

Advies 624 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor het sluiten van een raamovereenkomst met één ondernemer voor adviseren en uitvoering van kantoorinrichting.

Ondernemer klaagt dat de inschrijving van de winnaar niet kan voldoen aan de gestelde eisen en daarom moet worden uitgesloten.

De Commissie overweegt dat zij in het kader van een klachtprocedure weinig meer kan doen dan constateren dat de aanbestedende dienst is gehouden alle relevante omstandigheden te onderzoeken die hebben geleid tot de vaststelling van het besluit tot gunning van de opdracht. Daarmee verklaart de Commissie de klacht **on-gegrond**.

Ten overvloede overweegt de Commissie dat aanbesteder heeft gekozen voor een wijze van technisch specificeren die hem in veel gevallen een vrijwel onbeperkte keuzevrijheid laat bij het vaststellen of een aangeboden product wel of niet aan de eisen voldoet, wat in strijd is met het aanbestedingsrecht.

Advies 624

1. Feiten

1.1. Aanbesteder heeft op 26 februari 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor het sluiten van een raamovereenkomst met één ondernemer voor adviseren en uitvoering van kantoorinrichting waaronder het leveren en leggen van vloerbedekking, het leveren van meubilair, stoffering en interieurbeplanting inclusief verzorging.

1.2. In de Aanbestedingsleidraad van 26 februari 2020 is, onder meer, het volgende bepaald:

'5 BEOORDELINGS. EN GUNNINGSPROCEDURE

(...)

Na sluiting van de inschrijvingstermijn wordt allereerst van iedere inschrijver beoordeeld of de inschrijving voldoet aan de eisen (knock-outcriteria), waaronder het Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Inschrijvingen die niet aan deze eisen voldoen worden niet verder in behandeling genomen.

(...)'

1.3. In de Nota van Inlichtingen van 9 juli 2020 zijn, onder meer, de volgende vragen en antwoorden opgenomen:

1.3.1. Vraag 3: 'U schrijft bij Prijzenblad 6.4 rugkussen en zitkussen extra dik. In de praktijk is dit bij gevraagde bureaustoel respectievelijk 8 cm en 7 cm. Is deze dikte van het rugkussen en het zitkussen voor u een eis?'

Antwoord: 'Ja. Gelijkwaardige alternatieven zijn toegestaan.'

1.3.2. Vraag 4: 'De door u gevraagde bureaustoel in Prijzenblad 6'4 heeft een zithoekinstelling welke traploos is te fixeren. Bij veel andere bureaustoelen is dit slechts mogelijk in een aantal vaste standen. Is het traploos fixeren van de zithoekinstelling voor u een eis?'

Antwoord: 'Ja. Gelijkwaardige alternatieven zijn toegestaan.'

1.3.3. Vraag 6: 'U schrijft: Het in deze aanbieding gevraagde meubilair moet op het gebied van materiaal, kleur en vormtaal aansluiten bij-het reeds aanwezige meubilair binnen de kantoren van het waterschap. Op welke punten/eigenschappen gaat u het meubilair, genoemd bij 6.1 t/m 6.5 in het prijzenblad, beoordelen wanneer alternatieven worden aangeboden?'

Antwoord: 'We zullen de alternatieven beoordelen op materiaal, kleur, vormtaal en functionaliteit.'

1.3.4. Vraag 9: 'U schrijft bij items 6.1-6.2-6.3 dat de gewenste bladdikte 18mm is. Dit is een kenmerkend dun blad maar wel standaard verkrijgbaar. Veel fabrikanten

hanteren echter een blad met een dikte van 25mm. Is de bladdikte van 18mm een eis?’

Antwoord: ‘Ja, dit is een eis. Gelijkwaardige alternatieven zijn toegestaan.’

1.3.5. Vraag 10: ‘U schrijft bij items 6.1-6.2-6.3 dat de gewenste lakkleur RAL9016 is. Is dit een eis?’

Antwoord: ‘Ja dit is een eis. Gelijkwaardige alternatieven zijn toegestaan.’

1.3.6. Vraag 11: ‘De gevraagde T-poot bij 6.1 en 6.2 heeft een rechthoekige vorm. Is dit een eis?’

Antwoord: ‘Ja, dit is een eis. Gelijkwaardige alternatieven zijn toegestaan.’

1.3.7. Vraag 12: ‘De T-poot als gevraagd bij 6.1 en 6,2 heeft vanwege de afmeting (12x5cm) een robuuste uitstraling. Wat is de minimaal gewenste afmeting van de T-poot om qua uitstraling passend te zijn wanneer een alternatief wordt aangeboden?’

Antwoord: ‘Een afwijking van + of – 10% van de gestelde afmeting (12x5) is toegestaan.’

1.3.8. Vraag 13: ‘U schrijft: de H-poot heeft een robuuste uitstraling (afm. 120x50mm). Wat is de minimaal gewenste afmeting van de H-poot om qua uitstraling passend te zijn wanneer een alternatief wordt aangeboden?’

Antwoord: ‘Een afwijking van + of – 10% van de gestelde afmeting (120 x 50 mm) is toegestaan.’

1.3.9. Vraag 19: ‘6.4 Bureaustoel. U vraagt om een Axia 2.3 bureaustoel zwart. Is het toegestaan hier een kwalitatief vergelijkbaar product aan te bieden dat tevens aan de gestelde eisen voldoet?’

Antwoord: ‘Ja, gelijkwaardige alternatieven zijn toegestaan.’

1.3.10. Vraag 20: ‘De door u omschreven bureaustoel in Prijzenblad 6.4 heeft armleggers welke niet meebewegen met de schommelbeweging van de bureaustoel. Is dit type armleggers voor u een eis?’

Antwoord: ‘Ja. Gelijkwaardige alternatieven zijn toegestaan.’

1.3.11. Vraag 21: ‘In de door u omschreven bureaustoel in Prijzenblad 6.4 vraagt om u een separate rughoekverstelling. Deze verstelmogelijkheid biedt de gebruiker een extra mogelijkheid om de bureaustoel verder naar wens in te stellen. Is de separate rughoekverstelling voor u een eis?’

Antwoord: ‘Ja dit is een eis. Gelijkwaardige alternatieven zijn toegestaan.’

1.3.12. Vraag 22: ‘De door u omschreven bureaustoel in Prijzenblad 6.4 heeft een rugleuning die aan voor- en achterzijde gestoffeerd is. Is dit voor u een eis?’

Antwoord: ‘Ja dit is een eis. Gelijkwaardige alternatieven zijn toegestaan.’

1.3.13. Vraag 32: ‘Het is mogelijk om een alternatief product aan te bieden waarbij gesteld wordt dat het product in zowel kwaliteit als uitstraling gelijkwaardig dient te zijn. De Desso Halo tapijttegel is gemaakt van een combinatie van space-dyed en

solution-dyed PA6 en Econyl garens. Zijn ook andere garen of garencombinaties toegestaan?

Zo ja, hoe groot mag hierbij de eventuele afwijking zijn?’

Antwoord: ‘Gelijkwaardige alternatieven zijn toegestaan.’

1.4. Ondernemer heeft op 31 augustus 2020 een inschrijving ingediend. Op 5 oktober 2021 heeft aanbesteder aan ondernemer een gunningsbeslissing gestuurd, waarin onder meer wordt meegedeeld dat de economisch meest voordelige inschrijving is ingediend door de onderneming X.

1.5. Op 16 oktober 2020 heeft een jurist van een rechtsbijstandsverlener namens ondernemer een e-mail gestuurd naar aanbesteder, waarin onder meer gesteld wordt dat door X te leveren bureaus en bureaustoelen niet aan de eisen zullen voldoen.

1.6. Op 21 oktober 2020 heeft aanbesteder aan de jurist van ondernemer meegedeeld dat de genoemde bezwaren worden afgewezen. In die brief staat onder meer het volgende:

‘Op het prijzenblad (als bijlage 3 bij de leidraad) is een beschrijving gegeven van het bestaande (zie pag. 11 van de leidraad) standaard meubilair, waarbij expliciet de tabel is opgenomen met de mogelijkheid om een alternatief product aan te bieden dat gelijkwaardig is zowel in kwaliteit als in uitstraling. Hieruit volgt eenduidig dat gelijkwaardige alternatieven zijn toegestaan indien sprake is van eenzelfde functionaliteit van het beschreven product.

Voor zover u betoogt dat uit de Nota van Inlichtingen zou volgen dat afwijkende eisen gesteld zijn aan de te leveren producten, weerspreken wij dit: er is slechts een nadere toelichting gegeven op de beschreven specificaties van het huidige meubilair, waarbij telkens is benoemd dat gelijkwaardige alternatieven aangeboden kunnen worden.

Naar ons oordeel voldoet de beoogd winnaar aan de gestelde producteisen door meubilair aan te bieden dat op detailniveau kan afwijken van de beschrijving van het standaard meubilair op het prijzenblad, maar ten minste daaraan gelijkwaardig is, in de zin zoals beschreven in de leidraad.’

1.7. Op 11 december 2020 heeft de jurist van ondernemer nogmaals per brief bezwaren ingediend bij aanbesteder. Deze bezwaren zijn op 18 december 2020 afgewezen onder verwijzing naar de vorige brieven.

1.8. Vervolgens heeft ondernemer op 1 maart 2021 de onderhavige klacht ingediend.

2. Beschrijving klacht

Volgens ondernemer kan uit de bijlage bij de gunningsbeslissing worden opgemaakt dat X de aangeboden producten uit eigen fabriek, dus uit eigen “portfolio” aanbiedt. In werkelijkheid beschikt X volgens ondernemer niet over een aantal producten met de voorgeschreven specificaties. Om die reden zou X volgens ondernemer moeten worden uitgesloten van gunning.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Ondernemer noemt een viertal voorbeelden die zouden aantonen dat X niet aan de gestelde productspecificaties kan voldoen. Die voorbeelden betreffen in drie gevallen een bureaustoel. Het vierde voorbeeld betreft een zit DUO bureau. Voor de specificaties verwijst ondernemer naar het Prijzenblad onder 6.4 en 6.3 en naar de vragen 3, 21 en 13 en de beantwoording daarvan in de Nota van Inlichtingen

(hierna ook: NvI). Uit het assortiment van X blijkt volgens ondernemer dat X zulke bureaustoelen en zo'n bureau niet produceert.

- 3.2. Bij e-mail bericht van 16 oktober 2020 is aan aanbesteder bericht dat de conclusie niet anders kan luiden dan dat meerdere door X gevoerde producten niet aan de gestelde specificaties voldoen en dat X daarom moet worden uitgesloten van gunning.
- 3.3. Blijkens ongedateerde schriftelijke reactie hierop en blijkens brieven van 11 november 2020 en 16 december 2020 heeft aanbesteder, kort samengevat, als verweer gevoerd dat het X is toegestaan om op detailniveau af te wijken van de beschrijvingen, als het aanbod maar daaraan gelijkwaardig is, in de zin beschreven in de leidraad.
- 3.4. Op het verzoek om de geleverde producten van X middels een schouw te mogen controleren is niet gereageerd, behalve dan dat bij brief van 16 december 2020 is aangegeven dat er voorlopig geen meubilair zou worden afgenomen van de leverancier in verband met de bestaande situatie rond Covid. Om het geselecteerde meubilair van X dan toch te kunnen beoordelen, wordt als alternatief verzocht tot het opstellen van een proefopstelling op locatie bij aanbesteder waarbij ondernemer in de gelegenheid wordt gesteld het meubilair te beoordelen.
- 3.5. Ondernemer wijst erop dat een inschrijver op grond van de Aanbestedingswet 2012 bij levering niet wezenlijk mag afwijken van de inschrijving, op straffe van schuldplechtigheid, en verwijst daarbij naar een uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2020:5672. Ondernemer stelt gegronde redenen te hebben dat X wel (wezenlijk) van de inschrijving af zal wijken, en er recht en belang bij te hebben dat hij in de gelegenheid wordt gesteld de leveringen van X te controleren en te verifiëren.
- 3.6. Ondernemer verzoekt de Commissie te beslissen dat hij er recht en belang bij heeft dat hij middels het opstellen van een proefopstelling dan wel na levering door X, middels een schouw, kan vaststellen in hoeverre X niet levert of niet heeft geleverd conform de gestelde eisen.
- 3.7. Ondernemer verzoekt de Commissie de zaak vervolgens aan te houden om na de schouw, te kunnen vaststellen in hoeverre X niet levert wat volgens de productspecificaties uit bijlage 3, Prijzenblad, was voorgeschreven (afgezien van detailafwijkingen die geen afbreuk doen aan gelijkwaardigheid in kwaliteit en uitstraling), om vervolgens te kunnen vaststellen dat X daarmee niet voldoet aan de gestelde eisen.

