

# Hoofdstuk 1

## Bestek

- 1.1 Inleiding
- 1.2 Technische specificaties
  - 1.2.1 Regeling
  - 1.2.2 Rechtspraak
    - 1.2.2.1 Verband met de opdracht in het algemeen (art. 2.75 lid 2 Aanbestedingswet)
    - 1.2.2.2 Verband met en kenmerken van het voorwerp van de opdracht (art. 2.75 lid 2 Aanbestedingswet)
    - 1.2.2.3 Toegankelijkheid en geschiktheid (art. 2.75 lid 4 Aanbestedingswet)
    - 1.2.2.4 Gelijke toegang (art. 2.75 lid 5 Aanbestedingswet)
    - 1.2.2.5 Verwijzing naar normen, prestatie-eisen, functionele eisen (art. 2.76 lid 1 Aanbestedingswet)
    - 1.2.2.6 'of gelijkwaardig' (art. 2.76 lid 2 Aanbestedingswet)
    - 1.2.2.7 Verwijzing naar bepaald fabricaat, herkomst, werkwijze (art. 2.76 lid 3 en 4 Aanbestedingswet)
    - 1.2.2.8 Bewijs van overeenstemming (art. 2.78 Aanbestedingswet) in het algemeen
    - 1.2.2.9 Keurmerk(eisen) (art. 2.78a Aanbestedingswet)
    - 1.2.2.10 Bewijs van overeenstemming met testverslag of certificaat (art. 2.76b Aanbestedingswet)
    - 1.2.2.11 Wijziging technische specificaties
    - 1.2.2.12 Wie moet beschikken over keurmerk?
  - 1.3 Onderaanneming (art. 2.79 Aanbestedingswet)
    - 1.3.1 Regeling
    - 1.3.2 Rechtspraak
  - 1.4 Bijzondere voorwaarden (art. 2.80/2.81 Aanbestedingswet)
    - 1.4.1 Regeling
    - 1.4.2 Rechtspraak inzake bijzondere voorwaarden in het algemeen
    - 1.4.3 Rechtspraak inzake social return
  - 1.5 Voorbehouden opdracht (art. 2.82 Aanbestedingswet)
    - 1.5.1 Regeling
    - 1.5.2 Rechtspraak
  - 1.6 Varianten van de inschrijver en van de aanbestedende dienst (art. 2.83 Aanbestedingswet)
    - 1.6.1 Regeling
    - 1.6.2 Rechtspraak
  - 1.7 Diverse

## 1.1 *Inleiding*

In dit hoofdstuk komt de regeling van het bestek en vraagspecificatie aan de orde; het gaat om Afdeling 2.3.3 van de Aanbestedingswet. In de Parl. Gesch. Aanbestedingswet, p. 317, wordt daar o.a. dit over gezegd:

In deze artikelen wordt bepaald dat de aanbestedende dienst in de aankondiging of in het bestek door middel van technische specificaties moet weergeven aan welke vereisten de opdracht moet voldoen. De aanbestedende dienst gaat na ontvangst van de inschrijvingen na of de inschrijvingen voldoen aan de door hem gestelde technische specificaties. Het gelijkheidsbeginsel brengt met zich mee dat indien de inschrijving niet geheel voldoet aan de technische specificaties (een onregelmatige of ongeldige inschrijving), deze moet worden afgewezen (HvJEG van 22 juni 1993, Storebaelt, zaak C-243/89, Jur. 1993, blz. I-03353).

In Afdeling 2.3.3 worden regels gegeven betreffende de technische specificaties, onderaanneming, bijzondere voorwaarden, de voorbehouden opdracht en tot slot varianten. Deze onderwerpen komen in dit hoofdstuk aan de orde.

## 1.2 *Technische specificaties*

### 1.2.1 **Regeling**

In de Parl. Gesch. Aanbestedingswet, p. 317, wordt opgemerkt dat het in het algemeen de voorkeur verdient om opdrachten functioneel te omschrijven. Door functioneel, zo wordt t.a.p. vervolgd, te omschrijven komt de nadruk te liggen op het doel van de opdracht in plaats van op de opdracht zelf. Hierdoor wordt ruimte gecreëerd voor innovatieve oplossingen.

Voorts wordt verwezen, Parl. Gesch. Aanbestedingswet p. 317, voor de interpretatie van deze paragraaf naar de Interpretatieve mededeling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op Overheidsopdrachten (PbEG 2001, C 333). In die mededeling wordt ingegaan op de mogelijkheden om milieuoverwegingen in de specificaties te integreren, waarbij een hoger milieubeschermingsniveau gevraagd mag worden dan wettelijk verplicht is of in de normen is vastgelegd, voor zover dit niet leidt tot discriminatie van inschrijvers. Ook acht de Commissie het toegestaan dat een aanbestedende dienst een bepaald basismateriaal of grondstof of productieproces voorschrijft, eveneens voor zover deze eisen niet discriminerend werken.

De Minister verwijst ten aanzien van het meenemen van sociale aspecten bij technische specificaties naar een andere mededeling van de Commissie: de Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren (PbEG 2001, C 333). In dit verband is ook bijlage VI van de richtlijn van belang. Daarin wordt bepaald dat technische specificaties een sociale strekking mogen inhouden. Hierbij kan het bijvoorbeeld gaan om maatregelen om arbeidsongevallen te voorkomen, het eisen van een bepaalde productiemethode of de toegankelijkheid voor gehandicapten. Als ondergrens voor het stellen van technische specificaties vanuit milieu- of sociale overwegingen geldt volgens de Commissie dat eisen die geen enkel verband houden met het product of de prestatie zelf, zoals een eis die betrekking heeft op de bedrijfsvoering, geen technische specificaties in de zin van de richtlijn zijn, en dus niet verplicht gesteld kunnen worden.

Voorbeelden hiervan zijn de eis aan een aanbieder om gerecycled papier in kantoren te gebruiken, om bepaalde afvalverwijderingsmethoden bij de inschrijver toe te passen of

om bepaalde groepen werknemers (etnische minderheden, gehandicapten, vrouwen) aan te trekken.<sup>1</sup>

Voor een goed begrip van wat wel en niet mag met het schrijven van technische specificaties is ook hetgeen in de considerans van Richtlijn 2014/24/EU wordt opgemerkt van belang:<sup>2</sup>

*Rechten personen met een handicap*

(3) Bij de toepassing van deze richtlijn, moet het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap ( 6 ) in acht worden genomen, met name wat betreft de keuze van communicatiemiddelen, technische specificaties, gunningscriteria en contractvoorwaarden.

*Doel technische specificaties; relatie met opdracht*

(74) De door de aanbestedende diensten opgestelde technische specificaties moeten de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging en de verwezenlijking van duurzaamheidsdoelstellingen mogelijk maken. Daarom moet het mogelijk zijn inschrijvingen in te dienen waarin de diversiteit van technische oplossingen, normen en technische specificaties op de markt tot uiting komt, met inbegrip van die welke zijn opgesteld aan de hand van prestatiecriteria die zijn gerelateerd aan de levenscyclus en de duurzaamheid van het productieproces van de bewuste werken, leveringen en diensten.

Bijgevolg moeten de technische specificaties zodanig worden opgesteld dat kunstmatige concurrentiebeperking, die erin bestaat eisen te stellen die een bepaalde ondernemer voordelen omdat zij afgestemd zijn op de hoofdkenmerken van de leveringen, diensten of werken zoals deze gewoonlijk door die ondernemer worden aangeboden, wordt voorkomen. Door de technische specificaties als functionele en prestatie-eisen te formuleren, kan deze doelstelling in het algemeen optimaal worden bereikt. Functionele en prestatie-eisen zijn ook geschikt om innovatie in aanbestedingen te stimuleren; zij zouden zo ruim mogelijk moeten worden toegepast. Bij verwijzing naar een Europese norm, of bij gebreke daarvan naar een nationale norm, moeten inschrijvingen op basis van gelijkwaardige oplossingen door de aanbestedende diensten in overweging worden genomen. Het is aan de ondernemer om het bewijs te leveren van gelijkwaardigheid aan het gevraagde keurmerk.

De inschrijvers moeten kunnen worden verplicht de gelijkwaardigheid te staven met door derden geverifieerde bewijsmiddelen. Andere passende bewijsmiddelen zoals een technisch dossier van de fabrikant moeten echter ook worden aanvaard als de betrokken ondernemer geen toegang heeft tot dergelijke certificaten of testverslagen, of deze niet binnen de toepasselijke termijnen kan verkrijgen, mits de betrokken ondernemer hierbij aantoonbaar de werken, leveringen of diensten voldoen aan de eisen of criteria die zijn vastgelegd in de technische specificaties, de gunningscriteria of de contractvoorwaarden.

*Keurmerken*

(75) Aanbestedende diensten die werken, leveringen of diensten met specifieke milieu-, sociale of andere kenmerken wensen aan te kopen, moeten daarvoor kunnen verwijzen naar specifieke keurmerken, zoals het Europese milieukeurmerk, (pluri)nationale milieukeurmerken of andere keurmerken, op voorwaarde dat de voorschriften voor het keurmerk verband houden met het voorwerp van de opdracht, zoals de beschrijving van het product en de presentatie ervan, waaronder verpakkingsvoorschriften. Voorts is het belangrijk dat deze voorschriften worden omschreven en vastgesteld op basis van objectief controleerbare criteria, volgens een procedure waaraan belanghebbenden, zoals overheidsinstanties, consumenten, fabrikanten, distributeurs en milieuorganisaties kunnen deelnemen, en dat het keurmerk toegankelijk en beschikbaar is voor alle betrokken partijen. Verduidelijkt moet worden dat publieke of private instanties, bedrijven, of alle vormen van niet-gouver-

1. Het voorgaande is ontleend aan Parl. Gesch. Aanbestedingswet, p. 318.

2. De cursieve tussenkopjes zijn ter wille van de leesbaarheid door schrijver dezes aangebracht.

nemetele organisaties (organisaties die geen deel uitmaken van de overheid en geen gewone bedrijven zijn) mogelijke belanghebbenden zijn.

Ook moet verduidelijkt worden dat specifieke nationale of overheidsinstanties of -organisaties betrokken kunnen worden bij het opstellen van keurmerkeisen die bij overheidsaanbestedingen kunnen worden gehanteerd, zonder dat dit betekent dat die instanties of organisaties niet meer als derde worden gezien.

Verwijzingen naar keurmerken zouden niet innovatiebelemmerend mogen werken.

#### *Toegankelijkheid personen met handicap*

(76) Voor alle overheidsopdrachten die bedoeld zijn voor gebruik door personen, hetzij het brede publiek hetzij het personeel van de aanbestedende dienst, moeten de aanbestedende diensten de technische specificaties zo vaststellen dat ook toegankelijkheid voor personen met een handicap of geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers als criterium worden meegenomen, behoudens behoorlijk gemotiveerde uitzonderingen.

#### *Gegevensbescherming; privacy*

(77) Bij het opstellen van technische specificaties moeten de aanbestedende diensten rekening houden met de uit het Unierecht voortvloeiende eisen op het gebied van gegevensbescherming, met name wat de ontwerpvoorschriften voor de verwerking van persoonsgegevens betreft (privacy by design).

(...)

#### *Verlenging termijnen bij significante wijzigingen*

(81) Omdat ondernemers voldoende tijd moeten krijgen om inschrijvingen op te stellen die aan de eisen voldoen, dient te worden bepaald dat verlenging van de oorspronkelijke termijnen voor die inschrijvingen mogelijk is. Dat dient met name het geval te zijn indien in de aanbestedingsstukken significante wijzigingen zijn aangebracht. Ook moet worden vermeld dat onder significante wijzigingen in dat geval moet worden verstaan wijzigingen, met name in de technische specificaties, die ertoe leiden dat ondernemers meer tijd nodig hebben om deze goed te begrijpen en de nodige voorzieningen te treffen. Duidelijk moet echter zijn dat die wijzigingen niet zo ingrijpend mogen zijn dat toelating van andere gegadigden dan de oorspronkelijk geselecteerde mogelijk was geweest, of dat meer marktpartijen aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben deelgenomen. Dat zou met name het geval kunnen zijn indien de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst zoals die in de aanbestedingsstukken is weergegeven, wezenlijk is gewijzigd.

(...)

#### *Betreffende het gunningscriterium:*

(89) (...) Er zij voorts aan herinnerd dat het de aanbestedende diensten vrijstaat passende kwaliteitsnormen vast te stellen door middel van technische specificaties of contractvoorwaarden.

#### *Sociale integratie*

(99) Maatregelen ter bescherming van de gezondheid van het bij het productieproces betrokken personeel, of ter bevordering van de sociale integratie van kansarmen of leden van kwetsbare groepen onder de personen die zijn aangewezen om de opdracht uit te voeren of om vaardigheden voor de opdracht te verwerven, kunnen eveneens tot de gunningscriteria of de contractvoorwaarden behoren, mits zij betrekking hebben op de werken, leveringen of diensten in het kader van de opdracht. Dergelijke criteria of voorwaarden kunnen onder meer betrekking hebben op het in dienst nemen van langdurig werklozen en de implementatie van opleidingsmaatregelen voor werklozen en jongeren tijdens de uitvoering van de te gunnen opdracht. In de technische specificaties kunnen de aanbestedende diensten sociale eisen opnemen die direct kenmerkend zijn voor het product of de dienst, zoals toegankelijkheid voor personen met een handicap of geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers.

De regeling van de technische specificaties in de Aanbestedingswet luidt als volgt:

§ 2.3.3.1. Technische specificaties

Artikel 2.75

1. Een aanbestedende dienst neemt in de aanbestedingsstukken de technische specificaties op, waarin de door hem voor een werk, dienst of levering voorgeschreven kenmerken zijn opgenomen.
2. De in het eerste lid bedoelde kenmerken houden verband met het voorwerp van de overheidsopdracht en zijn in verhouding tot de waarde en de doelstellingen van die opdracht.
3. Voor de toepassing van het tweede lid geldt dat de bedoelde kenmerken verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht wanneer zij betrekking hebben op de in het kader van die overheidsopdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van hun levenscyclus, met inbegrip van factoren die te maken hebben met:
  - a. het specifieke productieproces, het aanbieden of de verhandeling van deze werken, leveringen of diensten, of
  - b. een specifiek proces voor een andere fase van hun levenscyclus, zelfs wanneer deze factoren geen deel uitmaken van hun materiële basis.
4. Bij overheidsopdrachten waarvan het resultaat bedoeld is voor gebruik door natuurlijke personen, hetzij door het grote publiek, hetzij door het personeel van de aanbestedende dienst, houden de technische specificaties rekening met de criteria inzake de toegankelijkheid voor personen met een handicap of de geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers, met uitzondering van behoorlijk gemotiveerde gevallen.
5. Indien bindende EU-rechtshandelingen zijn vastgesteld met criteria inzake de toegankelijkheid voor personen met een handicap of inzake de geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers, verwijzen de technische specificaties hiernaar.
6. De technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en leiden niet tot ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging.

Artikel 2.76

1. Een aanbestedende dienst formuleert de technische specificaties:
  - a. door verwijzing naar technische specificaties en achtereenvolgens naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, Europese technische beoordelingen, gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen of, bij ontstentenis daarvan, nationale normen, nationale technische goedkeuringen dan wel nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, berekenen en uitvoeren van werken en het gebruik van leveringen,
  - b. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen, die milieukenmerken kunnen bevatten, waarbij de eisen zodanig nauwkeurig zijn bepaald dat de inschrijvers het voorwerp van de overheidsopdracht kunnen bepalen en de aanbestedende dienst de overheidsopdracht kan gunnen,
  - c. in termen van prestatie-eisen en functionele eisen als bedoeld in onderdeel b, waarbij onder vermoeden van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar de specificaties, bedoeld in onderdeel a, of
  - d. door verwijzing naar de specificaties, bedoeld in onderdeel a, voor bepaalde kenmerken, en verwijzing naar de prestatie-eisen en functionele eisen, bedoeld in onderdeel b, voor andere kenmerken.
2. Een aanbestedende dienst doet een verwijzing als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, vergezeld gaan van de woorden 'of gelijkwaardig'.
3. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabrikaat, 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 ondernemin-

gen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

4. Een aanbestedende dienst kan de melding of verwijzing, bedoeld in het derde lid, opnemen in de technische specificatie indien:

- a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht door toepassing van het eerste lid niet mogelijk is en
- b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden 'of gelijkwaardig'.

#### 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, aantoonde 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 2.78

Een inschrijver bewijst in zijn inschrijving met elk passend middel, waaronder de bewijsmiddelen, bedoeld in artikel 2.78b, dat de levering, de dienst of het werk in overeenstemming is met de norm en voldoet aan de functionele en prestatie-eisen van de aanbestedende dienst.

#### 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.

In de MvT<sup>3</sup> valt over deze bepalingen o.a. het volgende te lezen:

Met dit voorstel kunnen aanbestedende diensten, anders dan in de huidige Aanbestedingswet 2012, een specifiek keurmerk eisen als bewijs dat de werken, diensten of leveringen overeenstemmen met de vereiste voorschriften (artikel 2.78a, eerste lid). Zij moeten dan wel voldoen aan de strikte voorwaarden van onderdeel a tot en met e van het eerste lid. Onderdeel a stelt als voorwaarde dat de keurmerkeisen (zie ook de definitie in artikel 1.1) alleen betrekking hebben op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht en geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van de werken, diensten of leveringen. Wanneer een eis verband houdt met het voorwerp van de opdracht wordt nader uitgelegd in (de toelichting bij) artikel 2.115, derde lid. Hieruit blijkt dat ook eisen die niet op de materiële basis van het gevraagde werk, of de gevraagde levering of dienst zelf zien, maar hiermee wel een relatie hebben, verband kunnen houden met het voorwerp van de opdracht. Afhankelijk van de specifieke opdracht en van de onderliggende eisen van een keurmerk, 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. De voorwaarde dat een onderliggende eis verband houdt met het voorwerp van de opdracht geldt voor alle onderliggende keurmerkeisen van een keurmerk.

3. *Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 58.*

In de MvI<sup>4</sup> op de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 wordt betreffende de technische specificaties opgemerkt, dat niet nader wordt ingegaan op welke eisen of voorschriften kunnen worden aangemerkt als technische specificatie. Bijlage VII van Richtlijn 2014/24/EU bevat een opsomming van eisen en voorschriften die in elk geval als zodanig kunnen worden aangemerkt. Vanwege het belang van deze Bijlage is hij hieronder opgenomen. De regeling betreffende technische specificaties, keurmerken, testverslagen, certificatie en andere bewijsmiddelen in de Richtlijn zelf is opgenomen in art. 42 e.v.

#### Bijlage VII

##### Definitie van enkele technische specificaties

In deze richtlijn wordt verstaan onder:

1. 'technische specificatie': heeft een van de volgende betekenissen

a) in geval van overheidsopdrachten voor werken: alle technische voorschriften, met name die welke zijn opgenomen in de aanbestedingsstukken, die een omschrijving geven van de vereiste kenmerken van een materiaal, een product of een levering, zodat dit of deze beantwoordt aan het gebruik waarvoor het materiaal, product of de levering door de aanbestedende dienst is bestemd; tot deze kenmerken behoren ook het niveau van milieuvriendelijkheid en klimaatprestaties, een ontwerp dat aan alle vereisten voldoet (met inbegrip van de toegankelijkheid voor gehandicapten), en de conformiteitsbeoordeling, gebruiksgeschiktheid, veiligheid, of afmetingen, met inbegrip van kwaliteitsborgingsprocedures, terminologie, symbolen, proefnemingen en proefnemingsmethoden, verpakking, markering en etikettering, gebruiksaanwijzingen en productieprocessen en -methoden tijdens de verschillende stadia van de levenscyclus van de werken; deze kenmerken omvatten eveneens de voorschriften voor het ontwerpen en het berekenen van het werk, de voorwaarden voor proefnemingen, controle en oplevering van de werken, alsmede de bouwtechnieken of bouwwijzen en alle andere technische voorwaarden die de aanbestedende dienst bij algemene dan wel bijzondere maatregel kan voorschrijven met betrekking tot de voltooide werken en tot de materialen of bestedelen waaruit deze werken zijn samengesteld;

b) in geval van overheidsopdrachten voor leveringen of voor diensten: een specificatie die voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product of dienst, zoals het niveau van kwaliteit, het niveau van milieuvriendelijkheid en klimaatprestaties, een ontwerp dat aan alle vereisten voldoet (met inbegrip van de toegankelijkheid voor gehandicapten) en de overeenstemmingsbeoordeling, gebruiksgeschiktheid, gebruik, veiligheid of afmetingen van het product, met inbegrip van de voor het product geldende voorschriften inzake handelsbenaming, terminologie, symbolen, proefnemingen en proefnemingsmethoden, verpakking, markering en etikettering, gebruiksaanwijzingen, productieprocessen en -methoden tijdens de verschillende stadia van de levenscyclus van de levering of dienst, en conformiteitsbeoordelingsprocedures;

2. 'norm': een door een erkende normalisatie-instelling vastgestelde technische specificatie voor herhaalde of voortdurende toepassing, waarvan de naleving niet verplicht is en die tot een van de volgende categorieën behoort

a) internationale norm: een door een internationale normalisatie-instelling vastgestelde norm die ter beschikking van het publiek wordt gesteld;

b) Europese norm: een door een Europese normalisatie-instelling vastgestelde norm die ter beschikking van het publiek wordt gesteld;

c) nationale norm: een door een nationale normalisatie-instelling vastgestelde norm die ter beschikking van het publiek wordt gesteld;

3. 'Europese technische beoordeling': de gedocumenteerde beoordeling van de prestaties van een bouwproduct met betrekking tot zijn essentiële kenmerken aan de hand van het respectieve Europees beoordelingsdocument, zoals omschreven in punt 12 van artikel 2 van Verordening (EU) nr. 305/2011 van het Europees Parlement en de Raad (1);

4. Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 58.



4. 'gemeenschappelijke technische specificatie': een technische specificatie op het gebied van ICT die is opgesteld overeenkomstig de artikelen 13 en 14 van Verordening (EU) nr. 1025/2012;
5. 'technisch referentiekader': is ieder ander document dan de Europese normen, dat door Europese normalisatie- instellingen is opgesteld volgens procedures die aan de ontwikkeling van de markt zijn aangepast.

## 1.2.2 Rechtspraak

### 1.2.2.1 *Verband met de opdracht in het algemeen (art. 2.75 lid 2 Aanbestedingswet)*

Niet toelaatbaar om te onderhandelen met inschrijver wiens inschrijving niet voldoet aan dwingende eisen van technische specificaties:

*HvJEU 5 december 2013, nr. C-561/12:*

38 Het toelaatbaar achten van een inschrijving die niet voldoet aan de dwingende eisen zou, met het oog op de onderhandelingen, aan de vaststelling van dwingende voorwaarden in de aanbestedingsprocedure elk nut ontnemen en de aanbestedende dienst niet in staat stellen de onderhandelingen met de inschrijvers op een voor deze inschrijvers gemeenschappelijke basis, en, bijgevolg, op voet van gelijkheid, te voeren.

39 Gelet op het voorgaande, moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 30, lid 2, van richtlijn 2004/18 de aanbestedende dienst niet toestaat te onderhandelen met indieners van inschrijvingen die niet beantwoorden aan de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht.

Tevergeefs betoog, dat er naast gekozen techniek ruimte dient te zijn voor gelijkwaardige techniek; discretionaire bevoegdheid aanbestedende dienst is uitgangspunt:

*Rb. Zeeland-West-Brabant 27 mei 2014, nr. C/02/278143 / KG ZA 14-121, ECLI:NL:RBZWB:2014:3579, JAAN 2014/134, m.nt. T.H. Chen:*

4.4.1. Eiseressen stellen dat de Veiligheidsregio naar aanleiding van de klacht inhoudend dat portofoons dienden te worden geleverd conform de ETSI standaard TS 102 361-1 en -2 (lees: DMR), terwijl er naast DMR-techniek ruimte dient te zijn voor een gelijkwaardige techniek zoals FDMA-techniek, in haar NvI 1 onder punt 5 de eis ten aanzien van de ETSI standaard heeft aangevuld met de zinsnede 'of gelijkwaardig', maar daarbij in strijd met artikel 2.76 Aanbestedingswet en in zijn algemeenheid met het gelijkheidsbeginsel niet heeft afgezien van de eis dat portofoons met DMR-techniek moesten worden geleverd.

(...)

4.4.3. De voorzieningenrechter neemt als uitgangspunt dat de keuze voor DMR, gelet op de ruime discretionaire bevoegdheid van de Veiligheidsregio, in beginsel is toegestaan. De uitkomsten van de door M&I uitgevoerde portofoontest geven, in samenhang met de door de Veiligheidsregio gegeven toelichting op haar keuze, die mede is ingegeven door veiligheidseisen – die nu eenmaal bij gebruik door brandweerlieden in potentieel soms gevaarlijke situaties van evident belang zijn – voldoende rechtvaardiging voor de keuze voor de DMR-techniek. Dat die keuze tot gevolg heeft dat portofoons met FDMA-technologie niet kunnen worden aangeboden, levert geen ongerechtvaardigde belemmering in de zin van artikel 2.75 lid 2 Aanbestedingswet op.

Over bestek kan niet onderhandeld worden:

*Rb. Overijssel 21 november 2014, nr. C/08/163704 / KG ZA 14-368, ECLI:NL:RBOVE:2014:6162:*

4.3 De voorzieningenrechter acht van belang dat de overeenkomst tussen het Reko en De Woonplaats tot stand is gekomen na een onderhandse aanbesteding. Het bestek behoorde

tot de stukken die De Woonplaats ter beschikking stelde aan gegadigden voor een inschrijving. Over het bestek hebben partijen dus niet kunnen onderhandelen.

Bij opstellen bestek geen bijkans onbegrensdde vrijheid hebben om daarin ook externe beleidsdoelen te betrekken:

*Hof Arnhem-Leeuwarden 10 mei 2016, nr. 200.181.389/01, ECLI:NL:GHARL:2016:3617, JAAN 2016/136, m.nt. T.H.G. Robbe:*

9.3 De door de Gemeenten betrokken stelling dat de Gemeenten bij het opstellen van het bestek voor deze aanbestedingsprocedure een bijkans onbegrensdde vrijheid hebben om daarin ook externe beleidsdoelen te betrekken, wordt door het hof verworpen. Ook bij een II-B procedure als de onderhavige, waarbij de aanbestedende diensten vrijwillig voor een aanbesteding hebben gekozen, gelden de aanbestedingsrechtelijke beginselen onverkort. In dit kader heeft Noorderbrug terecht gewezen op het proportionaliteitsbeginsel, zoals dat is neergelegd in artikel 1.10 van de Aanbestedingswet 2012. Dit artikel schrijft voor dat aanbestedende diensten uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen mogen stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht (zie onder meer het arrest Max Havelaar van HvJ EU 10 mei 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW6088, zaak C 368/10).

#### 1.2.2.2 *Verband met en kenmerken van het voorwerp van de opdracht (art. 2.75 lid 2 Aanbestedingswet)*

Criteria hebben voldoende verband met productieproces van de te leveren koffie, thee en cacao:

*Vzr. Rb. Alkmaar 18 maart 2010, nr. 117231, ECLI:NL:RBALK:2010:BL7898:*

4.9 Douwe Egberts heeft betoogd dat de voorwaarden ‘kostendekkende minimumprijs’, ‘additionele premie’ en ‘voorfinanciering’ geen verband houden met het voorwerp van de opdracht, maar dat deze zien op de bedrijfsvoering van de potentiële inschrijver. Dit betoog wordt verworpen. De criteria moeten betrekking hebben op de kenmerken of prestaties van de producten of op het productieproces van de producten. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter houden de betreffende (sociale) criteria voldoende verband met productieproces van de te leveren koffie, thee en cacao. Door het garanderen van een minimumprijs wordt immers zeker gesteld dat de productiekosten worden gedekt en door de betaling van een additionele premie en het bieden van voorfinanciering wordt de mogelijkheid geschapen te investeren in het productieproces. Voor dit oordeel vindt de voorzieningenrechter steun in de Mededeling van 5 mei 2009 van de Europese Commissie, waarin het stellen van de voorwaarde dat arbeiders die de opdracht uitvoeren een minimumloon ontvangen als voldoende verband houdend met de uitvoering van de opdracht wordt beschouwd.

#### 1.2.2.3 *Toegankelijkheid en geschiktheid (art. 2.75 lid 4 Aanbestedingswet)*

Op deze bepaling is nog geen rechtspraak gevormd.

#### 1.2.2.4 *Gelijke toegang (art. 2.75 lid 5 Aanbestedingswet)*

Door toe te staan dat clausele werd opgenomen inhoudende dat de drukbuizen van asbestcement dienden te voldoen aan de Irish Standard Specification 188-1985, overeenkomstig het Irish Standard Mark Licensing Scheme van het Institute for Industrial Research and Standards, zijn verplichtingen EEG-Verdrag niet nagekomen:

*HvJEG 22 september 1988, nr. 45/87, ECLI:EU:C:1988:435, NJ 1991, 60:*

3. Clausule 4.29 van het bestek voor die kavel bevat de volgende alinea: 'Drukleidingen van asbestcement moeten overeenkomstig het Irish Standard Mark Licensing Scheme van het Institute for Industrial Research and Standards zijn voorzien van een certificaat, dat zij voldoen aan de Irish Standard Specification 188-1975. Hoofdwaterleidingen van asbestcement moeten aan de binnen- en buitenzijde van een bitumineuze bekleding zijn voorzien. Deze bekleding moet in de fabriek worden aangebracht door onderdompeling.'

(...)

18. Derhalve moet worden onderzocht, of het opnemen van clausule 4.29 in het bericht van aanbesteding en in het bestek een belemmering voor de invoer van buizen in Ierland kon opleveren.

19. Dienaangaande moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat het opnemen van een dergelijke clausule in een bericht van aanbesteding ertoe kan leiden, dat ondernemers die buizen produceren of gebruiken die gelijkwaardig zijn aan buizen met een certificaat van conformiteit met de Ierse norm, ervan afzien een offerte te doen.

20. Voorts blijkt uit het dossier van de zaak, dat wat de norm IS 188 betreft, slechts één onderneming door de IIRS is erkend en bevoegd is het Irish Standard Mark aan te brengen op buizen van het soort dat voor de betrokken overheidsopdracht wordt verlangd. Die onderneming is gevestigd in Ierland. De opneming van clausule 4.29 had derhalve tot gevolg, dat de levering van de voor het project te Dundalk benodigde buizen werd voorbehouden aan Ierse producenten.

21. De Ierse regering betoogt, dat vermelding van de normen volgens welke het materiaal moet worden vervaardigd, noodzakelijk is, met name in een geval als het onderhavige, waarin de te gebruiken buizen bij het bestaande leidingnet moeten passen. Overeenstemming met een andere norm, zelfs een internationale als ISO 160-1980, zou niet volstaan om bepaalde technische problemen te vermijden.

22. Dit technische argument kan niet worden aanvaard. Het bezwaar van de Commissie geldt niet de eis dat voldaan wordt aan technische vereisten, maar het feit dat de Ierse aanbestedende diensten hebben geweigerd te controleren, of aan die eisen ook wordt voldaan in het geval dat de producent van het materiaal niet door de IIRS is erkend met betrekking tot de norm IS 188. Zo de verwijzing naar de Ierse norm in het bericht van aanbesteding vergezeld was gegaan van de vermelding 'of daarmee overeenstemmend', zoals richtlijn 71/305 voorschrijft voor de gevallen waarin zij van toepassing is, hadden de Ierse autoriteiten de overeenstemming met de technische situatie kunnen controleren, zonder de opdracht bij voorbaat voor te behouden aan gegadigden die voornemens waren Iers materiaal te gebruiken.

23. De Ierse regering heeft verder opgeworpen, dat de in de afgewezen offerte voorgestelde buizen van Spaanse makelij hoe dan ook niet aan de technische vereisten voldeden. Ook dit argument is evenwel irrelevant voor de vraag, of het opnemen van een clausule als clausule 4.29 in een bericht van aanbesteding verenigbaar is met het Verdrag.

24. De Ierse regering betoogt voorts, dat het vereiste van overeenstemming met de Ierse norm gerechtvaardigd is uit overwegingen van volksgezondheid. Deze norm zou waarborgen, dat het water niet in contact komt met de asbestvezels in de cementen buizen, hetgeen funest zou zijn voor de kwaliteit van het drinkwater.

25. Dit argument moet eveneens worden afgewezen. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, was de in- en uitwendige bekleding van de buizen als een afzonderlijk vereiste in het bericht van aanbesteding vermeld. De Ierse regering heeft niet aangetoond, waarom aan dat vereiste niet derwijze werd voldaan, dat de voor de volksgezondheid noodzakelijk geachte afscherming van het water van de asbestvezels verzekerd was.

26. Daar de Ierse regering verder niets heeft aangevoerd wat de conclusies van de Commissie en de Spaanse regering zou kunnen weerleggen, dient het gevorderde te worden toegewezen.

27. Mitsdien moet worden vastgesteld, dat Ierland, door toe te staan dat in de gespecificeerde aanbestedingsvoorwaarden voor een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken een clausule werd opgenomen inhoudende dat de drukbuizen van asbestcement dienden te voldoen aan de Irish Standard Specification 188-1985, overeenkomstig het Irish Standard Mark Licensing Scheme van het Institute for Industrial Research and Standards, de krachtens artikel 30 EEG-Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Niet geoorloofd om te eisen dat er een publiek toegankelijk kantoor in de provincie is; noch dat er beschikt wordt over installaties op minder dan 1000 km afstand van provincie:

*HvJEU 27 oktober 2005, nr. C-234/03:*

79 Uit een en ander volgt dat artikel 49 EG zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst in het bestek voor een overheidsopdracht voor het verlenen van gezondheidsdiensten op het gebied van ademhalingstherapieën aan huis en andere kunstmatige-beademingstechnieken enerzijds een toelatingsvoorwaarde vaststelt, volgens welke de inschrijvende onderneming ten tijde van de inschrijving dient te beschikken over een voor het publiek toegankelijk kantoor in de provinciehoofdstad waar de dienst moet worden verricht, en anderzijds criteria vaststelt voor de beoordeling van de offertes, waarbij extra punten worden toegekend aan de inschrijver die ten tijde van de inschrijving beschikt over installaties voor de productie, de behandeling en de afvulling van zuurstof op minder dan 1000 km van bedoelde provincie, of over voor het publiek toegankelijke kantoren in bepaalde andere plaatsen van die provincie, en waarbij, wanneer verschillende offertes eenzelfde aantal punten behalen, de onderneming wordt bevoordeeld die de betrokken dienst voorheen reeds verrichtte, voorzover deze elementen discriminatoir worden toegepast, niet worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, niet geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, of verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel, wat door de nationale rechter moet worden getoetst.

Geen strijd met proportionaliteits-, gelijkheids- en transparantiebeginsel; criteria mogen kring gegadigden beperken:

*Vzr. Rb. Alkmaar 18 maart 2010, nr. 117231, ECLI:NL:RBALK:2010:BL7898:*

4.10 Volgens Douwe Egberts zijn de handelsvoorwaarden, zoals deze thans zijn geformuleerd, niet verenigbaar met het Werkingsverdrag. Douwe Egberts heeft ter onderbouwing daarvan gesteld dat de voorgeschreven duurzaamheidsvoorwaarden disproportioneel zijn, strijdig met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel zijn, alsmede het vrij verkeer van goederen belemmeren. Dit verweer faalt. Daartoe overweegt de voorzieningenrechter het volgende.

4.11 De gemeenten hebben aangevoerd dat zij bij de keuze voor de handelsvoorwaarden zoals deze thans zijn geformuleerd, aansluiting hebben gezocht bij de fair trade uitgangspunten van FLO, die door het Europese Parlement, de Europese Commissie en de Nederlandse regering zijn onderschreven. Zij hebben in het bijzonder gewezen op de Mededeling van 5 mei 2009 van de Europese Commissie, waarin de Europese Commissie stelt dat de door Fair Trade toegepaste criteria en normen behoren tot de uitgebreidste en meest ambitieuze, omdat zij betrekking hebben op allerlei onderwerpen en voorwaarden die van invloed zijn op de producenten in ontwikkelingslanden, waaronder met name een minimumprijs voor de producent en een premie voor de gemeenschap van de producent. Het staat de gemeenten naar het oordeel van de voorzieningenrechter vrij dat ambitieniveau na te streven.

4.12 Het vorenstaande leidt tot het oordeel dat de voorwaarden die de gemeenten stellen niet als disproportioneel kunnen worden aangemerkt.

4.13 Zoals de gemeenten en Max Havelaar terecht hebben aangevoerd, staat het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers er niet aan in de weg staat dat criteria worden gehanteerd die de kring van gegadigden in sterke mate beperken. Voorwaarde is dat het gaat om criteria die objectief zijn gerechtvaardigd en derhalve niet zijn bedoeld om naar een bepaalde inschrijver toe te schrijven. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is de keuze van de gemeenten om in te kopen volgens de eerlijke handelsnormen aanvaardbaar. De gemeenten en Max Havelaar hebben aangevoerd dat alleen al in Nederland ten minste twintig leveranciers gevestigd zijn die conform de gestelde uitgangspunten kunnen leveren. Douwe Egberts heeft hiertegen ingebracht dat er slechts vijftien Nederlandse leveranciers zijn die het keurmerk van Max Havelaar voeren en dat er slechts vier daarvan in staat zijn aan de gestelde voorwaarden te voldoen. Dit is door de gemeenten en Max Havelaar betwist en tegenover deze betwisting heeft Douwe Egberts de juistheid van haar stelling niet aannemelijk gemaakt, zodat daaraan voorbijgegaan wordt.