

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 719

1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. Dit spoedadvies gaat over een Europese openbare procedure voor het sluiten van een raamovereenkomst met één ondernemer voor vaste glasvezel versterkt kunststof (fiets)bruggen (GVK bruggen). De vraag is of aanbesteder in de technische specificaties mocht verwijzen naar een geotrooieerde met naam genoemde technologie onder de toevoeging van de zinsnede 'of gelijkwaardig'.
- 1.2. Daarnaast speelt de vraag hoe de gelijkwaardigheid bij de verwijzing naar de bovengenoemde technologie moet worden aangetoond. Tevens beklagt ondernemer zich over de proportionaliteit van een gunningscriterium en een kerncompetentie.
- 1.3. Vanwege het spoedeisende karakter van de klacht heeft de Commissie op 9 februari 2024 haar advies inzake klachtonderdelen 1 en 4 alvast naar partijen verstuurd. Dit advies is uitgebreid met de behandeling van klachtonderdelen 2 en 3.

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie acht **klachtonderdeel 1 gegrond**. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder heeft voldaan aan de eerste in de wet genoemde voorwaarde om gebruik te kunnen maken van de uitzonderingsmogelijkheid die de wet biedt op het verbod om naar merken e.d. te verwijzen. Het voorwerp van de opdracht rechtvaardigt in dit geval de verwijzing. Aanbesteder heeft echter niet voldaan aan de tweede voorwaarde die in de wet wordt genoemd. Aanbesteder heeft onvoldoende concreet onderbouwd op welke wijze hij getracht heeft een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving te geven van het voorwerp van de overheidsopdracht.
- 2.2. De Commissie staakt de behandeling van klachtonderdeel 2, waarin ondernemer klaagt over de eisen die aanbesteder stelt aan testen die de inschrijver moet verstrekken om aan te tonen dat zijn inschrijving aan de technische specificaties voldoet. Aanbesteder heeft bij de behandeling van klachtonderdeel 1 geoordeeld dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met artikel 2.76 lid 3 Aw 2012 door in de technische omschrijving te verwijzen naar een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor geotrooieerde [naam X] technologie, om welke reden de aanbestedingsprocedure naar het oordeel van de Commissie niet kan worden voortgezet. Met het oog op het bewerkstelligen van een leereffect, aanbesteder overweegt mogelijk een heraanbesteding van de opdracht, wijdt de Commissie enkele overwegingen aan de in klachtonderdeel 2 aan de orde gestelde aspecten.
- 2.3. De Commissie staakt om dezelfde redenen de behandeling van klachtonderdeel 3, waarin ondernemer klaagt over de disproportionaliteit van een gunningscriterium. Met het oog op het bewerkstelligen van een leereffect wijdt de Commissie ook enkele overwegingen aan de in klachtonderdeel 3 aan de orde gestelde aspecten.
- 2.4. De Commissie acht **klachtonderdeel 4 gegrond**. Aanbesteder heeft erkend dat hij niet volgens de aanbestedingsregels heeft gehandeld.

3. Wat zijn de relevante feiten?

De aanbestedingsstukken

- 3.1. Aanbesteder heeft middels een aankondiging in het kader van vrijwillige transparantie, op 21 januari 2022 op TenderNed zijn voornemen kenbaar gemaakt om een opdracht voor de levering van honderden vaste glasvezel versterkt kunststof (fiets)bruggen (hierna: GVK bruggen) onderhands te gunnen aan de onderneming [naam ondernemer X]. In de aankondiging meldt aanbesteder dat de opdracht zijns inziens vanwege het ontbreken van mededinging om technische redenen via een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking aan de betreffende onderneming kan worden gegund. Bezwaren tegen dit voornemen om onderhands te gunnen hebben ertoe geleid dat aanbesteder de onderhandelingsprocedure heeft ingetrokken.
- 3.2. Aanbesteder heeft de opdracht voor de levering van de GVK bruggen vervolgens op 27 oktober 2023 Europees aanbesteed middels een Europees openbare procedure. Doel is het sluiten van een raamovereenkomst met één ondernemer. Deze procedure is onderwerp van de onderhavige klacht.
- 3.3. Ondernemer is een onafhankelijk adviesorgaan dat ten behoeve van zijn leden advies geeft op het gebied van aanbestedingen voor het GWG-bedrijf. Ondernemer dient een klacht in namens een onderneming. De onderneming heeft bezwaren ten aanzien van de hierboven genoemde door de aanbesteder georganiseerde Europese aanbestedingsprocedure.
- 3.4. In de aanbestedingsleidraad van 27 oktober 2023 is, onder meer, het volgende bepaald:

1.1 Aard en omvang van de opdracht

[Aanbesteder] heeft enkele honderden vaste bruggen in beheer. Vaak zijn dit houten bruggen, waarbij een aanzienlijk deel in de komende jaren vervangen gaat worden. [Aanbesteder] gaat deze vervangen voor vezel versterkt kunststof bruggen. Draagconstructie en dek zijn van dit materiaal gemaakt. [Aanbesteder] heeft gekozen voor dit materiaal door de lange levensduur, lage onderhoudsinspanning, lichte constructie en hergebruikmogelijkheden.

Voor de levering van de bruggen wil de [aanbesteder] een raamovereenkomst aangaan.

- Per jaar wordt circa 1.000 vierkante meter brugdek vervangen:
 - o Waarvan circa 20% fiets-/voetgangers;
 - o Waarvan circa 60% fiets-/voetgangers + strooiroutes (onbedoeld voertuig);
 - o Waarvan circa 20% calamiteiten = laststelsel van totaal 300kN.

Voor een uitvoerige beschrijving van de opdracht wordt verwezen naar de technische omschrijving levering bruggen, bijlage 2.

Maximale waarde raamovereenkomst

De maximale waarde van de raamovereenkomst is €7,5 miljoen (€7.500.000,-). Het betreft een raamovereenkomst, de opdrachtgever is daardoor niet gehouden aan een (minimale) afname verplichting.

(...)

Looptijd overeenkomst en verlengingsopties

De overeenkomst wordt aangegaan voor een periode van twee jaar. De verwachte ingangsdatum is 1 februari 2024 en de overeenkomst eindigt dus op 31 januari 2026. [Aanbesteder] heeft de mogelijkheid om de duur van de overeenkomst twee (2) keer met een één (1) jaar te verlengen. Indien [aanbesteder] gebruik wenst te maken van deze optie tot verlenging zal zij uiterlijk 3 maanden vóór afloop van de lopende periode, schriftelijk laten weten dat de overeenkomst wordt verlengd.

De concept raamovereenkomst is opgenomen als bijlage 4.

3.1 Eisen aan de inschrijving

De inschrijving is onherroepelijk. Door inschrijving gaat de inschrijver onvoorwaardelijk akkoord met alle gestelde eisen en voorwaarden zoals beschreven in de aanbestedingsdocumenten, waaronder de technische omschrijving. Een inschrijving die niet aan de gestelde eisen en voorwaarden voldoet, wordt uitgesloten.

(...)

4.2.2 Technische bekwaamheid Ervaring

Voor het toetsen van de minimale technische geschiktheid voor het uitvoeren van de opdracht zijn de volgende kerncompetenties vastgesteld om de ervaring van de inschrijver met de essentiële punten van de opdracht uit te vragen:

- a. Kerncompetentie 1: Inschrijver kan een tweetal referentieprojecten overleggen waaruit blijkt dat meer dan 30 van de in deze aanvraag gevraagde bruggen zijn geproduceerd en geleverd binnen één opdracht
- b. Kerncompetentie 2: Inschrijver dient minimaal 250 GVK bruggen geproduceerd en geleverd te hebben in de afgelopen 3 jaar.

(...)

5.3 Uitwerking gunningscriterium

Gunningscriterium 1: Constructieve veiligheid, kwaliteit- en borging (40%)

[Aanbesteder] is op zoek naar een proactieve opdrachtnemer die meedenkt en kan adviseren op het gebied van constructieve veiligheid, kwaliteit- en borging.

Inschrijver beschrijft voor dit onderdeel minimaal de volgende aspecten:

- a. Op welke wijze kunt u de constructieve veiligheid onafhankelijk aantonen, ook na overbelasten en ontstaan van schade in de constructie?

(...)

- c. Op welke wijze geeft u invulling aan de eis "Er moeten continue vezels zijn die deel uitmaken van de onderhoud (over een horizontale afstand van minimaal 3 lijfplaten), een lijfplaat en de bovenhuid (eveneens over een horizontale afstand van minimaal 3 lijfplaten)".

(...)

De uitwerking wordt beter beoordeeld indien:

(...)

- Voor bovengenoemde aspecten worden testen welke uitgevoerd zijn bij een onafhankelijk, geaccrediteerd testinstituut (TNO, TU-Delft, WTCB of gelijkwaardig) hoger beoordeeld.'

- 3.5. In bijlage 2 bij de leidraad met de 'Technische omschrijving' van de bruggen is, onder meer, het volgende bepaald:

3. Constructieve vormgevingseisen

Waar hout-, staal- en betonconstructies uitgebreid zijn beschreven in normen, richtlijnen en aanbevelingen kan bij deze materialen getoetst worden aan functionele specificaties. Vezel versterkt kunststof bruggen (vezel + hars matrix) staat nog niet op het zelfde niveau qua regelgeving en gestandaardiseerde productiemethoden. Om de geschiktheid van het vezel versterkt kunststof product aan te tonen gelden de volgende eisen:

(...)

e) Er moeten continue vezels zijn die deel uit maken van de onderhuid (over een horizontale afstand van minimaal 3 lijfplaten), een lijfplaat en de bovenhuid (eveneens over een horizontale afstand van minimaal 3 lijfplaten). Aan deze eis kan worden voldaan door te construeren met de [naam X] technologie of gelijkwaardig.

(...)

g) De constructie mag geen hars- en/of lijmgedomineerde verbinding bevatten, die bij falen het catastrofaal bezwijken van de constructie zouden kunnen veroorzaken.

I. De constructie mag geen dragende boutverbindingen bevatten, die bij falen het catastrofaal bezwijken van de constructie zouden kunnen veroorzaken;

II. Geen materialen toegestaan in de hoofddragconstructie die kunnen corroderen of rotten.

III. Ontwerp constructie conform de Eurocodes, aangevuld met de richtlijn CUR96:2019 ten behoeve van het ontwerpen met composiet materialen.

IV. Slijtlaag in PMMA. Kleur, grofheid en systeem als voorstel door leverancier aan Opdrachtgever ter goedkeuring voorleggen.

4. Constructieve veiligheid, beproeving;

(...)

f. Er moet door een derde onafhankelijke partij worden aangetoond dat de materiaaleigenschappen zoals gehanteerd in de berekeningen zijn gerealiseerd in het eindproduct. Onder onafhankelijk wordt verstaan geen commercieel belang bij de productie en geen commerciële instellingen.

Dit moet worden aangetoond conform de richtlijn CUR 96:2019, bijlage B.2, door beproevingen (minimaal in 5-voud) op proefstukken die;

i. uit het eindproduct zijn onttrokken, of:

ii. geproduceerd zijn met dezelfde componenten (vezels, matrix), in hetzelfde type proces en onder dezelfde procescondities als het eindproduct.

g. Aan te tonen middels full-scale of component testen vóór moment van inschrijven:

i. De draagkracht van de constructie mag geen nadelige gevolgen ondervinden na de volgende belastingen.

1. Slagbelasting equivalent aan een stalen kogel van 1000 kilogram, welke vanaf een hoogte van één meter op het dek van de brug valt, zonder nadelige gevolgen voor de draagkracht van de constructie.

2. Puntlast (minimaal 50kN) op een oppervlak van circa 30 bij 30mm, loodrecht op het dek.

3. Vermoeiingsbelasting bij representatieve voertuigbelasting, >10 miljoen cycli.

4. De hechting van de slijtlaag moet worden aangetoond middels een dollytest en moet minimaal 4MPa zijn;

5. Voor minimaal 3 bruggen moet middels testen worden aangetoond dat de constructie voldoet aan de geldende stijfheidseisen op zakking en eigenfrequentie. Hierbij geldt als comforteis een doorbuigeis zoals in punt 6. opgenomen

6. Te hanteren eisen omtrent dynamisch gedrag: Eigen frequentie onbelast Hz.'

- 3.6. In bovengenoemd hoofdstuk 4 van de 'Technische omschrijving' wordt verwezen naar de CROW-CUR-Aanbeveling 96:2019 die richtlijnen bevat voor vezel versterkte kunststoffen in dragende constructies. In bijlage 2.B van de CUR96 worden in het kader van de veiligheid van de dragende constructies, de verificatietesten/proeven beschreven aan de hand waarvan moet worden aangetoond dat de materiaaleigenschappen zoals gehanteerd in de berekeningen zijn gerealiseerd in het eindproduct.
- 3.7. In de Nota van Inlichtingen van 15 november 2023 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

Vraag 8 (gunningscriterium 1 sub a): 'In gunningscriterium Sub A. wat bedoelt u met onafhankelijk aantonen, is dit door derden?'

Antwoord vraag 8: '[Aanbesteder] bedoelt hiermee onafhankelijke testinstituten waar full scale tests zijn uitgevoerd om deze eigenschap aan te tonen. Zie bijlage 1, technische omschrijving'

Vraag 10 (gunningscriterium 1 sub c): 'Bij gunningscriterium 1 sub c omschrijft u een eis waar producent [naam ondernemer X] een patent op heeft, terwijl er voldoende alternatieven zijn. Dit is in strijd met het aanbestedingsrecht en wij eisen dan ook dat sub c geschrapt wordt.'

Antwoord vraag 10: 'OG heeft in een eerder stadium een vrijwillige transparantie uitgevoerd om te peilen of er inmiddels meerdere partijen zijn die een vergelijkbare technische oplossing hebben voor een bekend probleem bij GVK constructies, nl catastrofaal falen a.g.v. delaminatie. Hieruit heeft OG de conclusie getrokken dat er inmiddels meerdere aanbieders zijn die over een vergelijkbare technologie beschikken waarmee dit probleem kan worden voorkomen. Dit is dat ook de aanleiding geweest van deze aanbesteding. Als uw systeem hier aantoonbaar gelijkwaardig aan is, accepteert [aanbesteder] deze variant. Punt c. in de aanbestedingsleidraad wordt aangevuld met 'of gelijkwaardig'.'

Vraag 12 (Onafhankelijk onderzoek): '[Aanbesteder] spreekt ten aanzien van het aantonen van de geschiktheid van het composiet product over onafhankelijk onderzoek door een onafhankelijke partij (TNO, TU-Delft of WTCB). Als eerste merken wij op dat dit in de branche geen gangbare methode is van aantonen van geschiktheid. Het is algemeen bekend dat [naam ondernemer X] een vermoeiingstest heeft laten uitvoeren ten aanzien van haar composiet producten bij TNO en daarmee de geschiktheid van haar producten onderbouwt. Dat kan, maar dit brengt niet mee dat een dergelijke (kostbare) test vervolgens ook als algemeen uitgangspunt gehanteerd mag worden bij aanbestedingen en beter beoordeeld wordt. In tegendeel zelfs, een dergelijke wijze van aanbesteden zorgt voor strijd met (onder meer) het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel. Wij eisen dan ook om dit uit de leidraad te schrappen en de eisen in H1 van de technische omschrijving te handhaven.'

Antwoord vraag 12: 'Alhoewel de ontwikkelingen op het gebied van GVK en infra snel gaan, zijn er op kwalitatieve onderdelen nog beperkte normen beschikbaar. [Aanbesteder] ziet echter grote voordelen in GVK als constructiemateriaal van bruggen en heeft op dit gebied een voortrekkersrol in de markt op zich genomen. Om de hiaat in normeringen op te vullen, heeft [aanbesteder] o.b.v. haar ervaringen een aantal voorwaarden gesteld waaraan de bruggen minimaal dienen te voldoen. Uit een eerdere vrijwillige transparantie is gebleken dat er inmiddels meerdere partijen zijn die aan de minimaal gestelde kwalitatieve eisen van [aanbesteder] kunnen voldoen. De eis blijft daarmee gehandhaafd.'

- 3.8. In de Nota van Inlichtingen van 29 november 2023 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

Vraag 24 (Algemeen): 'In vraag 2 nota 1 geeft u aan dat u voldoende inschrijvers verwacht bij de genoemde kerncompetenties. Dat verbaast ons. Hoeveel inschrijvers verwacht u? Ons inziens is dit, met de huidige uitgangspunten, namelijk slechts één inschrijver. Zoals in de Gids Proportionaliteit bij voorschrift 3.5 F valt te lezen, is het ook niet in uw eigen belang om de markt te verengen. Om die reden wordt in de Gids onder andere geadviseerd terughoudend te zijn met eisen waaraan slechts een zeer beperkt aantal deelnemers kan voldoen. Dat geldt volgens ons al helemaal als er maar één partij kan voldoen. Wilt u deze kerncompetenties daarom nogmaals heroverwegen?'

Antwoord vraag 24: 'Naar aanleiding van de aankondiging in het kader van vrijwillige transparantie zijn er meerdere (ook Europese) partijen geweest die interesse hebben getoond in de opdracht. We mogen daarom aannemen dat er ook voor deze opdracht meer dan één gegadigden kunnen zijn. Daarnaast is kerncompetentie 1 aangepast n.a.v. de gestelde vragen in Nota 1.'

Vraag 25 (Algemeen): 'Er zijn enkele leveranciers van composiet bruggen in Nederland. Na rondvraag kan van deze partijen slechts één partij voldoen aan uw eisen. Deelt u onze mening dat hiermee in strijd met het non-discriminatieprincipe wordt aanbesteed? U verwijst in nota 1 naar uw vrijwillige transparantie waaruit blijkt dat er meerdere partijen zijn die aan uw vereisten kunnen voldoen. Waarop baseert u dit? Wij verzoeken u tot aanpassing van de eisen zodanig dat in elk geval alle Nederlandse leveranciers van composiet bruggen kunnen deelnemen.'

Antwoord vraag 25: 'Naar aanleiding van de aankondiging in het kader van vrijwillige transparantie zijn er meerdere (ook Europese) partijen geweest die interesse hebben getoond in de opdracht. De eisen uit de leidraad en bijlagen worden op basis van deze vraag niet aangepast.'

Vraag 26 (Algemeen): 'Wij hebben vorig jaar deelgenomen aan de vrijwillig transparante sessie. Uitkomst van deze sessie was dat uw interne organisatie in het kader van constructieve veiligheid bepaalde testen en/of bouwmethode vereist voor composiet verkeersbruggen. Voor fiets- voetgangersbruggen stond u open voor alternatieven. Dit is tegenstrijdig met de eisen uit de uitvraag. Kunt u de uitvraag daarop herzien?'

Antwoord vraag 26: 'Zoals in Nota 1 beantwoord, is [aanbesteder] zich bewust van de ontwikkelingen op het gebied van GVK. Op kwalitatieve onderdelen zijn er beperkte normen beschikbaar. Om het hiaat in normeringen op te vullen, heeft [aanbesteder] o.b.v. haar ervaringen een aantal voorwaarden gesteld waaraan de bruggen minimaal dienen te voldoen. De uitvraag wordt op basis van deze vraag daarom niet aangepast.'

Vraag 31 (KC2): 'Kunt u de relatie uitleggen tussen de gevraagde 250 bruggen per jaar in kerncompetentie 2 en de opdracht?'

Antwoord vraag 31: 'Zoals beantwoord in vraag 4 van NVI1: Kerncompetentie 2 heeft als doel om te kunnen nagaan of inschrijvers een bepaalde schaalgrootte aankunnen. Het betreft overigens 250 bruggen in een periode van de afgelopen 3 jaar.'

Verdere verloop van de feiten

- 3.9. Een onderneming die lid is bij ondernemer heeft zelf een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder. De klacht betreft de ongelijke behandeling/discriminatie van geschikte gegadigden als gevolg van disproportionele eisen en criteria die in deze aanbesteding worden gesteld. De eisen en criteria zouden zo zijn opgesteld om onrechtmatig te kunnen toeschrijven naar één bepaalde partij.
- 3.10. Aanbesteder heeft naar aanleiding van deze klacht de inschrijvingstermijn opgeschoven naar 15 januari 2024.
- 3.11. Op 12 december 2023 wijst het klachtenmeldpunt van aanbesteder de klacht van de onderneming grotendeels af.
- 3.12. Vervolgens heeft ondernemer namens de klagende onderneming op 18 december 2023 een klacht bij de Commissie ingediend (zie paragraaf 4 hierna).
- 3.13. Op 15 januari 2024 heeft aanbesteder zijn reactie gegeven op de klacht.

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

- 4.1. Ondernemer stelt dat enkele eisen uit deze aanbesteding disproportioneel en in strijd met het gelijkheidsbeginsel zijn. Aanbesteder schrijft de aanbesteding volgens ondernemer volledig toe naar de door hem gewenste ondernemer, waardoor andere ondernemers worden buitengesloten dan wel enorm benadeeld. Ondernemer heeft zijn klacht in 4 klachtonderdelen opgesplitst.

Klachtonderdeel 1: Strijd met artikel 2.76 Aw 2012

- 4.2. Ondernemer wijst op hoofdstuk 3.1 van de leidraad, waarin is bepaald dat voldaan moet worden aan de eisen in (onder meer) de technische omschrijving. Wanneer daaraan niet wordt voldaan, is sprake van een ongeldige inschrijving. Vervolgens gaat ondernemer in op de constructieve vormgevingsvereisten in hoofdstuk 3 van de technische omschrijving. Onder eis e) bij de constructieve vormgevingsvereisten is opgenomen dat continue vezels deel uit moeten maken van de onderhuid (over een horizontale afstand van minimaal 3 lijfplaten), een lijfplaat en de bovenhuid (eveneens over een horizontale afstand van minimaal 3 lijfplaten). Aan deze eis kan volgens dit vereiste worden voldaan door te construeren met de '[naam X] technologie' of gelijkwaardig.
- 4.2.1. Ondernemer klaagt dat de betreffende vormgevingseis één op één overeenkomt met een door [naam ondernemer X] [Commissie: de 'X technologie' draagt de naam van ondernemer X] vervaardigd en geëtrooieerd product, waar [naam ondernemer X] ook licentie verstreker van is. Dit staat volgens ondernemer ook niet ter discussie tussen partijen. Aanbesteder heeft volgens ondernemer ten onrechte en in strijd met artikel 2.76 Aw 2012 verwezen naar een specifieke geëtrooieerde technologie van een gegadigde met de vermelding 'of gelijkwaardig'. Hoofddregel van artikel 2.76 Aw 2012 is, aldus ondernemer, dat een aanbestedende dienst technische specificaties omschrijft aan de hand van technische of functionele eisen. Volgens hetzelfde artikel mag een aanbestedende dienst alleen verwijzen naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst, een merk of keurmerk, wanneer een voldoende nauwkeurige of begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is, en de verwijzing daarbij vergezeld gaat van de woorden 'of gelijkwaardig'. Het gaat hier, zo stelt ondernemer, om een uitzondering op de hoofddregel die alleen in uitzonderingsgevallen mag worden toegepast.
- 4.2.2. Volgens ondernemer is in het onderhavige geval een technische en functionele omschrijving van de eisen goed mogelijk. Er zijn een 8-tal NEN-normen met eisen

voor de technische specificatie voor de constructie van fietsbruggen. Daarnaast zijn er speciaal voor fietsbruggen en constructies van glasvezelversterkt kunststof (GVK bruggen) aanvullende eisen, in de CUR-Aanbeveling 96-2019, en een geharmoniseerde Europese Technische Specificatie, de zogenaamde CEN-TS 19101:2022. Deze laatste is de meest uitgebreide technische specificatie, en is officieel nog geen norm maar is wel opgesteld door een van de drie Europese normalisatie-instellingen, namelijk The European Committee for Standardization, en is de voorloper van een nieuwe Eurocode die medio 2025 wordt verwacht.

- 4.3. Volgens (het klachtenmeldpunt van) aanbesteder heeft aanbesteder aan de drie cumulatieve vereisten om de geotrooieerde techniek te beschrijven en te benoemen – met de vermelding ‘of gelijkwaardig’ – voldaan. Dat het een geotrooieerde techniek betreft doet daar niet aan af. Ondernemer kan volgens aanbesteder een samenwerking zoeken met de octrooihouder – of ondernemer kan een andere techniek inzetten die ook het gewenste resultaat oplevert.
- 4.3.1. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder wijst erop dat een aanbestedende dienst een ruime beoordelingsmarge heeft bij de formulering van de technische specificaties van een opdracht. Aanbesteder geeft in de aanbestedingsstukken aan dat hij enkele honderden (houten) vaste bruggen wil vervangen door vezel versterkt kunststof bruggen vanwege de lange levensduur, lage onderhoudsinspanning, lichte constructie en hergebruikmogelijkheden van dit materiaal. Het klachtenmeldpunt geeft aan dit zo te begrijpen dat de constructieve vormgevingseis uit hoofdstuk 3 van de technische omschrijving de sterkte en de stijfheid van de constructie beschrijft, aangezien dit grotendeels bepaald wordt door de vezeloriëntatie. Het gebruik van de term ‘[naam X] technologie’ geeft daarmee invulling aan de sterkte en stijfheid van het te gebruiken vezel versterkt kunststof. Reeds uitgevoerde metingen en rapportages bieden aanbesteder zekerheid over de sterkte en stijfheid van de constructie. Aanbesteder moet op deze technologie terugvallen omdat het uitgevraagde composiet materiaal voor de bruggen qua regelgeving en gestandaardiseerde productiemethoden nog niet op het zelfde niveau staat als de regelgeving voor andere bouwmaterialen. Door de aanduiding ‘gelijkwaardig’ wordt volgens het klachtenmeldpunt gezocht naar producten met dezelfde kenmerken. Het klachtenmeldpunt stelt dat aanbesteder aan de drie cumulatieve vereisten van artikel 2.76 lid 3 en 4 Aw 2012 om de geotrooieerde techniek te beschrijven en te benoemen – met de vermelding ‘of gelijkwaardig’ – heeft voldaan.

Klachtonderdeel 2:

Klachtonderdeel 3:

Klachtonderdeel 4: Kerncompetentie 2 disproportioneel

- 4.4. Ondernemer klaagt dat de kerncompetentie die aanbesteder heeft opgenomen in paragraaf 4.2.2 van de aanbestedingsleidraad, namelijk dat de inschrijver minimaal 250 GVK bruggen geproduceerd en geleverd moet hebben in de afgelopen drie jaar, volledig is toegeschreven naar [naam ondernemer X] omdat [naam ondernemer X] de enige ondernemer is die aan deze hoeveelheid GVK bruggen (binnen drie jaar) uit de kerncompetentie kan voldoen. Dit alleen al toont aan dat deze kerncompetentie disproportioneel is en strijdig met het gelijkheidsbeginsel en dus niet toelaatbaar.
- 4.5. Los van het bovenstaande geldt, zo stelt ondernemer, dat deze kerncompetentie ook op andere gronden disproportioneel is. Voorschrift 3.5F van de Gids

Proportionaliteit schrijft namelijk voor dat de aanbestedende dienst voor het toetsen van de technische bekwaamheid kerncompetenties stelt die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht. Door de gevraagde hoeveelheid GVK bruggen zo hoog te leggen worden alle concurrenten van [naam ondernemer X] ineens geëlimineerd, terwijl die concurrenten best 250 GVK bruggen kunnen realiseren in drie jaar. Volgens ondernemer is deze eis niet noodzakelijk. Ondernemer wijst ook op de toelichting op voorschrift 3.5FGids Proportionaliteit waarin staat dat het van belang is niet meer van hetzelfde te vragen omdat daarmee de kring van potentiële gegadigden heel erg wordt verkleind. Hieruit blijkt volgens ondernemer dat aanbesteder ten aanzien van de gewenste ervaring met GVK bruggen niet moet vragen om 250 stuks in drie jaar. Tot slot wijst ondernemer op een andere passage in de toelichting bij voorschrift 3.5FGids Proportionaliteit. Hierin staat dat het verstandig is om in nieuwe markten waar sprake is van een beperkt aantal aanbieders (zoals onderhavige markt ten aanzien van GVK bruggen) terughoudend te zijn met het stellen van te veel eisen of referenties. Een en ander maakt volgens ondernemer duidelijk dat ten aanzien van de gevraagde GVK bruggen niet een hoeveelheid van 250 stuks in drie jaar als eis moet worden gesteld. Ondernemer stelt dat het ook veel meer voor de hand zou liggen dat als enig volume voor aanbesteder van belang is, dat dan capaciteit wordt gevraagd in m2 brugdek of tonnages materiaal. Want er zijn gegadigden die hele grote bruggen vervaardigd hebben, en daarmee dus kunnen laten zien dat ze uitstekend voldoen aan de echte kern van de gestelde competentie eis, maar qua kwantiteit niet aan de gevraagde hoeveelheid bruggen komen. Volgens ondernemer is het alleen [naam ondernemer X] die meer dan 250 GVK bruggen in drie jaar heeft geproduceerd en geplaatst waardoor eens te meer heeft te gelden dat aanbesteder eisen toeschrijft naar [naam ondernemer X].

5. Hoe luidt de onderbouwing van dit advies?

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 27 oktober 2023 een Europees openbare procedure heeft aangekondigd voor het sluiten van een raamovereenkomst met één ondernemer voor de levering van met glasvezel versterkte kunststof (fiets)bruggen (hierna: GVK bruggen). Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3e herziene versie die op 1 januari 2022 in werking is getreden).

Klachtonderdeel 1: *Is verwijzing naar de [naam X] technologie in strijd met artikel 2.76 Aw 2012?*

- 5.2. Ondernemer klaagt dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met artikel 2.76 lid 3 Aw 2012 door in de technische specificaties te verwijzen naar [naam X] technologie te verwijzen.
- 5.3. Alvorens tot de behandeling van het klachtonderdeel over te gaan zal de Commissie het toetsingskader uiteenzetten.

Toetsingskader

- 5.4. De aanbestedende dienst heeft een ruime beoordelingsmarge bij het formuleren van specificaties (HvJ EU van 25 oktober 2018, C-413/17, Roche Lietuva, r.o. 29-30). Die ruime beoordelingsmarge gaat echter niet zover dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten mogen worden opgeworpen (r.o. 32 van voornoemd arrest Roche Lietuva).

- 5.5. Artikel 1.8 Aw 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.
- 5.6. Op grond van artikel 1.10 Aw 2012 mogen aanbestedende diensten alleen eisen stellen aan de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
- 5.7. Op grond van artikel 1.10a Aw 2012 mag een aanbestedende dienst geen overheidsopdracht ontwerpen met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van Deel 2, 2a of 3 van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging is kunstmatig beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.
- 5.8. De hiervoor genoemde verplichtingen zijn onder andere uitgewerkt in artikel 2.75, lid 6, en 2.76, lid 1, 3 en 4, Aw 2012, waarin onderdelen van artikel 42 van Richtlijn 2014/24/EU zijn geïmplementeerd:

'Artikel 2.75

(...)

6. De technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging.'

'Artikel 2.76

1. Een aanbestedende dienst formuleert de technische specificaties:

a. door verwijzing naar technische specificaties en achtereenvolgens naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, Europese technische beoordelingen, gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische 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,

c. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen als bedoeld in onderdeel b, waarbij onder vermoeden van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar de specificaties, bedoeld in onderdeel a, of

d. door verwijzing naar de specificaties, bedoeld in onderdeel a, voor bepaalde kenmerken, en verwijzing naar de prestatie-eisen en functionele eisen, bedoeld in onderdeel b, voor andere kenmerken.

(...)

3. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabricaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.
4. Een aanbestedende dienst kan de melding of verwijzing, bedoeld in het derde lid, opnemen in de technische specificaties indien:
- a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht door toepassing van het eerste lid niet mogelijk is en
 - b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden «of gelijkwaardig».
- 5.9. De uitzondering genoemd in artikel 2.76, derde lid moet restrictief worden uitgelegd (zie onder meer HvJ EU 12 juli 2018, zaak C-14/17, ECLI:EU:C:2018:568, VAR, r.o. 26, HvJ EU 25 oktober 2018, zaak C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865, Roche Lietuva, r.o. 38, Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 65).
- 5.10. In overweging 74 van de considerans bij Richtlijn 2014/24 EU (onder meer omgezet in artikel 2.76 Aw 2012) wordt benadrukt dat de door de aanbestedende diensten opgestelde technische specificaties de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging mogelijk moeten maken. Bijgevolg moeten de technische specificaties zodanig worden opgesteld dat kunstmatige concurrentiebeperking, die erin bestaat eisen te stellen die een bepaalde ondernemer bevoordelen omdat zij afgestemd zijn op de hoofdkenmerken van de leveringen, diensten of werken zoals deze gewoonlijk door die ondernemer worden aangeboden, wordt voorkomen. Door de technische specificaties als functionele en prestatie-eisen te formuleren, kan deze doelstelling in het algemeen optimaal worden bereikt. Daarnaast komt door middel van functioneel specificeren de nadruk te liggen op het doel van de opdracht in plaats van de opdracht zelf. Hierdoor wordt ruimte gecreëerd voor innovatieve oplossingen. Zie ook de Memorie van Toelichting bij de aanbestedingswet (Kamerstukken II, 2009-2010, 32440, nr. 3, p.74) waarin wordt benadrukt dat functioneel specificeren de voorkeur heeft: '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.'
- 5.11. De wijze van formuleren van de technische specificaties zoals in het eerste lid van artikel 2.76 Aw 2012 voorgeschreven, waarbij functioneel specificeren de voorkeur heeft, beoogt zo veel mogelijk ondernemingen gelegenheid te bieden in te schrijven. Het verwijzingsverbod in het derde lid van artikel 2.76 moet voorkomen dat de specificaties worden toegeschreven naar één of een beperkt aantal ondernemingen of producten, waardoor bepaalde ondernemingen en bepaalde producten zouden worden bevoordeeld dan wel benadeeld.
- 5.12. Samengevat kan naar een bijzondere werkwijze worden verwezen indien aan drie cumulatieve criteria is voldaan: (i) de verwijzing moet door het voorwerp van de overheidsopdracht zijn gerechtvaardigd, (ii) een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht is niet mogelijk door toepassing van artikel 2.76 lid 1 Aw 2012 en (iii) de verwijzing moet vergezeld gaan van de woorden 'of gelijkwaardig'.

Bevindingen van de Commissie

- 5.13. Ondernemer stelt dat de technische omschrijving die aanbesteder heeft gegeven in hoofdstuk 3 onder e), één op één overeenkomt met de geïmplementeerde [naam X] technologie. Aanbesteder erkent dit in zijn reactie op de klacht van ondernemer bij de Commissie. Daarmee is naar het oordeel van de Commissie sprake van een verwijzing in de technische specificaties naar 'een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor door de producten of diensten van een bepaalde ondernemer', in dit geval een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor geïmplementeerde [naam X] technologie' van ondernemer X, in de zin van artikel 2.76 lid 3 Aw 2012.

Is de verwijzing in deze zaak toegestaan?

- *(i) Is de verwijzing door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd?*

- 5.14. De Commissie begrijpt uit het antwoord van aanbesteder op vraag 10 in de nota van inlichtingen dat een zwak punt van GVK-bruggen is, dat deze 'catastrofaal' kunnen bezwijken als gevolg van 'delaminatie': het loslaten van de onderste en bovenste laag van de kern van het composiet-materiaal als gevolg van een calamiteit, waardoor de brug kan instorten. De Commissie acht het begrijpelijk dat aanbesteder belang hecht aan het voorkomen van het plotsklaps bezwijken van de GVK-bruggen door te zware belasting, wat bij de traditionele composiet constructies van de bruggen kennelijk een reëel risico is. Zoals de Commissie begrijpt uit het antwoord op vraag 10 in de nota van inlichtingen, maar niet uit de reactie van aanbesteder op de klacht bij de Commissie, is het elimineren van dit risico de belangrijkste reden voor aanbesteder om te verwijzen naar een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de geïmplementeerde [naam X] technologie. Deze technologie heeft zich voor hem immers inmiddels bewezen als zijnde afdoende tegen dergelijke desastreuze catastrofes. Naar het oordeel van de Commissie rechtvaardigt het voorwerp van de opdracht, de levering van GVK bruggen, de verwijzing naar een technologie die catastrofaal delamineren voorkomt. De eerste van de drie cumulatieve voorwaarden voor het rechtmatig verwijzen naar een bijzondere werkwijze is daarmee vervuld.

- *(ii) Was een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk?*

- 5.15. Ondernemer stelt dat een technische en functionele omschrijving van hetgeen aanbesteder verlangt ten aanzien van het glasvezelversterkt materiaal voor de fietsbruggen goed mogelijk is onder meer aan de hand van de CEN-norm CEN-TS 19101:2022, een geharmoniseerde Europese Technische Specificatie die is opgesteld door een van de drie Europese normalisatie-instellingen en de voorloper is van een nieuwe Eurocode die medio 2025 wordt verwacht. Het valt ondernemer op dat in de huidige uitvraag niet wordt verwezen naar de CEN-TS 19101:2022. Omdat een technische of functionele omschrijving aan de hand van deze norm goed mogelijk is maar door aanbesteder niet in de uitvraag is gehanteerd, is, zo stelt ondernemer, de uitvraag strijdig met artikel 2.76 Aanbestedingswet.

- 5.16. Naar aanleiding van deze stelling van ondernemer heeft de Commissie onderzocht in hoeverre een CEN-norm is te beschouwen als een standaard in de zin van artikel 2.76 lid 1 Aw 2012 waarnaar kan worden verwezen bij het omschrijven van technische specificaties. In de Aanbestedingswet 2012 is geen definitie opgenomen van het begrip 'standaarden'. Dit begrip wordt wel ingevuld in Bijlage VII bij Richtlijn 2014/24/EU. In het eerste lid van artikel 2.76 Aw 2012 wordt als mogelijke standaard waarnaar kan worden verwezen, genoemd: 'andere door Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen'. In Bijlage VII bij de richtlijn is de definitie van 'technisch referentiekader' (wat de Commissie beschouwt als hetzelfde als een 'technische referentiesysteem') als

volgt omschreven: 'ieder ander document dan de Europese normen, dat door Europese normalisatie-instellingen is opgesteld volgens procedures die aan de ontwikkeling van de markt zijn aangepast'. De Commissie overweegt dat de CEN-norm aan deze definitie voldoet. Het gaat om een ander document dan een Europese norm, en is klaarblijkelijk opgesteld door een Europese normalisatie-instelling 'The European Committee for Standardization'.

- 5.17. Aanbesteder stelt dat het door hem uitgevraagde composiet materiaal voor de bruggen qua regelgeving en gestandaardiseerde productiemethoden nog niet op het zelfde niveau staat als (de regelgeving voor) andere bouwmaterialen: de technische specificaties voor bruggen bestaande uit deze kunststof zijn nog niet officieel vastgelegd in een NEN-norm. Door de toevoeging 'of gelijkwaardig' kan worden gezocht naar producten met dezelfde kenmerken.
- 5.18. Daarnaast stelt aanbesteder dat het gebruik van de term '[naam X] technologie' invulling geeft aan de door aanbesteder gewenste sterkte en stijfheid van het te gebruiken composiet materiaal. Omdat van deze technologie metingen en rapportages bekend zijn kan aanbesteder aan de hand van deze technologie zekerheid verkrijgen over de sterkte en stijfheid van de constructie.
- 5.19. Op de website van [onderneming X]-Europe leest de Commissie dat het composiet met de [naam X] technologie, in tegenstelling tot de traditionele composiet constructies, tijdig zichtbaar maakt wanneer zich schade voordoet door onbedoeld gebruik, waardoor totaal falen zonder waarschuwing kan worden voorkomen.
- 5.20. Uit het antwoord op vraag 10 begrijpt de Commissie dat aanbesteder deze aanbesteding is gestart omdat hem middels de eerdere aankondiging in het kader van vrijwillige transparantie, waarbij hij de intentie uitte de opdracht voor de levering van de GVK bruggen onderhands te gunnen aan het bedrijf van de [naam X] technologie, heeft begrepen dat inmiddels verschillende aanbieders over een vergelijkbare technologie beschikken. Met deze vergelijkbare technologieën zou het probleem van catastrofaal delamineren ook kunnen worden voorkomen. Daarom accepteert aanbesteder varianten die aantoonbaar gelijkwaardig zijn aan de [naam X] technologie.
- 5.21. De Commissie overweegt dat aanbesteder niet gereageerd heeft op de stelling van ondernemer dat een technische of functionele omschrijving mede aan de hand van de CEN-norm wel mogelijk is. Zo heeft aanbesteder in reactie op de klacht niet uiteengezet waarom de CEN-norm niet geschikt zou zijn om het voorwerp van de opdracht technisch te omschrijven. Aanbesteder heeft enkel gesteld dat het niveau van de regelgeving voor het uitgevraagde composiet materiaal voor de bruggen niet op hetzelfde niveau staat als de regelgeving voor andere bouwmaterialen.
- 5.22. Evenmin heeft aanbesteder uiteengezet waarom door functioneel te specificeren het beoogde doel en resultaat van het te leveren product niet zou kunnen worden bereikt (zie hierover nader Advies 67, ov. 6.3.4). Zoals bovenstaand overwogen onder 5.14, begrijpt de Commissie dat aanbesteder heeft verwezen naar de bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor [naam X] technologie vanuit de behoefte catastrofaal delamineren te voorkomen. Uit de reactie van aanbesteder op de klacht is de Commissie niet duidelijk geworden waarom het in dit geval onmogelijk zou zijn die behoefte functioneel te specificeren. Dat '[naam X] technologie' invulling geeft aan de door aanbesteder gewenste sterkte en stijfheid van het te gebruiken composietmateriaal en metingen en rapportages bekend zijn van de sterkte en stijfheid van het composietmateriaal, geeft de Commissie aanleiding te veronderstellen dat functionele specificaties op dat punt mogelijk waren.

5.23. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder onvoldoende concreet onderbouwd op welke wijze hij heeft getracht een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving te geven van het voorwerp van de overheidsopdracht door toepassing van artikel 2.76 lid 1 Aw 2012. Daarbij overweegt de Commissie dat de enkele afwezigheid van een definitieve NEN-norm niet de verwijzing naar een bijzondere werkwijze rechtvaardigt. Daarmee acht de Commissie onvoldoende aanvaardbaar dat een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht aan de hand van normen, functionele en/of prestatie-eisen (artikel 2.76 lid 4 Aw 2012) onmogelijk zou zijn. De tweede van de drie cumulatieve voorwaarden voor het rechtmatig verwijzen naar een bijzondere werkwijze is daarmee niet vervuld, wat betekent dat aanbesteder niet naar de (geoctrooieerde) bijzondere werkwijze mocht verwijzen.

- *Ten overvloede: (iii) 'of gelijkwaardig'*

5.24. Ten overvloede overweegt de Commissie dat de omstandigheid dat aanbesteder de verwijzing vergezeld heeft laten gaan van de woorden 'of gelijkwaardig' geen afbreuk doet aan wat de Commissie bovenstaand onder 5.23 heeft overwogen. Het vierde lid van artikel 2.76 Aw 2012 bepaalt dat een melding of verwijzing is toegestaan als een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht aan de hand van normen, functionele en/of prestatie-eisen niet mogelijk is, én die melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden 'of gelijkwaardig'. Dit betekent niet dat het gebruik van merken en verwijzingen volgens dit artikel gerechtvaardigd is door de enkele toevoeging van de zinsnede 'of gelijkwaardig' aan dergelijke merken en verwijzingen. De toevoeging 'of gelijkwaardig' bij het noemen van een merk e.d. is een cumulatieve voorwaarde die aan de orde komt wanneer de overige twee voorwaarden eveneens zijn vervuld (zie Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5643, ov. 3.4 en 3.12); Advies 485, overweging 5.2.6; Advies 442, overweging 5.4.3; Advies 293, overweging 5.5.1 en Advies 208, overweging 5.4.3).

5.25. Meer ten overvloede wijst de Commissie op een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) waarin het Hof overwoog dat het pas bij nota van inlichtingen vermelden van de zinsnede 'of gelijkwaardig' niet is toegestaan. Dit moet vanaf het begin van de aanbestedingsprocedure duidelijk zijn omschreven (zie HvJ EU, 10 mei 2012, C-368/10, Commissie/Nederland, r.o. 54).

5.26. De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond**.

Klachtonderdeel 2:

5.27. De Commissie heeft bij de behandeling van klachtonderdeel 1 geoordeeld dat aanbesteder in strijd heeft gehandeld met artikel 2.76 lid 3 Aw 2012 door in de technische omschrijving te verwijzen naar een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor geoctrooieerde [naam X] technologie. De aanbestedingsprocedure kan daarom naar het oordeel van de Commissie niet worden voortgezet. Om die reden staakt de Commissie de behandeling van klachtonderdeel 2. Met het oog op het bewerkstelligen van een leereffect, aanbesteder overweegt mogelijk een heraanbesteding van de opdracht, wenst de Commissie het volgende op te merken over de in dit klachtonderdeel aan de orde gestelde aspecten.

5.28. De Commissie stelt voorop dat als een verwijzing in de technische specificaties als bedoeld in artikel 2.76 lid 3 Aw 2012 gerechtvaardigd is, die verwijzing op grond van artikel 2.76 lid 4, onderdeel b, Aw 2012 altijd vergezeld moet gaan van de woorden 'of gelijkwaardig'.

- 5.29. Uit de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie (HvJ EU 12 juli 2018, C-14/17, ECLI:EU:C:2018:568, VAR en ATM, r.o. 27 en 34) volgt dat de inschrijver die gebruik wenst te maken van de mogelijkheid om producten aan te bieden die gelijkwaardig zijn aan de producten die door aanbestedder zijn omschreven door verwijzing naar een merk, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, reeds bij zijn inschrijving het bewijs moet aanleveren dat de onderdelen/producten die hij aanbiedt gelijkwaardig zijn aan de onderdelen/producten die zijn omschreven. Uit dit arrest volgt ook dat de aanbestedende dienst over beoordelingsbevoegdheid beschikt bij de bepaling van de middelen die inschrijvers kunnen gebruiken om de gelijkwaardigheid aan te tonen. Deze bevoegdheid moet evenwel zo worden uitgeoefend dat de door de aanbestedende dienst toegestane bewijzen het hem daadwerkelijk mogelijk maken de ingediende inschrijvingen op een zinvolle wijze te beoordelen, waarbij moet worden vermeden dat door deze bewijsmiddelen ongerechtvaardigde belemmeringen voor de mededinging worden geschapen.
- 5.30. De Commissie overweegt verder dat de aanbestedende dienst op grond van artikel 2.78b lid 1 Aw van een ondernemer een testverslag of certificaat van een conformiteitsbeoordelingsinstantie kan verlangen als bewijs van overeenstemming met de voorschriften of criteria in de technische specificaties, gunningscriteria of contractvoorwaarden. Een dergelijk bewijsmiddel kan ook worden gevraagd als bewijs van gelijkwaardigheid aan een in artikel 2.76 lid 3 Aw 2012 bedoelde verwijzing in de technische specificaties. De Commissie is dan ook van oordeel dat de aanbestedende dienst in beginsel bevoegd is te verlangen dat bepaalde door inschrijver te verstrekken testen door een onafhankelijke, niet commerciële partij moeten zijn uitgevoerd als bewijs van overeenstemming met de voorschriften of criteria in de technische specificaties. Een dergelijke eis gaat minder ver dan het in artikel 2.78b lid 1 Aw 2012 genoemde testverslag of certificaat van een conformiteitsbeoordelingsinstantie.
- 5.31. Op grond van artikel 2.75 lid 2 Aw 2012 moeten de in de technische specificaties opgenomen kenmerken van de gevraagde werken, diensten of leveringen verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht en in verhouding zijn tot de waarde en de doelstellingen van die opdracht. Artikel 2.75 lid 6 Aw 2012 bepaalt dat de technische specificaties de inschrijvers gelijke toegang bieden en niet leiden tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van de overheidsopdracht voor mededinging. Dit betekent dat de eisen die de aanbestedende dienst stelt aan het door de inschrijver te verstrekken bewijsmiddelen proportioneel moeten zijn en de technische specificaties niet mogen zijn toegeschreven naar een bepaald fabricaat of merk waardoor één specifieke inschrijver kan worden bevoordeeld (zie voor dit laatste aspect Advies 396, punt 5.8.2; Advies 190, punt 5.2).
- 5.32. Voor de toetsing van de proportionaliteit van de hiervoor genoemde eisen moet worden onderzocht of het gevraagde bewijsmiddel in het licht van het voorwerp van de opdracht een legitiem doel dient en geschikt is om dit doel te bereiken. Als blijkt dat dit het geval is, moet worden onderzocht of het bewijsmiddel in verhouding staat tot de drempel die dit bewijsmiddel opwerpt voor inschrijvers om op de opdracht in te schrijven. Deze toetsing vergt een beoordeling van de omstandigheden van het geval. De Commissie overweegt dat de kosten van het verkrijgen van een bepaald bewijsmiddel, de benodigde tijd om dit bewijsmiddel te verkrijgen en de mate waarin het vragen van het betreffende bewijsmiddel gebruikelijk is daarbij relevante gezichtspunten kunnen zijn.
- 5.33. Ook toetsing of de technische specificaties zijn toegeschreven naar een bepaald fabricaat of merk waardoor één specifieke inschrijver kan worden bevoordeeld vergt een beoordeling van de omstandigheden van het geval. Het feit dat slechts

één specifieke inschrijver al in het bezit is van het gevraagde bewijsmiddel, kan daarbij een relevant gezichtspunt zijn, maar doorslaggevend is dat niet.

Klachtonderdeel 3: *Gunningscriterium 1 disproportioneel*

- 5.34. Om de hiervoor in punt 5.28 genoemde reden staakt de Commissie de behandeling van klachtonderdeel 3, maar zal de Commissie toch enkele overwegingen wijden aan de in het klachtonderdeel aan de orde gestelde aspecten.
- 5.35. De Commissie stelt voorop dat aan de aanbestedende dienst die de 'beste prijs-kwaliteit' als gunningscriterium hanteert, een ruime mate van vrijheid toekomt bij de invulling van de nadere criteria.
- 5.36. Zoals de Commissie hiervoor in punt 5.31 heeft overwogen, kan de aanbestedende dienst op grond van artikel 2.78b lid 1 Aw van een ondernemer een testverslag of certificaat van een conformiteitsbeoordelingsinstantie verlangen als bewijs van overeenstemming met de voorschriften of criteria in de technische specificaties, gunningscriteria of contractvoorwaarden. De Commissie is dan ook van oordeel dat de aanbestedende dienst in beginsel bevoegd is een inschrijving hoger op een gunningscriterium te waarderen, als de inschrijver zijn inschrijving kan staven met testen die door een onafhankelijk, geaccrediteerd testinstituut zijn uitgevoerd.
- 5.37. Op grond van artikel 2.115 lid 2 Aw 2012 moeten de nadere criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht. Artikel 2.115 lid 3 Aw 2012 bepaalt dat nadere criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht, wanneer zij betrekking hebben op de in het kader van die opdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van hun levenscyclus. De gunningscriteria moeten bovendien op grond van het proportionaliteitsbeginsel in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht (zie artikel 1.10 lid 1 en lid 2, aanhef, en sub f Aw 2012). Uiteraard moet de aanbestedende dienst bij het formuleren van de gunningscriteria de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie respecteren. De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie brengen onder meer mee dat een gunningscriterium niet een bepaalde ondernemer mag bevoordelen.
- 5.38. De Commissie verwijst voor toetsing van een gunningscriterium aan het proportionaliteitsbeginsel naar wat zij hiervoor in punt 5.33 heeft overwogen. De Commissie merkt hierbij op dat een gunningscriterium in het algemeen minder snel strijdig zal zijn met het proportionaliteitsbeginsel dan een technische specificatie, omdat een gunningscriterium in beginsel geen knock-out karakter heeft.
- 5.39. Ten aanzien van toetsing van een gunningscriterium aan de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie wijst de Commissie erop dat de enkele omstandigheid dat slechts een klein aantal ondernemers aan een bepaald aspect van een gunningscriterium kan voldoen, geen schending van deze beginselen oplevert (HvJ EU 1.7 september 2002, C 513/99, ECLI:EU:C:2002:495 Concordia Bus Finland, r.o. 85).

Klachtonderdeel 4: *Kerncompetentie 2 disproportioneel*

- 5.40. Ondernemer klaagt dat kerncompetentie 2, waarin wordt voorgeschreven dat inschrijver minimaal 250 GVK bruggen geproduceerd en geleverd moet hebben in de

afgelopen drie jaar, niet alleen disproportioneel is omdat deze volledig is toegeschreven naar [naam ondernemer X] die als enige in staat is om een dermate hoog aantal bruggen binnen 3 jaar te produceren en leveren, maar ook omdat deze in strijd is met Voorschrift 3.5F Gids Proportionaliteit.

- 5.41. Aanbesteder erkent dat deze kerncompetentie niet proportioneel is. Een kerncompetentie waarbij 250 bruggen worden gevraagd over 3 jaar is volgens aanbesteder te fors, omdat dit aantal veel hoger ligt dan hetgeen wordt uitgevraagd. Bovendien erkent aanbesteder dat hetgeen wordt gevraagd in de kerncompetentie in strijd is met Voorschrift 3.5G Gids Proportionaliteit en artikel 2.93 lid 3 Aw 2012. De in deze kerncompetentie uitgevraagde referentieprojecten hebben namelijk een waarde van meer dan 60% van de raming van de opdracht.
- 5.42. De Commissie is het met ondernemer en aanbesteder eens dat de door aanbesteder gestelde kerncompetentie 2 disproportioneel is. Daarmee heeft aanbesteder in strijd gehandeld met het beginsel van proportionaliteit. De Commissie acht klachtonderdeel 4 **gegrond**.

6. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen 1 en 4 **gegrond** en staakt de behandeling van klachtonderdelen 2 en 3.

Den Haag, 1 maart 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp	Mr. M.C. Pinto	Mr. dr. A.J. van Heeswijck
Voorzitter	Vicevoorzitter	Commissielid