

Functionele eisen aan afvalcontainer

In 2013 is de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) in het leven geroepen door de overheid. De CvAE creëert een mogelijkheid om een geschil over een aanbesteding voor te leggen voor bemiddeling of niet-bindend advies zodat niet meteen een kort geding bij de rechter aanhangig gemaakt hoeft te worden. Door een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van klachten moeten de adviezen van de CvAE bijdragen aan oplossingen bij geschillen, de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verbeteren en leereffecten teweegbrengen bij aanbestedende diensten en ondernemingen. Een advies van de CvAE dat eerder dit jaar gegeven is, gerelateerd aan de afval- & recyclingbranche wordt hieronder toegelicht.

MR. W.T.G (DENNIS) BEEKHUIJZEN

De adviezen van de CvAE zijn weliswaar niet bindend maar wel zwaarwegend. In de meeste gevallen worden deze adviezen gevolgd door de aanbestedende diensten en zelfs rechters houden in toenemende mate in hun vonnissen rekening met eerder gegeven adviezen door de CvAE.

Functionele eisen

Een veelgehoord geluid is dat aanbestedende diensten een voorkeur hebben voor een bepaalde inschrijver en door middel van de inhoud van de aanbestedingsstukken de uitkomst van een aanbestedingsprocedure naar deze partij toeschrijven. De CvAE heeft geoordeeld over een zaak waarbij werd geklaagd dat ten onrechte specifieke eisen werden gesteld aan mini-containers zodat feitelijk maar één inschrijver als winnaar uit de bus kon komen. Daar waar functionele eisen gesteld hadden kunnen en moeten worden zodat meerdere partijen konden inschrijven.

Mag je eisen dat een minicontainer voorzien wordt van een bepaalde reflector of moet je als functionele eis stellen dat de minicontainer aan beide zijden goed zichtbaar moet zijn gedurende een aantal jaar?

Mag je een wanddikte van 3,8 mm. eisen als containers met een dunnere wand wel aan de gevraagde functionele norm voldoen om een bepaalde massa te dragen?

Mag je eisen dat de achterzijde van de

container een mogelijkheid voor bewoners heeft om met gebruik van een 'voet-hulp' de container makkelijk te kantelen? Of moet je als functionele eis stellen dat met een bepaald gewicht gevulde container zonder grote inspanning een bepaald aantal meters te verplaatsen moet zijn, ook door mensen met beperkte lichamelijke kracht?

Toegeschreven naar één leverancier?

Een aanbestedende dienst heeft een Europese, openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor leveringen: het leveren en uitzetten van minicontainers bestemd voor het inzamelen van restafval, GFT en papier.

Een aantal leveranciers van inzamelcontainers vond dat de gestelde eisen aan de minicontainers in deze aanbesteding dusdanig gesteld waren dat slechts één leverancier aan deze eisen kon voldoen zodat geen sprake kon zijn van concurrerende aanbiedingen. Er zijn door de mogelijke inschrijvers vragen gesteld in de vragenronde over deze eisen maar de aanbestedende dienst hield voet bij stuk. In de Nota van inlichtingen gaf de aanbestedende dienst aan dat de eisen misschien enige creativiteit en inventiviteit vragen maar dat de eisen geen partijen uitsluiten.

De branchevereniging, die de belangen behartigt van leveranciers van inzamelcontainers, heeft vervolgens een brief aan de aanbestedende dienst gestuurd. Zij gaf in deze brief aan dat een belang-

rijk uitgangspunt is dat aanbestedingsprocedures transparant zijn en dat zoveel mogelijk leveranciers kunnen inschrijven. De aanbestedingscriteria in deze procedure zijn zo strikt dat slechts één leverancier daar aan kan voldoen en bovendien hebben die eisen geen invloed op het doel, de kwaliteit of het functioneren van de inzamelcontainer en zijn naar de mening van de branchevereniging daardoor ten onrechte discriminatoir.

De branchevereniging verzoekt de eisen aan te passen zodat zij niet langer discriminatoir maar vooral functioneel zijn en meerdere partijen in kunnen schrijven. De aanbestedende dienst blijft bij haar standpunt, waarna de klacht wordt ingediend bij de CvAE.

Beoordeling door de CvAE

De Commissie toetst aan de artikelen 1.8 en 1.10 van de Aanbestedingswet 2012, waarin staat dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt en slechts eisen mag stellen aan de inschrijvingen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

De CvAE geeft ook aan dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. Daarbij zal de aanbestedende dienst (op grond van artikel 2.76 Aanbestedingswet 2012) echter wel zoveel mogelijk moeten aansluiten bij de in de markt gehanteerde standaarden of zijn eisen functioneel moeten specificeren.

De CvAE overweegt dan ook dat in beginsel een aanbestedende dienst mag vragen om maatwerk, mits hij de eisen dan zoveel mogelijk functioneel specificiert. Het uitvragen van maatwerk wordt naar het oordeel van de CvAE echter problematisch indien de markt dat maatwerk niet eenvoudig kan realiseren. Dat is al snel het geval bij standaardproducten die in grote aantallen worden aangeboden en waarbij veel inspanningen van de marktpartijen worden gevraagd om door één aanbestedende dienst gevraagde wijzigingen in dat aanbod aan te brengen. Als slechts één inschrijver aan de gevraagde maatwerkeisen kan voldoen, zal volgens de CvAE al snel sprake kunnen zijn van eisen die niet in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht en mogelijk zelfs van eisen waarmee de aanbestedende dienst de inschrijvers niet meer op gelijke wijze en niet-discriminerende wijze behandelt. Dit is zeker het geval wanneer de gevraagde maatwerkeisen zijn toegeschreven naar die éne onderneming.

Dit laat natuurlijk onverlet dat een aanbestedende dienst ter stimulering van innovatie nieuwe en van de standaard afwijkende producten kan uitvragen. Ook in dat geval zal de aanbestedende dienst deze innovatieve producten zoveel mogelijk functioneel moeten specificeren.

Voor de CvAE staat vast dat de containers uit het assortiment van de potentiële inschrijvers niet eenvoudig zijn te wijzigen in het kader van een concrete aanbestedingsprocedure én dat bij deze aanbesteding slechts één leverancier aan de combinatie van eisen kon voldoen.

Europese norm

De aanbestedende dienst heeft in de aanbestedingsstukken verwezen naar een Europese norm maar is ook op onderdelen weer afgeweken van die norm. Het doel van normen is het standaardiseren van de eisen waaraan producten moeten voldoen opdat fabrikanten weten dat wanneer zij producten maken die aan de normen voldoen, deze overall in de Europese Unie aanvaard moeten worden door aanbestedende diensten. Het zonder noodzaak afwijken van normen benadeelt bepaalde fabrikanten die immers geen rekening hebben kunnen houden met die afwijkingen.

Conclusie

De Commissie komt tot de conclusie dat de aanbestedende dienst in dit geval on-



voldoende heeft verwezen naar standaarden en de eisen onvoldoende functioneel heeft gespecificeerd, terwijl dat wel mogelijk was geweest. Nu er onvoldoende functioneel is gespecificeerd en slechts één leverancier in staat is aan de combinatie van eisen van de aanbestedende dienst te voldoen, is de CvAE van oordeel dat de combinatie van de eisen niet meer in een redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht en de aanbestedende dienst de inschrijvers niet op gelijke en niet-discriminerende wijze heeft behandeld.

Tot slot geeft de CvAE nog een aanbeveling in haar advies: omdat op de markt aangeboden producten doorgaans niet identiek zijn, is het vaak op eenvoudige wijze mogelijk door het stellen van een paar niet-functionele eisen alle producten op één na uit te sluiten. Als dit zonder noodzaak gebeurt, handelt een aanbestedende dienst ondoelmatig en on-

rechtmatig. Het doel van de Europese Richtlijnen, waarop onze Aanbestedingswet is gebaseerd, is het openstellen van de Europese overheidsmarkt voor zoveel mogelijk leveranciers.

Mogelijkheden

Wordt u geconfronteerd met een aanbesteding waar, volgens u, bij voorbaat maar één inschrijver als winnaar uit de bus kan komen, terwijl met gebruikmaking van functionele specificaties uw product ook prima zou voldoen en u succesvol in zou kunnen schrijven? Weet dan dat er mogelijkheden zijn dit aan te kaarten bij de aanbestedende dienst en desnoods een klacht bij de CvAE of het starten van een kort geding er voor kunnen zorgen dat alsnog functionele specificaties gesteld moeten worden, zodat ook u wellicht succesvol in kunt schrijven! ■

Mr. W.T.G (Dennis) Beekhuijzen is als advocaat werkzaam bij Van Iersel Luchtman Advocaten op de vestiging 's-Hertogenbosch. Hij is gespecialiseerd in aanbestedingsrecht en civiel bouwrecht. Dennis maakt tevens deel uit van het brancheteam Afval & Recycling.

E-mail: w.beekhuijzen@vil.nl

Tel. nr.: 088-90 80 800

