemer zou een dergelijke afwijzing niets te maken hebben met de functionaliteit van zijn tractor. Dit is volgens ondernemer niet de bedoeling van aanbestedingen en zou ook niet de bedoeling moeten zijn van omgaan met overheidsgeld.

Ondernemer onderbouwt dit standpunt met een aantal voorbeelden:

- 3a. Continu variabele versnellingsbakken. Ondernemer doelt hierbij op Eis E-57. In plaats van een continu variabele transmissie ofwel versnellingsbak (CVT) kan ondernemer een PowerShift transmissie met modulerende powershuttle omkeerschakeling leveren.;
- 3b. Load Sensing pomp. Ondernemer doelt hierbij op Eis E-67. In plaats van load sensing pompen kan ondernemer tandwielpompen leveren.
- 3c. Specifieke voor- en achterband combinaties. Ondernemer doelt hierbij op eis E-89. Ondernemer stelt dat de bandenmaten die aanbesteder vereist zo specifiek zijn dat hij niet in staat is om banden met deze maten te leveren. Hij kan echter wel grotere bandenmaten leveren die zelfs meer draagvermogen en 'vrije ruimte' hebben en alles kunnen wat de aanbesteder wil.

- 2.2. Ondernemer stelt voor de aanbesteding in trekken en een nieuwe aanbesteding uitschrijven 'waar nu eens echt alle merken trekkers volledig mee kunnen doen met ook de volwaardige kans om dan ook de aanbesteding te winnen'.

3. Reactie aanbesteder

- 3.1. Aanbesteder reageert op de klacht van ondernemer aan de hand van de drie door ondernemer genoemde gronden.

1. *Slechts twee merken kunnen meedoen aan de aanbesteding*

- 3.1.1. Aanbesteder verwijst met betrekking tot deze eerste grond van de klacht allereerst naar jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie waaruit volgt dat een aanbesteder met betrekking tot de formulering van de technische specificaties een ruime beoordelingsmarge heeft. 'Het staat de Aanbestedende dienst in beginsel vrij te bepalen wat hij wil inkopen, maar daarbij moet de Aanbestedende dienst wel de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht nemen. Er moet bijvoorbeeld voldoende concurrentie zijn.'

- 3.1.2. Aanbesteder verweert zich als volgt. Aanbesteder heeft bij het opstellen van de aanbestedingsstukken nadrukkelijk aandacht besteed aan de balans tussen het stellen van eisen die belangrijk zijn voor functionaliteit, ergonomie en comfort van

de tractor en het belang van het hebben van zoveel mogelijk inschrijvers. Dit laatste is volgens aanbesteder natuurlijk ook van belang voor het waterschap.

- 3.1.3. Aanbesteder legt uit dat hij naar aanleiding van de eerste klacht (Commissie: bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder) het Programma van Eisen zoals dat was gepubliceerd voor de eerste aanbesteding nogmaals nadrukkelijk onder de loep heeft genomen (Commissie: aanbesteder heeft de eerste aanbesteding naar aanleiding van deze klacht ingetrokken en is vervolgens de onderhavige aanbesteding gestart). 'Daar waar het klachtenmeldpunt adviseerde een klacht t.a.v. een eis gegrond te verklaren is die eis aangepast. Het klachtenmeldpunt had zich op haar beurt weer laten adviseren door United Quality. De aanpassingen hadden betrekking op het managementsysteem, de koelventilator en de hydrauliek. Volgens de advisering zouden door aanpassing van deze eisen minstens twee merken, maar meerdere leveranciers aan het cumulatief van eisen uit het Programma van Eisen kunnen voldoen.'
- 3.1.4. Aanbesteder verduidelijkt dat de reden dat maar twee merken – maar wel meerdere leveranciers – kunnen voldoen, gelegen is in de eis met betrekking tot de continu variabele transmissie (CVT). 'Een continu variabele transmissie is voor het waterschap heel belangrijk. Het geeft comfort, vooral bij de werkzaamheden die met deze smalspoortractor worden gedaan. Deze smalspoortractor rijdt op smalle schouwpaden langs watergangen (sloten). Het betreft vaak korte stukjes, waarbij er veel geremd en gekoppeld moet worden, als de tractor niet zou zijn voorzien van automatische transmissie.' Aanbesteder benadrukt dat meerdere inschrijvers aan deze eis kunnen voldoen.

2. Aan de eis van het maximaal toelaatbare gewicht kan geen enkele tractor voldoen

- 3.1.5. Aanbesteder verwijst met betrekking tot deze tweede grond van de klacht allereerst naar de eisen die gaan over de maximaal toelaatbare massa van de tractor. Het betreft de volgende eisen: E-36, E-39, E-40 en E-41.
- 3.1.6. Aanbesteder stelt dat de eisen die gaan over hoeveel een tractor mag wegen niet letterlijk in een wettelijke bepaling zijn vastgelegd. Volgens aanbesteder bepaalt de fabrikant de maximaal toelaatbare massa. Dit is het eigen gewicht van de tractor, vermeerderd met het maximale gewicht van de aanbouwdelen (verwisselbare uitrustingsstukken).

Aanbesteder geeft het volgende voorbeeld:

'Eigen gewicht tractor: 4.500 kg

Maximaal toelaatbare massa: 8.000 kg

Bovenstaande betekent dat aan de tractor, maximaal 3.500 kg aan verwisselbare uitrustingsstukken gekoppeld mogen worden.

Hierbij moet wel worden gelet op de maximaal toelaatbare aslasten van de tractor. Het maximaal toelaatbare gewicht en de maximaal toelaatbare aslasten worden vermeld op het Certificaat van Overeenstemming (CvO) dat bij de tractor wordt geleverd. Ondernemer heeft gelijk dat bij een standaard tractor met standaard assen de kans aanwezig is dat de maximaal toelaatbare massa wordt overschreden. Maar het is mogelijk de tractor uit te voeren met een andere as (let op: geen extra as) waardoor het maximaal toelaatbaar gewicht wordt verhoogd en nog steeds wordt voldaan aan het Programma van Eisen. Dit wordt vermeld op het CvO dat door de fabrikant wordt afgegeven. Op basis van de typegoedkeuring van de tractor en het aangeleverde CvO geeft de RDW [Rijks Dienst voor het Wegverkeer] een kenteken af voor de tractor.'

- 3.1.7. Aanbesteder bericht dat hij de aanbesteding inmiddels heeft gegund. Volgens aanbesteder wordt middels Eis E-41, waarin de verplichting is neergelegd dat de tractor, inclusief de klepelmaaiers in de front- en achterhef, voor aflevering moet worden gewogen, nog eens extra geborgd dat er niet een te zware combinatie wordt afgeleverd.

3. Aanbesteder wil een te luxe tractor, waardoor inschrijvers met een minder luxe maar wél functionele tractor worden afgewezen

- 3.1.8. Aanbesteder verwijst voor wat betreft deze derde grond van de klacht naar het advies dat haar klachtenmeldpunt aanbesteden op 7 juni 2022 heeft uitgebracht naar aanleiding van een klacht van ondernemer bij dit klachtenmeldpunt: 'Zoals reeds door het Klachtenmeldpunt is gesteld geldt voor al deze door ondernemer aangehaalde voorbeelden dat het aan de Aanbestedende dienst is om te bepalen wat hij wil inkopen. Dat ondernemer in zijn ogen betere onderdelen of varianten kan aanbieden of dat de eis in de ogen van ondernemer onlogisch is, is aanbestedingsrechtelijk niet relevant. De keus voor de te stellen technische eisen ligt bij de aanbestedende dienst en hij heeft daarbij, tot op zekere hoogte, vrijheid. Aanbestedende dienst dient er wel voor te zorgen dat de gestelde eisen voldoen aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, verband houden met het voorwerp van de opdracht en in verhouding staan tot de waarde en de doelstellingen van de opdracht.' Aanbesteder stelt aan de hand van de door ondernemer in 2.1.3 genoemde voorbeelden dat hij hieraan voldoet.

Ad 3a -Eis E-57: continu variabele transmissie

- 3.1.9. Aanbesteder legt uit waarom hij een continu variabele transmissie (CVT) wenst. Een CVT is voor comfort en gebruiksgemak voor de chauffeur en is noodzakelijk voor het goed kunnen uitvoeren van de werkzaamheden. Een smalspoortractor is namelijk een bijzonder soort tractor, bedoeld om over smalle schouwpaden te rijden en te kunnen werken binnen kleine ruimtes. Het werk vergt veel voor- en achteruit rijden, waarbij veelvuldig tussen voor- en achteruitrijden wordt geschakeld. Arbotechnisch is een continu variabele transmissie dan de beste oplossing. Er zijn meerdere leveranciers die dit aanbieden aldus aanbesteder. Volgens aanbesteder maakt de PowerShift transmissie die ondernemer met modulerende powershuttle-omkeerschakeling kan leveren gebruik van een systeem met dubbele koppeling. 'De eerste koppeling bedient versnellingen één, drie en vijf; de tweede koppeling bedient versnellingen twee, vier en zes. Een Powershift transmissie is een mechanische transmissie, die als automatisch schakelende versnellingsbak kan worden gebruikt. Het grote verschil is dat een Powershift transmissie in een bepaalde versnelling een rijsnelheid kan behalen, bijvoorbeeld 3,6 km/h. Een volgende versnelling geeft een snelheid van 4,0 km/h. Wanneer de machinist 3,8 km/h wil rijden, omdat dit beter is voor de dan uit te voeren werkzaamheden, dan is dat met een Powershift transmissie niet mogelijk. Met een continue variabele transmissie is dit wel mogelijk. Een rijsnelheid van 0,01 km/h tot het maximum is traploos instelbaar.'

Volgens aanbesteder is 'de PowerShift transmissie weliswaar gebruiksvriendelijker dan een 'normale' geschakelde versnelling, maar zal, afhankelijk van de uitvoering van de Powershift transmissie, toch in bepaalde uitvoering handmatig moeten worden geschakeld tussen de hoofdgroepen. De versnellingen binnen de hoofdgroep worden dan weer automatisch doorlopen.' (...) 'Vanwege de variabel instelbare snelheid voor de veelheid van werkzaamheden, als ook het comfort voor de chauffeur, kiest het waterschap voor een continu variabele transmissie en voldoet de PowerShift transmissie niet.'

Ad 3b – Eis E-67: Load Sensing Pom

- 3.1.10. Vervolgens legt aanbesteder uit waarom hij een load sensing pomp en geen tandwielpomp wenst. 'Load sensing betekent dat de pomp vermogen levert als dit wordt gevraagd door de gebruiker. Bij een tandwielpomp werkt de pomp continu, de olie wordt warm en pomp en ventielen slijten eerder. Vanuit gebruiksgemak en duurzaamheid eist het waterschap daarom load sensing. Een tandwielpomp is niet voldoende. Meerdere aanbieders kunnen hieraan voldoen.'

Ad 3c – Eis E-89: specifieke voor- en achterbandenmaa

- 3.1.11. Tot slot verklaart aanbesteder dat hij wellicht ten onrechte vastgehouden heeft aan de gevraagde bandenmaat. Daarin zit volgens aanbesteder wellicht bij nader inzien wat ruimte. De bandenmaat is namelijk afhankelijk van de combinatie van de tractor. Aanbesteder legt uit dat 'de context waarin de vraag met betrekking tot de bandenmaat is gesteld het voor hem te onduidelijk maakt om deze vraag goed te kunnen beantwoorden.' Maar volgens aanbesteder leidt alleen een wijziging in bandenmaat er niet toe dat ondernemer achteraf in staat was geweest om in te schrijven.

4. Beoordeling

- 4.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 14 april 2022 een Europees openbare procedure heeft aangekondigd voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor de levering van twee smalspoorttractoren met front en achter klepelmaaiers, inclusief het onderhoud. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3^e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

Klacht

- 4.2. Ondernemer stelt dat de mededinging op onacceptabele wijze is beperkt doordat aanbesteder exorbitante technische specificaties voor de te leveren tractoren hanteert waaraan slechts twee merken tractoren kunnen voldoen en aan sommige zelfs geen enkele tractor. Inschrijvers die tractoren kunnen leveren die voldoen aan de functionele behoefte van aanbesteder, wordt geen gelijke kansen tot verwerving van de opdracht geboden.

Beknopt oordeel

- 4.3. Het enkele feit dat aanbesteder vergaande eisen stelt aan de functionaliteit, ergonomie en comfort van de in te kopen tractor maakt niet dat hij daarmee de markt onacceptabel beperkt. Een aanbesteder heeft een ruime beoordelingsmarge bij het formuleren van de technische specificaties van een opdracht. Technische specificaties moeten inschrijvers gelijke toegang bieden en mogen niet leiden tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van opdrachten voor mededinging. De Commissie acht de door aanbesteder gegeven rechtvaardiging voor het hanteren van een aantal technische specificaties deugdelijk. Eén technische specificatie erkent aanbesteder mogelijk ten onrechte te hanteren. Voor zover de klacht betrekking heeft op die specificatie, verklaart de Commissie de klacht gegrond. Voor het overige acht de Commissie de klacht ongegrond.

Toelichting

Toetsingskader

- 4.3.1. De Commissie leest in de klacht dat ondernemer van mening is dat de technische eisen die aanbesteder aan de tractoren stelt discriminatoir, disproportioneel en

mededingingsbeperkend zijn, waardoor de mededinging op onacceptabele wijze is beperkt. Daarbij zijn de volgende artikelen uit de Aw 2012 relevant: art. 1.8, 1.10, 1.10a, 2.75 en 2.76 Aw 2012.

- 4.3.2. Meer in het bijzonder is in artikel 2.75 Aw 2012 onder meer bepaald:
'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.'
- 4.3.3. In artikel 2.76 Aw 2012 staat, voor zover nu relevant:
'1. Een aanbestedende dienst formuleert de technische specificaties:
(...)
b. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen, die milieukekenmerken kunnen bevatten, waarbij de eisen zodanig nauwkeurig zijn bepaald dat de inschrijvers het voorwerp van de overheidsopdracht kunnen bepalen en de aanbestedende dienst de overheidsopdracht kan gunnen,
(...)
3. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.
(...).'
- 4.3.4. In overweging 74 van de considerans bij Richtlijn 2014/24 EU (onder meer omgezet in artikel 2.76 Aw 2012) en de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II, 2009-2010, 32440, nr. 3, p.74) wordt benadrukt dat het de voorkeur verdient om technische specificaties als functionele en prestatie-eisen te formuleren. Door functioneel te omschrijven komt de nadruk te liggen op het doel van de opdracht in plaats van de opdracht zelf. Hierdoor wordt ruimte gecreëerd voor innovatieve oplossingen. Daarnaast wordt door middel van functioneel specificeren voorkomen dat de concurrentie kunstmatig wordt beperkt als gevolg van de omstandigheid dat er eisen worden gesteld 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.
- 4.3.5. Uit Europese jurisprudentie blijkt dat een aanbestedende dienst een ruime beoordelingsmarge heeft met betrekking tot de formulering van de specificaties. Die beoordelingsmarge wordt gerechtvaardigd door het feit dat het de aanbestedende diensten zijn die het beste op de hoogte zijn van welke leveringen zij nodig hebben en het beste geplaatst zijn om de eisen te bepalen waaraan moet worden voldaan om de gewenste resultaten te bereiken. Zie HvJ EU van 25 oktober 2018, C-413/17, Roche Lietuva, r.o. 29-30. In hetzelfde arrest oordeelt het Hof van Justitie echter ook dat de ruime beoordelingsmarge van de aanbestedende dienst grenzen kent (zie r.o. 31-36 van dit arrest). Het Hof verwoordt dit als volgt:
'31 Desalniettemin stelt richtlijn 2014/24 bepaalde grenzen die de aanbestedende dienst in acht moet nemen.

32 Met name wordt in artikel 42, lid 2, van richtlijn 2014/24 geëist dat de technische specificaties de inschrijvers gelijke toegang bieden tot de aanbestedingsprocedures en dat zij er niet toe mogen leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen.

33 Met dit vereiste wordt met het oog op de formulering van technische specificaties vorm gegeven aan het beginsel van gelijke behandeling zoals omschreven in artikel 18, lid 1, eerste alinea, van die richtlijn. Volgens deze bepaling moeten aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en op een transparante en proportionele wijze handelen.

34 Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, zijn de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie van cruciale betekenis voor technische specificaties wegens het gevaar voor discriminatie in verband met de keuze van die specificatie of de formulering ervan (zie met betrekking tot richtlijn 2004/18 arrest van 10 mei 2012, Commissie/Nederland, C 368/10, ECLI:EU:C:2012:284, punt 62).

35 Voorts wordt in artikel 18, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 gepreciseerd dat overheidsopdrachten niet mogen worden opgesteld met het doel om die uit te sluiten van de werkingssfeer van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken, en dat de mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding ontworpen is met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.

36 Evenzo is in overweging 74 van richtlijn 2014/24 vermeld dat de technische specificaties "zodanig moeten 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". Volgens diezelfde overweging "moet het mogelijk zijn inschrijvingen in te dienen waarin de diversiteit van technische oplossingen, normen en technische specificaties op de markt tot uiting komt [...]".

- 4.3.6. Uitgangspunt is daarom 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 Advies 522, ov. 5.3.6 met verwijzing naar nadere vindplaatsen, en artikel 2.76 lid 1 sub b Aw 2012). Wanneer slechts enkele spelers op de markt aan de inkoopbehoefte van de aanbestedende dienst kunnen voldoen, betekent dat nog niet per definitie dat hij in strijd handelt met het beginsel van gelijke behandeling.
- 4.3.7. In bovengenoemd arrest Roche Lietuva heeft het Hof van Justitie verder geoordeeld dat de naleving van het vereiste dat technische specificaties inschrijvers gelijke toegang moeten bieden tot de aanbestedingsprocedures en dat zij er niet toe mogen leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen, des te belangrijker is wanneer de technische specificaties in het bestek op zeer gedetailleerde wijze zijn geformuleerd. Hoe gedetailleerder de technische specificaties zijn geformuleerd, hoe groter immers het risico dat de producten van een bepaalde fabrikant worden bevoordeeld (zie r.o. 37).
- 4.3.8. Daarnaast geldt dat inherent aan een (technische) eis is dat ondernemingen die daaraan niet kunnen voldoen, worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Dat een aanbestedende dienst een (technische) eis stelt waar één of meer ondernemingen niet aan kunnen voldoen, betekent derhalve nog niet per definitie dat de aanbestedende dienst handelt in strijd met het beginsel van gelijke behandeling (zie onder meer Advies 520, ov. 5.3.4).

Heeft aanbesteder de mededinging op onacceptabele wijze beperkt?

- 4.3.9. Aan de hand van bovenstaand weergegeven toetsingskader heeft de Commissie onderzocht of sprake is van ongerechtvaardigde belemmering van de openstelling van de opdracht voor mededinging, als gevolg van de door aanbesteder gehanteerde technische specificaties. De Commissie is daarbij uitgegaan van de door ondernemer aangedragen gronden. Allereerst (onder 1) stelt ondernemer dat slechts twee merken kunnen meedoen aan de aanbesteding en dat aanbesteder naar deze twee merken heeft toegeschreven. Vervolgens (onder 2) stelt ondernemer dat zelfs geen enkele ondernemer kan voldoen aan de eis van het maximaal toelaatbare gewicht. En tot slot (onder 3) stelt ondernemer dat aanbesteder een te luxe tractor wil, waardoor inschrijvers met een minder luxe maar wél functionele tractor worden afgewezen.

1. Slechts twee merken kunnen meedoen aan de aanbesteding

- 4.3.10. De Commissie stelt voorop dat het enkele feit dat aanbesteder vergaande eisen stelt aan de functionaliteit, ergonomie en comfort van de in te kopen tractor niet zonder meer maakt dat hij daarmee de mededinging ongerechtvaardigd belemmert. Uitgangspunt is immers dat een aanbesteder zelf kan bepalen wat hij wil inkopen. Wanneer slechts enkele spelers op de markt aan de inkoopbehoefte van aanbesteder kunnen voldoen, betekent dat nog niet per definitie dat de aanbesteder in strijd handelt met het beginsel van gelijke behandeling.
- 4.3.11. Aanbesteder heeft niet alleen in de Nota van Inlichtingen (zie antwoord van aanbesteder op vraag 10 in Nota van Inlichtingen onder 1.3.3 hierboven) maar ook in zijn reactie op de klacht van ondernemer bij de Commissie, onderbouwd waarom voor hem bij deze opdracht een aantal technische specificaties waartegen ondernemer bezwaar maakt van belang zijn (zie 0 en 0 hierboven). De Commissie begrijpt dat aanbesteder erkent dat slechts twee merken kunnen meedingen naar de opdracht – wat met name het gevolg is van gehanteerde specificatie met betrekking tot de continu variabele transmissie (CVT) - maar dat verschillende leveranciers de betreffende merken kunnen leveren. De Commissie overweegt dat er derhalve geen sprake is van een ongerechtvaardigde belemmering van de mededinging in de zin van artikel 2.75 lid 6.
- 4.3.12. De Commissie acht de eerste grond van de klacht **ongegrond**.

2. Geen enkele ondernemer kan voldoen aan de eis van het maximaal toelaatbare gewicht

- 4.3.13. De Commissie begrijpt de stelling van ondernemer aldus dat de eisen van aanbesteder over het totale toegestane gewicht van de smalspoorttractoren (Eisen E-36, E-39 t/m E-41) dermate disproportioneel zijn dat geen enkele ondernemer aan de wettelijke eisen omtrent de maximaal toelaatbare massa kan voldoen. Hierdoor blijft er geen marktwerking over.
- 4.3.14. De Commissie stelt voorop dat de technische specificaties die een aanbesteder stelt per definitie moeten voldoen aan de wettelijke voorschriften die van toepassing zijn op de opdracht.
- 4.3.15. Ondernemer heeft echter in geheel niet onderbouwd om welke wettelijke voorschriften het gaat en legt in zijn klacht aan de Commissie ook niet nader uit waarom de door aanbesteder gestelde eisen niet voldoen aan de wettelijke voorschriften. Daarmee heeft ondernemer onvoldoende concreet onderbouwd dat de betreffende eisen in strijd zijn met de wet en komt de Commissie ook niet meer toe aan het

beoordelen van de vraag of sprake is een ongerechtvaardigde belemmering van de mededinging.

4.3.16. De Commissie acht de tweede grond van de klacht **ongegrond**.

3. *aanbesteder wil een te luxe tractor waardoor inschrijvers met een minder luxe maar wél functionele tractor worden afgewezen*

4.3.17. De Commissie begrijpt de klacht van ondernemer aldus dat het stellen van zeer luxe eisen aan tractoren discriminatoir zou zijn ten opzichte van inschrijvers met minder luxe tractoren die prima in staat zijn de opdracht goed uit te voeren. Ondernemer geeft hiervan een drietal voorbeelden (zie hieronder onder 0, 4.3.22 en 4.3.25). Hierdoor zou de mededinging worden belemmerd.

Ad 3a: Eis E-57 - continu variabele transmissie

4.3.18. Aanbesteder heeft op de klachten van ondernemer ten aanzien van deze eis, zowel in de Nota van Inlichtingen (zie het antwoord van aanbesteder op vraag 10 in de Nota van Inlichtingen onder 1.3.3 hierboven) als in zijn reactie op de klacht bij de Commissie toegelicht (zie 0 hierboven) dat de eis van een CVT voor hem noodzakelijk is vanuit het oogpunt van comfort, gebruiksgemak en het goed kunnen uitvoeren van de werkzaamheden van de smalspoortractor. De Commissie begrijpt uit de stellingen van aanbesteder dat een CVT *voordelen* zou bieden bij het werken binnen kleine ruimtes, waarvoor de tractoren worden ingezet. De snelheid van de tractor is traploos instelbaar, wat niet het geval zou zijn bij de door ondernemer geleverde PowerShift transmissie. Aanbesteder geeft daarbij als voorbeeld dat een PowerShift transmissie enkel een 'sprong' zou kunnen maken van 3,6 km/h naar 4 km/h, terwijl voor bepaalde werkzaamheden een snelheid van 3,8 km/h gewenst zou zijn. Een CVT zou instelbaar zijn op die snelheid en een PowerShift transmissie niet.

4.3.19. Ondernemer stelt dat de PowerShift transmissie met modulerende powershuttle omkeerschakeling die hij kan leveren zuiniger, efficiënter en gebruiksvriendelijker is dan een CVT. Ondernemer heeft die stelling niet nader onderbouwd.

4.3.20. Omdat de stellingen van aanbesteder onvoldoende concreet zijn weersproken door ondernemer, neemt de Commissie aan dat een CVT voordelen biedt ten opzichte van een PowerShift transmissie. De Commissie begrijpt evenwel dat een CVT niet *strikt noodzakelijk* is voor de uitvoering van de opdracht, aanbesteder heeft slechts onderbouwd welke voordelen een CVT zou bieden en niet, bijvoorbeeld, welke onderdelen van de opdracht niet zouden kunnen worden uitgevoerd zonder CVT. Ondernemer lijkt aan zijn klacht de veronderstelling ten grondslag te leggen dat ieder aspect van een opdracht dat niet strikt noodzakelijk is voor de uitvoering, automatisch moet worden gezien als een 'luxe wens' en daarmee moet worden gezien als disproportioneel. De Commissie ziet dat echter niet als automatisme. Het is *mogelijk* dat een eis of specificatie die niet strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van de opdracht niet in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht, maar de Commissie acht het denkbaar dat een aanbestedende dienst een rechtens te respecteren behoefte heeft aan het stellen van een eis of specificatie die niet strikt noodzakelijk is voor uitvoering van de opdracht.

4.3.21. In het onderhavige geval is een deel van de door aanbesteder gestelde specificaties, bijvoorbeeld het voorschrijven van een CVT, ingegeven vanuit ergonomisch en functioneel perspectief. De Commissie overweegt dat ook ergonomische en functionele aspecten een rol mogen spelen bij het bepalen van de technische specificaties, ook als de opdracht zich eveneens laat uitvoeren met een minder ergonomisch product. Ondernemer heeft hooguit onderbouwd dat een CVT niet strikt

noodzakelijk is, maar heeft geen onderbouwing aangeleverd voor de stelling dat het voorschrijven van een CVT een 'luxe wens' betreft. Onder die omstandigheden moet de Commissie deze grond 3a van de klacht **ongegron**d verklaren bij gebrek aan voldoende concrete onderbouwing.

Ad 3b: Eis E-69 - Load Sensing Pomp

- 4.3.22. Aanbesteder heeft uiteengezet wat voor hem het voordeel is van een Load Sensing Pomp ten opzichte van de door ondernemer te leveren tandwielpomp: een Load Sensing Pomp levert niet continu, maar slechts op aanvraag van de gebruiker, wat zou leiden tot minder slijtage.
- 4.3.23. Ondernemer stelt dat hij een tandwielpomp kan leveren die niet onder zou doen voor een Load Sensing Pomp, maar onderbouwt dat standpunt onvoldoende concreet. Onder die omstandigheden beschouwt de Commissie het voorschrijven van een Load Sensing Pomp niet als een ongerechtvaardigde belemmering van de mededinging.
- 4.3.24. De Commissie acht grond 3b van de klacht **ongegron**d.

Ad 3c: Eis E-89 - specifieke voor- en achterbandenmaat

- 4.3.25. Ondernemer stelt dat de bandenmaten die aanbesteder vereist zo specifiek zijn dat hij niet in staat is deze te leveren. Hij kan wel grotere bandenmaten die zelfs meer draagvermogen en 'vrije ruimte' hebben en alles kunnen wat de aanbesteder wil. In zijn klacht bij het klachtenmeldpunt stelt ondernemer dat het zo specifiek uitvragen van een bandenmaat technisch of qua draagkracht geen enkel nut heeft. De bandenmaten die aanbesteder uitvraagt beïnvloeden het rijcomfort en de levensduur van de trekker juist zeer negatief. Het klachtenmeldpunt heeft aanbesteder geadviseerd beter te motiveren waarom aanbesteder juist deze specifieke voor-achterband combinatie vereist. Aanbesteder heeft dit vervolgens in zijn beslissing op de klacht bij het klachtenmeldpunt gedaan, maar heeft de eis niet verder aangepast. De uitgevraagde bandenmaat zou volgens aanbesteder te maken hebben met bodemdruk, minder sporen en stabiliteit. In zijn reactie op de klacht van ondernemer bij de Commissie heeft aanbesteder echter laten weten dat hij wellicht ten onrechte heeft vastgehouden aan de gevraagde bandenmaat en dat in de bandenmaat bij nader inzien wellicht enige ruimte zit. De Commissie begrijpt deze reactie van aanbesteder aldus dat hij erkent dat de door hem uitgevraagde bandenmaten een ongerechtvaardigde belemmering van de mededinging vormen.
- 4.3.26. De Commissie acht grond 3c van de klacht daarmee **gegron**d.

Overweging ten overvloede: zoveel mogelijk functioneel specificeren

Hoewel het buiten het bestek van de klacht valt, constateert de Commissie dat aanbesteder de opdracht niet of nauwelijks heeft gespecificeerd in termen van prestatie-eisen en functionele eisen, wat mogelijk heeft geleid tot een onnodige beperking van mededinging. Aanbesteder heeft de plicht de opdracht zo veel mogelijk functioneel te specificeren (zie onder 4.3.3 en 4.3.4 hierboven en artikel 2.76 lid 1 Aw 2012). Mogelijk heeft aanbesteder die plicht ten aanzien van deze opdracht geschonden. De Commissie heeft dat niet onderzocht, omdat de mate van functioneel specificeren geen onderdeel uitmaakt van de ingediende klacht.

5. Advies

De Commissie acht de gronden 1, 2 en 3a en 3b van de klacht **ongegrond** en grond 3c **gegrond**.

Den Haag, 26 oktober 2022

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Mr. M.C. Pinto

Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen

Commissielid