

Advies 293

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft op 28 mei 2015 een aankondiging geplaatst voor een Europese openbare procedure. De aanbesteding betreft een raamovereenkomst met één of meerdere leveranciers voor de levering van chemicaliën en laboratoriumbenodigdheden.

1.2. In het Aanbestedingsdocument "openbare Europese aanbesteding Chemicaliën en laboratoriumbenodigdheden" (hierna: "Aanbestedingsdocument") is in onderdeel 1.2 ("Specifieke begrippen onderhavige aanbesteding") het volgende bepaald:

'Origineel product	Het product dat [beklaagde] nu afneemt.
Alternatief product	Een product dat minimaal over dezelfde technische eigenschappen beschikt als het originele product.

(...)

Merkloos product	Product waarvan de merknaam niet relevant is of de merknaam ontbreekt.'
------------------	---

1.3. In onderdeel 3 ("Omschrijving van de opdracht") van het Aanbestedingsdocument is bepaald:

3.2 Aanleiding voor en uitgangspunten van de opdracht

De chemicaliën en de laboratoriumbenodigdheden worden gekocht bij een groot aantal (ongeveer 100) verschillende leveranciers. Met een aantal leveranciers zijn prijsafspraken gemaakt. [Beklaagde] wil een raamovereenkomst afsluiten met één of meerdere leveranciers voor de levering van chemicaliën en laboratoriumbenodigdheden met als streven eenduidigheid te creëren in prijzen en de logistiek omtrent de levering.

Binnen de [organisatie van beklaagde] worden chemicaliën en laboratoriumbenodigdheden overwegend gebruikt voor onderzoek en onderwijsdoeleinden binnen de faculteit Wiskunde en Natuurwetenschappen (hierna te noemen FWN).

3.3 Omschrijving van de opdracht

De scope van de Europese aanbesteding wordt als volgt vormgegeven;

- Standaard laboratorium chemicaliën welke het meest gebruikt worden of op voorraad liggen en die normaal te leveren zijn.
- Standaard laboratoriumbenodigdheden welke het meest gebruikt worden of op voorraad liggen en die normaal te leveren zijn.

Voor bepaalde producten worden alternatieven uitgevraagd. De alternatieven dienen minimaal over dezelfde technische eigenschappen te beschikken als het originele Product.

De standaardproducten zoals die zijn omschreven vertegenwoordigen een omzet van ongeveer € 500.000,- per jaar. Aan deze omzet kunnen geen rechten ontleend worden.

Chemicaliën en laboratoriumbenodigdheden welke zelden of sporadisch worden afgenomen vallen buiten deze aanbesteding en zullen in een latere separate aanbesteding op de markt worden gebracht.

(...)

3.4 Overeenkomst

[Beklaagde] wil een raamovereenkomst sluiten met één (1) inschrijver per perceel voor de periode van twee (2) jaar, met twee (2) opties tot verlenging van elk één (1) jaar. De raamovereenkomst zal ingaan op 1 februari 2016 en eindigt van rechtswege op 31 januari 2018.

- 1.4. In onderdeel 4 ("Aanbestedingsprocedure") van het Aanbestedingsdocument is bepaald:

4.6 Voorwaarden

(...)

Gelijkwaardigheid

Daar waar in dit aanbestedingsdocument een merk-, type-, of fabricaatnaam staat vermeld, dient daarbij de toevoeging "of gelijkwaardig" gelezen te worden.

(...)

4.7 Beoordelingsprocedure

(...)

4. Gunningscriterium

Van de inschrijvers die een offerte indienen die voldoet aan de formele eisen, uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen en die onvoorwaardelijk voldoet aan het programma van eisen worden afzonderlijk beoordeeld op het gunningscriterium de economisch meest voordelige inschrijving. Dit gunningscriterium bestaat uit de subcriteria met bijbehorende weging zoals vermeld in onderstaande tabellen.

Perceel 1 Standaard laboratorium chemicaliën

Nr	Subcriteria	Weging (punten)	Nr	Onderdelen	Weging (punten)
G1	Prijs	800	G1.1	Vaste prijs originele producten kernassortiment	600
			G1.2	Vaste prijs alternatieve producten kernassortiment	200
			Totaal G1		800
G2	Plan van aanpak	150	G2.1	Bestellen en leveren	30
			G2.2	Leveringsbetrouwbaarheid	80
			G2.3	Terughalen van producten	30
			G2.4	Klachtenprocedure	10
Totaal G2		150			
G3	Projectplan	50	G3.1	Planning	20
			G3.2	Omschakeling magazijn	30
Totaal G3		50			
Totaal		1000			

Perceel 2 Oplosmiddelen technische kwaliteit

Nr	Subcriteria	Weging (punten)	Nr	Onderdelen	Weging (punten)
G1	Prijs	800	G1.1	Vaste prijs producten kernassortiment	800
			Totaal G1		800
G2	Plan van aanpak	150	G2.1	Bestellen en leveren	30
			G2.2	Leveringsbetrouwbaarheid	80
			G2.3	Terughalen van producten	30
			G2.4	Klachtenprocedure	10
Totaal G2		150			
G3	Projectplan	50	G3.1	Planning	20
			G3.2	Omschakeling magazijn	30
			Totaal G3		50
Totaal		1000			

De percelen 3 en 4 kennen een tabel die identiek is aan die voor perceel 1.

- 1.5. In de "Beschrijving en beoordeling subcriterium openbare Europese aanbesteding Chemicaliën en laboratoriumbenodigdheden" (hierna: "Beschrijving") staat in onderdeel 8 ("Beschrijving gunningscriterium"):

'8.1 Subcriterium Prijs (G1)

Onderdeel van de beoordeling is de ingediende Prijs (fictieve inschrijfsom), subcriterium G1, voor de opdracht.

De aangeboden fictieve Prijs wordt beoordeeld op basis van de methode zoals beschreven in hoofdstuk 9 'Beoordeling subcriteria'.

Het subcriterium Prijs bestaat uit twee onderdelen;

- **Vaste prijs originele producten kernassortiment**

Inschrijver dient voor alle originele producten die opgenomen zijn in het Prijsinvalformulier prijzen aan te bieden. Prijzen voor de producten die opgenomen zijn in het Prijsinvalformulier kernassortiment dienen voor de gehele looptijd te worden vastgezet.

- **Vaste prijs alternatieve producten kernassortiment**

Inschrijver dient waar gevraagd voor originele producten die opgenomen zijn in het Prijsinvalformulier kernassortiment alternatieve producten aan te bieden. Prijzen voor de alternatieve producten die opgenomen zijn in het Prijsinvalformulier kernassortiment dienen voor de gehele looptijd te worden vastgezet.

Bij dit aanbestedingsdocument is een Prijsinvalformulier kernassortiment gevoegd. Dit formulier dient door inschrijver te worden ingevuld overeenkomstig de eisen die aan de 'Prijs' zijn gesteld in het 'programma van eisen'.

(...)

Perceel 1 Standaard laboratorium chemicaliën

Prijzenblad originelen									
Artikelnaam Chemicaliën	Verpakking	Huidige producent	Art.nr producent	CAS- nummer	Magazijn voorraadartikel	Specificaties	Prijs excl BTW	Fictieve afname	Prijs x Afname
Kolom A - Artikelnaam:	Naam van het te leveren product								
Kolom B - Verpakking:	Huidige en gewenste verpakkingseenheid								
Kolom C - Huidige producent:	De fabrikant van het product (de maker)								
Kolom D - Art. nr. producent:	Artikelnummer van de huidige producent (kolom C)								
Kolom E - CAS-nummer:	Een CAS-nummer is een unieke numerieke identificatie voor chemische elementen, componenten, polymeren, en legeringen. CAS staat voor Chemical Abstracts Service.								
Kolom F - Magazijn voorraadartikel	In deze kolom wordt aangegeven of het betreffende artikel in het magazijn op voorraad ligt. Dit wordt aangegeven met een 'x' indien het een magazijn artikel betreft. Deze informatie wordt verstrekt ten behoeve van uw invulling subcriterium G3.2: Omschakelen magazijn								
Kolom G - Specificaties:	Inhoudelijke (technische) eigenschappen van het artikel. Daar waar het merkloze artikelen betreft zijn er in een bijlage de specificaties uitgewerkt. In deze kolom wordt dit aangeduid met de tekst 'zie bijlage'								
Kolom H - Prijs excl. BTW:	All-in prijs in Euro's (€) voor het originele artikel inclusief alle gemoeide kosten en kortingen								
Kolom I - Fictieve afname:	Indicatie van de afname in betreffende verpakkingseenheid gebaseerd op historische gegevens, deze gegevens worden gebruikt als weging van de prijs								
Kolom J - Prijs x afname:	De prijs uit kolom H wordt hier vermenigvuldigd met de fictieve afname in kolom I								

Prijzenblad alternatieven							
Prijs excl BTW	Verpakking	Fictieve afname	Prijs x Afname	Omschrijving	Producent	Artikel nr. producent	Artikel nr. leverancier
Kolom L - Prijs excl. BTW:	All-in prijs in Euro's (€) voor het alternatieve artikel inclusief alle gemoeide kosten en kortingen						
Kolom M - Verpakking:	De prijs van het alternatieve artikel moet gebaseerd zijn op dezelfde verpakking als het origineel, daarom wordt hier opnieuw de verpakkingseenheid van het origineel genoemd						
Kolom N - Fictieve afname:	Indicatie van de afname gebaseerd op historische gegevens, deze gegevens worden gebruikt als weging van de prijs						
Kolom O - Prijs x afname:	De prijs uit kolom L wordt hier vermenigvuldigd met de fictieve afname in kolom N						
Kolom P - Omschrijving:	Naam van het product dat u aanbiedt						
Kolom Q - Producent:	De fabrikant van het alternatieve product (de maker)						
Kolom R - Art. nr. producent:	Artikelnummer van de producent (kolom Q)						
Kolom S - Art. nr. leverancier:	Artikelnummer dat door de inschrijver gebruikt wordt voor het betreffende alternatieve product						

Ter informatie: Niet voor alle producten worden alternatieven uitgevraagd. Indien het invulvak zwart gemaakt is dient u voor het betreffende product geen alternatief aan te beiden.

1.6. Een gedeelte van het prijsinvalformulier Perceel 1 wordt hieronder weergegeven:

Prijzenblad originelen						
Artikelnaam Chemicaliën	Huidige producent	Art. nr producent	Specificaties	Prijs excl BTW	Fictieve afname	Prijs x Afname
ACETON, AR	Biosolve	01030501		€0,00		
ACETON, AR GRADE	Macron	6776-25		€0,00		
Aceton ACS Qualiteit	Baker	8.002		€0,00		
ACETONINTRIL HPLC, GRADE	Merkloos		Zie bijlage, toegevoegd bij	€0,00		

			eis 2.1.2			
Acetonitril	BDH/Prolabo	83639.320S A		€0,00		
Acetonitril S qual	Biosolve	01200702		€0,00		
Acetonitril Supra MS qual	Biosolve	01203502		€0,00		
ACETONITRIL HPLC-S GR. GRADE	Biosolve	1200701		€0,00		
Acetonitril, LCMS Qualiteit (...)	Baker	9821		€0,00		

1.7. In de in de tabel genoemde bijlage wordt het volgende vermeld:

Productspecificatie
76025302 Acetonitril, HPLC gradient grade

CAS-nummer : [75-05-8]
 Brutoformule : C₂H₃N
 Molecuul massa g/mol : 41,05

Specificatie:

Gehalte (GC, watervrije basis))	%	min. 99,9
Beschrijving		heldere, kleurloze vloeistof
Aciditeit (als CH ₃ COOH)0	%	max. 0,002
Alkaliteit (als NH ₃)	%	max. 0,0002
Kleur	APHA	max. 5
Droogrest	% (w/w)	max. 0,0002
Water (KF)	%	max. 0,02

Fluorescentie als Kinine:

Bij 254 nm	ppb	max. 0,5
Bij 365 nm	ppb	max. 0,5

UV transmissie:

193 nm	%	min. 60
195 nm	%	min. 80
200 nm	%	min. 95
220 nm	%	min. 98
230 nm	%	min. 98
254 nm	%	min. 99

LC gradiënt:

Bij 210 nm	AU	max. 0,002
Bij 254 nm	AU	max. 0,0005

Drift:

Bij 210 nm	AU	max. 0,01
Bij 254 nm	AU	max. 0,003'

1.8. In onderdeel 9 ("Beoordeling gunningscriterium") van de Beschrijving is bepaald:

9.1 Subcriterium Prijs (G1)

De beoordeling van de prijs vindt plaats op basis van de *fictieve som*.

Hierbij wordt de prijs per eenheid vermenigvuldigd met een op historische gegevens gebaseerd fictief aantal (artikelen) per jaar (de wegingsfactor). Optelling resulteert vervolgens in een *fictieve som*.

Het subcriterium Prijs bestaat voor de percelen 1, 3 & 4 uit twee onderdelen;

G1.1 Vaste prijs originele producten kernassortiment

Prijzen voor de originele producten die opgenomen zijn dienen voor de gehele looptijd te worden vastgezet.

Het kernassortiment is door de jaren heen gegroeid en is een weergave van wat [beklaagde] gewend is te bestellen of op voorraad heeft liggen.

Het Kernassortiment is niet statisch en zal naar alle waarschijnlijkheid gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst ook wijzigen omdat bijvoorbeeld:

- [beklaagde] besluit geen gebruik meer te maken van een product uit het kernassortiment.
- Een product wordt niet meer gemaakt door de producent en er komt een ander product voor in de plaats.
- [beklaagde] gaat vaker of minder gebruik maken van een product dat (nog) niet tot het kernassortiment behoort.
- Et cetera.

Merkloze producten

In het kernassortiment zijn bij de originele producten in een aantal gevallen ook merkloze producten opgenomen. Dit betekent dat de merknaam ontbreekt. Het gaat hierbij met name om eenvoudige alledaagse producten zonder bijzondere specificaties. [beklaagde] levert hiertoe in separate bijlage de technische specificaties aan.

Er worden geen additionele kosten in rekening gebracht. Alle met de levering gemoeide kosten (zoals onder andere verpakkingskosten, administratie, transport, etc.) dienen verwerkt te zijn in de prijs.

G1.2 Vaste prijs alternatieve producten kernassortiment

Inschrijver dient, indien aangegeven, voor de originele producten die opgenomen zijn in het Prijsinvalformulier kernassortiment (separate bijlage) alternatieven aan te bieden. Prijzen voor de alternatieve producten die opgenomen zijn in het Prijsinvalformulier kernassortiment (separate bijlage) dienen voor de gehele looptijd te worden vastgezet. Er worden geen additionele kosten in rekening gebracht. Alle met de levering gemoeide kosten (zoals onder andere verpakkingskosten, administratie, transport, etc.) dienen verwerkt te zijn in de prijs.

Het is aan [beklaagde] om te bepalen of een alternatief als gelijkwaardig bestempeld kan worden. Het alternatieve Product dient minimaal over dezelfde technische eigenschappen te beschikken als het originele product.

[Beklaagde] behoudt zich het recht voor de gelijkwaardigheid van geoffreerde alternatieven te verifiëren en acht zich in staat om de gelijkwaardigheid van alternatieve producten te beoordelen. Deze beoordeling vindt in beginsel plaats aan de hand van een beschrijving van het product, haar producteigenschappen en overige inhoudelijke (eventueel technische) specificaties.

Indien er gerede twijfel bestaat over de gelijkwaardigheid van het aangeboden alternatief zal [beklaagde] gebruik maken van haar recht om navraag te doen bij de inschrijver. Indien ook hieruit blijkt dat het aangeboden alternatief niet voldoet aan de gestelde eisen, leidt dit onverwijld tot uitsluiting van de inschrijving.

Beoordelingswijze

G1.1 Vaste prijs originele producten kernassortiment:

De beoordeling van de prijs vindt plaats op basis van de fictieve som originele producten kernassortiment. Hierbij wordt de prijs per eenheid vermenigvuldigd

met een op historische gegevens gebaseerd fictief aantal (artikelen) per jaar (de wegingsfactor). Optelling resulteert vervolgens in een fictieve som.

G1.2 Vaste prijs alternatieve producten kernassortiment:

De beoordeling van de prijs vindt plaats op basis van de fictieve som alternatieve producten kernassortiment. Hierbij wordt de prijs per eenheid vermenigvuldigt met een op historische gegevens gebaseerd fictief aantal (artikelen) per jaar (de wegingsfactor). Optelling resulteert vervolgens in een fictieve som.

Toekenning punten

Het subcriterium Prijs is een belangrijk onderdeel van de gunning.

G1.1 Voor de vaste prijs originele producten kernassortiment kunnen maximaal 600 punten worden behaald.

G1.2 Voor de vaste prijs alternatieve producten kernassortiment kunnen maximaal 200 punten worden behaald.

De puntentoekenning van de Prijs wordt als volgt uitgevoerd:

G1.1 Vaste prijs originele producten kernassortiment

De inschrijver met de laagst aangeboden fictieve Prijs voor het kernassortiment originele producten ontvangt het maximale aantal punten (600 punten). Van de andere inschrijvers wordt het percentage bepaald dat de aangeboden Prijs hoger is. De berekening van dit percentage is altijd ten opzichte van de laagst aangeboden Prijs. De inschrijvers krijgen op basis van dit percentage minder punten. Het aantal punten wordt op 2 decimalen afgerond.

Voorbeeld:

$$\frac{(\text{aangeboden fictieve prijs} - \text{laagst aangeboden fictieve prijs})}{(\text{laagste aangeboden fictieve prijs})} \times 100\% = (\text{percentage afwijking})$$

Ieder procent dat de aangeboden fictieve prijs van de inschrijver hoger is dan de laagste inschrijving worden 6 punten in mindering gebracht op het totaal te behalen aantal punten.

Voorbeeld:

Laagste prijs = 600 punten
1% hogere prijs = 594 punten
2% hogere prijs = 588 punten
3% hogere prijs = 582 punten
Enz.

G1.1 Vaste prijs alternatieve producten kernassortiment

De inschrijver met de laagst aangeboden fictieve Prijs voor het kernassortiment alternatieve producten ontvangt het maximale aantal punten (200 punten). Van de andere inschrijvers wordt het percentage bepaald dat de aangeboden Prijs hoger is. De berekening van dit percentage is altijd ten opzichte van de laagst aangeboden Prijs. De inschrijvers krijgen op basis van dit percentage minder punten. Het aantal punten wordt op 2 decimalen afgerond.

Voorbeeld:

$$\frac{(\text{aangeboden fictieve prijs} - \text{laagst aangeboden fictieve prijs})}{(\text{laagste aangeboden fictieve prijs})} \times 100\% = (\text{percentage afwijking})$$

Ieder procent dat de aangeboden prijs van de inschrijver hoger is dan de laagste inschrijving worden 2 punten in mindering gebracht op het totaal te behalen aantal punten.

Voorbeeld:

Laagste prijs = 200 punten

1% hogere prijs = 198 punten

2% hogere prijs = 196 punten

3% hogere prijs = 194 punten

Enz.

Totaal score subcriterium Prijs

Punten G1.1 + punten G1.2 = Totaal score Subcriterium Prijs'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

De verwijzing naar merken in de technische specificaties is ongemotiveerd.

2.2. Klachtonderdeel 2

Er is sprake van een ongelijke behandeling van alternatieve gelijkwaardige producten.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

3.1.1. In hoofdstuk 8 van het Aanbestedingsdocument heeft beklagde de subcriteria van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving opgenomen. Het subcriterium Prijs is beschreven in paragraaf 8.1 van het Aanbestedingsdocument. In combinatie met de prijsinvulformulieren volgt dat inschrijvers specifiek benoemde merken en producten moeten aanbieden (de zogeheten 'originele producten'). Daarnaast moeten inschrijvers voor bepaalde producten, in aanvulling op de originele producten, tevens alternatieve producten aanbieden.

3.1.2. Op grond van art. 2.76, vijfde lid, Aw 2012 is het onder meer verboden te verwijzen naar specifieke merken of fabricaten, tenzij die verwijzing door het voorwerp van de opdracht wordt gerechtvaardigd. Beklaagde heeft aangegeven dat zij geen wijziging wenst door te voeren in haar bestaande assortiment uit vrees voor mogelijke effecten van dergelijke wijzigingen op diagnostische uitslagen. Beklaagde stelt dat aantoonbaar zou zijn dat negatieve effecten optreden bij wijziging van bestaande producten, maar laat in het geheel na de effecten daadwerkelijk aan te tonen. Beklaagde specificeert bijvoorbeeld zelfs niet welke producten het betreft en welke negatieve effecten zouden optreden. De generieke vrees dat mogelijk negatieve effecten zouden kunnen optreden bij wijziging van producten – waarbij die effecten derhalve allerminst vast staan – gaat bovendien geheel voorbij aan de gelijkwaardigheid van aan te bieden alternatieven. Die alternatieven worden wereldwijd ingezet door academische ziekenhuizen, waardoor ongeloofwaardig is dat die alternatieven ongeschikt zouden zijn voor het door beklagde beoogde doel. Bovendien is de toets van gelijkwaardigheid eerst mogelijk na bekendheid met aangeboden alternatieven en kan die toets niet op voorhand

op basis van de generieke wens alles bij het oude te laten worden uitgevoerd waarbij ieder mogelijk alternatief op voorhand wordt uitgesloten.

- 3.1.3. Het voorwerp van de opdracht rechtvaardigt allerm minst het specifiek benoemen van verplicht aan te bieden originele producten. Integendeel, de raamovereenkomst heeft betrekking op standaard chemicaliën en standaard laboratoriumbenodigdheden, zo volgt duidelijk uit paragraaf 3.3 van het Aanbestedingsdocument, zodat van unieke producten geen sprake is. De uitdrukkelijk wens van beklagde om geen wijziging aan te brengen in haar huidige assortiment producten is in ieder geval geen rechtvaardiging voor een rechtstreekse verwijzing naar bepaalde merken en fabricaten, aangezien die wens in strijd is met de Aanbestedingswet 2012.
- 3.1.4. Het is bovendien heel goed mogelijk de gewenste producten functioneel te specificeren, zoals blijkt uit de technische specificaties voor merkloze artikelen die beklagde als bijlage bij het Aanbestedingsdocument voegde (bijlagen 10-A tot en met 10-I: functionele specificaties merkloze producten perceel 1, ook bij de overige percelen zijn vergelijkbare functionele specificaties van merkloze producten bij het Aanbestedingsdocument gevoegd). In paragraaf 9.1 onder G1.1 van het aanbestedingsdocument schrijft beklagde hierover:
- 'Merkloze producten
In het kernassortiment zijn bij de originele producten in een aantal gevallen ook merkloze producten opgenomen. Dit betekent dat de merknaam ontbreekt. Het gaat hierbij met name om eenvoudige alledaagse producten zonder bijzondere specificaties. De [beklaagde] levert hiertoe in separate bijlage de technische specificaties aan.'*
- 3.1.5. Beklaagde had niet mogen volstaan met het functioneel specificeren van alleen de merkloze producten in haar huidige assortiment, maar had alle uitgevraagde producten op die wijze moeten specificeren. Uit de technische specificaties van de merkloze producten volgt immers duidelijk dat een dergelijke specificatie mogelijk is. Daarmee staat vast dat door middel van een functionele specificatie een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht mogelijk is, zodat de voorwaarde voor rechtstreekse verwijzing naar merken en fabricaten als bepaald in art. 2.76, zesde lid, sub a, Aw 2012 niet is vervuld. Beklaagde probeert deze uitzondering op de hoofdregel van functionele specificatie in strijd met de Aanbestedingswet op te rekken tot producten waarvoor functionele specificatie weliswaar mogelijk is, maar door beklagde niet wordt gewenst.
- 3.1.6. De omstandigheid dat het functioneel specificeren in plaats van verwijzing naar een specifiek merk of fabricaat mogelijk meer inspanning vergt bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure is geen rechtvaardiging om functionele specificatie achterwege te laten, zo volgt duidelijk uit recente Nederlandse rechtspraak (Rb. Midden-Nederland (vzr.) 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685, r.o. 4.3 t/m 4.6, Medtronic c.s./UMC Utrecht).
- 3.1.7. Voor zover beklagde meent dat bepaalde producten niet functioneel zijn te specificeren, hetgeen wordt betwist, had beklagde daartoe per specifiek benoemd product een motivering voor moeten geven, hetgeen beklagde naliët, zowel in de aanbestedingsstukken als in de reactie op de klacht van klager. Een generieke motivering die op een groot aantal verschillende producten betrekking heeft, volstaat in dat verband niet.

3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. Zelfs wanneer klachtonderdeel 1 niet zou slagen zijn de technische specificaties in strijd met de Aanbestedingswet. Ook wanneer het voorwerp van de opdracht zou rechtvaardigen dat rechtstreeks wordt verwezen naar merken en fabricaten, hetgeen wordt betwist, is een dergelijke verwijzing op grond van art. 2.76, zesde lid, sub b, Aw 2012 slechts mogelijk indien bij iedere melding en verwijzing de woorden "of gelijkwaardig" zijn toegevoegd. Beklaagde nam in paragraaf 4.6 van het Aanbestedingsdocument weliswaar op dat bij vermelde producten dient te worden gelezen "of gelijkwaardig" maar heeft die bepaling vervolgens weer ongedaan gemaakt door middel van de gunningssystematiek. Dit leidt tot een rechtstreekse belemmering van de werking van de interne markt en is daardoor onrechtmatig (HvJ EG 24 januari 1995, zaak C-359/93, rov. 27, Commissie/Nederland).
- 3.2.2. Beklaagde verplicht in paragraaf 8.1 van het Aanbestedingsdocument inschrijvers namelijk om de specifiek benoemde originele producten aan te bieden. Slechts bij een beperkt aantal producten moeten in aanvulling op de originele producten tevens alternatieve producten aan worden geboden. In haar reactie op de eerdere klacht erkent beklagde dat inschrijvers niet de vrijheid hebben om uitsluitend alternatieven aan te bieden, maar dat zij gehouden zijn zowel het besteksfabricaat als in voorkomend geval een alternatief aan te bieden. Een dergelijke systematiek is in strijd met art. 2.76, zesde lid, Aw 2012, omdat het inschrijvers hierdoor niet vrij staat te kiezen al dan niet het benoemde originele product of een gelijkwaardig alternatief product aan te bieden. Dit leidt tot een ongelijke behandeling van originele producten en gelijkwaardige alternatieve producten die in strijd is met art. 2.75, tweede lid en artikel 2.76, zesde lid, Aw 2012, alsmede met het gelijkheidsbeginsel als gecodificeerd in artikel 1.8 Aw 2012. Het voorbehouden van de aanbesteding aan leveranciers die voornemens zijn een specifiek genoemd product aan te bieden is in strijd met het Europese aanbestedingsrecht (HvJ EG 3 december 2001, zaak C-59/00, rov., Vestergaard).
- 3.2.3. Door het veelvuldig benoemen van producten in plaats van deze functioneel te beschrijven worden bovendien inschrijvers die alternatieven wensen aan te bieden in strijd met het gelijkheidsbeginsel benadeeld, aangezien zij het risico lopen dat het aangeboden alternatief niet als gelijkwaardig wordt aangemerkt, terwijl inschrijvers die het besteksfabricaat aanbieden dit risico niet lopen. Ingeval van functionele specificatie van de producten treedt dit onderscheid in risico niet op.
- 3.2.4. Verder behandelt beklagde originele en gelijkwaardige alternatieve producten niet gelijk door aan originele producten per perceel (met uitzondering van perceel 2 waarop überhaupt geen alternatieve producten mogen worden aangeboden) op subcriterium G1 maximaal 600 punten toe te kennen, terwijl met alternatieve producten slechts 200 punten kunnen worden gescoord (ingevolge hoofdstuk 9 van het Aanbestedingsdocument).
- 3.2.5. De door beklagde gekozen aanbestedingsopzet is in strijd met de Aanbestedingswet, doordat inschrijvers geen vrije keuze hebben in het aanbieden van gelijkwaardige producten die aan de technische specificaties voldoen. De beperkte mogelijkheid om in aanvulling op originele producten bij sommige producten tevens alternatieve producten aan te bieden neemt dit bezwaar niet weg en is niet in overeenstemming met de Aanbestedingswet.

4. Reactie beklagde

4.1. Klachtonderdeel 1

- 4.1.1. De stellingen en de redenering van klager lijken te duiden op een misinterpretatie van de aanbestedingsstukken en de nadere toelichting die beklagde daarover heeft gegeven. Mogelijke alternatieven worden namelijk geenszins op voorhand uitgesloten. Integendeel, bij alle producten ten aanzien waarvan een bepaald merk of fabricaat wordt gevraagd, wordt juist voorgeschreven dat ook een alternatief moet worden aangeboden. Er is dus geenszins sprake van een situatie waarbij alleen een bepaald merk of een bepaald fabricaat gewenst is en een alternatief niet wordt toegestaan. Er is echter ook geen sprake van een situatie dat beklagde een bepaald alternatief aangeboden wil krijgen in plaats van het merk/fabricaat dat thans gebruikt wordt. Beklagde wenst dat én een bepaald merk/fabricaat wordt aangeboden én dat een alternatief wordt aangeboden.
- 4.1.2. Het feit dat beklagde wenst dat zowel een bepaald merk of fabricaat wordt aangeboden als een alternatief heeft te maken met het feit dat het risico bestaat dat een product van het ene merk/fabricaat andere effecten heeft dan hetzelfde (soort) product van een ander merk. Dat kan het gevolg zijn van een ander productieproces, de verpakking, de omstandigheden waaronder is geproduceerd of verpakt, et cetera. Voor lopende onderzoeken wil beklagde, althans willen haar onderzoekers, hetzelfde merk product kunnen gebruiken, zodat zeker is dat verschillen in de uitkomst van een onderzoek het gevolg zijn van de variabelen die in het onderzoek zijn "ingebouwd" en niet het gevolg zijn van een gewijzigd product.
- 4.1.3. In nieuwe onderzoeken is het veelal niet noodzakelijk dat het merk/fabricaat dat thans door de huidige leveranciers geleverd wordt, wordt gebruikt. In onderzoeken die nog moeten starten (voor zover die niet voortborduren op of samenhangen met eerdere/andere onderzoeken), kan dus veelal een ander merk/fabricaat worden gebruikt dan thans door de huidige leveranciers geleverd wordt. Dat is dan ook de reden dat beklagde uitdrukkelijk om alternatieven vraagt (waarbij ook alle op de markt beschikbare alternatieven aangeboden mogen worden).
- 4.1.4. Beklagde heeft dus behoefte aan een leverancier die een bepaald soort product kan leveren (van welk merk dan ook), maar die ook het merk kan leveren dat thans voor de lopende onderzoeken wordt gebruikt, waarbij de onderzoekers niet het risico willen lopen dat in de uitslagen van onderzoeken effecten kunnen zitten van een gewijzigd merk/fabricaat. Met de gevraagde alternatieven kunnen alle aanbieders in de markt ieder merk aanbieden dat zij willen, net als in iedere andere aanbesteding. Daarnaast wordt echter ook verzocht een bepaald merk te leveren.
- 4.1.5. Beklagde weet op voorhand niet hoeveel van ieder product (alternatief of een bepaald merk) nodig zal zijn. Het gaat om vele verschillende producten die door grote aantallen onderzoekers in vele verschillende (nieuwe en lopende) onderzoeken gebruikt zullen worden. In welke mate bepaalde producten besteld zullen worden, hangt af van verschillende factoren, zoals de duur van een onderzoek, een verlenging of vervolg daarop, de uitkomsten van het onderzoek et cetera. Aangezien er geen duidelijkheid bestaat over de hoeveelheden product die nodig zullen zijn, kiest beklagde er – vanzelfsprekend – voor om een raamcontract aan te besteden dat de basis zal bieden voor de behoefte aan producten die er in de toekomst zal blijken te bestaan. Nu er ook behoefte bestaat aan de levering van de merkproducten die thans gebruikt worden, worden dus zowel alternatief als merk uitgevraagd.

- 4.1.6. Hoewel er vele onderzoeken zullen zijn, waarvoor het geen enkel probleem is dat er alternatieve producten gebruikt worden, zijn er ook onderzoeken waarvoor dat wel het geval is. Beklaagde had op zich de alternatieve producten wel voorop kunnen stellen en aanvullend de (merk)producten kunnen uitvragen die thans ook gebruikt worden, maar dat is aanbestedingstechnisch wat lastig uit de aard van een bepaald product en een alternatief daarop. Beklaagde had theoretisch immers wel eerst per product een functionele omschrijving kunnen maken, terwijl zij vervolgens ook nog verzoekt om een specifiek merk van de betreffende producten, maar dat snijdt vanzelfsprekend geen hout. Als toch ook het specifieke product van een bepaald merk wordt uitgevraagd, is een functionele omschrijving een farce. Dan kan net zo goed aan de hand van het specifieke merkproduct duidelijk gemaakt worden welk product gewenst wordt en vervolgens aangegeven worden dat van dat product zowel het betreffende merk als een alternatief gewenst wordt. Hierop stuit ook het deel van de klacht af, dat stelt dat beklagde wel alle producten functioneel had moeten omschrijven.
- 4.1.7. Klager meent gezien het voorgaande ook ten onrechte dat beklagde zou menen dat alternatieve producten in zijn algemeenheid minder geschikt zouden zijn voor het doel waarvoor zij ingezet dienen te worden. De beklagde gaat ervan uit dat de alternatieven in beginsel net zo geschikt zijn om voor (nieuwe) onderzoeken te gebruiken. Iedere inschrijver mag/moet dan ook expliciet alternatieven aanbieden, die ook gebruikt zullen gaan worden. Beklaagde wil, althans haar onderzoekers willen, voor lopende onderzoeken echter geen andere merken producten gaan gebruiken.
- 4.1.8. De wetgever heeft in art. 2.33, sub a, Aw 2012 onderkend dat het mogelijk moet zijn om voor onderzoeksdoeleinden de producten uit te vragen die men wenst. In artikel 2.33, sub a staat namelijk dat een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging is toegestaan voor de levering van producten die uitsluitend voor onderzoek, proefneming, studie of ontwikkeling worden gebruikt. Daarbij dient wel onderscheid gemaakt te worden tussen producten waarmee onderzoek wordt gedaan, dat wil zeggen apparatuur zoals bijvoorbeeld een microscoop waarmee stoffen worden onderzocht, en producten waarmee onderzoek wordt gedaan, in de zin dat de producten zelf voorwerp van onderzoek zijn, zoals chemicaliën waarvan vastgesteld moet worden hoe zij reageren in welke omstandigheden. Bij behoefte aan een microscoop kan 'gewoon' de levering van een microscoop aanbesteed worden, aan de hand van specificaties die bepalen wat hij moet kunnen. Ten aanzien van chemicaliën die men wil gebruiken om chemische eigenschappen/reacties te onderzoeken, mag gericht onderhandeld worden over wat men geleverd wil krijgen. Dat is in het onderhavige geval aan de orde. Beklaagde zou als universiteit dus rechtstreeks in onderhandeling met een of meer ondernemers mogen om te onderhandelen over de (merk)producten die zij geleverd wenst te krijgen. Beklaagde is desondanks bereid om een 'zwaardere' openbare procedure te volgen, zij het dat zij daarin wel heeft verwerkt dat zij naast alternatieve producten ook specifieke (merk)producten geleverd wenst te krijgen. Naar mening van beklagde heeft zij op een nette wijze de openbare procedure dusdanig ingekleed dat zowel de alternatieve producten als de originele producten gelijke kansen hebben en dus zowel aan de vereisten van een openbare procedure wordt voldaan als aan de ruimte die art. 2.33 Aw biedt om te onderhandelen over de specifieke (merk)producten die ook nog nodig zijn.
- 4.1.9. De klacht dat beklagde de (negatieve/neven-)effecten had moeten aantonen, stuit af op het voorgaande. Indien een onderzoeksinstelling producten voor onderzoek wenst, mag zij specifieke (merk)producten wensen. Het is ook de vraag hoe klager meent dat de effecten van een ander product op een lopend onderzoek aangetoond moet worden. Vindt zij dat beklagde alle (honderden) lopende

onderzoeken maar dubbel moet gaan uitvoeren, met zowel het huidige merk als een alternatief (in welk geval overigens ook beide producten geleverd zouden moeten worden)? En dan één alternatief, of meteen maar met alle alternatieven die aangeboden worden? Dan nemen alle onderzoeken dus in omvang (en kosten) toe en is pas over een aantal jaren bekend wat de effecten van het gebruik van de verschillende producten is. Dat is een onderzoek op zich en kan vanzelfsprekend niet van beklagde c.q. al haar onderzoekers worden verlangd. Niet voor niets mag beklagde bij producten voor onderzoek ook kiezen voor een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging.

- 4.1.10. Klager meent daarnaast ten onrechte dat de toets der gelijkwaardigheid alleen mogelijk zou zijn na bekendheid met de aangeboden producten en dat daarom ieder alternatief niet zou mogen worden uitgesloten. Herhaald wordt dat geen enkel alternatief wordt uitgesloten, maar dat daar juist expliciet om wordt gevraagd. Anders dan klager meent, is na bekendheid met de aangeboden alternatieven ook niet te toetsen of de producten gelijkwaardig zijn of niet. Zoals aangegeven, gaat beklagde er met klager vanuit dat de alternatieven in beginsel wel geschikt zullen zijn voor (nieuwe) onderzoeken. Het gaat er echter om dat lopende een onderzoek geen ander merk product gebruikt gaat worden, om ieder effect van productwijziging uit te sluiten. Op basis van het aanbod van alternatieven kan niet getoetst worden wat die effecten zijn en in welke mate ze optreden. Dat zal ook per onderzoek kunnen verschillen.
- 4.1.11. Beklaagde heeft thans vele verschillende leveranciers en bestelt exact de producten en merken/fabricaten die onderzoekers wensen voor hun onderzoeken. Beklaagde ziet er de voordelen van in om bij één leverancier alle gewenste producten in te kopen en deze opdracht aan te besteden. Voor de lopende onderzoeken is het gewenst dat de merken/fabricaten die thans gebruikt worden ook nog afgenomen kunnen worden. Beklaagde had er voor kunnen kiezen om de behoefte aan de merken/fabricaten die voor de lopende onderzoeken gebruikt worden, buiten de aanbesteding te houden. Zij had dan alle "overige" producten uitgevraagd door middel van een functionele omschrijving, maar na de gunning aan de partij die de economisch meeste voordelige aanbieding zou hebben gedaan, zou zij voor de lopende onderzoeken toch nog allerlei separate bestellingen moeten doen om de door de onderzoekers gewenste merken/fabricaten te verkrijgen. Ook zou het risico kunnen bestaan dat de partij die bij haar inschrijving toevallig toch de meeste merken/fabricaten zou aanbieden die in de lopende onderzoeken zouden worden gebruikt, ervaren zou worden als de partij die de economisch meest voordelige aanbieding zou hebben gedaan.
- 4.1.12. Beklaagde vindt een en ander niet wenselijk en wil zoveel mogelijk door middel van één aanbesteding alle producten uitvragen die zij nodig heeft. En er is nu eenmaal behoefte aan merken/fabricaten die thans in gebruik zijn en er is behoefte aan een grote hoeveelheid van dezelfde producten, maar waarbij het niet uitmaakt van welk merk/fabricaat de producten zijn. Als dat op deze wijze niet zou zijn toegestaan, wordt beklagde ofwel gedwongen om met een heleboel verschillende leveranciers te blijven werken, ofwel om aan te besteden op een wijze waarbij een deel van de gewenste producten niet wordt meegenomen, dan wel om op een wijze te gaan inkopen waarbij dit probleem niet bestaat (zoals bijvoorbeeld op grond van artikel 2.33, sub a). Naar mening van beklagde zou het bijzonder spijtig zijn als aan haar behoefte niet tegemoet kan worden gekomen in een openbare aanbestedingsprocedure, terwijl zij nu juist wel graag het volledige assortiment producten waar behoefte aan bestaat, wil aanbesteden.

4.2. Klachtonderdeel 2

- 4.2.1. De stellingen van klager zijn niet juist. Beklaagde heeft inderdaad door middel van paragraaf 4.6 overal toegevoegd "of gelijkwaardig" en dus aan art. 2.76, zesde lid sub b Aw 2012 voldaan, dit wordt echter niet ongedaan gemaakt door de gunningssystematiek. Integendeel. In de gunningssystematiek is expliciet ruimte geboden om ieder (alternatief) merk product te leveren dat iedere aanbieder maar wil. Wat dat betreft wordt de interne markt op geen enkele wijze belemmerd.
- 4.2.2. Dat is ook niet het geval doordat beklagde naast alle alternatieven ook de huidige merken producten voor de lopende onderzoeken wil kunnen nabestellen. Er is geen enkele producent die alle gewenste producten zelf fabriceert. Alle leveranciers zijn groothandelaren (ook als zij hun producten deels onder eigen naam vermarkten), die hun producten (deels) elders moeten inkopen. Alle groothandelaren kunnen de merkproducten, die beklagde wenst naast alle alternatieven, inkopen en aan beklagde aanbieden. Voor zover klager zou willen stellen dat er groothandelaren zouden zijn in de interne markt die door de gunningssystematiek van beklagde niet mee kunnen doen aan de onderhavige aanbesteding, dan is dit eenvoudig niet juist. Klager heeft ook niet aangetoond of nader onderbouwd dat er partijen zouden zijn die niet zouden kunnen participeren in de aanbesteding omdat beklagde én alternatieven uitvraagt, maar daarnaast ook aanvullende leveringen wenst van de producten die thans in gebruik zijn.
- 4.2.3. Klager stelt slechts dat de gunningssystematiek in strijd zou zijn met de Aanbestedingswet, omdat inschrijvers niet vrij zouden zijn om een alternatief product aan te bieden in plaats van de originele producten en dat dit zou leiden tot een ongelijke behandeling van originele producten en gelijkwaardige alternatieve producten. Klager stelt vervolgens dat het voorbehouden van een aanbesteding aan leveranciers die voornemens zijn het originele product te leveren op basis van jurisprudentie in strijd zou zijn met het Europese aanbestedingsrecht.
- 4.2.4. Alle stellingen van klager zijn gebaseerd op de veronderstelling dat beklagde de originele producten boven de alternatieve producten zou stellen. Dat is niet juist. Er is geen ongelijke behandeling van originele producten en gelijkwaardige alternatieve producten, nu beklagde niet stelt dat zij liever originele producten heeft dan alternatieve producten. Beklaagde wil én de alternatieve producten én de originele producten. De jurisprudentie waarin staat dat leveranciers die originele producten aanbieden niet bevoordeeld mogen worden boven leveranciers die alternatieve producten aanbieden, is dan ook niet van toepassing. Beklaagde gaat geen afweging maken tussen originele en alternatieve producten en er komt dan ook geen keuze ten faveure van de leverancier die originele producten aanbiedt.
- 4.2.5. Waarom klager denkt dat inschrijvers het risico lopen dat het door hen aangeboden alternatief niet als gelijkwaardig zou worden aangemerkt, terwijl inschrijvers die het besteksfabricaat zouden aanbieden dat risico niet zouden lopen, wordt gezien het voorgaande niet duidelijk. Klager lijkt weer te veronderstellen dat inschrijvers er voor zouden kunnen kiezen om alleen een alternatief aan te bieden, waarbij dat alternatief dan minder zou worden gewaardeerd dan het origineel. Iedere inschrijver wordt echter geacht zowel een alternatief als het origineel aan te bieden en iedere inschrijver krijgt dan ook punten voor zowel de alternatieve producten als voor de originele producten. Een vergelijking c.q. waardering tussen de alternatieve en originele producten zal niet plaatsvinden.
- 4.2.6. De stelling van klager dat beklagde de originele producten en de alternatieve producten ook niet gelijk zou behandelen, omdat voor alle originele producten tezamen 600 punten behaald zouden kunnen worden en voor de alternatieve pro-

ducten 'slechts' 200 punten, is wederom gebaseerd op de onjuiste presumptie dat de ene inschrijver een origineel product zou kunnen aanbieden en de andere inschrijver een alternatief product zou kunnen aanbieden, waarbij de eerste inschrijver dan meer punten zou kunnen krijgen dan de tweede inschrijver. Iedere inschrijver mag echter alle (alternatieve) producten aanbieden die hij wil en iedere inschrijver moet daarnaast ook de originele producten aanbieden. Iedere inschrijver kan dus ook zowel (het maximale aantal) punten krijgen voor originele producten als (het maximale aantal) punten voor de alternatieve producten.

- 4.2.7. Er is dus geen sprake van dat door het aanbieden van óf een origineel product óf een alternatief product de ene inschrijver per definitie meer punten zou kunnen behalen dan een andere inschrijver. Of de puntenverdeling dus 600-200 is, of zou worden omgedraaid in 200-600 of 400-400 zou zijn, of welk ander puntenaantal dan ook, alle inschrijvers kunnen voor zowel de originele producten als voor de alternatieve producten gelijk meedingen en van enige ongelijke behandelingen is dan ook geen sprake.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare procedure heeft gehouden. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 Aw 2012.
- 5.2. De Commissie stelt vast dat de beide klachtonderdelen dermate met elkaar zijn verweven, dat zij zich lenen voor gezamenlijke behandeling. In de kern genomen stelt klager met haar klachtonderdelen dat beklagde ten onrechte een deel van de door haar uitgevraagde producten heeft gespecificeerd door te verwijzen naar een bepaald merk of fabricaat. Zelfs wanneer dat in het onderhavige geval zou zijn toegestaan, aldus klager, had beklagde deze verwijzing vergezeld moeten doen gaan van de woorden "of gelijkwaardig" in plaats van – zoals zij niet letterlijk maar wel de facto heeft gedaan – "en gelijkwaardig", in die zin dat zij van de inschrijvers heeft geëist dat deze wat betreft sommige van de door haar uitgevraagde producten zowel het in het Aanbestedingsdocument voorgeschreven merk of fabricaat als een alternatief aanbieden.
- 5.3. In art. 2.76, eerste, vijfde en zesde lid, Aw 2012 is het volgende bepaald:
1. Een aanbestedende dienst formuleert de technische specificaties:
- a. door verwijzing naar technische specificaties en naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, Europese technische goedkeuringen, 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 producten,
 - 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.

(...)

5. Een aanbestedende dienst verwijst in de technische specificaties niet naar een bepaald fabrikaat, een bepaalde herkomst of een bijzondere werkwijze, een merk, keurmerk of certificaat betreffende duurzaamheid, milieu of dierenwelzijn, dan wel gebaseerd op sociale overwegingen, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of uitgesloten, tenzij dit door het voorwerp van de overheidsopdracht gerechtvaardigd is.

6. Een aanbestedende dienst kan de melding of verwijzing, bedoeld in het vijfde 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 of van artikel 2.77, eerste lid, niet mogelijk is en
- b. deze melding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden «of gelijkwaardig».

5.4. In art. 2.77, eerste lid, Aw 2012 is het volgende bepaald:

'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 producten en diensten niet voldoen aan de specificaties waarnaar hij heeft verwezen, indien de inschrijver in zijn inschrijving tot voldoening van de aanbestedende dienst aantoont dat de door hem voorgestelde oplossingen op gelijkwaardige wijze voldoen aan de eisen in die technische specificaties.'

5.5. De te beantwoorden vraag is of beklagde heeft gehandeld in strijd met de hiervoor weergegeven bepalingen. De Commissie overweegt in dat verband het volgende.

5.5.1. Zoals de Commissie eerder heeft overwogen in haar Advies 208 (zie overweging 5.4.3) ligt in het stelsel van de bepalingen van art. 2.76, vijfde en zesde lid Aw 2012 besloten dat het verwijzen naar merken in de opdrachtspecificatie enkel en alleen is toegestaan – onder vermelding van de woorden “of gelijkwaardig” – wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht door toepassing van het eerste lid van art. 2.76 of van het eerste lid van art. 2.77 Aw 2012 niet mogelijk is.

5.5.2. Uit de reactie die beklagde op de klacht heeft gegeven, leidt de Commissie af dat het voor beklagde op zichzelf genomen mogelijk was om toepassing te geven aan het bepaalde in het eerste lid van art. 2.76 en het eerste lid van art. 2.77 Aw 2012 (zie 4.1.6 hiervoor). Beklaagde heeft dat echter niet willen doen, omdat zij voor wat betreft haar lopende onderzoeken dezelfde producten van hetzelfde merk of fabricaat wenst te gebruiken die zij nu reeds voor die onderzoeken gebruikt (zie 4.1.2 en 4.1.7 hiervoor). Vanuit die wens bezien, vindt beklagde het omslachtig – zij spreekt zelf van “een farce” – om een functionele omschrijving van de gewenste producten te vragen: 'Dan kan net zo goed aan de hand van het specifieke merkproduct duidelijk gemaakt worden welk product gewenst wordt en vervolgens aangegeven worden dat van dat product zowel het betreffende merk als een alternatief gewenst wordt' (zie 4.1.6 hiervoor).

5.5.3. De reden waarom beklagde voor haar lopende onderzoeken dezelfde producten van hetzelfde merk of fabricaat wenst te kunnen gebruiken als die welke zij nu al gebruikt – en waarom zij dus geen been ziet in het functioneel omschrijven van die producten – is dat zij daarmee de zekerheid heeft dat verschillen in de uit-

komst van een door haar uitgevoerd onderzoek het gevolg zijn van de variabelen die in het onderzoek zijn "ingebouwd" en niet het gevolg zijn van een gewijzigd product (zie 4.1.2 hiervoor).

- 5.5.4. De Commissie is van oordeel dat beklagde – teneinde deze door haar gewenste zekerheid te verkrijgen – ook een minder vergaande maatregel had kunnen treffen dan de maatregel die zij nu heeft genomen. Zij had er immers ook voor kunnen kiezen om de producten die zij nodig heeft voor haar lopende onderzoek buiten de onderhavige aanbesteding te laten en deze producten gedurende de looptijd van haar onderzoek te blijven betrekken van de leveranciers van wie zij die producten nu reeds betreft (zie 4.1.11 hiervoor). Dat dit vervolgens betekent dat beklagde haar wens om met minder verschillende leveranciers te gaan werken nu (nog) niet kan verwezenlijken (zie 4.1.12 hiervoor), vindt de Commissie in dit verband onvoldoende zwaarwegend.
- 5.5.5. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat beklagde ten onrechte een beroep heeft gedaan op het bepaalde in art. 2.76, vijfde lid *in fine*, *jo.* zesde lid, onder a, Aw 2012.
- 5.5.6. Het voorgaande betekent dat het eerste klachtonderdeel gegrond is.
- 5.5.7. De Commissie is voorts van oordeel dat zelfs wanneer beklagde met recht een beroep op het bepaalde in art. 2.76, vijfde lid *in fine*, *jo.* zesde lid, onder a, Aw 2012 zou kunnen doen, zij vervolgens verplicht is om de verwijzing in het Aanbestedingsdocument naar merken en fabricaten vergezeld te doen gaan van de woorden «of gelijkwaardig».
- 5.5.8. Beklagde heeft in haar reactie op de klacht echter gesteld dat bij alle producten ten aanzien waarvan zij een bepaald merk of fabricaat heeft gevraagd, zij heeft voorgeschreven dat ook een alternatief moet worden aangeboden. Enerzijds is er volgens beklagde geenszins sprake van een situatie waarbij alleen een bepaald merk of een bepaald fabricaat gewenst is en een alternatief niet wordt toegestaan, anderzijds is er evenmin sprake van een situatie dat zij een bepaald alternatief aangeboden wil krijgen in plaats van het merk/fabricaat dat zij uitvraagt. Beklagde wenst dat én een bepaald merk/fabricaat wordt aangeboden én dat een alternatief wordt aangeboden (zie 4.1.1 hiervoor).
- 5.5.9. De Commissie is van oordeel dat beklagde – in strijd met het bepaalde in art. 2.76, zesde lid onder b, en art. 2.77, eerste lid, Aw 2012 – het voor de potentiële inschrijvers hiermee onmogelijk heeft gemaakt om in hun inschrijvingen enkel en alleen alternatieve producten aan te bieden, die op gelijkwaardige wijze voldoen aan de eisen waaraan de door beklagde door middel van een verwijzing naar merken en fabricaten voorgeschreven producten beantwoorden.
- 5.5.10. Het voorgaande betekent dat ook het tweede klachtonderdeel gegrond is.
- 5.6. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.
 - 5.6.1. Beklagde heeft zich in haar reactie op de klacht onder andere op het standpunt gesteld dat zij op grond van art. 2.33, onder a, Aw 2012 ook een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking had kunnen organiseren, aangezien de opdracht ziet op 'de levering van producten die uitsluitend voor onderzoek, proefneming, studie of ontwikkeling worden gebruikt' (zie 4.1.8 hiervoor). Zou zij dat hebben gedaan, zo begrijpt de Commissie de stelling van beklagde, dan zou zij enkel en alleen merkproducten hebben mogen uitvragen in het kader van die onderhandelingsprocedure.

- 5.6.2. De Commissie is van oordeel dat beklagde met deze stelling een verkeerde uitleg geeft aan art. 2.33, onder a, Aw 2012. Daarin is immers bepaald dat de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking alleen mag worden toegepast 'voor de levering van producten die uitsluitend voor onderzoek, proefneming, studie of ontwikkeling worden vervaardigd'. De merkproducten die beklagde beoogt in te kopen worden weliswaar door haar gebruikt in het kader van haar onderzoek, maar het is niet zo dat die producten uitsluitend voor deze doeleinden door de markt worden vervaardigd.
- 5.6.3. Nog afgezien van het voorgaande zou het beklagde ook overigens niet hebben vrijgestaan om in een geval waarin zij als aanbestedende dienst vrijwillig kiest voor het uitvoeren van een Europese openbare procedure op basis van Deel 2 van de Aw 2012 – daar waar zij ook een Europese onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking zou mogen gebruiken – te handelen in strijd met het bepaalde in art. 2.76, zesde lid onder b, en art. 2.77, eerste lid, Aw 2012.

6. Advies

De Commissie acht beide onderdelen van de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 4 december 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof. mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid