

## JAAAN 2018/106, Commissie van Aanbestedingsexperts, 29-01-2018, Zaaknummer onbekend (annotatie)

<b>Instantie:</b> Commissie van Aanbestedingsexperts
<b>Datum uitspraak:</b> 29-01-2018
<b>Publicatie:</b> JAAAN 2018/106 (Sdu Jurisprudentie Aanbesteding), aflevering 4, 2018
<b>Annotator:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. T. van Wijk en M. Linssen</li> </ul>
<b>Zaaknummer:</b> Zaaknummer onbekend
<b>Rechtsgebied:</b> Aanbestedingsrecht
<b>Rubriek:</b> Commissie van Aanbestedingsexperts
<b>Rechters:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• n.v.t.</li> </ul>
<b>Partijen:</b>
<b>Regelgeving:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">Aanbestedingswet 2012 - 2.76</a></li> <li>• <a href="#">Aanbestedingswet 2012 - 2.78a</a></li> <li>• <a href="#">VWEU - 34</a></li> <li>• <a href="#">Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts - 1</a></li> </ul>

### Inhoudsindicatie

Technische specificaties, Gelijkwaardige alternatieven, Behandeling klacht door Commissie, Proportionaliteit technische specificaties

### Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Noot](#)

### Samenvatting

Beklaagde heeft op 14 juni 2017 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor de levering van minicontainers en chips inclusief bijbehorende dienstverlening.

#### ***Klachtonderdeel 1***

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

#### ***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.

#### ***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.

### **Behandeling klacht**

De Commissie behandelt alle klachtonderdelen tezamen.

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.

### **Keurmerk**

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).

In beginsel kan een aanbestedende dienst ook een keurmerk verlangen (zie artikel 2.78a Aw 2012). 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.

Op grond van de door beklagde overgelegde brochure van RAL Gütezeichen van mei 2014 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.

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.

Naar het oordeel van de Commissie voldoet de keurmerkeis van de 'Initial testing' of 'Erstprüfung', 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.

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, 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.

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.

Voor zover in klachtonderdeel 3 overigens wordt geklaagd dat in strijd wordt gehandeld met de Europese regelgeving betreffende CE aanduiding kan de Commissie de klacht op grond van artikel 1 van haar Reglement niet in behandeling nemen.

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.

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. 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.

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. 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. 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.

### **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 ongegrond.

### **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.

*(mr. C.E.C. Jansen, mr. A.C.M. Fischer-Braams, mr. T.H. Chen)*

### **Uitspraak**

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen

## Noot

### ***Problemen bij het eisen van een keurmerk in aanbestedingen: wanneer houdt een keurmerkeis voldoende verband met het voorwerp van de opdracht?***

#### ***Introductie***

Op 29 januari 2018 heeft de CvAE een advies afgegeven dat ziet op de rechtmatigheid van een keurmerk in de zin van artikel 2.78a Aw 2012. Hoewel de CvAE in haar advies slechts kort ingaat op de inhoud van artikel 2.78a Aw 2012, hebben wij het advies aangegrepen om de huidige wet- en regelgeving met betrekking tot keurmerken op een rij te zetten.

Het advies van de CvAE ziet op de vraag of een aan een NEN-norm aanvullende norm voor minicontainers (RAL GZ 951/1 – hierna: RAL-norm) kan worden gezien als een keurmerk in de zin van artikel 2.78a Aw 2012. Wij zullen eerst het juridisch kader met betrekking tot keurmerken kort uiteenzetten. Daarna komt het advies van de CvAE aan de orde, waarbij uitgebreid aandacht zal worden besteed aan de afzonderlijke voorwaarden waaraan een keurmerk moet voldoen.

#### ***Juridisch kader***

Artikel 2.78a Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst in de technische specificaties, gunningscriteria of contractvoorwaarden een specifiek keurmerk mag eisen als bewijs dat het werk, de dienst of de levering overeenstemt met de vereiste voorschriften. De mogelijkheid om een keurmerk als zodanig op te nemen in de aanbestedingsstukken bestaat sinds de wijziging van de Aanbestedingswet in 2016.<sup>1</sup> Vóór de wijziging was het enkel mogelijk om gebruik te maken van de gedetailleerde specificaties van een keurmerk; het keurmerk als zodanig mocht niet worden opgenomen in de aanbestedingsstukken.<sup>2</sup>

Tegenwoordig mag een keurmerk wel worden opgenomen in de aanbestedingsstukken. Het moet blijken uit artikel 1.1 Aw 2012 gaan om een document, certificaat of getuigschrift dat bevestigt dat een werk, product, dienst, proces of procedure aan bepaalde eisen voldoet. Om een keurmerk in de eisen van de opdracht op te nemen, moet aan de voorwaarden genoemd in lid 1 van artikel 2.78a Aw 2012 worden voldaan:

- a. de keurmerkeisen mogen alleen betrekking hebben op criteria die verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht en moeten 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 moeten zijn gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria;
- c. het keurmerk moet zijn vastgesteld in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden, waaronder overheidsinstanties, consumenten, sociale partners, fabrikanten, distributeurs en non-gouvernementele organisaties hebben kunnen deelnemen;
- d. het keurmerk moet voor alle betrokken partijen toegankelijk zijn; en

e. de keurmerkeisen dienen te worden vastgesteld door een derde partij op wie de ondernemer die het keurmerk aanvraagt, geen beslissende invloed uitoefent.

### **Het advies**

Voor het onderwerp van deze annotatie is voornamelijk klachtonderdeel 2 van belang. In dit onderdeel stelt de klager dat de RAL-norm geen keurmerk in de zin van artikel 2.78a van de Aanbestedingswet betreft. De CvAE toetst aan de hand van de aanbestedingsbrochure van het RAL-keurmerk of de RAL-norm voldoet aan de in 2.78a lid 1 onder a-e genoemde voorwaarden. Wij zullen de overwegingen van de CvAE achtereenvolgens behandelen.

### **Artikel 2.78a lid 1 sub c-e Aw 2012**

De CvAE behandelt in haar advies eerst de voorwaarden genoemd in artikel 2.78a lid 1 onder c tot en met e van de Aanbestedingswet. Uit het advies volgt dat de RAL-norm in ieder geval aan deze voorwaarden voor een keurmerk voldoet.<sup>3</sup> Hoewel de CvAE geen specifieke aanknopingspunten geeft waarom de RAL-norm aan deze eisen voldoet, kan ervan uit worden gegaan dat dit te maken heeft met de volgende omstandigheden.

Ten eerste worden de RAL-keurmerkeisen opgesteld door verschillende instanties, zoals overheidsinstanties en consumentenorganisaties. Omdat deze instanties de belangen van verschillende partijen behartigen, wordt de neutraliteit van de keurmerkeisen gewaarborgd. Een tweede punt is dat de toekenning van een RAL-keurmerk wordt gepubliceerd in het Duitse Staatsblad en in het Duitse patent- en merkenregister wordt ingeschreven, zodat het voor iedereen digitaal of in papiervorm beschikbaar is. Iedere belanghebbende heeft dus de mogelijkheid te controleren op basis waarvan het keurmerk aan een bepaalde partij is toegekend. Ten slotte staat het RAL-keurmerk open voor zowel binnen- als buitenlandse ondernemingen. Er worden dus geen partijen uitgesloten van toegang tot het keurmerk.<sup>4</sup>

### **Artikel 2.78a lid 1 sub a Aw 2012**

De CvAE twijfelt aan de verenigbaarheid van de RAL-norm met het bepaalde in artikel 2.78a lid 1 onder a Aw 2012. Uit sub a volgt dat keurmerkeisen alleen betrekking mogen 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. Ook eisen die niet op de materiële basis van de opdracht zien, maar hiermee wel een relatie hebben, kunnen verband houden met het voorwerp van de opdracht. Afhankelijk van de aard van de opdracht kunnen aanbestedende diensten dus ook keurmerken vragen die zien op meerdere aspecten van de (levenscyclus) van de opdracht, zoals vaak het geval is bij branchekeurmerken.<sup>5</sup> In de zaak die voor de CvAE diende, was er sprake van een keurmerkeis dat de minicontainers minimaal één keer per jaar getest moesten worden. Tevens moest de mal van de minicontainers vóór de start van de productie gekeurd worden.

Volgens de CvAE voldoet de RAL-norm niet aan het vereiste zoals bepaald onder a van artikel 2.78a Aw 2012. Door de eis van een voorafgaande test worden alle producten uitgesloten die niet voor de start van de productie zijn getest, maar wel aan de kwaliteitseisen voldoen. De eis zou daarom onvoldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht.<sup>6</sup>

Het oordeel van de CvAE omtrent de voorafgaande goedkeuring van de mal voor de minicontainers komt ons enerzijds begrijpelijk voor. Een voorafgaande keuring van de mal, zonder mogelijkheid tot keuring nadat de productie is gestart is een vergaande eis voor leveranciers van minicontainers. Zij kunnen in dat geval geen gebruik meer maken van de containers waarvan de productie reeds gestart is. Er zijn wellicht andere keuringsvarianten denkbaar die minder ingrijpend zijn voor containerleveranciers.

Anderzijds kan het gegeven dat de RAL-norm een voorafgaande keuring van de mal voor de minicontainers vereist wel degelijk voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht. De voorafgaande keuring verzekert de aanbestedende dienst er immers van dat enkel met producten wordt gewerkt die voortkomen uit een goedgekeurde mal en dus aan de gestelde eisen voldoen. Op deze manier waarborgt de aanbestedende dienst dat alle minicontainers uit dezelfde lijn – lees: dezelfde mal – hetzelfde en dus onderling uitwisselbaar zijn. Containers die op basis van andere mallen zijn vervaardigd en mogelijk niet aan alle eisen voldoen, worden uitgesloten van de opdracht. De wetenschap dat een bepaalde lijn minicontainers aan alle voorwaarden voldoet, draagt bij aan een goede uitvoering van de opdracht, nu het risico op problemen bij de uitvoering wegens ongeschikte containers tot een minimum wordt beperkt.

### **Artikel 2.78a lid 1 sub b Aw 2012**

Onderdeel b van artikel 2.78a Aw 2012 verlangt dat keurmerkeisen zijn gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria. De CvAE lijkt eveneens te twifelen aan de verenigbaarheid van de RAL-norm met artikel 2.78a lid 1 onder b Aw 2012.<sup>7</sup> De aarzeling van de CvAE om de RAL-norm verenigbaar te verklaren met de Aanbestedingswet, vraagt om nadere uitleg. Helaas gaat de CvAE zowel in de beoordeling als het uiteindelijke advies niet in op de vraag óf en waarom de RAL-norm in strijd zou zijn met het bepaalde onder b. Hoewel a contrario geredeneerd kan worden dat de CvAE uiteindelijk niet langer twijfelt aan de verenigbaarheid van de RAL-norm met artikel 2.78a lid 1 sub b Aw 2012, zou het vollediger zijn geweest als de CvAE de redenen voor haar oordeel omtrent de comptabiliteit met artikel 2.78a lid 1 onder b Aw 2012 had toegelicht dan wel haar twijfel hierover helemaal niet had genoemd.

Onzes inziens kan betoogd worden dat wel voldaan is aan de voorwaarde onder b. De vaststelling van de keurmerkeisen geschiedt op basis van consensus door meerdere instanties die verschillende belangen behartigen. Dit waarborgt de neutraliteit van de keurmerkeisen. Het feit in aanmerking nemend dat het keurmerk ook openstaat voor buitenlandse partijen, rechtvaardigt de aanname dat de keurmerkeisen niet-discriminerend zijn. Een aanvullende waarborg kan nog zijn dat het besluitvormingsproces wat betreft de totstandkoming van de keurmerkeisen aan de betrokken partijen beschikbaar wordt gesteld.

### **Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk**

De Aanbestedingswet biedt sinds de herziening in 2016 meer mogelijkheden voor het dwingend voorschrijven van keurmerken. Uit het advies van de CvAE blijkt echter dat de problemen in de praktijk ondanks deze herziening niet volledig verdwenen zijn. We hebben moeite met het oordeel van de CvAE dat de zogenaamde RAL-norm niet voldoet aan de keurmerkeisen. De CvAE is van oordeel dat de voorafgaande test van de mal uit de RAL-norm onvoldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht, terwijl de voorafgaande toetsing van de mal het risico op gebreken in de uitvoering van de opdracht tot een minimum beperkt. De RAL-norm zou wat ons betreft daarom nog steeds dwingend kunnen worden voorgeschreven.

Mocht een aanbestedende dienst echter een beroep willen doen op een keurmerk waarvan één van de eisen niet voldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht, waarvan sprake is in het advies van de CvAE, rest altijd nog de mogelijkheid om een beroep te doen op artikel 2.78a lid 5 Aw 2012. In dat geval kan de aanbestedende dienst verwijzen naar de gedetailleerde technische specificaties uit het keurmerk die wél voldoende verband houden met de overheidsopdracht. In bovenstaand geval zou dit er dus toe leiden dat de aanbestedende dienst geen beroep doet op het RAL-keurmerk, maar op alle specificaties uit dit betreffende keurmerk, zonder de eis van de voorafgaande keuring van de mal.

mr. T. van Wijk en M. Linssen, advocaat bij Dirkszwaiger

#### Voetnoten

- 1  
*Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 58.
  - 2  
HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Max Havelaar*), p. 63.
  - 3  
CvAE 29 januari 2018, Advies 430, r.o. 5.4.9.
  - 4  
M.G. Rauws, *Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht*, commentaar bij artikel 2.78a Aw 2012, p. C.5.
  - 5  
*Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 58.
  - 6  
CvAE 29 januari 2018, Advies 430, r.o. 5.4.10-5.4.11.
  - 7  
CvAE 29 januari 2018, Advies 430, r.o. 5.4.10.
-