

# TNO 2024/32 - Unieke technische eigenschappen en aanbesteden: laveren tussen rotsen?

Het algemene uitgangspunt in het aanbestedingsrecht is dat een aanbesteder ervoor zorgdraagt dat er voldoende concurrentie is voor het vergaren van een overheidsopdracht. Dit betekent dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze dient te behandelen. <sup>1</sup> In een ideale wereld zou een aanbestedende dienst dan ook steeds een opdracht uitzetten waarbij een breed scala aan oplossingen aangeboden kan worden.

In de praktijk kan het echter voorkomen dat een aanbesteder eigenschappen van een prestatie voor ogen heeft die in haar optiek veel voordeel oplevert. Hoe ver kan de aanbesteder dan gaan? Mag hij de opdracht zodanig specificeren dat hij de door haar gewenste prestatie als een harde eis kan stellen? En nog een stap verder: wat als een aanbesteder te maken krijgt met een situatie waarin het onmogelijk is om meerdere partijen mee te laten dingen naar een opdracht, bijvoorbeeld omdat een bepaalde leverancier een dermate bijzonder product of dienst biedt, dat er in werkelijkheid geen (goede) alternatieven bestaan. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren op IT-gebied, omdat een overheid als gevolg van een *vendor lock-in* <sup>2</sup> niet makkelijk meer om een bepaalde leverancier heen kan. <sup>3</sup>

Dergelijke situaties staan op gespannen voet met het algemene uitgangspunt dat zo veel mogelijk partijen moeten kunnen meedingen naar een opdracht, maar dit betekent niet dat het in het geheel niet mogelijk is om op die situaties in te spelen. In deze bijdrage worden drie praktische tips gegeven voor inkopers die afwegingen moeten maken bij het stellen van specifieke eisen of wensen.

## Tip 1: 'Eis' versus 'wens'

Een aanbestedende dienst kan bij het voorbereiden van een aanbesteding ervoor kiezen om een 'eis' op te nemen in het bestek. Een inschrijving die niet aan die eis voldoet zal als niet-besteksconform terzijde worden gelegd. <sup>4</sup> Echter, bij het samenstellen van het bestek (technisch specificeren) geniet de aanbesteder geen onbeperkte vrijheid. De Aanbestedingswet <sup>5</sup> schrijft voor dat technische specificaties niet discriminerend mogen zijn. <sup>6</sup>

En ook op andere punten blijkt dat een aanbesteder beknot wordt in zijn vrijheid om technisch te specificeren. Zo dienen technische specificaties primair op algemene standaarden (zoals duidelijke Europese, (inter)nationale normen) gebaseerd te worden, of dienen op een andere manier genormaliseerd of gemeenschappelijk te zijn. <sup>7</sup> Daarnaast bepaalt de Aanbestedingswet dat het niet mogelijk is om naar een specifiek merk, herkomst, bijzondere kenmerken van een bepaalde prestatie te verwijzen (waarover hierna meer). <sup>8</sup>

Deze bepalingen brengen met zich dat een aanbesteder bij het technisch specificeren niet zomaar iedere producteigenschap zal kunnen voorschrijven. Een aanbesteder kan bijvoorbeeld wél eisen dat een product in bepaalde mate stof- of waterdicht is aan de hand van de daarvoor geldende (internationale) normen (de zogenoemde IP-norm). <sup>9</sup> Maar wat nu als een aanbesteder eisen wil stellen waaraan slechts één product voldoet? In dat geval bestaat het risico dat de technische specificaties als discriminerend gekwalificeerd worden.