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. De specificaties van de huidige bureaus en bureaustoelen, zoals voorgeschreven in het Prijzenblad, zijn afkomstig van ondernemer als leverancier van het huidige meubilair in een vorige aanbesteding. Het is voor ondernemer dan ook als geen ander kenbaar dat de kenmerken van bureaus en bureaustoelen, zoals verwoord op het Prijzenblad, geen eisen maar slechts specificaties betreffen van de huidige producten en dat gelijkwaardige alternatieven zijn toegestaan. Een eis zou immers betekenen dat zijn onderneming als leverancier van deze stoelen zou worden bevoordeeld, hetgeen in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en 2.5.4. van de aanbestedingsleidraad (waar de NvI onderdeel vanuit maakt). De vragen van ondernemer in de NvI of enkele specificaties van bureaus en bureaustoelen op het Prijzenblad een eis betreffen zijn dan ook vragen naar de bekende weg, namelijk het bevoordelen van zijn onderneming in de aanbestedingsprocedure.

- 4.2. Voorts stelt aanbesteder zich op het standpunt dat X met de door hem aangeboden alternatieven wel degelijk voldoet. Uit de aanbestedingsleidraad, het Prijzenblad en vraag 6 van de NvI blijkt voldoende dat de kenmerken op het Prijzenblad slechts specificaties van het huidige meubilair omvatten en "aangeboden alternatieven" op het Prijzenblad door de beoordelingscommissie dienden te worden te beoordeeld op gelijkwaardigheid in materiaal, kleur, vormtaal en functionaliteit ten opzichte van het huidige meubilair. Op deze punten heeft de door aanbesteder ingestelde beoordelingscommissie dan ook beoordeeld. De door X in zijn Prijzenblad aangeboden alternatieven zijn in die zin als gelijkwaardig beoordeeld aan het huidige meubilair. Dat de door X aangeboden alternatieven gelijkwaardig zijn heeft ondernemer ook niet betwist.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 26 februari 2020 een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (2^e herziene versie die op 1 juli 2020 in werking is getreden).

Beknopt oordeel

- 5.2. De Commissie acht de klacht dat de winnende inschrijver moet worden uitgesloten van gunning omdat hij geen besteksconforme producten zou kunnen leveren **on-gegrond**.

Toelichting

- 5.2.1. Duidelijk is dat de winnende inschrijving aan de eisen die bij de aanbesteding gesteld zijn moet voldoen (zie 1.2). Ten aanzien van de vraag of de aanbestedende dienst verplicht is te verifiëren dat die inschrijving besteksconform is, geldt naar het oordeel van de Commissie dat wanneer de afgewezen inschrijver objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de geldigheid van de winnende inschrijving kan worden betwijfeld, de aanbestedende dienst gehouden is om alle relevante omstandigheden te onderzoeken die hebben geleid tot de vaststelling van het besluit tot gunning van de opdracht. Hierbij wijst de Commissie op een soortgelijke regel die door het Hof van Justitie EU is geformuleerd in zijn arrest eVigilo (HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13, r.o. 44).
- 5.2.2. De Commissie kan echter in het kader van een klachtprocedure weinig meer doen dan het maken van deze constatering. De Commissie heeft immers niet de bevoegdheid om een deskundige te benoemen en aanbesteder en de winnende inschrijver te verplichten mee te werken aan een onderzoek door die deskundige om vast te stellen of de winnende inschrijving aan alle eisen heeft voldaan. Misschien is een dergelijk onderzoek wel mogelijk in het kader van een bodemprocedure bij de burgerlijke rechter.

- 5.3. Het voorgaande betekent dat de klacht ongegrond moet worden verklaard.

Gelijkwaardige alternatieven

- 5.4. Wel is de Commissie een aantal dingen opgevallen en wijdt zij daaraan hierna een aantal overwegingen ten overvloede.
- 5.4.1. Uit het verweer van aanbesteder blijkt dat de winnende inschrijving bij een aantal eisen alternatieven heeft aangeboden en daarmee aan de eisen zal voldoen. Uit de antwoorden op diverse vragen van de Nota van Inlichtingen blijkt dat het

aanbieden van gelijkwaardige alternatieven is toegestaan. De vraag die aldus voorligt, is of er inderdaad sprake is van gelijkwaardigheid.

- 5.5. Om die vraag te kunnen beantwoorden, dient er sprake te zijn van objectief meetbare criteria voor gelijkwaardigheid. De Commissie constateert dat alleen in de omschrijving van de gelijkwaardigheid in de antwoorden op de vragen 12 en 13 van de Nota van Inlichtingen (zie hiervoor onder 1.3.7 en 1.3.8) er sprake is van objectieve criteria, waarbij de Commissie aanneemt dat met de antwoorden wordt bedoeld dat zowel de lengte als de breedte van de doorsnee van de poot 10% mag afwijken van de betrokken maten.
- 5.6. Bij alle andere antwoorden in de Nota van Inlichtingen waarin meegedeeld wordt dat het aanbieden van gelijkwaardige alternatieven toegestaan is, is er niet objectief vast te stellen wanneer er sprake is van gelijkwaardigheid. De Commissie wijst bijvoorbeeld op het antwoord op vraag 6: 'We zullen de alternatieven beoordelen op materiaal, kleur, vormtaal en functionaliteit.'(zie hiervoor onder 1.3.3). Dit antwoord biedt de beoordelaars onvoldoende houvast bij het beantwoorden van de vraag of een alternatief gelijkwaardig is. Hoe kan men bijvoorbeeld vaststellen welke kleuren gelijkwaardig zijn met RAL 9016 (verkeerswit)? Zijn dat alleen RAL 9001 (crème wit) en RAL 9010 (zuiver wit) of zijn er nog meer gelijkwaardige kleuren?
- 5.7. De Commissie kan ook zelf vaststellen dat in een aantal gevallen het benoemen van objectieve criteria voor gelijkwaardigheid mogelijk was geweest. Dit betreft de antwoorden op de vragen 9 (waar bijvoorbeeld een afwijking van 10% op de blad-dikte toegelaten had kunnen worden) en 10 (waar aanbesteder alle gelijkwaardige RAL kleuren had kunnen opsommen), zie hiervoor onder 1.3.4 en 1.3.5. Bij een aantal andere eisen had een deskundige wellicht ook objectief meetbare criteria voor gelijkwaardigheid kunnen formuleren.
- 5.8. De Commissie constateert derhalve dat aanbesteder heeft gekozen voor een wijze van technisch specificeren die hem in veel gevallen een vrijwel onbeperkte keuzevrijheid laat bij het vaststellen of een aangeboden product wel of niet aan de eisen voldoet, wat in strijd met het aanbestedingsrecht is (zie, onder meer, HvJ EU 20 september 1988, zaak C-31/87 (Beentjes), r.o. 26 en HvJ EU 17 september 2002, zaak C-513/99 (Concordia Bus Finland), r.o. 61). Ondernemer heeft daarover overigens niet geklaagd. Bij zodanige keuzevrijheid zal het voor ondernemer bij veel eisen vrijwel onmogelijk zijn om aan te tonen dat de winnende inschrijving daar niet aan voldoet.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 25 juni 2021

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Voorzitter

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid