

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 430

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 14 juni 2017 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de levering van minicontainers en chips inclusief bijbehorende dienstverlening.
- 1.2. In de Aanbestedingsleidraad is, onder meer, bepaald:

'Klachten en geschillen

1.1.7. KO

Q: 1.1.7. Klachtenregeling

Indien inschrijver een klacht heeft met betrekking tot de onderhavige aanbesteding, dan wordt hij geacht deze klacht goed gemotiveerd, inclusief de eventuele gevolgen voor zijn inschrijving, via de berichten module op Negometrix kenbaar te maken. Aanbestedende dienst zal zich vervolgens inspannen om de klacht op een zo kort mogelijke termijn, met inachtneming van alle relevante (juridische) aspecten, te behandelen en de klagende inschrijver hierover te informeren.

Indien inschrijver van mening is dat de klacht gegrond blijft, dan kan hij zich, conform het '[Reglement Klachtafhandeling bij aanbesteden]' melden bij de klachtencommissie van [een aantal aanbestedende diensten].'

- 1.3. In het document 'Eisen aan containers, chips en dienstverlening' is onder meer het volgende bepaald:

'Eisen NEN_EN 8410

2.1.3.

- Q: 2.1.3. De minicontainers dienen te voldoen aan NEN-EN 840 deel 1, 5 en 6. Inschrijver geeft aan welke optie (A of B) wordt toegepast voor Frontal recievers (NEN-EN 8401-1:2012 pagina 11) en aan DIN 30731. Welke optie wordt toegepast A of B?

Inschrijver moet hierbij aangeven welke optie wordt toegepast A of B en daarbij een tekening ervan toevoegen c.q. uploaden

Indien inschrijver hieronder 'Ja' aanvinkt, dan bevestigt hij dat hij voldoet aan deze eis.

Certificaat RAL-GZ

2.1.4.

- Q: 2.1.4. De minicontainer dient te voldoen aan de RAL-GZ 951/1 norm (of gelijkwaardig zoals deze door de GGAWB/KLAIR wordt omschreven). Gelijkwaardigheid betreft hier het a-select (oftewel op minimaal één willekeurig tijdstip per jaar, zonder invloed van de producent en notificatie vooraf) testen van minicontainers direct uit de productie, conform de eisen zoals gesteld zijn in de RAL-GZ 951/1 normering. Inschrijver dient een kopie van het geldige certificaat bij de inschrijving bij te sluiten. Dit certificaat dient geldig te zijn op de dag van aanbesteding [arcering in het origineel, Commissie]. Bij gunning dient inschrijver een geldig certificaat te behouden tijdens alle leveringen.

Voeg dit certificaat toe.

Indien inschrijver hieronder 'Ja' aanvinkt, dan bevestigt hij dat hij voldoet aan deze eis'

1.4. In het document 'Eisen minicontainers' is onder meer het volgende bepaald:

'E-1.05: De minicontainer dient te voldoen aan de RAL-GZ 951/1 norm (of gelijkwaardig zoals deze door de GGAWB/KLAIR wordt omschreven). Gelijkwaardigheid betreft hier het a-select (oftewel op minimaal één willekeurig tijdstip per jaar, zonder invloed van de producent en notificatie vooraf) testen van minicontainers direct uit de productie, conform de eisen zoals gesteld zijn in de RAL-GZ 951/1 normering. Inschrijver dient een kopie van het geldige certificaat bij de inschrijving bij te sluiten. Dit certificaat dient geldig te zijn op de dag van aanbesteding. Bij gunning dient inschrijver een geldig certificaat te behouden tijdens alle leveringen.'

1.5. In de Nota van inlichtingen zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden van 4 juli 2017 opgenomen.

1.5.1. Vraag 14: 'De documenten waarna verwezen werd in mijn vorige vraag [*kennelijk wordt daarmee vraag 15 bedoeld, Commissie*]'

Antwoord: 'In bijgaand WORD document, haalt u aan dat er niet verwezen is naar de NEN-EN-840, deel 1, deel 5 en deel 6.

In dit kader wil de opdrachtgever u wijzen op Vragenlijst 2 "Eisen aan containers, chips en dienstverlening", 2.1 Technische eisen, paragraaf 2.1.3 waarin de eis aan de inschrijver wordt gesteld dat de containers voldoen aan de genoemde NEN-EN 840 norm.

Daarnaast is het juist, dat naast de NEN-EN-840 *aanvullend* de RAL-GZ 951/1 wordt gevraagd of een aselechte keuringswijze van de containers. Hierin heeft inschrijver twee mogelijkheden: Of de container heeft de RAL-GZ 951/1 goedkeuring of er wordt een a-selecte steekproef gehouden door de fabrikant, waarbij een onafhankelijke derde een onaangekondigde steekproef neemt en de containers worden getest conform de eisen uit de RAL-GZ 951/1.

Eis E-1.05 blijft onverkort gehandhaafd.'

1.5.2. Vraag 15: 'Zie bijgevoegd Word-document [*dit document is in de aanbestedingsprocedure niet bekendgemaakt en is hier niet opgenomen ter voorkoming van te veel herhaling, Commissie*]'

Antwoord: [hetzelfde antwoord als bij vraag 14]

1.6. Op 14 juli 2017 heeft klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'1. Inleidende opmerkingen

1.1 Opmerking over de getrapte procedure en de doorlooptijd

De aanbestedingsleidraad bepaalt in paragraaf 1.1.7 dat klachten eerst worden ingediend bij [Beklaagde] zelf, via Negometrix en, indien gehandhaafd na behandeling, nog weer kunnen worden ingediend bij het klachtenmeldpunt aanbestedingen conform het Twents reglement klachtafhandeling bij aanbesteden (KMA) (Reglement).

Deze getrapte klachtprocedure komt onpraktisch voor en is ook bezwaarlijk in verband met de mogelijkheid, ook voorzien in het Reglement, om (uiteindelijk) de klacht neer te leggen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE). De CvAE eist alleen dat de klacht is voorgelegd aan de aanbestedende dienst, voordat de CvAE kan worden benaderd.

Mede teneinde de mogelijkheid te behouden dat deze klacht door de CvAE wordt behandeld voordat de Aanbesteding is afgehandeld – rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de klacht door [Beklaagde] noch in de procedure conform het Reglement wordt gehonoreerd, nu een overeenkomstige opmerking in het kader van de NvI in de Aanbesteding niet de minste bereidheid heeft getoond aan de zijde van [Beklaagde] om de kwestie serieus op te pakken – zenden wij deze klacht tegelijk (i) naar [Beklaagde] als aanbestedende dienst via Negometrix en (ii) naar het KMA. De eerste afhandeling door een van deze waarin de klacht niet of niet volledig wordt gehonoreerd, zal voor ons aanleiding zijn om de klacht neer te leggen bij de CvAE.

Met het oog op dit alles, zien wij graag dat binnen twee weken op de klacht wordt gereageerd, dan wel dat de inschrijfdatum voor de Aanbesteding wordt opgeschoven zodanig, dat de CvAE gelegenheid heeft zich over de kwestie uit te laten indien de klacht niet wordt gehonoreerd voordat de inschrijvingen moeten worden gedaan in de Aanbesteding.

Zoals al gezegd is de kwestie aan [Beklaagde] voorgelegd in het kader van de inlichtingen in de Aanbesteding. In de NvI nr. 14 en 15 heeft [Beklaagde] als reactie gegeven dat de eis blijft gehandhaafd. Daarin wordt niet althans niet afdoende of gemotiveerd ingegaan op de bezwaren die werden ingebracht.

1.2 Voorwerp van de klacht

De klacht geldt (i) de voorwaarden/eisen in paragraaf 2.1.4 van het stuk 'eisen aan containers, chips en dienstverlening' en (ii) de overeenkomstige eis/voorwaarde in paragraaf E-1.05 onder randnummer 7 van het stuk 'eisen minicontainers', hierna gezamenlijk: RAL Eis.

De RAL Eis luidt:

De minicontainer dient te voldoen aan de RAL-GZ 951/1 norm (of gelijkwaardig zoals deze door de GGAWB/KLAIR wordt omschreven). Gelijkwaardigheid betreft hier het a-select (oftewel op minimaal één willekeurig tijdstip per jaar, zonder invloed van de producent en notificatie vooraf) testen van minicontainers direct uit de productie, conform de eisen zoals gesteld zijn in de RAL-GZ 951/1 normering. De inschrijver dient een kopie van het geldige certificaat bij de inschrijving bij te sluiten. Dit certificaat dient geldig te zijn op de dag van aanbesteding. Bij gunning dient inschrijver een geldig certificaat te behouden tijdens alle leveringen.

1.3 De bezwaren tegen de RAL-Eis worden hierna gemotiveerd uiteengezet. Algemene opmerkingen

Bij de Aanbesteding gaat het om een openbare Europese aanbesteding waarop van toepassing is de Aanbestedingswet 2012 (Aw). Mitsdien is ook van toepassing de eis van proportionaliteit, voor zover van toepassing conform de gids Proportionaliteit, en de eis gesteld in artikel 1.10a Aw.

De RAL-Eis is in de Aanbesteding een technische specificatie zoals bedoeld in paragraaf 2.3.3.1 Aw. Mitsdien moet daarbij worden voldaan aan de bepalingen in paragraaf 2.3.3.1 Aw, de artikelen 2.75 t/m 2.78 b Aw. Daar-

naast is van toepassing het proportionaliteits-beginsel conform artikel 1.10 Aw.

De norm RAL-GZ 951/1 is geen norm zoals bedoeld in artikel 2.76 lid 1 sub (a) Aw.

De RAL-GZ 951/1 is bepaald en geformuleerd door de GGAWB. GGAWB staat voor Güte Gemeinschaft Abfall- und Werstoffbehälter E.V.. GGAWB is geen ambtelijke- of overheidsdienst of overheidsinstituut. GGAWB is een privaatrechtelijke vereniging naar Duits recht met uitsluitend (bepaalde, vrijwel uitsluitend in Duitsland gevestigde) producenten van afvalcontainers als lid (zie ook pagina 94 linkerkolom bovenaan in hierna te noemen uitspraak OLG Düsseldorf 14.12.2016).

KLAIR is evenmin een ambtelijke- of overheidsdienst of overheidsinstituut. KLAIR is een private vereniging naar Nederlands recht, die zichzelf afficheert als branchevereniging. Leden zijn in Nederland gevestigde wederverkopers van afvalcontainers, meer bepaald wederverkopers die de afvalcontainers betrekken van (de Duitse) producenten die lid zijn van de GGAWB. Tussen KLAIR en GGAWB bestaan sterke verbindingen.

Op de homepage van de KLAIR website staat te lezen: *'De Kwaliteit rond de kunststof afvalcontainers wordt o.a. ingevuld door een hechte samenwerking met de GGAWB in Duitsland.'*

Bedacht moet worden dat er geen producenten van containers als hier aan de orde zijn met zetel of een productiefaciliteit in Nederland. Alle bedoelde containers die worden uitgevraagd in aanbestedingen van Nederlandse aanbestedende diensten (in de praktijk: gemeenten) worden aangeboden vanuit het buitenland (meestal door de producent, die vrijwel zonder uitzondering is gevestigd zijn in EU-landen) of door Nederlandse partijen die de containers betrekken van bedoelde producenten.

Het voorgaande maakt duidelijk dat deze klacht een belangrijk onderdeel van de Aanbesteding betreft, waarbij – zoals zal blijken – bovendien wetschendingen aan de orde zijn én schending van het EU-verdrag. Wat dit laatste betreft zal uit het vervolg (zie 2 hierna) blijken dat verwezen wordt naar een recente uitspraak van de Duitse rechter – het OLG Düsseldorf – waarin het betreffende argument is gehonoreerd.

Dit alles zou voor [Beklaagde] aanleiding moeten zijn om, indien zij de klacht niet honoreert, de inschrijvingstermijn op te schorten totdat de CvAE zich over de klacht heeft kunnen uitspreken

2. Strijd met artikel 34 e.v. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (Unieverdrag)

De RAL-Eis is in strijd met de bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen in het EU-verdrag. [Beklaagde] is onderdeel van de Nederlandse overheid. Eis E-1.05 in de onderhavige aanbesteding – waarmee de ten hoogste als een 'nationale' (en wel: Duitse) norm op te vatten norm RAL-GZ 951/1 in stelling wordt gebracht in een affaire die het (vrij) verkeer van goederen binnen de EU raakt – is (daarmee) te beschouwen als een kwantitatieve invoerbepanking of maatregel van gelijke werking ex art. 34 EU-verdrag, die verboden is ex art. 35 EU-verdrag en waarvoor geen rechtvaardiging bestaat ingevolge art. 36 EU-verdrag. Dit is een ambtshalve toe te passen regel, ook voor [Beklaagde] als aanbestedende dienst. Dat het eventueel om een *Duitse* nationale norm gaat maakt e.e.a. niet anders; die Duitse nationale norm wordt dan a.h.w. getransplanteerd binnen de Nederlandse rechtssfeer, door [Beklaagde] als overheidsinstelling.

Voor de onderbouwing kan kortheidshalve verwezen worden naar de uitspraak van het OLG Düsseldorf d.d. 14.12.2016, waarvan een publicatie in het Duits en een (informele) Nederlandse vertaling worden aangehecht (bijlage 1). Zie meer bepaald de overwegingen in het gedeelte "bb" op de pagina's met nummer 195 e.v. van de Duitse publicatie.

In deze uitspraak wordt ook uitgemaakt – maar niet beslist, omdat daaraan niet wordt toegekomen – dat het stellen van de norm RAL-GZ 951/1 (in dit geval naast de norm DIN/EN 840 (de Duitse tegenhanger van NEN-EN 840)) mogelijk disproportioneel is.

Ter aanvulling diene dat de beperking/maatregel van gelijke werking ook *concreet* producenten in andere EU-landen treft die hun producten via Nederlandse inschrijvers op aanbestedingen voor minicontainers willen aanbieden. In een aanbesteding van [een andere aanbestedende dienst, X] is een inschrijving met containers afkomstig uit het Verenigd Koninkrijk (af)gestuit op een voorschrift/eis die overeenkomst met de RAL-Eis.

3. Strijd van de RAL-Eis met artikel 276 e.v. Aw [*bedoeld zal zijn artikel 2.76 Aw, Commissie*] en/of 1.10 en/of 1.10a Aw.

3.1 Voor afvalcontainers zoals aan de orde in de Aanbesteding geldt een uit de Europese normering omgezette Nederlandse norm namelijk NEN-EN 840 nr. 1, 5 en 6.

Deze norm is ook in de Aanbesteding van toepassing verklaard in paragraaf 2.1.3 van het stuk 'Eisen aan containers, chips en dienstverlening'. Deze eis betreft een norm zoals bedoeld in artikel 6.76 lid 1 sub (a) Aw [*bedoeld zal zijn artikel 2.76 Aw, Commissie*].

Door de RAL-Eis te stellen naast of aanvullend op de NEN-EN 840, handelt [Beklaagde] in strijd met het bepaalde in artikel 2.76 Aw, of althans in strijd met artikel 1.10 Aw.

3.2 Primair wordt als standpunt betrokken dat artikel 2.76 Aw sowieso/zonder meer geen ruimte laat voor een private norm zoals als RAL-Eis, ook niet als aanvullend op de NEN-EN 840.

Daarmee is de schending van artikel 2.76 Aw gegeven.

3.3 Voor zover wel een aanvullende norm zou kunnen worden voorgeschreven zoals belichaamd in de RAL-GZ 951/1, geldt dat de RAL-Eis in strijd komt met de eis van proportionaliteit en het behoud van voldoende mededinging.

Dit volgt al meteen uit de herkomst van de RAL-Eis. Het gaat om een norm geformuleerd en gehandhaafd door of vanwege een privaatrechtelijke Duitse vereniging waarin privaatrechtelijke (met name) Duitse aanbieders van afvalcontainers hun belangen samenbundelen. Voor zover al niet meteen sprake is van een samenwerking die het mededingingsrecht in het geding brengt, zullen deze samenbundelende Duitse producenten inherent hun belangen voorop stellen of althans dienen bij het op poten zetten van een normering zoals de RAL-GZ 951/1. Oplegging van een dergelijke norm, voortvloeiende uit de samenbundeling van producenten in (met name) een bepaald land van de Europese Unie – of slechts een paar landen van de Europese Unie – kan per se niet de toets van proportionaliteit en van artikel 1.10a Aw doorstaan.

Hoe dan ook maakt [Beklaagde] niet duidelijk welke specifieke voor de onderhavige levering geldende belangen gediend zijn door de eisen in RAL-GZ 951/1 waar die afwijken ten opzichte van de NEN-EN 840.

Waar met de NEN-EN 840 een norm bestaat ex artikel 2.76 lid 1 sub (a) Aw, dient de aanbestedende dienst uitleg te geven indien zij eisen wil stellen in afwijking van die norm.

4. Voorschrift inzake 'gelijkwaardigheid'; strijd met artikel 2.76 e.v. Aw en/of 1.10 en/of 1.10a Aw.
- 4.1 Een apart te beschouwen onderdeel van de RAL-Eis is het voorschrift dat 'gelijkwaardigheid' alleen kan worden aangetoond door (althans: praktisch gesproken) een *certificaat* als uitkomst van een (terugkerende) a-selecte test conform RAL-GZ 951/1 (zoals omschreven in de RAL-Eis).

De a-selecte test – dus: een test zonder vooraankondiging, uit te voeren aan kort voor dat tijdstip geproduceerde containers – komt uit de koker van GGAWB/KLAIR. Zie hierna in dit onderdeel 4.

Aldus conformeert [Beklaagde] zich aan de opvattingen omtrent 'gelijkwaardigheid' ontwikkeld door een entiteit die de belangen behartigt van een (kleine) groep producenten, ook nog voornamelijk in één land, Duitsland, gevestigd.
- 4.2 Het voorschrift inzake 'gelijkwaardigheid' komt daarmee zonder meer in strijd met artikel 2.77 Aw, waarin ruimte wordt geboden voor 'passende bewijsmiddelen' (dus niet alleen: een *certificaat*) om gelijkwaardigheid aan een gestelde technische specificatie aan te tonen.

Ook is er klaarblijkelijk strijd met het bepaalde in artikel 1.10a Aw. Door zich te conformeren aan eisen inzake technische specificaties uit de koker van een beperkt aantal, voornamelijk in één land, Duitsland, gevestigde producenten, wordt de mededinging in de Aanbesteding beperkt.
- 4.3 Voor zover genoemd voorschrift niet al meteen strijdig is met artikel 2.77 e.v. Aw of artikel 1.10a Aw, is er in ieder geval strijd met artikel 2.77 e.v. en 1.10a Aw, gelezen in samenhang met de proportionaliteitseis van art. 1.10 Aw.
- 4.3.1 De eis van een 'a-selecte test' zoals bepaald in de RAL-Eis gaat uit boven hetgeen redelijkerwijs gevraagd kan worden als eis inzake kwaliteit voor producten als in casu: kunststof (afvalverzamel-)minicontainers.

De a-selecte test is praktisch niet te organiseren op de termijn die resteert voor inschrijving in de Aanbesteding. Voorts zou een al eerder geproduceerde voorraad containers die inhoudelijk/technisch voldoet aan de te stellen eisen, niet kunnen worden geleverd zonder door te produceren in afwachting van de (onaangekondigde) komt van de bevoegde testinstantie. Sowieso valt niet in te zien hoe, binnen de in acht te nemen grenzen van proportionaliteit, gevraagd kan worden dat een a-selecte test wordt gedaan zoals de RAL-Eis formuleert, en niet kan worden volstaan met een test op een relevant aantal containers geproduceerd met en bepaalde mal en overigens met eisen inzake garantie.

Ook zijn, naast de door GGAWB aangewezen testinstantie, slechts een zeer beperkt aantal testinstituten (door GGAWB) toegelaten om te testen op conformiteit aan RAL-GZ 951/1. Dat voegt toe aan de disproportionaliteit van de RAL-Eis.
- 4.3.2 De test conform RAL-GZ 951/1 is ook overigens inhoudelijk van dien aard dat het in strijd komt met de eis van proportionaliteit om deze test te eisen bij wijze van technische specificatie.
- 4.3.3 Voor die disproportionaliteit kan in de eerste plaats eenvoudig verwezen worden naar de eigen website en documenten van GGAWB.

In de te downloaden documentatie met aanduiding
Das Zeichen für gütegeprüfte, normgerechte und sichere Qualität. The Mark for Tested and Assured Quality in Compliance with Standards

staat het volgende te lezen (arcering toegevoegd):

Was bedeutet Gleichwertigkeit? Die RAL-Gütesicherung „Abfall- und Wertstoffbehälter aus Kunststoff“ (RAL-GZ 951) beinhaltet Güte- und Prüfrichtlinien, die eine anwendungsgerechte und sichere Nutzung von Abfall- und Wertstoffbehältern (AWB) in den entsprechenden Entsorgungsfahrzeugen sicherstellt. **Dabei gehen die Anforderungen weit über die Mindestanforderungen der betreffenden Normen hinaus** [arcering in het origineel, Commissie]. Die Produktionsüberwachungen, Eigen- und neutrale Fremdüberwachungen führen zur gewünschten Investitionssicherheit für den Behältereigentümer. Bei öffentlichen Ausschreibungen, zum Beispiel unter Bezugnahme auf RAL-Gütezeichen oder RAL-Gütesicherungen, ist der Zusatz „oder gleichwertiger Art“ vorzusehen. In diesem Fall hat der Bieter die Gleichwertigkeit seines Qualitätsstandards nachzuweisen. Dem öffentlichen Auftraggeber obliegt im Ausschreibungsverfahren die Voraussetzungen der Verdingungsordnung bei öffentlichen Aufträgen zu beachten und diese zu bewerten. Dies betrifft auch die Beurteilung einer „gleichwertigen Lösung“. Die Gleichwertigkeit muss zu Ihrer eigenen Investitionssicherheit durch Zertifikate nachgewiesen werden. Bitte beachten Sie bei der Vorlage von Zertifikaten wie zum Beispiel eines Übereinstimmungszertifikates DIN EN 840, dass dies immer nur eine qualitative Momentaufnahme des Produktes darstellt und keine kontinuierliche Qualitätsüberwachung, wie bei dem Gütezeichen nach RAL-GZ 951/1. Nachgewiesen werden kann die Gleichwertigkeit anhand der entsprechenden Checkliste der GGAWB. Hierbei muss die Checkliste für jede AWB-Volumengröße und jeden Werkzeugsatz separat erfüllt werden. Diese Checkliste finden sie unter www.ggawb.d

Aldus stelt GGAWB zelf dat de eisen conform RAL-GZ 951/1 veel verder gaan dan de 'minimumeisen' (waarmee bedoeld is: de Europese norm EN 840 1, 5 en 6). Daarin ligt de disproportionaliteit al opgesloten.

- 4.3.4 Een tweede punt betreft de eis van de 'Erstprüfung' die wordt gesteld om te voldoen aan de eisen van RAL-GZ 951/1 en die (dus) ook vervuld zal moeten zijn om te kunnen voldoen aan de eis van 'gelijkwaardigheid' zoals toegepast binnen de modaliteiten van toepassing conform de RAL-GZ 951/1 zelf (de RAL-Eis verwijst immers naar die modaliteiten door te stellen '(...) conform de eisen zoals gesteld zijn in de RAL-GZ951/1-normering. (...)').

In de van de GGAWB te downloaden documentatie met aanduiding *Ausschreibungskriterien nach RAL-GZ 951 oder gleichwertige Anforderungen*

Staat het volgende te lezen als een van de eisen voor 'gelijkwaardigheid' (arcering toegevoegd):

*Nachweis der Erstprüfung bzw. **Baumusterprüfung** [arcering in het origineel, Commissie] durch ein akkreditiertes Prüfinstitut (nach ISO/IEC 17025)*

Het gaat dus om een test die moet worden uitgevoerd bij de eerste productie na ontwikkeling van het product. Aan die eis kan niet voldaan worden voor producten die al eerder zijn ontwikkeld en waarvan de productie al enige tijd draait.

- 4.3.5 Een derde punt betreft de eis dat wordt voldaan aan bepaalde in Frankrijk geldende normen, welke eis wordt gesteld om te voldoen aan de norm RAL-GZ 951/1 en die (dus) ook vervuld zal moeten zijn om te kunnen voldoen aan de eis van 'gelijkwaardigheid' zoals toegepast binnen de modaliteiten van toepassing conform de RAL-GZ 951/1 zelf (de RAL-Eis verwijst

immers naar die modaliteiten door te stellen '(...) conform de eisen zoals gesteld zijn in de RAL-GZ951/1-normering (...)').

In de van de GGAWB te downloaden documentatie met aanduiding *CHECKLISTE Übersicht der erforderlichen Dokumente zur Erreichung der Gleichwertigkeit des RAL-Gütezeichens nach RAL-GZ 951/1*

is als onderdeel 3 opgenomen:
3 Prüfbericht zum Nachweis der bestandenen Prüfungen nach Mark NF – mit Angabe der Prüfnormen sowie Ausgabedatum

Deze toevoeging houdt verband met de toelating van enkele Franse producenten van containers als lid van GGAWB (die onverminderd volkomen gedomineerd wordt door de Duitse producenten).

Met die achtergrond is deze eis zonder enig belang en louter een extra belasting.

- 4.3.6 Als laatste kan (weer) verwezen worden naar de omstandigheid dat de norm RAL-GZ 951/1 afkomstig is van de GGAWB en dat de GGAWB ook uiteindelijk de formulering van (de modaliteiten van de procedure inzake) 'gelijkwaardigheid' en (dus) de beoordeling van gelijkwaardigheid aan zich houdt.

In de van de GGAWB te downloaden documentatie met aanduiding *Ausschreibungskriterien nach RAL-GZ 951 oder gleichwertige Anforderungen*

staat het volgende te lezen:

Gleichwertigkeit bedeutet:

(...)

- *Verantwortlich für die Durchführung der Gütesicherung sowie die Vergabe des Gütezeichens ist die Gütegemeinschaft Abfall- und Wertstoffbehälter e.V.*
- *Verstöße gegen die Gütesicherung RAL-GZ 951/1 werden durch die Gütegemeinschaft geahndet bis hin zum Entzug des Gütezeichens.*

Het kan niet zo zijn en is in ieder geval in strijd met de eis van proportionaliteit om de vervulling van de eis van 'gelijkwaardigheid' aldus – door verwijzing naar de interne besluitvorming van GGAWB zelf en naar modaliteiten opgesteld door GGAWB zelf – per saldo ter bepaling en beoordeling over te laten aan een entiteit als de GGAWB: een samenbundeling van enkele producenten van containers.

5. Belang en doel van de klacht

Wij hebben belang bij de klacht omdat wij in de Aanbesteding willen inschrijven met een container niet afkomstig van een GGAWB lid en dus zullen aanlopen tegen de ongeldige en/of disproportionele eisen vervat in de RAL-Eis.

Het doel is dat de RAL-Eis vervalt in de Aanbesteding (met aanpassing van de aankondiging en/of planning/inschrijfdatum indien daartoe aanleiding is).

(...)'

- 1.7. In voorgaande brief heeft klager verwezen naar de uitspraak van het Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf van 14 december 2016 (VII-Verg 20/16, VergabeR 2017, 2). Het OLG heeft daarin onder meer geoordeeld:

`(...)

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

(...) Die Antragsgegnerin war nicht berechtigt, die in der Anlage B der Vergabeunterlagen aufgelisteten Unterlagen als Gleichwertigkeitsnachweis für die geforderte Vorlage einer Verleihungsurkunde nach GGAWB zu verlangen. Schon die Vorlage einer Verleihungsurkunde nach GGAWB durfte die Antragsgegnerin von den Bietern nicht verlangen.

(...)

bb. Die Antragsgegnerin war nicht berechtigt, zum Nachweis für die fachliche und technische Leistungsfähigkeit der Bieter mit der Angebotsabgabe die Vorlage einer Verleihungsurkunde nach GGAWB oder, alternativ dazu, die in der Anlage B der Vergabeunterlagen aufgelisteten Unterlagen zu verlangen.

Gem. § 7 Abs. 1 Satz VOL/A-EG dürfen von den Unternehmen zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit Unterlagen und Angaben gefordert werden, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind.

Welche Einzelnachweise in fachlicher und technischer Hinsicht gefordert werden dürfen, ist abschließend in § 7 Abs. 3. VOL/A-EG aufgelistet [niet overgenomen noot 7, *Commissie*]. Hier allein in Betracht kommen könnte die Regelung in § 7 Abs. 3 e) VOL/A-EG. Danach kann der Nachweis bei Lieferaufträgen durch Bescheinigungen der zuständigen amtlichen Qualitätskontrollinstitute oder –dienststellen erbracht werden, mit denen bestätigt wird, dass die durch entsprechende Bezugnahmen genau gekennzeichneten Leistungen bestimmten Spezifikationen oder Normen entsprechen.

Die Verleihungsurkunde der Gütegemeinschaft Abfall- und Wertstoffbehälter e.V. (GGAWB) ist keine Bescheinigung eines *amtlichen* Qualitätskontrollinstituts oder –dienststelle. Die Gütegemeinschaft Abfall- und Wertstoffbehälter e.V. (GGAWB) ist keine Behörde und wird auch nicht für eine Behörde tätig. Es handelt sich um einen eingetragenen privatrechtlichen Verein. Seine Mitglieder sind ausschließlich Hersteller von Abfall- und Wertstoffbehältern.

Anders als die Antragsgegnerin meint, ist § 7 Abs. 3 e) VOL/A-EG nicht richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass als Nachweis auch die Bescheinigung von einem als zuständig anerkannten Institut verlangt werden kann. Zwar ist in der Richtlinie 2004/18/EG (dort Art. 48 Abs. 1 1) ii) und in der Richtlinie 2014/24/EU (dort Art. 60 Abs. 1 Anhang XII Teil 2 k) ii)) vorgesehen, dass der

Nachweis der Technischen Leistungsfähigkeit durch Bescheinigungen erbracht werden kann, die (entweder) von als zuständig anerkannten Instituten oder amtlichen Stellen für Qualitätskontrolle ausgestellt wurden. Auch hat ein mitgliedstaatliches Gericht gem. Art. 249 EG das nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen, wobei die Auslegung unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts vorzunehmen ist. Allerdings ist Voraussetzung für eine richtlinienkonforme Auslegung, dass der Wortlaut der Norm auslegungsfähig ist, denn eine richtlinienkonforme Auslegung darf nicht gegen den Wortlaut der nationalen Vorschrift verstoßen [noot 8: EuGH, Urt. v. 04.07.2005 – C-212/04; EuGH, NJW 2006, 2465, Rdnr. 110 ff, *Commissie*].

Hat die Norm einen eindeutigen Inhalt, ist sie der Auslegung nicht zugänglich.

So verhält es sich hier. Die Formulierung, wonach der Nachweis durch Bescheinigungen der „zuständigen amtlichen Qualitätskontrollinstitute oder – dienststellen“ erbracht werden kann, ist eindeutig und damit nicht auslegungsfähig. Das Adjektiv „amtlich“ bezieht sich sowohl auf das Bezugssubjekt Qualitätskontrollinstitut als auch auf die Qualitätskontrolldienststelle, zumal der Begriff der Dienststelle nach allgemeinem Sprachgebrauch synonym für den Begriff Amt oder Amtsstelle verwendet wird. In jedem Fall handelt es sich bei einem amtlichen Institut oder einer amtlichen Dienststelle um eine Verwaltungseinheit einer öffentlich-rechtlichen Institution. Es würde gegen den Wortlaut der Vorschrift verstoßen, wenn der Anwendungsbereich der Vorschrift auch auf Bescheinigungen anderer nicht amtlicher Institute ausgedehnt würde [noot 9 niet overgenomen, *Commissie*].

b. Die Antragsgegnerin ist es ferner nicht gem. § 8 VOL/A-EG berechtigt, die in Rede stehenden Unterlagen als Nachweis dafür zu verlangen, dass der Bieter beim Herstellungsprozess der nachgefragten Abfallbehälter bestimmte technische Anforderungen einhält und eine neutrale Produktüberwachung stattfindet. Die Antragsgegnerin durfte in Ausübung ihres Leistungsbestimmungsrechts die Einhaltung von Güte- und Prüfrichtlinien entsprechend der RAL-GZ 951/1 nicht verlangen und demzufolge auch nicht die entsprechenden Nachweise fordern.

aa. Die Antragsgegnerin hat unabhängig von den Anforderungen an die technische (oder berufliche) Leistungsfähigkeit der Bieter in derselben Ausschreibung im Rahmen der Leistungsbeschreibung gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOL/A-EG Anforderungen an die Qualität der zu liefernden Abfallbehälter formuliert. Es heißt dort unter 3.1.1. *Weitere Behälterqualität* (Leistungsbeschreibung Seite 20 u.):

„Alle vom Auftragnehmer zu liefernden Müllgroßbehälter aus Kunststoff in der jeweiligen Größe (60 l, 120 l, 240 l) sind mit dem jeweiligen in Angebotssteil III zu benennenden Werkzeug („Werkzeugnummer“) zu produzieren.

Die vorgenannten vom Auftragnehmer zu liefernden MGB haben insbesondere die Anforderungen der EN 840-1 ‚Fahrbare Abfallsammelbehälter – Teil 1: Behälter mit zwei Rädern und einem Nennvolumen bis 400 l für Kammschüttungen‘ zu erfüllen. Zudem sind die Güte- und Prüfbestimmungen RAL-GZ 951/1 für Müllgroßbehälter aus Kunststoff einzuhalten.

Es werden auch gleichwertige Gütesicherungen anerkannt.

Die Einhaltung der technischen Anforderungen und der neutralen Produktionsüberwachung an die jeweilige Behältergröße muss jeweils durch die entsprechende Verleihungsurkunde der GGAWB oder durch Unterlagen, die die Gleichwertigkeit belegen, nachgewiesen werden (vgl. Punkt 2.1.10 – Nachweis zur Leistungsfähigkeit in fachlicher und technischer Hinsicht).“

(1) Schon im Hinblick auf die in § 8 Abs. 2 Nr. 1 a)- e) VOL/A-EG vorgesehene Rangfolge ist fraglich, ob die Antragsgegnerin zusätzlich zur der geforderten Einhaltung der DIN EN 840-1 verlangen kann, dass die Prüf- und Gütebestimmungen der RAL-GZ 951/1 eingehalten werden. In § 8 Abs. 2 Nr. 1 a)-c) VOL/A-EG kommt eine Rangfolge zum Ausdruck, die einen Vorrang der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen vorsieht. Hiernach ist ein Rückgriff auf nationale Regelwerke erst dann gestattet, wenn die in § 8 Abs. 1 Nr. 1 a) – d) VOL/A-EG genannten Normen fehlen. Bei der geforderten Einhaltung der DIN EN 840-1 sowie der Güte- und Prüfbestimmungen RAL-GZ 951/1 handelt es sich um technische Anforderungen im Sinne technischer Spezifikationen gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOL/A-EG. Gemäß der Definition im Anhang TS der VOL/A-EG, sowie Art. 23 Abs. 1, Anhang VI

Nr. 1 b) Richtlinie 2004/18/EG, Art. 41 Abs. 1, Anhang VII Nr. 1 b) Richtlinie 2014/24/EU ist bei öffentlichen Dienstleistungs- oder Lieferaufträgen eine Spezifikation dadurch gekennzeichnet, dass sie in einem Schriftstock enthalten ist und das Merkmale für ein Produkt oder eine Dienstleistung vorschreibt, wie u.a. Vorgaben für die Gebrauchstauglichkeit, Sicherheit oder Abmessung des Produkts einschließlich Prüfungen und Prüfverfahren sowie Produktionsprozesse und -methoden in jeder Phase des Lebenszyklus der Lieferung. Bei der DIN EN 840-1 und den Güte und Prüfbestimmungen RAL-GZ 951/1 handelt es sich um solche technische Spezifikationen. Die DIN EN 840-1 ist eine nationale Norm, mit der europäische Normen umgesetzt worden sind (§ 8 Abs. 2 Nr. 1a) VOL/A EG). DIN-Normen sind das Ergebnis nationaler, europäischer oder internationaler Normungsakte. Europäischer Normen, die durch das Europäische Komitee für Normung (CEN) erarbeitet worden sind, müssen zu ihrer Wirksamkeit in nationale Normen umgesetzt werden. In Deutschland obliegt diese Aufgabe dem DIN Deutsches Institut für Normung, das die CEN-CENELEC- und ITSI-Normen als DIN-EN oder DIN-ETS umsetzt. Die Güte- und Prüfbestimmungen der RAL-GZ 951/1 sind hingegen nationale Normen bzw. technische Zulassungen und Spezifikationen gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 e0 VOL/A-EG. Das Deutsche Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung e.V. (RAL) hat in einem Anerkennungsverfahren unter Mitwirkung des Bundesministeriums für Wirtschaft und der betroffenen Fach- und Verkehrskreise sowie der zuständigen Behörden das RAL-Gütezeichen auf nationaler Ebenen entwickelt. Wie sich aus dem von der Antragsgegnerin vorgelegten „Vergleich der Prüfungsinhalte EN-840 – RAL GZ951/1“ ergibt, stellt die RAL-GZ im Vergleich zur DIN EN-840 teils erhöhte und teils zusätzliche Anforderungen an die Behälterqualität und Prüfungsinhalte. Insofern könnte ein Rückgriff auf die RAL GZ 951/1 bereits wegen des Anwendungsvorrangs der DIN EN-840 ausscheiden, da die RAL-GZ nicht nur von der DIN EN-840 nicht erfasste Teilaspekte regelt [noot 10 niet overgenomen, *Commissie*], sondern die Anforderungen der DIN zumindest teilweise erhöht. Dies kann letztlich aber dahin stehen, denn die von der Antragsgegnerin geforderte Einhaltung der RAL-GZ/951/1 ist – wie nachfolgend ausgeführt wird – aus einem anderen Grund vergaberechtswidrig.

bb. Die von der Antragsgegnerin geforderte Einhaltung der Bestimmungen der RAL-GZ 951/1 sowie die Vorlage einer Verleihungsurkunde der GGAWB oder gleichwertiger Unterlagen verstößt gegen den in Art. 34 AEUV ausgestellten Grundsatz des freien Warenverkehrs.

Nach Art. 34 AEUV sind mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

(1) Die verfahrensgegenständlichen Beschaffung von Abfallsammelbehältern, die nach den Vergabeunterlagen die Anforderungen der nationalen Bestimmungen der RAL GZ 951/1 erfüllen müssen, stellt eine von Art. 34 AEUV erfasste staatliche Maßnahme i.S.v. Art. 34 AEUV auch Ausschreibungen anzusehen, die auf nationale Industrienormen oder eine bestimmte Marke Bezug nehmen [noot 11: EuGH, Slg. 1988, 4929 KOM/Irland; EuGH, Slg. 2001, I-9507, Vestergaard, *Commissie*].

(2) Die in Rede stehende Maßnahme hat die gleiche Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung.

Nach ständiger Rechtsprechung ist jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den Handel innerhalb der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern als eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen i.S.v. Art. 34 AEUV anzusehen [noot 12: EuGH, Ur. v. 01.03.2012 – C-484/10, Rdnr. 52 m.w.N, *Commissie*]. Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung spiegelt Art. 34. AEUV die Verpflichtung wider, sowohl

die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der gegenseitigen Anerkennung von Erzeugnissen, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht wurden, einzuhalten, als auch Erzeugnissen aus der Union freien Zugang zu den nationalen Märkten zu gewährleisten [noot 13: EuGH, Urt. v. 01.03.2012 – C-484/10, Rdnr. 53 m.w.N, *Commissie*]. Einen danach verbotene Maßnahme ist deshalb die Verpflichtung zur Einhaltung einer nationalen Norm oder einer nationalen Zertifizierung, obwohl die Waren in dem Mitgliedstaat, aus dem sie verbracht werden, zugelassen sind [noot 14: EuGH, C 254/05, Slg. 2007, I-4269 KOM/Belgien; EuGH C-297/05 Slg. 2007, I-7467 KOM/Niederlande; EuGH, Urt. v. 01.03.2012 – C-484/10, *Commissie*].

Vorliegend wird der Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten dadurch behindert, dass die Antragsgegnerin von den Bietern verlangt, dass die zu liefernden Abfallsammelbehälter nicht nur den Mindestanforderungen der (europäischen) DIN EN 840-1 genügen, sondern darüber hinaus auch den Anforderungen der deutschen Güte- und Prüfbestimmungen der RAL-GZ 951/1. Zudem sind die Bieter gehalten, zum Nachweis der nationalen technischen Spezifikationen eine Verleihungsurkunde der in Deutschland ansässigen GGAWB oder andere Unterlagen vorzulegen, die die Gleichwertigkeit belegen. Bieter aus anderen Mitgliedstaaten müssen daher entweder versuchen, eine Verleihungsurkunde der GGAWB zu erhalten, oder sie haben die Möglichkeit, gleichwertige Unterlagen aus anderen Mitgliedstaaten als Deutschland vorzulegen. Hierbei tragen sie allerdings das Risiko, dass die Unterlagen als gleichwertig anerkannt werden. Bei dieser Sachlage können Bieter aus anderen Mitgliedstaaten abgeschreckt werden. Abfallsammelbehälter aus anderen Mitgliedstaaten – sowie hier die Antragstellerin aus Spanien – nach Deutschland einzuführen.

(3) Die Beschränkung des freien Warenverkehrs ist nicht gerechtfertigt.

(a) Die Voraussetzungen des Art. 36 AEUV liegen nicht vor. Art. 36 AEUV enthält eine abschließende Aufzählung der geschützten Rechtsgüter; andere Schutzobjekte wie zum Beispiel Verbraucher- oder Umweltschutz könnte im Rahmen dieser Vorschrift nicht berücksichtigt werden. In Frage kommen daher nur die öffentliche Sicherheit, Leben und Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen, Patente, Warenzeichen und Urheberrechte sowie nationales Kulturgut und wesentliche Sicherheitsinteressen. Keines der vorgenannten Schutzgüter kommt hier in Betracht.

(b) Die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit ist nicht durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist hierfür erforderlich, dass die unterschiedslos für einheimische und aus anderen Mitgliedstaaten verbrachte Waren geltende Beschränkung notwendig ist, um zwingende Erfordernissen, insbesondere des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterbarkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes gerecht zu werden. Dabei muss die Regelung in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen [noot 15: EuGH, Urt. v. 10.11.2005 – C-432/03, Kommission/Portugal, Rdnr. 42 m.w.N, *Commissie*]. Rein wirtschaftliche Motive können keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses darstellen [noot 16: EuGH, C-254/98, Slg. 2000, I-151, Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb/TK-Heimdienst Sass, *Commissie*].

Zwingende Gründe des Allgemeininteresses liegen hier nicht vor. Sie sind nicht ersichtlich und von der Antragsgegnerin auch nicht geltend gemacht worden. Sie führt lediglich – nicht berücksichtigungsfähige – wirtschaftliche Motive für die von ihr verlangten technischen Spezifikationen entsprechend der RAL-GZ 951/1 an. Ausweisliche des Vergabevermerks vom 12.08.2015 ging es der Antragsgegnerin

um eine möglichst wirtschaftliche und sparsame Beschaffung. Sie wollte ein möglichst langlebiges Produkt erhalten. Da die Abfallsammelbehälter vielfachen, ungewöhnlich hohen Belastungen ausgesetzt sind (Einwirken starker Kräfte und Witterungseinflüsse), wollte sie durch die Bezugnahme auf die Güte und Prüfbestimmungen der RAL-GZ 951/1 hohe Anforderungen an die Qualität und den Herstellungsprozess stellen.

cc. War die Antragsgegnerin somit nicht berechtigt, gem. § 8 VOL/A-EG die Einhaltung der Bestimmungen der RAL-GZ 951/1 zu verlangen, bedarf es keiner weiteren Ausführungen dazu, ob § 8 VOL/A-EG über seinen Wortlaut hinaus eine Ermächtigung für den öffentlichen Auftraggeber enthält, zum Nachweis für die Einhaltung der technischen Spezifikation bereits bei Abgabe des Angebots die Vorlage einer Verleihungsurkunde der GGAWB oder gleichwertiger Unterlagen zu verlangen.

c. Nichts anderes ergibt sich aus der Richtlinie 2014/24/EU, denn eine unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 43 Abs. 1 oder Art. 44 der Richtlinie 2014/24/EU kommt nicht in Betracht.

Gem. Art. 43 kann der öffentliche Auftraggeber, wenn er den Kauf von Lieferungen mit spezifischen umweltbezogenen, sozialen oder sonstigen Merkmalen beabsichtigt, bei Erfüllung von fünf im Einzelnen unter Abs. 1 a) – e) aufgeführten Bedingungen in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Ausführungsbedingungen ein bestimmtes Gütezeichen als Nachweis dafür verlangen, dass die Lieferungen den geforderten Merkmalen entsprechen. In Art. 44 ist geregelt, dass die öffentlichen Auftraggeber Testberichte, Zertifizierungen oder sonstige Nachweise für die Konformität mit den Anforderungen oder Kriterien gemäß den technischen Spezifikationen verlangen können. Allerdings haben diese Regelungen keine Vorwirkungen.

Eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie 2014/24/EU ist nach ihrem Inkrafttreten aber vor Ablauf der Umsetzungsfrist am 18.04.2016 nicht von vornherein ausgeschlossen. Sie kann nach höchstrichterlicher Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen als sog. Vorwirkung. In Betracht kommen. Ausgangspunkt ist der Grundsatz der Vertragstreue der Mitgliedstaaten, wie er in Art. 10 Abs. 1 und Art. 249 EG enthalten ist. Danach sind die Mitgliedstaaten nicht nur gehalten, die Richtlinien rechtzeitig, ihrem Geiste nach und in wirksamer Weise umzusetzen, sondern auch verpflichtet, keine Maßnahmen zu ergreifen, die dem Ziel des – primären oder sekundären – Gemeinschaftsrecht zuwiderlaufen. Es sind daher – auch durch die nationale Gesetzgebung – alle Maßnahmen zu unterlassen, die geeignet sind, die Ziele der europäischen Rechtsetzung zu gefährden oder gar zu verhindern. In diesem Sinne können auch Richtlinien, deren Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist, eine Vorwirkung entfalten. Der nationale Gesetzgeber darf keine Rechtsnormen erlassen, die geeignet sind, der späteren Umsetzung der Richtlinie faktisch entgegenstehen [noot 17: EuGH, Urt. v. 18.12.1997, NVwZ 1998, 385 – Inter-Environment Wallonie, *Commissie*]. Ebenso dürfen mitgliedstaatliche Gerichte das nationale Recht nicht in einer Weise anwenden, dass gleichsam vollendete Tatsachen geschaffen werden, die später die Erfüllung der aus der Beachtung der Richtlinie erwachsenen Vertragspflichten unmöglich machen [noot 18: niet overgenomen, *Commissie*]. In diesem Sinne besteht vor Ablauf der Umsetzungsfrist bereits ein Gebot zur Berücksichtigung der Richtlinie mit dem Ziel der künftigen Wahrung der Widerspruchsfreiheit der gemeinsamen Rechtsordnung; die nationalen Stellen – Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung – haben sich im Hinblick auf die noch umzusetzenden Rechtsakte des sekundären Gemeinschaftsrechts um diese Zielkonformität zu bemühen.

Nach diesen Maßstäben entfaltet die Richtlinie 2014/24/EU keine Verwirkung. Die Versagung der Möglichkeit, bei einem Beschaffungsvorhaben, das vor Ablauf der Umsetzungsfrist eingeleitet worden ist, vom Bieter zum Nachweis bestimmter Merkmale einer Lieferung die Vorlage eines Gütezeichens gem. Art. 43 der Richtlinie 2014/243/EU zu verlangen, bereitet einer späteren richtlinienkonformen Rechtssetzung keine Hindernisse. Bei zukünftigen Beschaffungsvorhaben kann der öffentliche Auftraggeber ohne weiteres entsprechende Nachweise verlangen, wenn die Richtlinie umgesetzt und eine Art. 43 und 44 entsprechende gesetzliche Regelung getroffen wird. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn es sich bei den genannten Regelungen um derart bestimmte und unbedingte (vorbehaltslose) Regelungen handelt, dass ein den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie üblicherweise zustehende Spielraum nicht besteht [noot 19, niet overgenomen, *Commissie*].

Dies ist vorliegend indes nicht der Fall.'

1.8. Op 26 juli 2017 heeft het klachtenmeldpunt klager en beklaagde gehoord.

'**Betreeft:** Aanbesteding minicontainers en chips incl. bijbehorende dienstverlening van [Beklaagde].

Voorzitter heet de aanwezigen welkom, introduceert de commissieleden, licht de procedure toe en geeft het woord aan [Klager].

[De advocaat van klager, B] overlegt een pleitnotitie (bijlage bij dit verslag) aan de hand waarvan hij de klacht van [Klager] toelicht. Hij wil ingaan op wat nu eigenlijk de regels zijn, het kader waarbinnen deze zaak moet worden beoordeeld. Het gaat om een technische specificatie. Een technische specificatie dekt een heel breed gebied van eisen. Er zijn wel grenzen aan het kunnen toepassen van een technische specificatie. Er zijn twee eisen die overall van toepassing zijn: het moet proportioneel zijn en de gelijke toegang moet geborgd zijn, er mag geen belemmering van mededinging optreden. Technische specificaties zijn normen. Het voldoen aan een technische specificatie kan worden aangetoond met alle passende middelen. De RAL-eis is geen norm die voldoet aan de eisen uit art. 2.76 lid 1 Aw. Deze RAL-eis is ontwikkeld door een groep Duitse producenten en dat mag nu juist niet. Het vragen van een keurmerk is toegestaan, maar ook daaraan zijn eisen gesteld conform art. 2.78a lid 1 Aw. De vraag is of het inzake de RAL-eis gaat om een keurmerk of om een norm. Deze kunnen wellicht heel dicht tegen elkaar aan liggen, maar een keurmerk beweegt zich meer op het gebied van milieu en het sociaal gebied. Als de RAL-eis als keurmerk moet worden aangemerkt voldoet deze niet aan de eisen uit de wet. Het keurmerk is niet open en transparant tot stand gekomen en de GGAWB is de bron van de regels en zij zitten tevens aan het roer bij de toepassing van die regels en op die manier kunnen keurmerken niet worden gehanteerd. De RAL-eis voldoet noch als norm noch als keurmerk.

Ten tweede is de eis in strijd met art. 34 VWEU. Vraag hierbij is of een eis in een bestek überhaupt in strijd kan komen met het vrij verkeer van goederen. In het arrest van de Commissie versus Ierland van 1987 kun je teruglezen dat dat inderdaad het geval kan zijn. Het sleutelwoord in deze is maatregelen van gelijke werking. Hierbij wordt verwezen naar het arrest Dassonville. Dit ziet op centrale als ook op decentrale overheden. Dus ook handelsbelemmeringen opgeworpen door decentrale overheden komen dus in strijd met art. 34 VWEU. Zelfs een potentiële belemmering is voldoende. Overigens is in de klacht al aangegeven dat we praten over meer dan alleen een potentiële belemmering. De RAL-eis bemoeit zich ook met de productiemethodiek, het is niet alleen een eis ten aanzien van

het eindproduct. Het opnemen van de RAL-eis op door [Beklaagde] is in strijd met art. 34 VWEU.

Kan het ook anders wanneer het [Beklaagde] ernst is met bepaalde inhoudelijke aspecten van die RAL-eis? Het antwoord is ja. [Beklaagde] zou dan moeten identificeren welke inhoudelijke eisen dan relevant zijn en vervolgens moeten ze die wegen, is het proportioneel en leiden deze eisen niet tot uitsluiting, en dan kunnen ze kijken of ze de eisen willen invoeren als een technische specificatie en als een gunningscriterium. Er is dus een andere weg om iets te doen met de inhoudelijke kanten van die RAL-eis.

Het doel van de klacht is het schrappen van de RAL-eis, in ieder geval in de huidige vorm. Wanneer de commissie niet helemaal overtuigd is dan zal [Klager] naar de Commissie van Aanbestedingsexperts gaan. Voor de containerbranche is het van belang te weten hoe het nu zit met die RAL-eis. Het zou misschien het overwegen waard zijn te adviseren om de inschrijving op te schorten tot de Commissie van Aanbestedingsexperts uitspraak heeft gedaan.

Voorzitter dankt [Klager] voor haar inbreng en geeft het woord aan aanbestedende dienst.

[D] geeft aan dat de RAL-eis vaak gesteld wordt. Achtergrond van deze eis is een behoorlijk verschil tussen deze eis en de NEN-norm 840. De NEN-norm is een statische norm, daar waar de RAL-normering veel meer dynamisch is. Bij de RAL-normering worden containers op een aselekt tijdstip uit de productie gehaald om te testen. Dat zegt meer over de kwaliteit van de container. Binnen Nederland is de branchevereniging KLAIR. Zo'n 90% van de containerleveranciers zijn hiervan lid. Tot een jaar geleden was [Klager] zelf ook lid. De reactie van [Klager] verrast aanbestedende dienst dan ook.

Bij de RAL-eis wordt natuurlijk altijd de gelijkwaardigheid opgenomen. Ook de wijze waarop gelijkwaardigheid aan die RAL-normering kan worden aangetoond. Die documenten hiervoor zijn vrij beschikbaar op internet. Uiteraard zijn daaraan wel enige condities verbonden. Zo kan bijvoorbeeld niet de buurman een test uitvoeren. Dat moet voldoen aan een aantal normeringen.

GGAWB doen meer dan alleen de RAL-normering 951. Die verzorgt daarnaast ook nog heel veel andere normeringen. Het is niet alleen maar een 'vriendenclubje' van de containerproducenten.

Er is overigens maar één partij die vragen heeft gesteld over de RAL-eis. Dit om het in perspectief te plaatsen.

In de in de klacht aangehaalde uitspraak wordt uitgemaakt, maar nog niet beslist – omdat daaraan niet wordt toegekomen – dat het stellen van RAL 951 naast de NEN 840 mogelijk disproportioneel is. Maar daar wordt niet echt uitspraak over gedaan.

Ten aanzien van het uitstellen van de inschrijving wordt opgemerkt dat op 1 januari 2018 DIFTAR in [Beklaagde] in zou moeten gaan. Dat is nu al een heel krap tijdspad. Het is dan ook bijna onmogelijk om de inschrijving verder uit te stellen. Die tijd is nodig voor de implementatie.

Voorzitter dankt aanbestedende dienst en geeft aan dat de commissie ook nog enkele vragen heeft. Vraag aan aanbestedende dienst: Waarin zit nu de meerwaarde van de RAL-eis ten opzichte van de NEN-norm? En hoe ziet die op de functionaliteit van de containers?

[D] geeft aan dat een minicontainer in feite een plat product is. Dat moet aan een aantal specificaties voldoen. De RAL-normering gaat daarin verder dan de NEN-norm. Vooral de aselechte test. Het niet door de leverancier aanleveren van bepaalde containers, maar op een willekeurig tijdstip testen van die containers.

De afmetingen en dergelijke, dat ligt allemaal vast in de NEN-normering. Het chipnest is aanvullend. En vooral die continue kwaliteit.

[F, lid van het klachtenmeldpunt] vraagt of met continue kwaliteit bedoeld wordt de wijze waarop die kwaliteit bewaakt wordt.

[D] stelt dat op het moment dat men zelf een tiental containers ter keuring kan aanbieden, die containers misschien wel een certificaat krijgen, maar dat zegt eigenlijk niet zo heel veel over de containers die je daadwerkelijk gaat kopen. Bij de RAL-certificering wordt in feite de mal gecertificeerd.

[F]: Het gaat dus niet zo zeer om het product dat gecertificeerd wordt, als wel de wijze van produceren?

[D] maar dan wel met de garantie dat dat product aan die eisen voldoet.

[F] vraagt wanneer er 20 containers worden afgenomen en 10 zijn RAL-gecertificeerd en 10 niet, of die 10 RAL-gecertificeerde containers dan beter zijn.

[D] zegt dat daartussen geen verschil hoeft te bestaan. Maar dat kun je dan niet aan de container zien. RAL garandeert een bepaald minimum niveau.

[F] vraagt aan [Klager] wat zij daarvan vinden.

[A] antwoordt dat hij zich nog een geval kan herinneren van containers die geleverd waren met RAL-certificaat, maar die teruggenomen moesten worden omdat ze in de eerste de beste winter scheuren vertoonden. Met een RAL-norm is de kwaliteit niet per se geborgd.

[F] vraagt aan [Klager] waarom zij niet volgens die RAL-norm zouden willen of kunnen produceren.

[A] geeft aan dat [Klager] waarschijnlijk zelfs boven die RAL-norm zit. Hij heeft geen probleem met het feit dat er een normering is, maar hij heeft er wel problemen mee dat de concurrent gaat vertellen waaraan [Klager] moet voldoen, terwijl [Klager] een heel andere manier van testen heeft die wellicht beter is. Je kunt de kwaliteit ook afmeten aan de garantie. Bij RAL-certificering krijg je garantie voor 5 jaar. [Klager] kan wel 15 jaar garantie bieden.

[G, lid van het klachtenmeldpunt] vraagt aan [Klager] of zij wel handelingen hebben verricht om die normering te verkrijgen.

[A]: Er zit een verschil in wijze van testen. Wellicht is de valhoogte anders, maar [Klager] gebruikt bij die test weer een zwaardere kogel. De oorspronkelijk reden voor het invoeren van de RAL-norm was om de 'rommel' uit China en het Oostblok tegen te gaan. Inmiddels is de RAL-norm weer naar beneden bijgesteld.

[G] vraagt of [Klager] nu problemen heeft om de gelijkwaardigheid aan te tonen.

[B] geeft aan dat het probleem niet alleen is dat de RAL eisen aan de container zelf stelt, maar dat deze ook ziet op de productie en daar loop je op stuk. In dit

bestek staat dat de gelijkwaardigheid alleen maar kan worden aangetoond door die aselechte test. In mei krijg je het bestek en hoe moet dan even die aselechte test worden uitgevoerd, die eens per jaar wordt uitgevoerd? Er zit een element in die RAL en de gelijkwaardigheidseisen, die diezelfde GGAWB formuleert, om het allemaal zo moeilijk mogelijk te maken. En waarom zou door een aselechte test betere containers geleverd worden?

Voorzitter vraag of [Klager] dan geprobeerd heeft die gelijkwaardigheid op een andere manier aan te tonen.

[B] geeft aan dat in de aanbesteding van [X] er een dossier is ingediend, maar dat liep stuk op een contract wat je moet hebben met een bepaalde instantie die dan die aselechte test uitvoert. In de procedurele dingen zitten de problemen, terwijl dat geen directe link heeft met de kwaliteit. In het echte testen op de container zelf, daar zit het probleem niet.

[D] geeft aan dat de RAL-norm al jaren gevraagd wordt. Die is niet nieuw. Wel dient het RAL-certificaat iedere twaalf maanden opnieuw te worden afgegeven. Er is in 2014 een Tüv-keuring uitgevoerd op containers van [Klager], zo meent [D], die ook onderdelen uit de RAL in zich heeft. 2014 is dan wel lang geleden.

Voorzitter vraagt wanneer een Tüv-keuring elke twaalf maanden wordt uitgevoerd, is dat dan voldoende om de gelijkwaardigheid aan te tonen?

[D] betwijfelt of de Tüv ISO 17000 is. Maar gelijkwaardigheid is een kwestie van het invullen van de lijst zoals die zowel bij de GGAWB als de KLAIR op de site staat. Als je die kunt invullen, door een instituut, dan onderbouw je daarmee je gelijkwaardigheid. Wel iedere twaalf maanden om de continuïteit van de kwaliteit te borgen.

[F] geeft aan dat het hem nog steeds niet helemaal duidelijk is wat het bezwaar van [Klager] is tegen de aselechte steekproef.

[A] geeft aan dat er geen bezwaar bestaat tegen een aselechte steekproef.

[B] vult aan dat aan de RAL-eis of gelijkwaardigheid niet is te voldoen. Niet op korte termijn.

[A] geeft aan dat een certificaat zoals die voor het Tüv wordt afgegeven voor een matrijs. Als die matrijs niet verandert, dan verandert er ook niets aan de container. Een certificaat uit 2014 zou dan ook heel goed nog mee kunnen gaan, wanneer de matrijs weinig gebruikt is. Afhankelijk van de matrijs, kunnen er wel een miljoen containers mee worden geproduceerd. Ieder jaar een nieuwe certificaat zou dan bij een ieder kenbaar moeten zijn en niet alleen bij de fabrikanten van de RAL.

[F] vraagt waarom [Klager] het niet red om de gelijkwaardigheid binnen het tijdsbestek aan te tonen.

[B] omdat men een aselechte test eist. Er moet ook een test van het vervaardigen van de matrijs zijn, dat zit er ook achter. Hoe zou je dat moeten doen?

[F] vraagt of hij het goed begrijpt dat het testen van het vervaardigen van de matrijs niet meer gaat op het moment dat die al gebruikt wordt.

[A]: Er is maar één geaccrediteerd instituut dat die test mag uitvoeren volgens de GGAWB. Maar die kent een flinke wachtlijst.

[B]: En daar komt bij dat wanneer je de 'Erstprobung' niet hebt gedaan voor de matrijs, je dat ding niet meer kunt gebruiken. De gelijkwaardigheidseisen van de GGAWB en de KLAIR die zijn dan ook niet zo zeer bedoeld om de aanbestedende diensten een plezier te doen door het voor anderen zo moeilijk mogelijk te maken om aan die gelijkwaardigheid te voldoen.

Voorzitter vraagt of gelijkwaardigheid aangetoond moet worden aan de hand van de lijst van de GGAWB of de KLAIR en of dat niet aangetoond kan worden aan de hand van een technisch dossier. En is het voorts niet aan de aanbestedende dienst om dit te beoordelen?

[D] geeft aan dat dat wellicht zou kunnen, maar dat is bijzonder moeilijk. Op basis van tekeningen en materiaalspecificaties is daarover eigenlijk niets zinnigs te zeggen. Het gaat namelijk vooral om de continuïteit van de kwaliteit aan te kunnen geven. De container is in feite het gevolg van de mal. Daarom wordt dan ook de mal gecertificeerd.

[B] geeft aan dat iedere NEN-normering ook over de mal gaat.

[A] bestrijdt dat RAL een garantie is voor kwaliteit.

[E] vraagt of de uitvraag van kwaliteit ook gerelateerd wordt aan garantiecondities.

[D] antwoordt dat men eigenlijk niet zo ver wenst te gaan in garantiecondities. Garanties gaan net zo ver als dat de leverancier bestaat en leveranciers hebben ook niet allemaal het eeuwige leven. Dat is al moeilijk te overzien over een periode van 5 jaar, laat staan voor een langere periode. Daarnaast krijg je ook altijd hele discussies of het product wel op de juiste manier is gebruikt. Kort na ingebruikname is daar nog wel iets van te vinden, maar na 15 of 20 jaar wordt dat een hele vervelende discussie.

[F] stelt dat aanbestedende dienst in het bestek een certificaat uitvraagt voor de RAL en het certificaat moet worden bijgevoegd. Het is hem niet helemaal duidelijk wat het gevolg is bij het aantonen van gelijkwaardigheid. In de nota van inlichtingen geeft aanbestedende dienst aan dat een aselechte steekproef gedaan mag worden om gelijkwaardigheid aan te tonen. Welk gevolg heeft dat dan voor het aanleveren van bewijsmiddel? Moet er dan alsnog een soort van certificaat worden aangeleverd op het moment van inschrijven? Of betekent dat, dat het certificaat later mag worden aangeleverd?

[D] antwoordt dat de gelijkwaardigheid bij inschrijving dient te worden aangetoond door bijvoorbeeld het laten invullen van de lijst door een geaccrediteerd instituut en die dan aan te leveren. En die eis is ook niet nieuw. Die ligt er al wel acht jaar. In al de aanbestedingen die wij begeleiden wordt die eis gesteld.

[F] stelt dat wanneer die eis niet nieuw is, [Klager] die toch niet voor het eerst is tegengekomen. Wat heeft u daarmee in het verleden gedaan?

[A] geeft aan dat [Klager] in het verleden lid was van KLAIR. Omdat het in hun ogen een te klein clubje werd dat aangestuurd wordt vanuit Duitsland, heeft [Klager] het lidmaatschap opgezegd en zijn ze in zee gegaan met een andere fabrikant. Men wil dus nieuw toetreden op de markt. En er zijn meer partijen die de markt op willen, maar dat wordt op deze manier geblokt.

[E] vraagt of [Klager] nog wel handelingen gaat verrichten om de toekomstige productie te kunnen certificeren? De uitvraag naar dit certificaat wordt in deze markt toch veel gedaan.

[B] bestrijdt dat deze eis veel gesteld wordt. Er zijn ook veel aanbestedingen waar dit certificaat niet wordt uitgevraagd.

[D] wenst tot slot nog op te merken dat de RAL-eis niet handelsbelemmerend bedoeld is, maar om een minimum kwaliteitsniveau te borgen. Dat kost een investering van betreffende partij, maar dan weet je wel dat je een bepaald minimum kwaliteitsniveau krijgt.

Voorzitter dankt een ieder voor zijn komst en geeft aan dat het advies zo snel mogelijk aan aanbestedende dienst wordt uitgebracht. (...)’

1.9. Op 28 juli 2017 heeft het klachtenmeldpunt het volgende advies uitgebracht:

‘Bevindingen van het [Klachtenmeldpunt Aanbestedingen]

Het opnemen van de bewuste RAL-eis (RAL-GZ 951/1) waartegen de klacht gericht is, kan worden gezien als een keurmerk in de zin van artikel 2.78a Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012). Het keurmerk waar het hier om gaat beschrijft specifiek de wijze waarop de minicontainers worden geproduceerd en meer specifiek de wijze waarop, in het kader van kwaliteitsbewaking, de betreffende container en productiefaciliteiten moeten worden getest. In die zin kan er dan ook niet worden gesproken over een norm, welke meer betrekking heeft op de technische specificaties van het product zelf. Wat overigens ook blijkt uit het feit dat er in een andere eis wordt verwezen naar een technische norm, te weten NEN-EN 840, die de specifieke technische eisen aan het product beschrijft. Het vragen van een keurmerk is op basis van artikel 2.78a Aw 2012 in beginsel toegestaan, maar hier zijn wel strikte voorwaarden aan verbonden. Zo moet de aanbestedende dienst rekening houden met de volgende aspecten.

- Proportionaliteit: alle eisen van het keurmerk moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht;
- Het keurmerk is gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria;
- Het keurmerk is vastgesteld door een derde partij waarover de ondernemer die het keurmerk aanvraagt geen beslissende invloed uitoefent; en
- Het keurmerk is voor alle betrokken partijen toegankelijk.

Klachtenmeldpunt is van oordeel dat aan deze criteria wordt voldaan.

Klachtenmeldpunt merkt voorts op dat een keurmerk kan worden verstrekt door een overheidsinstantie of een private organisatie. Dat het keurmerk in het leven is geroepen door een selecte groep leveranciers, zoals [Klager] aanvoert, wil nog niet zeggen dat het keurmerk geen objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria bevat. Daarnaast is RAL-GZ 951/1 een keurmerk dat toegankelijk is voor een ieder, ook voor partijen die niet aangesloten zijn bij het bewuste samenwerkingsverband. Daarmee staat het uitvragen van het keurmerk het vrije handelsverkeer ook niet in de weg.

Dit neemt niet weg dat aanbestedende dienst gelijkwaardige keurmerken moet toestaan. Daarnaast moet aanbestedende dienst andere geschikte bewijsmiddelen accepteren (zoals een technisch dossier) indien de inschrijver aantoont dat hij niet de mogelijkheid heeft gehad om binnen de gestelde termijn het bewuste keurmerk (of gelijkwaardig keurmerk) te verwerven.

De aanbestedende dienst heeft de wijze waarop gelijkwaardigheid moet worden aangetoond specifiek beschreven in de aanbestedingsstukken en in de beantwoording op de vragen 14 en 15 van de nota van inlichtingen. De wijze waarop gelijkwaardigheid kan worden aangetoond is opgesteld door de betreffende branchevereniging en kan slechts worden afgegeven door keuringsinstanties die door de branchevereniging zijn goedgekeurd. Dit lijkt in strijd met artikel 2.78a Aw 2012, dat bepaald dat gelijkwaardige keurmerken moeten worden toegestaan. Daarnaast kan van de inschrijver niet worden verwacht dat hij gezien de korte doorlooptijd van het project in staat is geweest het keurmerk tijdig te verwerven (artikel 2.78a lid 4 sub a Aw 2012). Dat deze, volgens aanbestedende dienst, al 8 jaar in andere aanbestedingen wordt uitgevraagd doet daaraan niet af.

Echter, niet gebleken is dat [Klager] ook maar iets ondernomen heeft om gelijkwaardigheid aan te tonen of zelfs daarmee een begin te maken, terwijl de bewijslast hieromtrent bij inschrijver ligt. [Klager] valt dan ook te verwijten dat deze niet proactief heeft geacteerd.

Advies van het [Klachtenmeldpunt Aanbestedingen]

Het [Klachtenmeldpunt Aanbestedingen] adviseert:

- RAL-GZ 951/ kan worden beschouwd als een keurmerk in de zin van artikel 2.78a Aw 2012 en deze voldoet aan de daarin vermelde criteria. Aanbestedende dienst is het derhalve toegestaan deze uit te vragen.
- Aanbestedende dienst moet echter gelijkwaardige keurmerken accepteren.
- [Klager] heeft vanaf het moment van publiceren onvoldoende tijd gehad om het RAL keurmerk alsnog te verkrijgen. Aanbestedende dienst dient in dat kader andere bewijsmiddelen om gelijkwaardigheid aan te tonen, zoals een technisch dossier, als bewijsmiddel te accepteren.
- De wijze waarop aanbestedende dienst heeft aangegeven dat gelijkwaardigheid moet worden aangetoond is niet in overeenstemming met hetgeen vermeld is in artikel 2.78a lid 4 Aw 2012. Aanbestedende dienst dient de wijze waarop gelijkwaardigheid kan worden aangetoond in overeenstemming te brengen met voornoemd artikel.
- [Klager] had vanaf de datum van publicatie stappen kunnen ondernemen om de gelijkwaardigheid op een andere manier aan te tonen. Nu [Klager] hierin nog niets ondernomen heeft en niet proactief is opgetreden, behoeft de inschrijvingstermijn niet opgeschort te worden.'

- 1.10. In de Nota van Inlichtingen heeft beklagde vervolgens op 2 augustus 2017 de volgende vraag en het volgende antwoord opgenomen.

Vraag 70: 'Aanbestedende dienst deelt hiermee de wijziging betreffende eis E-1.05 met alle potentiële inschrijvers'

Antwoord: '**Bericht aan alle inschrijvers**

Mededeling van de aanbestedende dienst:

Deze mededeling heeft betrekking op eis E-1.05 en vraag 14 en 15 uit de nota van inlichtingen. De gewijzigde tekst van eis E-1.05 luidt:

"De minicontainer dient te voldoen aan de RAL-GZ 951/1 norm (of gelijkwaardig). Inschrijver dient een kopie van het geldige certificaat bij de inschrijving bij te sluiten. Dit certificaat dient geldig te zijn op de dag van aanbesteding. Bij gunning dient inschrijver een geldig certificaat te behouden tijdens alle leveringen."

Ter voorkoming van onduidelijkheden zijn de onderstaande documenten bijgevoegd:

- Checklist gelijkwaardigheid aan RAL-Keurmerk overeenkomstig RAL:-GZ 951/1
- Het overzicht met overeenkomsten en verschillen tussen EN 840 - RAL GZ 951/1 (Comparison EN 840 - RAL GZ 951/1)

Inschrijver kan de bijgevoegde Checklist gelijkwaardigheid aan RAL-Keurmerk overeenkomstig RAL:-GZ 951/1 gebruiken, ter bewijsvoering van de gelijkwaardigheid. De onderstaande voorwaarden zijn dan van toepassing:

- De Checklist dient te zijn afgegeven naar aanleiding van de resultaten van de uitvoering van de voor de RAL GZ 951/1 voorgeschreven tests
- de betreffende tests moeten zijn uitgevoerd door een instituut dat gecertificeerd is volgens ISO/IEC 17025; een accreditatiebewijs van het betreffende instituut moet mede deel uitmaken van de bewijsstukken;
- uit de bewijsstukken moet blijken dat voldaan wordt aan de RAL-951/1-normering, die niet één-op-één gelijk te stellen is aan andere normeringen zoals de EN 840-norm;
- de bewijsstukken moeten nadrukkelijk betrekking hebben op het relevante formaat container en de relevante set werktuigen;
- de bewijsstukken mogen niet ouder zijn dan 12 maanden.

Tevens kan de gelijkwaardigheid (aan RAL GZ 951/1) worden aangetoond conform de mogelijkheden zoals deze zijn aangegeven in artikel 2.78a lid 4 Aw 2012. De gelijkwaardigheid (aan RAL GZ 951/1) dient, door inschrijver, in de inschrijving tenminste te worden aangetoond op alle onderdelen zoals genoemd in het overzicht met overeenkomsten (en verschillen) tussen EN 840 en RAL GZ 951/1 (document Comparison EN 840 - RAL GZ 951/1) en de bijgevoegde Checklist.'

- 1.11. Het document 'Gleichwertigkeitsnachweis zum RAL-GÜTEZEICHEN nach RAL-GZ 951/1' betreft een checklist en bevat onder meer de volgende eisen:

'(...)

3 Prüfbericht zum Nachweis der bestandenen Prüfungen nach Mark NF – mit Angabe der Prüfnormen sowie Ausgabedatum

(...)

5 Eigenbescheinigung des CE-Zeichens nach 2000/14/EG durch den Hersteller

6 Prüfbericht zum Nachweis des GS-Zeichens durch eine anerkannte Vergabestelle – mit Angabe der Richtlinien

7 Akkreditierungsurkunde des Prüfinstitutes – mit Angabe der zulässigen Prüfanforderungen GS-Zeichen und Gültigkeitsdatum

(...)'

- 1.12. In het document 'Comparison EN 840 - RAL GZ 951/1' is als additionele eis bij de RAL GZ 951/1 onder meer genoemd:

'(...)

32 Confirmation of fulfillment of further applicable standards'

(...)

34 Initial testing by an independent testing institute

(...)'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde handelt in strijd met artikel 34 VWEU door als technische specificatie de RAL-eis voor te schrijven.

2.2. Klachtonderdeel 2

De door beklagde voorgeschreven RAL GZ 951/1 is geen 'norm' zoals bedoeld in artikel 2.76 Aw 2012 en voldoet evenmin aan de eisen van artikel 2.78a Aw 2012 betreffende keurmerken.

2.3. Klachtonderdeel 3

Door het voorschrijven van de door een groep producenten in het leven geroepen RAL GZ 951/1 hanteert beklagde disproportionele eisen en handelt beklagde in strijd met het beginsel van gelijke behandeling.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. Klager voert aan dat het stellen van de RAL-eis (naast de eis dat wordt voldaan aan NEN EN 840) in strijd is met artikel 34 VWEU. Klager onderbouwt deze stelling als volgt.

3.1.2. De RAL-eis is een technische specificatie, opgesteld door de GGAWB. Dit is een Duitse private vereniging waarin voornamelijk Duitse containerproducenten samenwerken of ten hoogste een door de Duitse overheid ondersteunde organisatie die regelingen/normen/keurmerken uitgeeft.

3.1.3. Klager stelt dat uit het arrest HvJ EG Commissie/Ierland (ECLI:EU:C:1988:435, C-45/87) volgt dat technische specificaties in een aanbesteding door een decentrale overheid een maatregel van gelijke werking kunnen zijn op grond van artikel 34 VWEU.

3.1.4. Daarnaast wijst klager op de uitspraak van het Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf van 14 juni 2016 waarin geoordeeld is dat de RAL-eis in strijd is met artikel 34 VWEU.

3.1.5. Volgens klager is het niet anders als een Nederlandse gemeente de door de GGAWB opgestelde norm c.q. de Duitse nationale norm van toepassing verklaart in een bestek.

3.1.6. Klager is van mening dat toepassing van de RAL-eis een aanbieder uit de UK uitsluit in de onderhavige aanbesteding (evenals in een vergelijkbare aanbesteding van X).

3.2. Klachtonderdeel 2

3.2.1. Klager stelt dat de RAL-eis geen 'norm' is zoals bedoeld in artikel 2.76 lid 1 Aw 2012 en ook dat niet wordt voldaan aan de eisen van artikel 2.78a lid 1 Aw 2012 betreffende keurmerken.

- 3.2.2. Klager voert aan dat voor afvalcontainers zoals in deze aanbestedingsprocedure de Europese normering geldt die omgezet is in de Nederlandse norm NEN-EN 840 nummer 1, 5 en 6. Deze norm is ook van toepassing verklaard in paragraaf 2.1.3 in het Aanbestedingsdocument (Eisen aan containers, chips en dienstverlening – zie 1.3 hiervoor).
- 3.2.3. Volgens klager is de NEN-EN 840 een norm zoals bedoeld in artikel 2.76, lid 1, sub a, Aw 2012. De RAL-eis is volgens klager geen norm zoals bedoeld in dit artikel. Indien beklagde de RAL-eis bedoeld heeft als norm, handelt zij volgens klager in strijd met artikel 2.76 lid 1 Aw 2012 omdat de RAL-eis dan naast of aanvullend op de NEN-EN 840 norm is gehanteerd. Volgens beklagde laat artikel 2.76 Aw 2012 geen ruimte meer voor een private norm zoals de RAL-eis, ook niet in aanvulling op de NEN-EN 840.
- 3.2.4. Voorts stelt klager dat indien de RAL-eis een keurmerk is, er niet wordt voldaan aan artikel 2.78a, lid 1, sub c en sub e, Aw 2012. Dit volgt volgens klager onmiddellijk uit de herkomst bij en controle/bestiering door de private Duitse vereniging van producenten GGAWB. Klager verwijst hiervoor naar de uitspraak van OLG Düsseldorf. Volgens klager hebben betrokkenen/belanghebbenden buiten Duitsland geen of onvoldoende inbreng gehad bij de totstandkoming van de RAL-GZ 951/1.
- 3.3. Klachtonderdeel 3
- 3.3.1. Klager stelt dat certificering voor RAL GZ 951/1 alleen door de GGAWB zelf kan worden gedaan, dus door een vereniging van (voornamelijk) Duitse producenten. Feitelijk betekent dit volgens klager dat een aanbieder lid moet worden van GGAWB of van KLAIR, de Nederlandse branchevereniging die de belangen van GGAWB vertegenwoordigt in Nederland.
- 3.3.2. Naar aanleiding van een klacht heeft beklagde voor de gelijkwaardigheid aan RAL GZ 951/1 verwezen naar stukken afkomstig van GGAWB en KLAIR. Volgens klager gaat het hier dus om een samenbundeling van mededingers.
- 3.3.3. De vergelijkingsstukken eisen volgens klager onder andere (a) certificering voor EN 840, (b) certificering voor GS (Geprüfte Sicherheit, een Duitse 'Kema norm'), (c) certificering voor een Franse norm, (d) doorlopende controle via testen op de eisen van RAL GZ 951/1, (e) type goedkeuring bij ingebruikname van de mal, (f) 'confirmation of fulfillment of further applicable standards', (g) CE zelfcertificeringseisen en (h) dit alles mag niet ouder zijn dan 12 maanden.
- 3.3.4. Volgens klager zijn de vergelijkingsstukken overduidelijk bedoeld als vrijwel onneembare horde voor gelijkwaardigheid en als pressiemiddel, gericht aan derde-aanbieders, om aan te sluiten bij GGAWB en KLAIR. Eenmaal lid van GGAWB en/of KLAIR wordt volgens klager alles glad gestreken. De ervaring met RAL GZ 951 goedgekeurde minicontainers leert volgens klager zeker niet dat deze zich in kwaliteit positief onderscheiden van containers die (alleen) voldoen aan EN 840.
- 3.3.5. Volgens klager is het disproportioneel dat beklagde voor de (beoordeling van) gelijkwaardigheid verwijst naar, althans volgt, de opvattingen daarover afkomstig van een samenbundeling van (bepaalde) Duitse producenten, die nota bene zelf de betreffende norm hebben opgesteld.
- 3.3.6. Hierdoor wordt volgens klager de regie geheel in handen gelegd van een bepaalde groep producenten/(potentiële) inschrijvers.

- 3.3.7. Voor wat betreft de certificering EN 840 en de certificering voor GS geldt volgens beklagde dat via de achterdeur van 'gelijkwaardigheid aan RAL GZ 951/1' de eis van certificering conform EN 840 en GS wordt gesteld zonder mogelijkheid van 'gelijkwaardigheid'. Dit is volgens klager in strijd met het aanbestedingsrecht en disproportioneel.
- 3.3.8. Daarnaast is certificering volgens een Franse norm naar de mening van klager duidelijk disproportioneel in Nederlandse context.
- 3.3.9. Aan de eis van type goedkeuring bij ingebruikname van de mal kan volgens klager niet worden voldaan door producenten die al een tijdje bezig zijn en willen toetreden. Dit levert volgens klager een belemmering van de markt op en is daarom disproportioneel.
- 3.3.10. De CE zelfcertificering treedt volgens klager buiten de scope van de EU regelgeving over de CE aanduiding en is daarom disproportioneel.
- 3.3.11. Voorts stelt klager dat de eis 'confirmation of fulfillment of further applicable standards' een algemene en vage eis is die alleen via een legal opinion kan worden bevestigd. Dit is volgens klager ook disproportioneel.
- 3.3.12. Tenslotte is de eis van beklagde om over certificaten niet ouder dan 12 maanden te beschikken volgens klager ook disproportioneel omdat dit betekent dat ondernemers worden gedwongen om het hele circus ieder jaar opnieuw te beginnen met alle kosten van dien.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde merkt allereerst op dat klager geen inschrijving heeft ingediend.
- 4.2. Klachtonderdeel 1
 - 4.2.1. Beklaagde stelt dat zij de zienswijze van klager niet deelt en onderbouwt haar standpunt als volgt.
 - 4.2.2. In tegenstelling tot hetgeen gesteld door klager, is de eis om aan RAL-GZ 951/1 (of gelijkwaardig) te voldoen volgens beklagde niet in strijd met art. 34 e.v. VWEU. De leverancier heeft volgens beklagde immers de keus om een RAL-GZ 951/1 certificaat van de aangeboden container bij de inschrijving te overleggen, dan wel de gelijkwaardigheid aan de RAL eis aan te tonen door middel van een ander certificaat, afgegeven door een ISO/IEC 17025 gecertificeerd instituut, of een ander bewijsmiddel conform Aw art. 2.78a lid 4.
 - 4.2.3. ISO/IEC 17025 beschrijft volgens beklagde de eisen voor de competentie van test- en kalibratielaboratoria. Ter illustratie: In Nederland zijn er 131 gecertificeerde Inspectie instellingen en 48 Productcertificatie instellingen geaccrediteerd conform ISO/IEC 17025. Beklaagde verwijst ter onderbouwing hiervoor naar <https://www.rva.nl/geaccrediteerde-organisaties/alle-geaccrediteerden>.
 - 4.2.4. Om, zoals door klager wordt voorgesteld, alleen de norm NEN-EN-840, deel 1, 5 en 6 te hanteren, is voor beklagde niet acceptabel. Juist de aanvullende eisen uit de RAL certificering zijn voor beklagde van wezenlijk belang.
 - 4.2.5. De aanvullende eisen staan vermeld in het document 'Comparison EN 840 – RAL GZ 951/1'. Daarnaast worden de te testen containers door de controlerende instantie onaangekondigd en ad-random uit de productie genomen voor de kwali-

teitscontrole. Hiermee wordt volgens beklagde voorkomen dat een inschrijver testresultaten kan manipuleren door 'goede' containers aan te bieden voor controle / certificering en vervolgens een andere kwaliteit levert.

- 4.2.6. Het garanderen van een bepaald minimum kwaliteitsniveau van de containers (door middel van de RAL 951/1 certificering of gelijkwaardig), alsook een continue kwaliteit van containers is voor beklagde belangrijk, gezien het gebruik in de openbare ruimte en het gebruik van de containers over een groot aantal jaren.
- 4.2.7. Zoals in het advies van het Klachtenmeldpunt Aanbestedingen is verwoord, kan RAL-GZ 951/1 gezien worden als een keurmerk conform art 2.78a Aw 2012. Het klachtenmeldpunt concludeert voorts dat aan de strikte voorwaarden voor het vragen naar een keurmerk wordt voldaan. Zie in dit kader het Advies van het Klachtenmeldpunt Aanbestedingen van 28 juli 2017.
- 4.2.8. Het toelaten van gelijkwaardige keurmerken mag volgens beklagde niet in de weg worden gestaan. Hiervoor heeft beklagde in haar eis ook ruimte gelaten. Op basis van het advies van het Klachtenmeldpunt Aanbestedingen is het aantonen van gelijkwaardigheid in overeenstemming gebracht met artikel 2.78a, lid 4, Aw 2012, door middel van vraag 70 in de Nota van Inlichtingen (zie 1.10 hiervoor).
- 4.2.9. Naar mening van beklagde, legt bovenstaande inschrijvers geen beperkingen op om, met de door de inschrijver gewenste minicontainers (die voldoen aan het gestelde minimum kwaliteitsniveau), in te schrijven op de aanbesteding. In dit kader verwijst beklagde naar 4.4.4-4.4.7 hierna.
- 4.2.10. Daarnaast geeft klager aan dat meerdere Nederlandse bedrijven de in een ander land geproduceerde kunststofcontainers in Nederland verkopen. Dit geeft volgens beklagde aan dat de eis niet discriminerend is en ook het vrij handelsverkeer niet in de weg staat.

4.3. Klachtonderdeel 2

- 4.3.1. De reden dat beklagde de RAL-GZ 951/1 normering als eis in het bestek heeft opgenomen, dat de te leveren container aan de RAL-GZ 951/1 normering of gelijkwaardig moet voldoen, is verwoord onder de reactie op deelklacht 1.
- 4.3.2. Dat de RAL-GZ 951/1 normering geen norm is, maar een keurmerk is eveneens verwoord onder de reactie op deelklacht 1.
- 4.3.3. Het koppelen van het gestelde in art. 2.76 en art. 2.78a Aw 2012 is volgens beklagde daarmee niet relevant.

4.4. Klachtonderdeel 3

- 4.4.1. Nogmaals wil beklagde benadrukken dat het aantonen van de gelijkwaardigheid aan de RAL-GZ 951/1 eisen verruimd is.
- 4.4.2. Het Klachtenmeldpunt Aanbestedingen heeft in zijn advies gesteld dat beklagde volledig in haar recht staat om het keurmerk RAL-GZ 951/1 of gelijkwaardig te eisen.
- 4.4.3. Dat bovenstaande het proportionaliteitsbeginsel zou raken, onderschrijft beklagde niet. Deze kwaliteitseis wordt al vele jaren bij vele aanbestedingen toegepast, zonder dat dit de marktwerking belemmert.

- 4.4.4. Daarnaast merkt beklagde op dat de GGAWB geen 'vriendenclubje' is van Duitse leveranciers van minicontainers. De GGAWB is een samenstelling van Franse, Duitse, Oostenrijkse en Zweedse producenten van kunststof containers, die op basis van de RAL-GZ 951/1 de kwaliteit van de geproduceerde minicontainers bewaakt.
- 4.4.5. Het bewaken van de kwaliteit geschiedt volgens beklagde op basis van de RAL Gütezeichen (Gütezeichen=keurmerk). RAL is een Duits instituut, opgericht in 1925, die een grote hoeveelheid Gütezeichen beheert. Daarnaast kent RAL een divisie RAL Farben, die de bekende RAL kleuren bewaakt. RAL-GZ 951/1 is een Gütezeichen voor kunststof containers. Zoals blijkt uit het overzicht tussen de norm NEN-EN-840 en de RAL-GZ 951/1, vraagt de RAL GZ 951/1 meer.
- 4.4.6. In de brochure van RAL Gütezeichen ("Öffentliche Auftragsvergabe und RAL Gütesicherung – Ausschreibungen rationalisieren und sicher gestalten") van mei 2014 wordt beschreven op welke wijze een aanbestedende dienst gebruik kan maken van het RAL Gütezeichen binnen een aanbesteding. Voor meer informatie verwijst beklagde dan ook naar de brochure, met name naar pagina 5 en pagina 10. In de brochure is onder meer vermeld:

'RAL GÜTESICHERUNGEN ENTSPRECHEN DEN VERFAHRENSGRUNDSÄTZEN DES GWB

(...) Bei der Festlegung der Kriterien einer RAL Gütesicherung bindet RAL eine Vielzahl von Institutionen ein wie Bundes- und Landesbehörden, Verbraucherorganisationen sowie betroffene Verbände und Prüforganisationen. Diese Unabhängigkeit von den Interessen einzelner Marktteilnehmer und Branchen gewährleistet die Neutralität der RAL Gütesicherungen. Dies gilt auch für die Trägerorganisation RAL Deutsches Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung e. V. Darüber hinaus verfügt jede RAL Gütegemeinschaft, zu der sich die Nutzer der jeweiligen RAL Gütesicherung zusammengeschlossen haben, über einen neutral besetzten und weisungsfreien Güteausschuss.

Zu seinen Aufgaben gehören die

- Überwachung der ordnungsgemäßen Führung des RAL Gütezeichens
- Verhängung von Ahndungsmaßnahmen bei Verstößen
- Benennung qualifizierter Prüfer oder Prüfinstitute, die bei den Gütezeichennutzern regelmäßig die Einhaltung der Güte- und Prüfbestimmungen kontrollieren
- Weiterentwicklung der RAL Gütesicherung

Dies bedeutet in Bezug auf die GWB Verfahrensgrundsätze:

TRANSPARENZGEBOT

RAL Gütesicherungen werden im Rahmen eines breit angelegten öffentlichen Verfahrens entwickelt, festgelegt und schließlich von RAL anerkannt. Dieses Verfahren enthält die

- intensive technisch-inhaltliche Prüfung der RAL Gütesicherungen sowie
- wettbewerbs-, kartell-, vereins- und markenrechtliche Prüfung aller Satzungen und Zeichenunterlagen.

Alle RAL Gütesicherungen werden von RAL veröffentlicht und sind für jedermann digital oder in Papierform zugänglich. Die RAL Gütezeichen werden im Bundesan-

zeiger bekannt gemacht und in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register eingetragen.

GLEICHBEHANDLUNGSGEBOT BZW. DISKRIMINIERUNGSVERBOT

Die Anforderungen einer RAL Gütesicherung entsprechen dem Gleichbehandlungsgebot, weil sie im Konsens mit den jeweiligen Fach- und Verkehrskreisen festgelegt wurden. RAL Gütesicherungen und das jeweilige RAL Gütezeichen stehen allen in- und ausländischen Unternehmen offen. Ebenso können sich alle qualifizierten Prüfer und Prüfinstitute beim Güteausschuss als Prüfstelle bewerben. Sie entsprechen so dem Diskriminierungsverbot.

(...)

AUSBLICK: NEUE „EU-RICHTLINIE ÜBER DIE ÖFFENTLICHE AUFTRAGSVERGABE“ REGELT DIE ZUKÜNFTIGE NUTZUNG VON GÜTEZEICHEN IN AUSSCHREIBUNGEN

(...)

Gemäß der neuen EU-Richtlinie können Gütezeichen umweltbezogene, soziale und andere Merkmale betreffen.

Die Voraussetzungen, die in der EU-Richtlinie für die Einbindung von Gütezeichen in Ausschreibungen genannt werden, treffen durchweg auf RAL Gütezeichen zu:

- Sie werden auf der Grundlage wissenschaftlicher Informationen erstellt oder gründen sich auf sonstige objektiv nachprüfbare Kriterien.
- Sie werden in einem offenen und transparenten Verfahren erlassen, an dem alle interessierten Kreise teilnehmen können.
- Sie sind für alle Betroffenen zugänglich.
- Die Kriterien werden von einem Dritten festgelegt, der vom Nutzer des Gütezeichens unabhängig ist.

Die Übereinstimmung der vom europäischen Gesetzgeber an Gütezeichen gestellten Anforderungen mit den Grundsätzen für RAL Gütezeichen ist auffällig.

Öffentliche Auftraggeber, die für Ausschreibungen auf die Güte- und Prüfbestimmungen von RAL Gütesicherungen zurückgreifen, befinden sich zukünftig in Übereinstimmung mit den aktuellen Richtlinien der Europäischen Union. Damit steht Vergabestellen auch aus europäischer Sicht nichts im Wege, wenn sie ihre Ausschreibungen mit Hilfe von RAL Gütesicherungen vereinfachen.

(...)

- 4.4.7. De stellingname dat alleen Duitse leveranciers/producenten deel uitmaken van de GGAWB is volgens beklagde niet juist. Franse, Oostenrijkse, Zweedse en tevens Duitse producenten hebben containertypen conform RAL-GZ 951/1 laten testen. Er is dus geen beperking voor certificering (los staand van de overige mogelijkheden, conform AW art 2.78a lid 4 Aw 2012, de gelijkwaardigheid aan RAL-GZ 951/1 aan te tonen).

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde op 14 juni 2017 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de levering van minicontainers en chips inclusief bijbehorende dienstverlening. Op deze aanbe-

stedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, 2 en 4 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.

- 5.2. Alvorens tot behandeling van de klacht over te gaan, gaat de Commissie kort in op de klachtenregeling in knock-out eis 1.7.1 in paragraaf 1.1 ("Algemene eisen en informatie betreffende aanbesteding") van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor).
- 5.2.1. Op grond van artikel 8, lid 3, van het Reglement van de Commissie dient een klager eventuele voorschriften omtrent het indienen van een klacht die in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen na te leven. Voor zover die voorschriften de mogelijkheid voor klager beperken om bij beklagde een klacht in te dienen, blijft het bepaalde in het Reglement onverkort van toepassing.
- 5.2.2. Op grond van artikel 9, lid 1, aanhef en sub a van haar Reglement neemt de Commissie een klacht niet in behandeling indien de klager de klacht niet eerst schriftelijk aan de beklagde kenbaar heeft gemaakt.
- 5.2.3. In knock-out eis 1.7.1 in paragraaf 1.1 ("Algemene eisen en informatie betreffende aanbesteding") van de Aanbestedingsleidraad (zie 1.2 hiervoor) is bepaald dat een klacht met betrekking tot de aanbestedingsprocedure in eerste instantie via Negometrix aan beklagde kenbaar moet worden gemaakt. Beklaagde zal deze klacht behandelen en de klagende inschrijver hierover informeren. Indien de klagende inschrijver ook daarna van mening blijft dat de klacht gegrond is, kan hij zich bij een klachtencommissie melden.
- 5.2.4. Het Reglement van de Commissie schrijft in artikel 9, lid 1, sub a slechts voor dat de klager de klacht eerst schriftelijk bij de beklagde kenbaar maakt (zie Advies 420, overweging 5.3.4 en Advies 328, overweging 5.5.1). Voor het in behandeling nemen van een klacht bij de Commissie volstaat dan ook één schriftelijke klacht bij de aanbestedende dienst of in voorkomend geval een klachtenmeldpunt.
- 5.3. Vervolgens overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het toetsingskader.
- 5.3.1. Artikel 34 VWEU luidt als volgt:

'Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.'
- 5.3.2. In overweging 75 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU is over keurmerken overwogen:

'(...)

Verwijzingen naar keurmerken zouden niet innovatiebelemmerend mogen werken.'
- 5.3.3. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.
- 5.3.4. Op grond van artikel 1.10 Aw 2012 mogen aanbestedende diensten slechts eisen stellen aan de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

- 5.3.5. 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.
- 5.3.6. De hiervoor genoemde verplichtingen zijn onder andere uitgewerkt in artikel 2.75, lid 6, in artikel 2.76, lid 1 en lid 3, artikel 2.77 en artikel 2.78a Aw 2012, waarin onderdelen van artikelen 42 en 43 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 referentie-systemen 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 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.

(...)

Artikel 2.77

1. Een aanbestedende dienst die verwijst naar de specificaties, bedoeld in artikel 2.76, eerste lid, onderdeel a, wijst een inschrijving niet af omdat de aangeboden werken, leveringen of diensten niet voldoen aan de specificaties waarnaar hij heeft verwezen, indien de inschrijver in zijn inschrijving met elk passend middel, waaronder de bewijsmiddelen, bedoeld in artikel 2.78b, aantoont dat

- de door hem voorgestelde oplossingen op gelijkwaardige wijze voldoen aan de eisen in die technische specificaties.
2. Een aanbestedende dienst die prestatie-eisen of functionele eisen stelt als bedoeld in artikel 2.76, eerste lid, onderdeel b, wijst een inschrijving voor werken, leveringen of diensten niet af indien die inschrijving voldoet:
 - a. aan een nationale norm waarin een Europese norm is omgezet,
 - b. aan een Europese technische beoordeling,
 - c. aan een gemeenschappelijke technische specificatie,
 - d. aan een internationale norm of
 - e. aan een door een Europese normalisatie-instelling opgesteld technisch referentiesysteem, indien de in onderdelen a tot en met e bedoelde specificaties betrekking hebben op de prestatie-eisen of functionele eisen die de aanbestedende dienst heeft voorgeschreven.

Artikel 2.78a

1. Indien een aanbestedende dienst voornemens is een werk, levering of dienst met specifieke milieu-, sociale of andere kenmerken aan te kopen, kan hij in de technische specificaties, gunningscriteria of contractvoorwaarden betreffende de uitvoering van de overheidsopdracht een specifiek keurmerk eisen als bewijs dat het werk, de dienst of de levering overeenstemt met de vereiste voorschriften, mits:
 - a. de keurmerkeisen alleen betrekking hebben op criteria die verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht en geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van het werk, de levering of de dienst die het voorwerp van de opdracht vormen,
 - b. de keurmerkeisen zijn gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria,
 - c. het keurmerk is vastgesteld in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden, waaronder overheidsinstanties, consumenten, sociale partners, fabrikanten, distributeurs en niet-gouvernementele organisaties, kunnen deelnemen,
 - d. het keurmerk voor alle betrokken partijen toegankelijk is, en
 - e. de keurmerkeisen worden vastgesteld door een derde partij op wie de ondernemer die het keurmerk aanvraagt, geen beslissende invloed uitoefent.
2. Indien een aanbestedende dienst niet verlangt dat een werk, levering of dienst aan alle keurmerkeisen van een specifiek keurmerk voldoet, geeft hij aan aan welke keurmerkeisen dient te worden voldaan.
3. Een aanbestedende dienst die een specifiek keurmerk eist, aanvaardt alle keurmerken die bevestigen dat het werk, de levering of de dienst aan gelijkwaardige keurmerkeisen voldoet.
4. Een aanbestedende dienst aanvaardt andere geschikte bewijsmiddelen, zoals een technisch dossier van de fabrikant, dan het door hem aangegeven specifieke keurmerk of een gelijkwaardig keurmerk, indien een ondernemer:
 - a. aantoont dat hij niet de mogelijkheid heeft gehad het door de aanbestedende dienst aangegeven specifieke keurmerk of een gelijkwaardig keurmerk binnen de gestelde termijnen te verwerven om redenen die hem niet aangerekend kunnen worden, en
 - b. aantoont dat het door hem te leveren werk, de door hem te verrichten levering of dienst voldoet aan het door de aanbestedende dienst aangegeven specifieke keurmerk of aan de specifieke eisen.
5. Indien een keurmerk voldoet aan de voorwaarden, bedoeld in het eerste lid, onderdelen b tot en met e, maar daarnaast eisen stelt die geen verband houden met het voorwerp van de opdracht, eist de aanbestedende dienst niet het keurmerk als zodanig, maar stelt de aanbestedende dienst de technische specificaties vast onder verwijzing naar de gedetailleerde technische specificaties van dat keurmerk of delen daarvan die verband houden met het voorwerp van

de opdracht en die geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van dit voorwerp.

Artikel 2.78b

1. Een aanbestedende dienst kan 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.
2. Indien een aanbestedende dienst een certificaat van een specifieke conformiteitsbeoordelingsinstantie eist, aanvaardt hij ook een certificaat van een gelijkwaardige conformiteitsbeoordelingsinstantie.
3. Een aanbestedende dienst aanvaardt andere dan de in het eerste lid bedoelde bewijsmiddelen, zoals een technisch dossier van de fabrikant, indien een ondernemer:
 - a. geen toegang had tot een certificaat of testverslag als bedoeld in het eerste lid of dit niet binnen de gestelde termijnen kon verkrijgen, mits de ondernemer het ontbreken van toegang niet valt aan te rekenen, en
 - b. aantoont dat het door hem te leveren werk, de door hem te verrichten levering of dienst voldoet aan de voorschriften of criteria van de technische specificaties, gunningscriteria of contractvoorwaarden.'

5.4. Klachtonderdelen 1, 2 en 3

- 5.4.1. De Commissie behandelt alle klachtonderdelen tezamen, omdat de artikelen 2.75-2.78a Aw 2012 een implementatie vormen van de bepalingen van Richtlijn 2014/24/EU, die op hun beurt weer een uitwerking vormen van de fundamentele regels en beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), in het bijzonder de beginselen gelijke behandeling, proportionaliteit en eerlijke mededinging, neergelegd in de artikelen 1.8, 1.10 en 1.10a Aw 2012 en alle klachtonderdelen nauw met elkaar verweven zijn.
- 5.4.2. Krachtens artikel 1 van het Reglement van de Commissie, neemt de Commissie slechts klachten in behandeling over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.
- 5.4.3. Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU") vormt de basis voor de Europese Aanbestedingsrichtlijnen (zie overweging 1 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU). Het VWEU is daarom van belang bij de uitleg van de Aanbestedingsrichtlijnen en ook bij de uitleg van de Aanbestedingswet 2012 waarin de Aanbestedingsrichtlijnen zijn geïmplementeerd. Ook bij de uitleg van de bepalingen van de Aanbestedingswet die zien op het sluiten van schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel voor werken, leveringen of diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang buiten de werkingssfeer van de Europese Aanbestedingsrichtlijnen is het VWEU van belang.
- 5.4.4. Voor zover klachtonderdeel 1 echter ziet op een schending van art. 34 VWEU bestaande uit een handelen of nalaten buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012, kan de Commissie het onderdeel op basis van artikel 1 van haar Reglement niet in behandeling nemen.
- 5.4.5. Uitgangspunt is vervolgens dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. Daarbij zal hij zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden of zijn eisen functioneel moeten specificeren (zie artikel 2.76, lid 1 Aw 2012).

- 5.4.6. In beginsel kan een aanbestedende dienst ook een keurmerk verlangen (zie artikel 2.78a Aw 2012 dat is gebaseerd op artikel 43 van Richtlijn 2014/24/EU). Belangrijk verschil met de uitspraak van het Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf van 14 december 2016 (zie 1.7 hiervoor) is dat in die zaak de implementatietermijn van Richtlijn 2014/24/EU nog niet was verstreken en het OLG daarom niet aan het nieuwe artikel over keurmerken, artikel 43 Richtlijn 2014/24/EU, heeft getoetst.
- 5.4.7. Beklaagde stelt dat de RAL GZ 951/1 een keurmerk betreft in de zin van artikel 2.78a Aw 2012. Zij verlangt dat aan alle keurmerkeisen van de RAL GZ 951/1 wordt voldaan.
- 5.4.8. Een aanbestedende dienst mag een keurmerk verlangen indien aan de vereisten van artikel 2.78a, lid 1, sub a-e, Aw 2012 wordt voldaan:
- 'a. de keurmerkeisen alleen betrekking hebben op criteria die verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht en geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van het werk, de levering of de dienst die het voorwerp van de opdracht vormen,
 - b. de keurmerkeisen zijn gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria,
 - c. het keurmerk is vastgesteld in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden, waaronder overheidsinstanties, consumenten, sociale partners, fabrikanten, distributeurs en niet-gouvernementele organisaties, kunnen deelnemen,
 - d. het keurmerk voor alle betrokken partijen toegankelijk is, en
 - e. de keurmerkeisen worden vastgesteld door een derde partij op wie de ondernemer die het keurmerk aanvraagt, geen beslissende invloed uitoefent.'
- 5.4.9. Op grond van de door beklagde overgelegde brochure van RAL Gütezeichen ("Öffentliche Auftragsvergabe und RAL Gütesicherung – Ausschreibungen rationalisieren und sicher gestalten") van mei 2014 (zie 4.4.6 hiervoor) heeft de Commissie de indruk dat voor de RAL GZ 951/1 wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2.78a, lid 1, sub c, d en e Aw 2012. In dit kader heeft klager onvoldoende aangevoerd om tot een gegrondverklaring op dit punt te kunnen komen.
- 5.4.10. Vervolgens is het de vraag of de concrete eisen van de RAL GZ 951/1 de toets aan artikel 2.78a, lid 1, sub a en b, Aw 2012 kunnen doorstaan. De Commissie zal dit onderzoeken aan de hand van hetgeen klager ter zake heeft aangevoerd.
- 5.4.11. Naar het oordeel van de Commissie voldoet de keurmerkeis van de 'Initial testing' of 'Erstprüfung' (zie het document Comparison EN 840 - RAL GZ 951/1, zie 1.12 hiervoor), op grond waarvan de mal vóór de start van de productie moet worden getest, niet aan het vereiste van artikel 2.78a, lid 1, sub a, Aw 2012. Deze eis houdt onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht omdat daarmee producten die niet vóór de start van de productie zijn getest maar wel aan alle kwaliteitseisen voldoen, worden geblokkeerd. In zoverre is klachtonderdeel 2 gegrond.
- 5.4.12. Voor zover in klachtonderdeel 3 wordt geklaagd dat voor de eis van certificering voor Geprüfte Sicherheit (GS) uit de RAL GZ 951/1 geen mogelijkheid wordt geboden gelijkwaardig bewijs aan te bieden (zie 3.3.7 hiervoor), is klachtonderdeel 3 naar het oordeel van de Commissie ongegrond. Nu voor het voldoen aan de eisen van de RAL GZ 951/1 gelijkwaardig bewijs mag worden geboden, geldt dat ook voor de normeringen die de RAL GZ 951/1 voorschrijft.

- 5.4.13. Voor zover binnen de RAL GZ 951/1 wordt verwezen naar andere keurmerken of normen, zullen deze ook aan de vereisten van artikelen 2.76 en 2.78a, lid 1 Aw 2012 moeten voldoen. Klager heeft echter onvoldoende onderbouwd dat de eisen betreffende GS, CE en de Franse norm in strijd zijn met artikel 2.76 en 78a, lid 1 Aw 2012. In zoverre zijn de klachtonderdelen 2 en 3 dan ook ongegrond.
- 5.4.14. Voor zover in klachtonderdeel 3 overigens wordt geklaagd dat in strijd wordt gehandeld met de Europese regelgeving betreffende CE aanduiding (zie 3.3.10 hiervoor) kan de Commissie de klacht op grond van artikel 1 van haar Reglement niet in behandeling nemen.
- 5.4.15. Verder klaagt klager dat de eis 'Confirmation of fulfillment of further applicable standards' te vaag is. Dit betreft echter een passage uit het document 'Comparison EN 840 - RAL GZ 951/1' en klager heeft onvoldoende onderbouwd dat een dergelijke eis eveneens is opgenomen in de RAL GZ 951/1. Ook in zoverre is klachtonderdeel 3 ongegrond.
- 5.4.16. Ten slotte wordt geklaagd over het vereiste dat de certificaten niet ouder mogen zijn dan 12 maanden, waardoor de ondernemers steeds weer op kosten worden gejaagd. Beklaagde heeft aangegeven juist belang te hechten aan de (onaangekondigde) kwaliteitscontroles omdat daarmee wordt voorkomen dat voor de controles andere containers worden ingebracht dan uiteindelijk worden geleverd en de kwaliteit van de containers voor beklagde belangrijk is omdat het de bedoeling is dat de containers een groot aantal jaren in de openbare ruimte kunnen worden gebruikt (zie 4.2.5 en 4.2.6 hiervoor en het verslag van de hoorzitting van het klachtenmeldpunt in 1.8 hiervoor). Tijdens de hoorzitting van het klachtenmeldpunt heeft klager gesteld dat een (Tüv-)certificaat (veel) langer dan een jaar mee zou moeten kunnen indien de matrijs (mal) weinig is gebruikt. Nu het aanbestedende diensten echter niet bekend is of een matrijs veel of weinig is gebruikt, komt het vereiste dat de certificaten niet ouder mogen zijn dan 12 maanden de Commissie op basis van de haar beschikbare informatie niet disproportioneel voor. In zoverre zijn de klachtonderdelen 2 en 3 dan ook ongegrond.
- 5.4.17. Niet is gesteld dat het vragen van het keurmerk disproportioneel is gelet op de omvang van de onderhavige opdracht of dat de mededinging zodanig wordt beperkt dat er geen sprake meer is van daadwerkelijke mededinging.
- 5.4.18. Overigens valt het de Commissie op dat beklagde alleen heeft gesteld dat de aanvullende eisen uit de RAL certificering voor haar van wezenlijk belang zijn. Slechts voor de kwaliteitscontroles van de RAL GZ 951/1 heeft beklagde dat onderbouwd (zie 4.2.4-4.2.6 hiervoor). Ook tijdens de hoorzitting van het klachtenmeldpunt heeft beklagde nauwelijks onderbouwd waarom de overige aanvullende eisen uit de RAL certificering voor haar belangrijk zijn. Nu ook klager haar klacht op het niveau van de concrete aanvullende eisen niet verder heeft onderbouwd dan hiervoor reeds aan de orde kwam, kan de Commissie echter verder niet beoordelen of deze aanvullende eisen de toets van artikel 2.78a, lid 1, sub a en b, Aw 2012 kunnen doorstaan.
- 5.4.19. Daarmee neemt de Commissie klachtonderdeel 1, voor zover daarin wordt geklaagd over handelen of nalaten van beklagde buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 en klachtonderdeel 3, voor zover daarin wordt geklaagd over strijd met de Europese regelgeving over de CE aanduiding, niet in behandeling, acht de Commissie klachtonderdeel 2 gegrond voor zover wordt geklaagd dat de keurmerkeis van de 'Initial testing' of 'Erstprüfung' in strijd is met het vereiste van artikel 2.78a, lid 1, sub a Aw 2012 en acht de Commissie de klachtonderdelen 1, 2 en 3 voor het overige ongegrond.

6. Advies

De Commissie neemt klachtonderdeel 1, voor zover wordt geklaagd over handelen of nalaten van beklagde buiten de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 en klachtonderdeel 3, voor zover daarin wordt geklaagd over strijd met de Europese regelgeving over de CE aanduiding, niet in behandeling, acht klachtonderdeel 2 **gegrond** voor zover wordt geklaagd dat de keurmerkeis van de 'Initial testing' of 'Erstprüfung' in strijd is met het vereiste van artikel 2.78a, lid 1, sub a Aw 2012 en acht de klachtonderdelen 1, 2 en 3 voor het overige **ongegron**d.

7. Aanbeveling

In beginsel kan een aanbestedende dienst een keurmerk verlangen (zie artikel 2.78a Aw 2012). Aanbestedende diensten dienen zich echter te realiseren dat het verkrijgen van keurmerken aanzienlijke kosten met zich mee kan brengen voor ondernemers en dat keurmerken innovatiebelemmerend kunnen werken. De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan terughoudend te zijn met het vragen van keurmerken, zeker bij standaardproducten waarvoor Europese normeringen bestaan, die in grote aantallen door nagenoeg alle marktpartijen worden aangeboden en waarbij veel inspanningen van die marktpartijen worden gevraagd om voor het behalen van dat keurmerk wijzigingen in hun aanbod aan te brengen.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. dr. M.H. Paapst en ing. C.R. van de Pol die als Branche-Experts aan de Commissie zijn verbonden.

Den Haag, 29 januari 2018

w.g.:

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid