

# 21. Verwijzen naar een specifiek merk of fabricaat

## Commentaar bij ECLI:NL:RBOBR:2020:5214

MR. J. HAEST

**De voorzieningenrechter oordeelt dat de inschrijving van de klagen inschrijver terecht is uitgesloten omdat niet is aangetoond dat de aangeboden armaturen gelijkwaardig zijn aan de specificaties die in de aanbestedingsleidraad zijn voorgeschreven. Daarbij is in de technische specificaties verwezen naar een bepaald fabricaat of merk, wat alleen in uitzonderingsgevallen mag. Wanneer is sprake van zo'n uitzondering?**

In onderhavige uitspraak oordeelt de voorzieningenrechter dat de inschrijving van de klagen inschrijver terecht is uitgesloten omdat niet zou zijn aangetoond dat de aangeboden armaturen gelijkwaardig zijn aan de specificaties van de in de aanbestedingsleidraad voorgeschreven armaturen. Aan dit oordeel gaat een interessante en uitgebreide inhoudelijke technische discussie vooraf over onder meer vormgeving, materiaalgebruik en verblindingsrisico. Maar omdat de interessante aspecten van die discussie zien op een palet aan sterk feitelijke standpunten is de uitkomst daarvan juridisch minder interessant. Waar het wel juridisch interessant wordt is rechtsoverweging 4.3 van het vonnis waar de voorzieningenrechter – nadrukkelijk ten overvloede – ingaat op de keuze van de aanbestedende dienst om in de beschrijving van de opdracht specifieke armaturen van een specifieke fabrikant voor te schrijven.

De voorzieningenrechter stelt dat serieus van mening valt te verschillen ten aanzien van de vraag of de aanbestedende dienst hier al dan niet terecht gebruik heeft gemaakt van de uitzonderingsbepaling uit art. 2.76 lid 3 Aanbestedingswet 2012 (AanbW 2012). Daarin is (onder meer) bepaald dat in de technische specificaties niet verwezen mag worden naar een bepaald fabricaat of merk, en dat per saldo dus functioneel beschreven moet worden hetgeen wordt uitgevraagd, *tenzij* door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is wel bepaalde fabricaten of merken op te nemen. Daarbij merkt de voorzieningenrechter op dat hij op voorhand niet inziet waarom de aanbestedende dienst niet had kunnen volstaan met een eenvoudige verwijzing naar algemene technische specificaties, al dan niet aangevuld met wensen ten aanzien van de vorm en materiaalkeuze. Het verwijzen naar een merk en type lijkt volgens de voorzieningenrechter op het eerste gezicht niet nodig voor een 'nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht' zoals bedoeld in art. 2:76 lid 4 AanbW 2012.

Helaas blijft het bij deze opmerking ten overvloede. Tot een echte juridische toets komt de voorzieningenrechter niet omdat de aanbestedende dienst deze juridische discussie met één ferme handveeg van tafel krijgt met een beroep op de vermaledijde Grossmann-doctrine. Wie niet voor inschrijving proactief handelt en vragen stelt over dergelijke materie krijgt in kort geding vrijwel altijd, een enkele uitzondering daargelaten, het argument van rechtsverwerking als onneembare hobbel voor de kiezen. Zo ook in deze kwestie.

De vraag die dan rijst is of het Grossmann-verweer hier wel had moeten slagen, mede gezien het feit dat de voorzieningenrechter in zijn oordeel ten overvloede zelf ook inziet dat hier evident in strijd met de Aanbestedingswet is gehandeld. Die vraag klemt eens te meer omdat er de laatste anderhalf jaar een tendens waarneembaar lijkt waarbij de Grossmann-doctrine in Nederland wat van haar kracht aan het verliezen is. Vergelijk in dat kader de uitspraken van de rechtbank Midden-Nederland van 27 september 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4581 (r.o. 4.19.2) en de rechtbank Midden-Nederland van 1 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5093 (r.o. 4.6.1 en 4.6.2) waarin geoordeeld is dat van de inschrijver niet kan worden verwacht dat hij vóór de sluitingstermijn van inschrijving – op straffe van verval van recht – een kort geding aanhangig maakt indien bezwaren niet worden overgenomen door de aanbestedende dienst. Vergelijk ook een tweetal adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts, te weten advies 426 van 27 oktober 2017 (alinea 5.3.7) en advies 472 van 25 januari 2019 (alinea 6.2.6) waarin duidelijk negatief geoordeeld wordt over de toelaatbaarheid en rechtmatigheid van vergaande rechtsverwerkingsclausules.

En zie ook een belangrijke doorbraak die lijkt te volgen uit een heel recent arrest van het hof Den Haag van 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:220 (r.o. 5.8). In die uitspraak oordeelde het hof dat de aanbestedende dienst geen gerechtvaardigd vertrouwen kon ontlenen dat

een inschrijver zijn bezwaar tegen de gunningssystematiek had opgegeven. Ten eerste niet omdat die inschrijver in zijn vraagstelling zich in zeer kritische bewoordingen heeft uitgelaten over de gunningssystematiek, waarbij de aanbestedende dienst desondanks geen wijzigingen heeft doorgevoerd zodat er geen reden was om aan te nemen dat het bezwaar van de inschrijver was weggenomen. En ten tweede oordeelt het hof dat gegadigden moesten inschrijven om mee te kunnen dingen naar de opdracht, terwijl de Aanbestedingsleidraad geen enkele ruimte liet om bij de inschrijving een voorbehoud te maken voor een bezwaar over de gunningssystematiek. In die omstandigheden kan aan een inschrijving niet zonder meer de conclusie worden verbonden dat een inschrijver een bezwaar dat hij in de inlichtingenfase naar voren heeft gebracht, niet langer handhaaft.

Die uitspraak van het hof sluit dan weer goed aan bij de Kamerbrief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 12 februari 2021<sup>1</sup> waarin de derde herziening van de Gids Proportionaliteit aan de Tweede Kamer is aangeboden. Die herziening dient onder meer ter voorkoming dat aanbestedende diensten te strikte formuleringen hanteren die leiden tot rechtsverwerking in situaties waarin dat niet redelijk is. Zo valt te lezen dat disproportioneel wordt geacht om het niet stellen van een vraag automatisch te laten leiden tot het verval van recht om het onderwerp alsnog aan de orde te stellen, mits sprake is van een *proactieve houding* aan de zijde van inschrijvers/gedigden.

### De hoofdregel is heel duidelijk: de aanbestedende dienst verwijst bij de technische specificaties niet naar een bepaald fabricaat of merk

Die proactieve houding is in de uitspraak waar deze noot op ziet wellicht te mager om te oordelen dat het Grossmann-verweer moet worden gepasseerd. Daarbij was het naar mijn mening niet in het voordeel van de klagende inschrijver dat i) bij Nota van Inlichtingen wel verzocht is de specifiek voorgeschreven eisen ten aanzien van de armaturen te laten vallen, maar daarbij is niet expliciet gewezen op het strakke juridische kader van art. 2.76 AanbW 2012, ii) de vraagstelling ten aanzien van gelijkwaardigheid kritischer had kunnen worden geformuleerd, mogelijk zelfs in klachtvorm en iii) dat na het antwoord van de aanbestedende dienst dat hij de oorspronkelijke eisen handhaaft er geen nadere vragen – of liever nog klachten – zijn ingediend bij de aanbestedende dienst. Partijen hebben in deze uitspraak de discussie over het passeren van het Grossmann-verweer overigens niet gevoerd, omdat de eisende partij niet uit was op heraanbesteding. Was die discussie wel gevoerd, dan

vrees ik dat de klagende inschrijver in dit geval aan het kortste eind had getrokken vanwege de magere proactieve houding.

Terug naar het hoofddebat, de gelijkwaardigheidsdiscussie in het kader van art. 2:76 lid 4 AanbW 2012. Indien de voorzieningenrechter hier wel tot een inhoudelijke toets was gekomen, dan is mijn stellige overtuiging dat de voorzieningenrechter niets anders kon dan zijn aarzelingen ten aanzien van de handelwijze van de aanbestedende dienst te vertalen naar een verbod op het opnemen van een specifiek merk of fabricaat.

De hoofdregel is heel duidelijk: art. 2.76 lid 3 AanbW 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst bij de technische specificaties niet verwijst naar een bepaald fabricaat, of merk. Dat is op grond van art. 2.76 lid 3 en 4 AanbW 2012 slechts toegestaan indien een voldoende nauwkeurige of begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is, én de verwijzing naar het merk vergezeld gaat van de woorden ‘of gelijkwaardig’.

De gedachte die leeft bij veel aanbestedende diensten is dat alleen het opnemen van de woorden ‘of gelijkwaardig’ voldoende is voor het toch opnemen van een bepaald fabricaat, of merk. En dat standpunt is eenvoudigweg onjuist. De toets of het product nauwkeurig en begrijpelijk (functioneel) beschreven kan worden, wordt dan immers uit het oog verloren. In heel veel gevallen is een functionele beschrijving van eisen en kenmerken van producten zeer wel mogelijk.

Zie in dat kader bijvoorbeeld een hele duidelijke uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant 14mei2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2612. Indiëkwestiehadde aanbestedende dienst de specificaties van ‘managed werkplekken’ beschreven in het aanbestedingsdocument, terwijl zij voor andere categorieën werkplekken alleen verwees naar merken. De voorzieningenrechter oordeelde dat hiermee niet is voldaan aan het bepaalde in art. 2.76 lid 4 onder a AanbW 2012, omdat ook voor deze werkplekken een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van de technische eisen van het voorwerp mogelijk is. De verwijzing naar een uniek product van een bepaald merk is onvoldoende om in dit geval als technische minimumeis te kunnen gelden. En vergelijk ook advies 485 van de Commissie van Aanbestedingsexperts van 29 november 2018. Daarin werd geklaagd over een aanbesteder die besloten had een aanbesteding in te trekken omdat in het bestek – onder vermelding van de woorden ‘of gelijkwaardig’ – was verwezen naar merken terwijl een functionele omschrijving van de opdracht ook mogelijk was. De Commissie oordeelde dat inderdaad een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht mogelijk was door toepassing van art. 2.76 lid 1 AanbW 2012. Daarom was het de aanbesteder niet toegestaan om in de technische specificaties naar merken te verwijzen, ook niet onder vermelding van de woorden ‘of gelijkwaardig’. De Commissie oordeelde dan ook dat de aanbesteder een deugdelijke grond voor de intrekking van de aanbesteding heeft gegeven en wees de ingediende klacht op dit punt af.

Met andere woorden: de uitzonderingsregel uit art. 2.76 lid 3 AanbW 2012 zal zich niet snel voordoen. Dat blijkt

<sup>1</sup> <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/02/12/kamerbrief-met-ontwerpbesluit-wijziging-aanbestedingsbesluit-in-verband-met-wijziging-gids-proportionaliteit-rechtsverwerkingsclausules>

ook zonder meer uit advies 67 van de Commissie van Aanbestedingsexperts van 10 februari 2014. In dat advies werd geoordeeld dat de uitzondering op de hoofdregel ook echt alleen geldt in uitzonderingsgevallen (zie randnummer 6.3.4 van advies 67).

Aanbestedende diensten proberen de uitzonderingsregel vaak toch in stelling te brengen door te stellen dat gezien de ‘bestaande situatie’ een bepaald fabricaat of merk wordt voorgeschreven. Gewezen wordt dan op het bestaande straatbeeld of de kwaliteit van de openbare ruimte, als het gaat om bijvoorbeeld het aanbrengen van specifiek straatwerk in het stadscentrum of putdeksels voor de riolering. Of er wordt gewezen op de afstemming van apparatuur of besturing in het kader van systematisch onderhoud, bijvoorbeeld bij armaturen van lantaarnpalen. In onderhavige kwestie is in de leidraad gekozen voor het argument ‘uniformiteit in wegbeeld en efficiëntie in onderhoud’.

Alsgekekenwordt naareenuitspraakvanderrechtbank Noord-Holland 9 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA1157 (en het hiervoor genoemde advies 67 van de Commissie van Aanbestedingsexperts) dan overtuigt dit argument echter niet. In die uitspraak stelde de aanbestedende dienst dat hij bepaalde lichtmasten had voorgeschreven omdat met lichtmasten van een ander merk storingen zouden ontstaan. De rechtbank stelde evenwel vast dat in het werkgebied reeds lichtmasten van andere merken stonden, op grond waarvan het onvoldoende aannemelijk werd geacht dat zich met lichtmasten van een ander merk storingen zullen voordoen. In onderhavig geval doet zich iets vergelijkbaars voor. In het specifieke werkgebied staan namelijk al armaturen van diverse merken die qua vormgeving, materiaalgebruik en verblindingsrisico afwijken van hetgeen bij aanbesteding wordt uitgevraagd. Dat brengt mee dat ook nu heeft te gelden dat die feitelijke omstandigheid er voor zorgt dat de aanbestedende dienst niet met recht kan betogen dat specifieke merken of fabricaten noodzakelijk zijn.

**Het feit dat meerdere fabricaten geschikt zijn bewijst juist dat er bepaalde gemeenschappelijke functionele kenmerken zijn**

De voorzieningenrechter merkt in randnummer 4.3 van het vonnis nog op dat de aanbestedende dienst heeft gesteld

dat er voldoende alternatieven beschikbaar zouden zijn van andere fabrikanten die beantwoordden aan de gestelde eisen met betrekking tot gelijkwaardigheid. En dus zou de concurrentie volgens de aanbestedende dienst zeker niet zijn uitgesloten. Ik zou menen dat de aanbestedende dienst zich met dit standpunt juist stevig in de voet schiet. Want het feit dat kennelijke meerdere fabricaten geschikt zijn bewijst nu juist dat er bepaalde gemeenschappelijke functionele kenmerken zijn. En dus hadden de armaturen prima functioneel omschreven kunnen worden en was het vermelden van een specifiek merk of fabricaat niet noodzakelijk. Vergelijk ook hier het oordeel onder randnummer 6.3.4 van advies 67 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Ik kom dan ook tot de conclusie dat de aanbestedende dienst in onderhavige kwestie niet mocht verwijzen naar een specifiek merk of fabricaat.

### Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Conclusie is dat de uitzonderingsregel uit art. 2:76 lid 3 en 4 AanbW 2012, waarbij specifieke merken of fabricaten mogen worden voorgeschreven, zich alleen in uitzonderingsgevallen voordoet. In onderhavige kwestie was de aanbestedende dienst in ieder geval niet gerechtigd de uitzonderingsregel in stelling te brengen.

Vuistregel zou moeten zijn dat aanbestedende diensten erg terughoudend moeten omgaan met de uitzonderingsregel uit art. 2:76 lid 3 en 4 AanbW 2012. De aanbestedende dienst moet altijd met de nodige zorgvuldigheid de toets aanleggen of functioneel specificeren dan wel verwijzen naar algemene technische specificaties, al dan niet aangevuld met wensen ten aanzien van de vorm en materiaalkeuze, voldoende is.

En als tweede vuistregel noem ik met nadruk dat voorkomen moet worden dat aanbestedende diensten te strikte formuleringen hanteren die leiden tot rechtsverwerking in situaties waarin dat niet redelijk is. Vergelijk in dat kader de belangrijke tweede herziening van de Gids Proportionaliteit.

*Deze annotatie is afgerond op 2 februari 2021.*

Over de auteur

**Mr. J. Haest**

Advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten.