



LED op technische specificatie



DE ZAAK

De gemeente Utrecht (hierna: de Gemeente) organiseert een openbare Europese aanbesteding voor de levering, aansluiting en vervanging van openbare verlichting binnen de Gemeente. Daarbij gaat het om vervanging van conventionele armaturen door LED-armaturen. Op de aanbestedingsprocedure is het Standaard RAW-bestek (hierna: 'Bestek') van toepassing. In dit Bestek worden verschillende specifieke merken en typen armaturen uitgevraagd. Het is eventuele opdrachtnemers echter ook toegestaan armaturen aan te bieden die hier gelijkwaardig aan zijn. In een 'Toetsingsprotocol' beschrijft de Gemeente de wijze waarop inschrijvers de gelijkwaardigheid van de armaturen moeten aantonen. Orange Lighting (hierna: OL), een fabrikant en leverancier van LED-armaturen spant een kort geding aan tegen de Gemeente en vordert dat de procedure wordt ingetrokken. OL heeft niet ingeschreven op de aanbesteding omdat de aanbesteding voor aannemers is geschreven en dat is zij niet. OL stelt dat zij desondanks in haar bedrijfsbelang is geschonden nu haar producten niet in het Bestek worden genoemd. Daarbij is volgens OL sprake van een niet-objectieve en niet-transparante gelijkwaardigheidstoets. Hierdoor krijgt OL geen eerlijke kans op de verkoop van haar producten aan aannemers.

Een aannemer zal immers vrijwel altijd kiezen voor de voorgeschreven LED-armaturen. De producten van OL als gelijkwaardig aanbieden kan vanwege de gebrekkige gelijkwaardigheidstoets namelijk tot uitsluiting leiden. Daarbij beroept OL zich op het verbod om in de technische specificaties van een aanbesteding te verwijzen naar (onder meer) een merk of een type waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoorreed of uitgesloten, tenzij hiervoor een rechtvaardigingsgrond bestaat (artikel 2.76 lid 3 Aanbestedingswet 2012). OL vordert intrekking van de aanbestedingsprocedure.

De voorzieningenrechter wijst de vordering van OL af, omdat de bepalingen uit de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) en de aanbestedingsrechtelijke beginselen zich uitsluitend richten op bescherming van de belangen van (potentiële) inschrijvers en dat is OL niet. OL is namelijk niet in staat zelfstandig op deze aanbesteding in te schrijven. Dat OL dit in combinatie met een derde zou kunnen doen is volgens de voorzieningen-

rechter onvoldoende gebleken. Om die reden gaat de voorzieningenrechter niet inhoudelijk in op de vraag of de Gemeente in strijd heeft gehandeld met artikel 2.76 lid 3 Aw 2012. OL gaat vervolgens in hoger beroep bij het **Gerechtshof Arnhem Leeuwarden**. Het Gerechtshof verduidelijkt dat artikel 2.76 lid 3 Aw 2012 niet enkel ter bescherming van (potentiële) inschrijvers dient. Het enkele feit dat OL niet op de opdracht heeft ingeschreven doet volgens het Gerechtshof niet af aan het belang dat OL heeft bij haar vordering. De opdracht bestaat immers voor een substantieel deel (85%) uit het leveren van producten, waaronder 30.000 LED-armaturen met een substantiële waarde. Onder deze omstandigheden is het Gerechtshof van oordeel dat het belang van OL wel degelijk wordt beschermd door artikel 2.76 lid 3 Aw 2012. Het verbod op verwijzing naar merken en typen is volgens het Gerechtshof duidelijk gekoppeld aan de bevoordeling/benadeling van bepaalde ondernemingen en bepaalde producten die daar het gevolg van zijn. Hierbij is niet van belang of de onderneming een (potentiële) inschrijver is. De kring van belanghebbenden is in dit geval ruimer dan de (potentiële) inschrijvers op deze aanbesteding.

OL wordt ook in het gelijk gesteld wat betreft haar inhoudelijk bezwaar. Volgens het Gerechtshof heeft de Gemeente onvoldoende duidelijk gemaakt waarom het functioneel of technisch specificeren van de opdracht onmogelijk was. Deze onmogelijkheid was volgens de Gemeente immers de reden dat het noemen van merken en typen armaturen noodzakelijk was. Dit had wel op haar weg gelegen, maar de argumentatie is in algemeenheden blijven steken. Dat functioneel omschrijven door de Gemeente wel mogelijk was geweest blijkt volgens het Gerechtshof uit haar eigen 'Handboek Openbare Ruimte' waaruit functioneel omschreven eisen volgen. Hetzelfde geldt voor het door de Gemeente in deze aanbesteding gehanteerde 'Toetsingsprotocol/Verificatietabel' waar vergelijkbare merken en armaturen worden getoetst aan de hand van functionele eisen. Deze eisen hadden ook in de aanbesteding zelf opgenomen kunnen worden. Het Gerechtshof concludeert dat de Gemeente met deze handelswijze onrechtmatig handelt tegenover OL en wijst de vordering van OL toe. Daarbij laat het Gerechtshof het aan de Gemeente of zij een nieuwe aanbesteding wil uitschrijven.



JURIDISCH KADER

- Artikel 2:76 lid 3 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst in de technische specificaties niet verwijst 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 producten worden bevoorreed of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

- In artikel 2.76 lid 4 Aw 2012 zijn de voorwaarden opgenomen voor rechtvaardiging van een melding of verwijzing, zoals bedoeld in art 2.76 lid 3 Aw 2012, in de technische specificatie:
 - o Een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht door toepassing van art 2.76 lid 1 Aw 2012 niet mogelijk is en
 - o Deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden 'of gelijkwaardig'.
- Deze uitzondering moet, net zoals bij alle andere uitzonderingen op het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, restrictief worden uitgelegd. Er mag enkel gebruik worden gemaakt van deze uitzondering wanneer het niet mogelijk is een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht te geven. Het is dus niet de bedoeling dat de aanbestedende dienst zich er gemakkelijk van afmaakt door te verwijzen naar een merk en hier de term 'of gelijkwaardig' aan toe te voegen.



RECHTERS AAN HET WOORD

- In het **Unix-arrest** heeft het Hof van Justitie van de EU bevestigd dat indien een merknaam moet worden beschouwd als een algemeen erkende technische norm, de woorden 'of gelijkwaardig' niet mogen worden weggelaten. Dit om te voorkomen dat marktdeelnemers die wel aan de eisen voldoen niet inschrijven op de aanbesteding.
- **De Rechtbank Oost-Brabant** oordeelde in 2020 dat de aanbestedende dienst bij de technische specificatie ten onrechte gebruik heeft gemaakt van een verwijzing naar een merk en typen. Het betoog van de aanbestedende dienst dat een beschrijving in technische eisen zou leiden tot een onoverzichtelijke hoeveelheid details, waarmee de last om op basis daarvan een offerte te maken en deze te beoordelen voor de inschrijver en aanbestedende dienst zou toenemen, doet niet ter zake. Hieruit volgt niet dat het onmogelijk is. Voor inschrijvers die een 'gelijkwaardig' alternatief aanbieden is deze beschrijving vereist om in te kunnen schatten of hun alternatief als gelijkwaardig zal worden aanvaard.
- In 2018 oordeelde **het Gerechtshof Amsterdam** dat het hanteren van een 'topsegmentseis', waarbij werd geëist dat de inschrijver met zijn nieuwste model inschreef, niet als technische specificatie kan worden beschouwd als bedoeld in artikel 2.75 en 2.76 Aw 2012. Aan het uitvragen van het nieuwste model lagen objectieve criteria ten grondslag. Ervaring leerde dat leveranciers oudere modellen vaak snel uit faseerde, hierdoor werd de leveringszekerheid voor de aanbestedende dienst vergroot.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Het verdient de voorkeur opdrachten altijd zoveel mogelijk functioneel te omschrijven, aangezien daardoor de nadruk komt te liggen het te bereiken resultaat in plaats van op de wijze waarop dat resultaat wordt bereikt. Hierdoor wordt ruimte gelaten voor innovatieve oplossingen.
- Omschrijf als aanbestedende dienst bij een aanbesteding het product aan de hand van objectieve criteria. Deze criteria mogen niet zodanig worden gekozen dat slechts één merk, type of product hieraan kan voldoen. Daarbij is het van belang geen subjectieve criteria als objectieve eisen te vermommen om zo het gebruik van een bepaald merk alsnog indirect voor te schrijven.
- Hoewel het gebruik van merknamen in een aanbesteding slechts is toegestaan wanneer aan de cumulatieve vereisten van artikel 2.76 lid 4 Aw 2012 is voldaan, komt dit in de praktijk nog vaak voor. De hierboven besproken uitspraak maakt duidelijk dat een aanbestedende dienst hiermee een aanzienlijk risico neemt en zal moeten motiveren waarom er niet functioneel gespecificeerd kan worden. Het functioneel of technisch specificeren lijkt soms wellicht omslachtig, maar loont uiteindelijk de moeite.
- Deze uitspraak maakt duidelijk dat een partij die niet inschrijft op de aanbesteding maar wel een duidelijk belang heeft, een zaak aanhangig kan maken om zijn belangen te verdedigen. De fabrikant en/of leverancier die benadeeld wordt door een schending van artikel 2.76 lid 3 Aw 2012, vormt hier een goed voorbeeld van.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves
Benefit

VANDOORNE[⊕]

Het NIC.

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com