

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 713

1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. Dit advies gaat over een Europese openbare procedure voor het sluiten van een raamovereenkomst voor het leveren van armaturen voor straatverlichting. De vraag is of de eisen die aanbesteder heeft gesteld aan de afmetingen van de te leveren armatuur, in het bijzonder hoe de armatuur wordt gemeten, voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver duidelijk zijn. Als deze vraag bevestigend wordt beantwoord, is de vervolgvraag hoe deze eisen moeten worden uitgelegd.
- 1.2. Daarnaast speelt de vraag of de eisen aan de afmetingen leiden tot een ongerechtvaardigde belemmering in de openstelling van de opdracht voor mededinging.

2. Hoe luidt het advies?

- 2.1. De Commissie is van oordeel dat voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver op basis van de aanbestedingsstukken onvoldoende duidelijk is hoe de te leveren armatuur wordt gemeten. Aanbesteder heeft daardoor in strijd gehandeld met zijn verplichting om transparant te handelen. De Commissie verklaart klachtonderdeel 2 **gegrond**. De Commissie komt daardoor niet toe aan de behandeling van de overige klachtonderdelen.
- 2.2. Met het oog op de mogelijke heraanbesteding van de opdracht overweegt de Commissie dat zij niet kan vaststellen of de eisen die aanbesteder heeft gesteld aan de afmetingen van de te leveren armatuur een ongerechtvaardigde belemmering van de openstelling van de opdracht voor mededinging inhouden. Als aanbesteder de opdracht opnieuw aanbesteedt, verdienen die eisen een kritische blik.

3. Wat zijn de relevante feiten?

- 3.1. Aanbesteder heeft op 13 juli 2023 op TenderNed een aankondiging geplaatst voor het sluiten van een raamovereenkomst met een ondernemer voor het leveren van paaltoparmatuur. Het gaat om een Europese openbare procedure. Het gunningscriterium is de 'economisch meest voordelige inschrijving', vast te stellen op basis van de 'beste prijs-kwaliteitverhouding'.
- 3.2. In het Aanbestedingsdocument van 11 juli 2023 is, onder meer, het volgende bepaald:

"2.3 Aanleiding voor deze aanbesteding

De Aanbesteder is verplicht om de inkoop overeenkomst van het paaltoparmatuur Europees aan te besteden.

Het gaat om de standaard voor lichtpunthoogte van 4 meter voor hoofdzakelijk woongebieden en erftoegangswegen. Een enkele keer komen ze ook aan wijkontsluitingswegen voor.

Het huidige standaard kofferarmatuur is uit gefaseerd en wordt in een separate aanbesteding eveneens aanbesteedt.

Begin 2013 heeft Aanbesteder de Structuurvisie Openbare Ruimte aangenomen als leidraad voor (her-)inrichting en vervangingen in de Openbare Ruimte. Samen met de kwaliteitscatalogus worden daarin de hoofdlijnen en kaders geformuleerd.

Voor de Openbare Verlichting zijn herkenbaarheid, beheerbaarheid en het serviceniveau verhogen door voorraadvorming de pijlers geweest voor het huidige OVL beleid.

Voor het beleidsplan is de standaardconfiguratie ontwikkeld, samen met ontwerpers en vormgevers

van de Openbare Ruimte, conform de Structuurvisie.

Ook vanuit de logistiek is standaardisering het meest efficiënt gebleken om met minder (investerings-) kosten het serviceniveau op een hoog peil te brengen.

Daarom is gestandaardiseerd op een beperkt aantal armaturen die bij projecten en vervangingen binnen de Aanbesteder worden voorgeschreven.

Het huidige standaard kofferarmatuur is uit gefaseerd en de leveringsovereenkomst loopt af, tegelijkertijd willen we nu ook het paaltoparmatuur aanbesteden.

(...)

2.4.1 Aard van de opdracht.

Omdat we het huidige beleid, beheer en beeld van de afgelopen 10 jaar willen voortzetten, zoeken we een zoveel mogelijk gelijkend en herkenbaar kegelmodel voor de lichtpunthoogte van 4 meter voor binnen de bebouwde kom.

Het armatuur moet door verschillende vermogens, lenspakketten, breed toepasbaar zijn binnen de bebouwde kom.

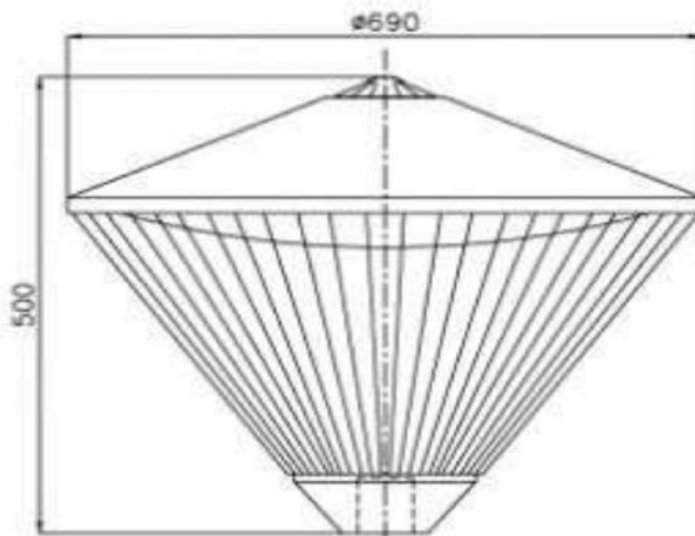
Wij zijn middels deze aanbesteding op zoek naar vervangende armaturen waarvan de vormgeving en uitstraling zo veel mogelijk moet passen bij de standaard kegelarmaturen van de afgelopen 10 jaar.

Als basis voor het model en uitstraling wordt uitgegaan van de Ampulla met helder glas, welke is voorzien van een verticaal lijnenpatroon. (zie onderstaande afbeelding)

Kleur, uitvoering, doorsnede-hoogteverhouding zijn voor onze ontwerpers en vormgevers van de

openbare ruimte het belangrijkste.

AFMETINGEN IN MM:



Voor details zie het programma van eisen (Hoofdstuk 10 en Bijlage 10)

Bij vrijwel alle projecten en vervangingen van OVL, worden de standaard configuraties van masten en armaturen voorgeschreven bij projecten en in de diverse bestekken opgenomen. (zie bijlage 9 ARGO 2019)

De diverse projecten voor onderhoud en vervanging van de openbare verlichting worden door middel van aanbestedingen in de markt gezet. De winnende aannemer van zo'n aanbesteding dient de standaard armaturen bij uitvoering toe te passen.

2.4.2 Omvang van de opdracht

Het verwachte omzetvolume voor deze raamovereenkomst voor de voorziene duur van de raamovereenkomst bedraagt tussen de 400 en 500 stuks per jaar voor verschillende lichtpunthoogtes met een inkoopwaarde die afhankelijk is van de inschrijfprijs.

De aanbestedende dienst heeft een minimale prijs 410,- euro excl. BTW en een maximale prijs van 480,- euro excl. BTW per armatuur vastgesteld.

Daarmee wordt de omvang van de opdracht vastgesteld op maximaal 1700 stuks met een maximale waarde van 760.000,- voor 48 maanden. (2 jaar met de optie om 2 jaar te verlengen)

(...)

2.5 Duur overeenkomst

De Aanbestedende dienst heeft de intentie om de overeenkomst in werking te laten treden op 1 november 2023. De looptijd van de overeenkomst bedraagt 2 jaren met daarna een optie tot verlenging van één maal twee jaar. De mogelijkheid tot verlenging is ter beoordeling van de Aanbestedende dienst. Het besluit tot verlenging van de overeenkomst wordt uiterlijk op 1 mei 2025 schriftelijk aan Opdrachtnemer medegedeeld. Opdrachtnemer is verplicht mee te werken aan verlenging onder dezelfde voorwaarden en condities. Indien de overeenkomst niet wordt verlengd eindigt deze op 1 november 2025 van rechtswege of na een eerste verlenging op 1 november 2027

(...)

5. Beoordelingsprocedure en gunning

5.1 Algemeen

Het beoordelen van de Inschrijvingen vindt plaats door een beoordelingsteam, waarin diverse deskundigheden zijn verenigd. Gedurende de beoordeling kan het beoordelingsteam aan Inschrijvers verduidelijking vragen over de inhoud van hun Inschrijving.

De beoordelingsprocedure omvat een aantal fasen, die in dit hoofdstuk achtereenvolgens beschreven staan. Voor opmerkingen en commentaar dienen Inschrijvers de informatiefase (zie hoofdstuk 3 'Informatief-uitwisseling') te benutten.

5.2 Beoordelingsprocedure per fase

(...)

Fase 5 Beoordeling eisen Programma van Eisen

Vervolgens worden de Inschrijvingen van de geschikt bevonden Inschrijvers inhoudelijk beoordeeld. Eerst wordt het voldoen aan de eisen (knock-outcriteria) gecontroleerd. Aan alle eisen, zoals gesteld in hoofdstuk 10, dient te worden voldaan.

Inschrijvingen die niet aan de gestelde eisen voldoen, worden niet verder in behandeling genomen (knock-out).

(...)

9. Gunningscriteria

9.1 Het gehanteerde gunningscriterium

De Inschrijvingen worden, na beoordeling op de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en minimumeisen, beoordeeld op de gunningscriteria. Gunningscriteria worden gebruikt om de door de Inschrijver gedane aanbieding te beoordelen.

(...)

9.2 Gunningsverloop

Voor Gunningsdeel 1 verwachten wij van u de volgende informatie:

- Een beschrijving, zo nodig aangevuld met een prospectus, brochure, productblad, foto's enzovoort.

Hierin dienen minimaal de technische gegevens en hoogte/breedte/lengtemaat exclusief opzetstuk te staan.

(...)

10 Programma van eisen (Gewenste functionaliteit)

10.1 Programma van eisen Paaltoparmatuur lichtpunthoogte (lph) 4 meter

Eis Omschrijving

11 Maatvoering eisen:

Het armatuur heeft een opschuifmaat van 60 mm.

Doorsnede van de onderkap is minimaal 650 mm en maximaal 690 mm.

Doorsnede van de bovenkap is minimaal 650 mm en maximaal 700 mm.

Bovenaanzicht: rond

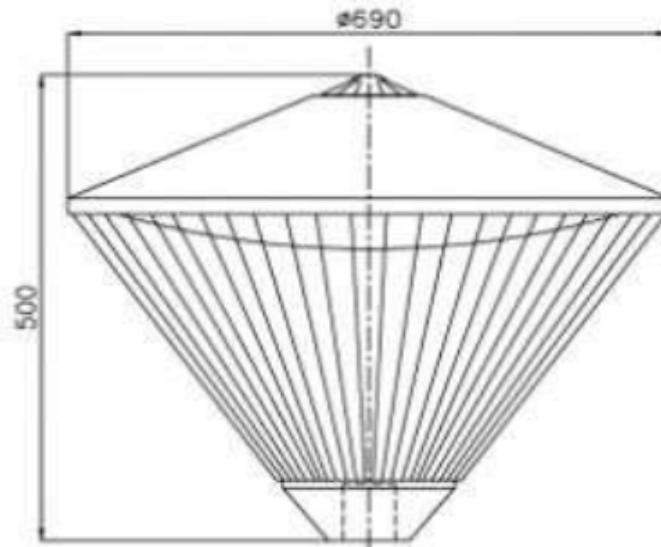
Het zijaanzicht van de bovenkap dient driehoekig te zijn en sluitend over de onderkap te vallen.

- De hoogte van het armatuur is minimaal 0,7 keer en maximaal 0.75 keer de diameter binnen de marges van de maatvoering."

- 3.3. Bij het Aanbestedingsdocument is als bijlage 10 een document gevoegd, getiteld 'Voorbeeld hoogte/lengte/breedte verhoudingsberekening'. Hierin is het volgende opgenomen:

Bijlage 10 Voorbeeld doorsnede/hogte verhoudingsberekening

AFMETINGEN IN MM:



| | Maatvoering in mm | | verhouding % | |
|-----------------|-------------------|---------|-----------------|------------|
| grenswaarde | 650-700 | 500-560 | min 0,7 - 0,8 | kandidaat? |
| Armatuur | \varnothing | h | h/\varnothing | |
| Ampulla | 690 | 500 | 72,5% | ja |
| uw inschrijving | 1 | 0 | 0,0% | |

Hoogte is minimaal 70,0% en maximaal 80,0% van de diameter.

- 3.4. In de Nota van Inlichtingen van 30 augustus 2023 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

Vraag:

'De in eis 11 onder PvE gestelde maatvoeringseis is dusdanig specifiek omschreven dat in de huidige markt slechts 1 product hieraan voldoet, namelijk voor het kegelarmatuur de Ampulla van Ondernemer. Afmetingen voor de door de AD verzochte armaturen zijn niet noodzakelijkerwijs een technische vereiste, nu ze geen invloed hebben op de functionaliteit of prestaties van het product. De technische vereisten voor deze armaturen hebben doorgaans betrekking op factoren als lichttechniek zoals beschikbare optiektypes en lichtkleuren, lichtberekeningen conform de geldende norm, eisen ten aanzien van gelijkmatige lichtverdeling, energieverbruik, connectiviteit, duurzaamheid, materiaalgebruik, slagvastheid, de bevestiging en montage van de armaturen en het gemak waarmee het onderhoud kan worden verricht en onderdelen kunnen worden vervangen. Grootte kan een voorkeur of overweging zijn voor de AD, maar mag niet worden gebruikt om de concurrentie te beperken en potentiële leveranciers uit te sluiten die mogelijk aan de technische eisen van de aanbesteding kunnen voldoen. Bovendien kan het gebruik van grootte als vereiste leiden tot hogere kosten voor de AD en mogelijk niet tot de beste prijskwaliteitverhouding. Tot slot, zal de armatuur die wel voldoet aan deze maatvoering groter zijn en daarmee ook onnodig extra materiaal gebruiken wat dan weer haaks staat op duurzaamheidseisen in de door de AD vastgestelde uitgangspunten (hoofdstuk 8 RIBOR). De AD is gehouden om ondernemers op

gelijke en niet discriminerende wijze te behandelen Deze verplichting houdt onder meer in dat de technische eisen die aan het voorwerp van de opdracht worden gesteld, de ondernemingen een gelijke toegang tot de opdracht moeten bieden. Wij maken dan ook uitdrukkelijk bezwaar tegen handhaving van de maatvoeringseis, nu deze eis de concurrentie drastisch beperkt. Wij verzoeken de AD om te bevestigen dat zij eis 11 PvE laat vervallen. Indien u hier niet toe bereid bent, verzoeken wij u gemotiveerd toe te lichten waarom deze eis gehandhaafd blijft en een extra vragen ronde toe te voegen om ons en andere leveranciers de kans te geven hier op te reageren'

Antwoord:

'In de tweede alinea van paragraaf 2.3 Aanleiding voor deze aanbesteding van het bestek wordt de Structuurvisie Openbare Ruimte van 2013 genoemd als leidraad voor (her-)inrichting en vervangingen in de openbare ruimte. In combinatie met de kwaliteitscatalogus worden daarin de hoofdlijnen en kaders geformuleerd. Dit heeft voor de openbare verlichting geleid tot een beleidsplan waarin, samen met stedenbouwkundigen / ontwerpers en andere vormgevers van de openbare ruimte de configuratiekeuze is vastgelegd. Voor de openbare verlichting zijn herkenbaarheid, beheerbaarheid en het serviceniveau verhogen door voorraadvorming de pijlers van het huidige OVL beleid. De gewenste herkenbaarheid en uitstraling, maken de symmetrische verhoudingen van het model bepalend. Om aan bovenstaande recht te doen, ziet de aanbestedende dienst, zich genoodzaakt tot handhaven van eis 11 in het PVE.'

(...)

Vraag:

'Afgelopen jaren zijn armaturen steeds compacter geworden. Een van de belangrijkste redenen hiervoor is dat er minder grondstoffen nodig zijn tijdens de productiefase. Dit betekent namelijk een minder grote milieu impact. Materiaalreductie en vermindering van grondstoffen is daarnaast een belangrijke factor waarmee de overheid de Nederlandse economie in 2050 volledig circulair wil maken. In de website van Aanbesteder is dit o.a. terug te lezen in 'het portfolio duurzame economie'. De wethouder economie en de toenmalig portefeuillehouder van de openbare ruimte spreken beide over de circulaire economie en het zuiniger willen omgaan met grondstoffen.

Deze ambitie strookt niet met de door u geëiste maatvoering.

Zou u op basis van het bovenstaande de eisen van maatvoering willen herzien en een ruime tolerantie willen toestaan zodat kleinere armaturen geheel in lijn met uw ambities toegepast kunnen worden?'

Antwoord:

'In de tweede alinea van paragraaf 2.3 Aanleiding voor deze aanbesteding van het bestek wordt de Structuurvisie Openbare Ruimte van 2013 genoemd als leidraad voor (her-)inrichting en vervangingen in de openbare ruimte. In combinatie met de kwaliteitscatalogus worden daarin de hoofdlijnen en kaders geformuleerd. Dit heeft voor de openbare verlichting geleid tot een beleidsplan waarin, samen met stedenbouwkundigen / ontwerpers en andere vormgevers van de openbare ruimte de configuratiekeuze is vastgelegd. Voor de openbare verlichting zijn herkenbaarheid, beheerbaarheid en het serviceniveau verhogen door voorraadvorming de pijlers van het huidige OVL beleid. De gewenste herkenbaarheid en uitstraling, maken de symmetrische verhoudingen van het model bepalend. Om aan bovenstaande recht te doen, ziet de aanbestedende dienst, zich genoodzaakt tot handhaven van eis 11 in het PVE.'

- 3.5. Ondernemer heeft een inschrijving ingediend. Per elektronisch bericht van 14 september 2023 heeft aanbesteder het volgende aan ondernemer medegedeeld:

'Na controle van de door u ingeleverde stukken komen wij tot de conclusie dat wij uw inschrijving af moeten wijzen. De reden hiervoor is dat het aangeboden armatuur afwijkt van het door ons gewenst gelijkende model. Uw model voldoet niet aan de marges die we hebben opgesteld.

Zoals in het Aanbestedingsdocument beschreven is als basis voor het model waarvoor we opzoek zijn uitgegaan van het huidige toegepaste model.

De doorsnede-hoogteverhouding zijn voor onze ontwerpers en vormgevers van de openbare ruimte zeer belangrijk.

In het Aanbestedingsdocument geven we aan hoe de doorsnede en hoogte van het armatuur gemeten dienen te worden. Daarbij is de hoogte gemeten van de diagonaal-structuur.

Bij de tekening van armatuur dat u aanbiedt, is bij de hoogte ook het verticale (zichtbare) opzetstuk meegerekend. Als we dit deel buiten beschouwing laten en we gaan uit van de maatvoering zoals deze op uw website staat, dan voldoet het armatuur niet aan onze eisen.'

- 3.6. Ondernemer heeft bij brief, gedateerd op 20 september 2023, bezwaar gemaakt bij aanbesteder tegen de beslissing tot afwijzing van zijn inschrijving.
- 3.7. Aanbesteder heeft bij brief van 28 september 2023 het bezwaar van ondernemer verworpen.

4. Waar komt de klacht in de kern op neer?

- 4.1. Ondernemer is van mening dat aanbesteder zijn inschrijving ten onrechte heeft afgewezen. Zijn klacht bestaat uit vijf klachtonderdelen. De Commissie vat de klacht van ondernemer hierna in eigen woorden als samen. Zij permitteert zich daarbij de volgorde van de klachtonderdelen aan te passen en klachtonderdelen, voor zover zij in de kern op hetzelfde neerkomen of nauw met elkaar samenhangen, samen te voegen.

Klachtonderdeel 1 – geen maatafwijking

- 4.2. De door ondernemer aangeboden armatuur voldoet aan de door aanbesteder in bijlage 10 gestelde marges aan de doorsnede-hoogteverhouding. Aanbesteder meet de hoogte van de armatuur verkeerd. Bij de berekening moet de hoogte van het opzetstuk worden meegerekend.

Klachtonderdeel 2 – eisen aan doorsnede-hoogteverhouding voor tweeërlei uitleg vatbaar

- 4.3. De eisen aan de doorsnede-hoogteverhouding zijn op meerdere manieren uit te leggen.

Klachtonderdeel 3 – aanbesteder baseert afwijzingsbeslissing ten onrechte op informatie op website van ondernemer

- 4.4. Aanbesteder heeft zijn oordeel of de door ondernemer aangeboden armatuur voldoet aan gestelde doorsnede-hoogteverhouding ten onrechte gebaseerd op informatie op de website van ondernemer. Als aanbesteder twijfelde of de door

ondernemer aangeboden armatuur aan de gestelde doorsnede-hoogteverhouding voldoet, had aanbesteder een verificatievraag aan ondernemer moeten stellen.

Klachtonderdeel 4 – eis aan doorsnede-hoogteverhouding toegeschreven op een bepaald product

- 4.5. De door aanbesteder aan de afmetingen van de te leveren armatuur gestelde eisen beperken de toegang tot de opdracht. Er is maar een aanbieder die aan de gestelde eisen kan voldoen.
- 4.6. Op de reactie van aanbesteder wordt, voor zover nodig, bij de behandeling van de klachtonderdelen ingegaan.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder een Europese openbare procedure heeft georganiseerd voor een raamovereenkomst voor het leveren van paaltoparmatuur. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder meer de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en Deel 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

Klachtonderdelen 1 en 2

- 5.2. In het eerste klachtonderdeel klaagt ondernemer dat aanbesteder de hoogte van de door hem aangeboden armatuur verkeerd heeft gemeten. Ondernemer stelt dat de door hem aangeboden armatuur bij een correcte meting voldoet aan de door aanbesteder gestelde eis aan de doorsnede-hoogteverhouding van de armatuur. In het tweede klachtonderdeel klaagt ondernemer dat de eis aan de doorsnede-hoogteverhouding op meerdere manieren is uit te leggen. Beide klachtonderdelen hebben betrekking op de wijze waarop de eis aan de doorsnede-hoogteverhouding moet worden uitgelegd en hangen hierdoor nauw met elkaar samen. De Commissie zal de klachtonderdelen 1 en 2 daarom gezamenlijk behandelen.
- 5.3. De Commissie stelt vast dat aanbesteder voor de eisen aan de afmetingen van de te leveren armaturen een bestaand model als basis heeft genomen. Het gaat om het model/type 'Ampulla'. Aanbesteder geeft in het Aanbestedingsdocument aan dat hij zoekt naar een '*zoveel mogelijk gelijkend en herkenbaar kegelmodel*' (zie hiervoor overweging 3.2). Aanbesteder beoogt dit doel mede te bereiken door een eis te stellen aan de verhouding tussen de doorsnede en de lengte van de armatuur. Bij de 'Ampulla' is die verhouding 72,50% (zie hiervoor overweging 3.3). De doorsnede-hoogteverhouding van de aangeboden armatuur moet binnen een bepaalde bandbreedte blijven (op die bandbreedte komt de Commissie later terug). Ondernemer en aanbesteder verschillen van mening of bij het meten van de lengte van de armatuur het 'opzetzstuk', het onderdeel van de armatuur waarmee de armatuur op een mast wordt gemonteerd, zo begrijpt de Commissie, moet worden meegerekend. Ondernemer meent dat dit het geval is, terwijl aanbesteder het tegenovergestelde betoogt.
- 5.4. Om te bepalen hoe de lengte van de armatuur moet worden gemeten, in het bijzonder of hierbij het opzetzstuk van de armatuur moet worden meegerekend, moeten de aanbestedingsstukken worden uitgelegd. Alvorens aan die uitleg toe te komen moet worden beoordeeld of aanbesteder heeft voldaan aan de verplichting die op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 op hem rust om transparant te handelen, in die zin dat hij de eisen aan de afmetingen van de armatuur zodanig heeft geformuleerd dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg de eisen aan de afmetingen van de armatuur moet worden gegeven en dus hoe de

armatuur moet worden gemeten om de doorsnede-hoogteverhouding te bepalen. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsstukken de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevend betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld (zie onder meer Advies 688, overweging 5.4; Advies 686, overweging 4.12).

- 5.5. De Commissie stelt vast dat de eisen aan de afmetingen van de armatuur zijn beschreven in eis 11 van het programma van eisen. Hierin is onder meer bepaald: 'De hoogte van het armatuur is minimaal 0,7 keer en maximaal 0.75 keer de diameter binnen de marges van de maatvoering' (zie hiervoor overweging 3.2). Er is niet aangegeven hoe de hoogte van de armatuur wordt gemeten en of het opzetstuk hierbij wordt meegerekend. Het als bijlage 10 bij het Aanbestedingsdocument gevoegde 'Voorbeeld doorsnede/hoogte verhoudingsberekening' geeft wel inzicht in de wijze waarop de hoogte van de armatuur wordt gemeten. In dit voorbeeld is zichtbaar dat de hoogte van de armatuur is gemeten van de top tot de onderkant van de armatuur (zie hiervoor overweging 3.3).
- 5.6. Het valt de Commissie op dat in de armatuur in dit voorbeeld het onderste gedeelte taps toeloopt en daardoor bijdraagt aan de kegelvorm van de armatuur, terwijl het opzetstuk van de door ondernemer aangeboden armatuur, althans het onderste gedeelte daarvan, recht afloopt. Dit rechte ('verticale') gedeelte moet volgens aanbesteder niet worden meegerekend, zo begrijpt de Commissie het standpunt van aanbesteder. De vraag is of een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver dit behoorde te begrijpen.
- 5.7. De Commissie beantwoordt deze vraag ontkennend. Toegegeven kan worden dat het rechte gedeelte van het opzetstuk in de door ondernemer aangeboden armatuur niet bijdraagt aan de door aanbesteder gewenste kegelvorm. Vanuit dit oogpunt komt het de Commissie niet onlogisch voor het rechte gedeelte van het opzetstuk niet mee te rekenen bij het meten van de hoogte van de armatuur. De Commissie stelt echter vast dat in het Aanbestedingsdocument, waaronder het programma van eisen, voorschriften voor het meten van de armatuur ontbreken, terwijl het 'Voorbeeld doorsnede/hoogte verhoudingsberekening' is toegespitst op het model/type 'Ampulla', dat door aanbesteder als basis is genomen voor de eisen aan de afmetingen aan de armatuur. Aanbesteder lijkt te weinig oog te hebben gehad voor andere oplossingen. Daarnaast stelt de Commissie vast dat in de aanbestedingsstukken een definitie van het begrip 'opzetstuk', waaruit blijkt of en zo ja, hoe dit onderdeel bij het meten van de hoogte van de armatuur wordt meegerekend, ontbreekt. In de mededeling van afwijzing spreekt aanbesteder van het 'zichtbare' opzetstuk, terwijl de term 'zichtbaar' niet in de aanbestedingsstukken voorkomt.
- 5.8. De verwijzing naar paragraaf 9.2 van het Aanbestedingsdocument, waarin inschrijvers wordt gevraagd naar een beschrijving, waarin onder meer de hoogte/breedte/lengtemaat zijn aangegeven, exclusief opzetstuk, kan aanbesteder niet baten. Ook op deze plaats in het Aanbestedingsdocument is het begrip 'opzetstuk' niet gedefinieerd. Bovendien heeft deze paragraaf betrekking op de gunningscriteria, niet op het programma van eisen. Uit paragraaf 9.2 van het Aanbestedingsdocument volgt niet ondubbelzinnig dat bij het berekenen van de doorsnede-hoogteverhouding van de aangeboden armatuur het opzetstuk niet wordt meegerekend. De Commissie wijst erop dat op grond van het transparantiebeginsel op aanbesteder de plicht rust de eisen op een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige te formuleren.

- 5.9. Tot slot constateert de Commissie dat het 'Voorbeeld doorsnede/hogte verhoudingsberekening' op meerdere punten afwijkt van eis 11 van het programma van eisen. Zo worden in eis 11 van het programma van eisen, eisen gesteld aan de afmetingen van zowel de onderkap als de bovenkap van de armatuur, in de tabel in het voorbeeld wordt maar een doorsnedemaat genoemd. Verder is in eis 11 van het programma van eisen bepaald dat de hoogte minimaal 0,7 keer en maximaal 0.75 keer de diameter moet zijn, terwijl in de tabel in het rekenblad een bandbreedte van 70 tot 80% wordt aangehouden. Tot slot bevat de tabel in het voorbeeld een afzonderlijke eis aan de hoogte van de armatuur die niet in eis 11 van het programma van eisen voorkomt. Evident is overigens dat de door ondernemer aangeboden armatuur niet aan deze eis voldoet, ook niet als het (rechte gedeelte van het) opzetstuk wordt meegerekend. Kennelijk is de eis in de ogen van aanbesteder niet van toepassing. De geconstateerde afwijkingen van het 'Voorbeeld doorsnede/hogte verhoudingsberekening' van het programma van eisen dragen naar het oordeel van de Commissie niet bij aan de eenduidigheid van de eisen aan de afmetingen van de te leveren armatuur.
- 5.10. De Commissie concludeert dat voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver onvoldoende duidelijk is hoe de armatuur wordt gemeten. De Commissie oordeelt dan ook dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met zijn verplichting om transparant te handelen. Klachtonderdeel 2 is **gegrond**. Hierdoor wordt niet toegekomen aan de behandeling van klachtonderdeel 1.

Klachtonderdeel 3

- 5.11. Ondernemer klaagt dat aanbesteder zijn oordeel of de door ondernemer aangeboden armatuur voldoet aan gestelde doorsnede-hogteverhouding niet had mogen baseren op informatie op de website van ondernemer. Hiervoor heeft de Commissie geoordeeld dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met zijn verplichting om transparant te handelen (zie hiervoor overweging 5.10). De aanbestedingsprocedure kan daarom naar het oordeel van de Commissie niet worden voortgezet. Om die reden komt de Commissie niet toe aan de behandeling van klachtonderdeel 3. Met het oog op het bewerkstelligen van leereffect wenst de Commissie het volgende op te merken.
- 5.12. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder zijn beslissing om de inschrijving van ondernemer af te wijzen niet enkel mocht baseren op informatie op de website van ondernemer. Een aanbesteder dient zijn beslissingen te baseren op de bij inschrijving ontvangen informatie. Wanneer een inschrijving vragen oproept, kan aanbesteder – binnen de grenzen van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie – de betrokken inschrijver verzoeken zijn inschrijving te preciseren. Een aanbesteder moet terughoudend zijn met het betrekken van externe informatie bij zijn beslissingen. Voor zover externe informatie twijfels oproept over de geldigheid van een inschrijving, moet hij de betrokken inschrijver de kans geven hierop te reageren.

Klachtonderdeel 4

- 5.13. In dit klachtonderdeel klaagt ondernemer dat de door aanbesteder gestelde eisen aan de afmetingen van de te leveren armatuur de toegang tot de opdracht beperken. Er zou maar een aanbieder zijn die aan de gestelde eis kunnen voldoen. Om de hiervoor onder overweging 5.10 genoemde reden komt de Commissie ook niet aan de behandeling van deze klacht toe. Met het oog op de mogelijke heraanbesteding van de opdracht en het bewerkstelligen van leereffect merkt de Commissie het volgende op.

Toetsingskader

- 5.14. Artikel 1.8 Aw 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.
- 5.15. Op grond van artikel 1.10 Aw 2012 mag de aanbestedende diensten alleen eisen stellen aan de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
- 5.16. Beide hiervoor genoemde verplichtingen zijn onder andere uitgewerkt in artikel 2.75, leden 1, 2 en 6, en in artikel 2.76, lid 1, aanhef en onderdelen a en b, en lid 3, Aw 2012, waarin onderdelen van artikel 42 van Richtlijn 2014/24/EU zijn geïmplementeerd:

Artikel 2.75

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.

Artikel 2.76

1. Een aanbestedende dienst formuleert de technische specificaties:

a. door verwijzing naar technische specificaties en achtereenvolgens naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, Europese technische beoordelingen, gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen of, bij ontstentenis daarvan, nationale normen, nationale technische goedkeuringen dan wel nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, berekenen en uitvoeren van werken en het gebruik van leveringen,

b. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen, (...) waarbij de eisen zodanig nauwkeurig zijn bepaald dat de inschrijvers het voorwerp van de overheidsopdracht kunnen bepalen en de aanbestedende dienst de overheidsopdracht kan gunnen,

(...)

3. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

- 5.17. 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.
- 5.18. Uit de rechtspraak van onder andere het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) blijkt dat de aanbestedende dienst een ruime beoordelingsmarge heeft bij het formuleren van 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 in staat zijn om de eisen te bepalen waaraan moet worden voldaan om de gewenste resultaten te bereiken (HvJ EU van 25 oktober 2018, C-413/17, Roche Lietuva, r.o. 29-30). In hetzelfde arrest oordeelt het HvJ EU echter ook dat de ruime beoordelingsmarge van de aanbestedende dienst grenzen kent (zie r.o. 31-37 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 [...]".

37 De naleving van dit vereiste is des te belangrijker wanneer, zoals in casu, de technische specificaties in het bestek op zeer gedetailleerde wijze zijn geformuleerd. Hoe gedetailleerder de technische specificaties zijn geformuleerd, hoe groter immers het risico wordt dat de producten van een bepaalde fabrikant worden bevoordeeld.'

- 5.19. 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 676, ov. 4.3.6; 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 (zie onder meer Advies 676, ov. 4.3.8; Advies 520, ov. 5.3.4).

Houden eisen aan afmetingen van de armatuur ongerechtvaardigde beperking van de mededinging in?

- 5.20. De Commissie heeft aan de hand van het hiervoor weergegeven toetsingskader onderzocht of de eisen die aanbesteder stelt aan de afmetingen van de te leveren armatuur de mededinging ongerechtvaardigd beperken.
- 5.21. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder in beginsel eisen mag stellen aan de vorm en de afmetingen van de te leveren armatuur, ook als aan de keuze om dit te doen enkel esthetische redenen ten grondslag liggen. Dit mag er echter niet toe leiden een dat een bepaalde ondernemer wordt bevoordeeld, doordat de technische specificaties zijn afgestemd op de hoofdkenmerken van de producten zoals deze gewoonlijk door die ondernemer worden aangeboden. De technische specificaties moeten ruimte laten voor het aanbieden van andere op de markt beschikbare producten.
- 5.22. De Commissie stelt vast dat aanbesteder voor de eisen aan de vorm en de afmetingen van de te leveren armatuur een bestaand model/type, de 'Ampulla', als basis heeft genomen. Hierdoor zijn de eisen in belangrijke mate afgestemd op de hoofdkenmerken van dit model/type, wat een risico op bevoordeling van de leverancier van dit product meebrengt. Door inschrijvers toe te staan binnen bepaalde bandbreedtes van de afmetingen af te wijken, heeft aanbesteder kennelijk geprobeerd ruimte te laten voor het aanbieden van een armatuur van een ander model/type dan de 'Ampulla'. Het is echter de vraag of dit voldoende is.
- 5.23. Ondernemer stelt dat maar een aanbieder aan de gestelde eisen kan voldoen, maar heeft deze stelling niet onderbouwd. Aanbesteder heeft op zijn beurt zijn keuze voor de vastgestelde bandbreedtes waarbinnen de afmetingen van de aangeboden armatuur mogen afwijken van die van het model/type 'Ampulla' niet toegelicht. De door de Commissie geconstateerde tegenstrijdigheden in eis 11 van het programma van eisen en bijlage 10 bij het Aanbestedingsdocument 'Voorbeeld doorsnede/hogte verhoudingsberekening' (zie hiervoor overweging 5.9) wekken bovendien de indruk van een zekere willekeur. De Commissie kan daarom niet vaststellen of de eisen die aanbesteder stelt aan de afmetingen van de te leveren

armatuur een ongerechtvaardigde belemmering van de openstelling van de opdracht voor mededinging inhouden.

6. Advies

De Commissie oordeelt dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met de verplichting om transparant te handelen. De Commissie verklaart klachtonderdeel 2 **gegrond**. De Commissie komt niet toe aan de inhoudelijke beoordeling van de klachtonderdelen 1, 3 en 4.

7. Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbesteder aan de Europese openbare procedure voor het sluiten van een raamovereenkomst met een ondernemer voor het leveren van paaltoparmatuur vanwege de schending van de verplichting om transparant te handelen in te trekken. De Commissie beveelt aanbesteder daarnaast aan de eisen aan de vorm en de afmetingen van de te leveren armatuur kritisch tegen het licht te houden, als hij besluit de opdracht opnieuw aan te besteden.

Den Haag, 13 november 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp

Voorzitter

Mr. M.C. Pinto

Vicevoorzitter

Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Commissielid