



IN DIT NUMMER:

Voorgescreven fabrikaten

Vraag en antwoord over voorgescreven fabrikaten

Het voorschrijven van fabrikaten leidt regelmatig tot vragen. Niet alleen bij inschrijvers tijdens een aanbesteding, maar ook bij installateurs tijdens de uitvoering van het werk. Wij zetten de belangrijkste vragen én antwoorden op een rij.

1 Wanneer mogen fabrikaten worden voorgescreven?

Het antwoord is afhankelijk van de vraag wie de opdrachtgevende partij is:

- in het geval van een private of industriële opdrachtgever, mogen fabrikaten *altijd* worden voorgescreven;
- In het geval van een zogenaamde ‘overheidsopdrachtgever’, mogen in principe *geen* fabrikaten genoemd of voorgescreven worden. Overheidsopdrachtgevers zijn o.a. centrale overheden en hun organen, publiekrechtelijke instellingen, maar ook diverse instanties (met rechtspersoonlijkheid) die met overheidsgelden worden gefinancierd of voor meer dan 50% ‘overheids-toezicht’ genieten.

Uitzonderingen

Op grond van de zinsnede “tenzij het voorwerp van de opdracht dit rechtvaardigt” in Art. 23 BAO lid 11 (zie kader) kan een uitzondering gemaakt worden en kan een fabrikaat wel verplicht gesteld worden.

De vraag is echter wat daaronder verstaan wordt. Ook al is hierover nog niet veel gepubliceerd en is er nog weinig jurisprudentie, helder is wel het volgende:

- de technische onmogelijkheid om op een reeds bestaande installatie van fabrikaat x een uitbreiding van fabrikaat y aan te sluiten, is een uitzondering;

- tevens mag een uitzondering worden gemaakt voor bepaalde onderdelen omwille van esthetisch relevante aspecten.

Het argument dat het voor de (eigen) onderhoudsdienst makkelijker is als er maar één fabrikaat toegepast is in alle te beheren panden, raakt niet meer het voorwerp van de opdracht en is dus geen uitzondering.

Art. 23 BAO

lid 11:

De aanbesteder maakt in de technische specificaties geen melding van een bepaald *fabrikaat*, een bepaalde *herkomst* of een bijzondere *werkwijze*, noch van een verwijzing naar een *merk*, een *octrooi* of een *type*, een bepaalde *oorsprong* of bepaalde *productie*, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd, *tenzij* dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd wordt.

lid 12:

Een aanbestedende dienst mag de melding of verwijzing, bedoeld in het elfde lid, opnemen in de technische specificatie wanneer:

- a. een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht niet mogelijk is <...> en ;
- b. deze vermelding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden “of gelijkwaardig”

Gelijkloidend: art. 3.5.9/3.5.10 ARW 2005 (niet-openbare procedure)



2 Geldt dit voorschrijfbod zowel voor Europese als nationale aanbestedingen?

Deze hoofdregel geldt voor Europese aanbestedingen. Dat betreffen opdrachten:

- voor werken hoger dan een bedrag van € 4.825.000;
- voor diensten en leveringen hoger dan een bedrag van € 193.000.

Deze hoofdregel geldt ook voor die nationale aanbestedingen, waarvoor het ARW 2005 verplicht geldt of van toepassing is verklaard. In het ARW 2005 is namelijk hetzelfde voorschrijfbod opgenomen. Het ARW 2005 is verplicht voor alle aanbestedingen (Europees en nationaal) voor alle bouwministeries, inclusief hun instellingen:

- Ministerie van defensie,
- Ministerie van landbouw, natuurbeheer en visserij
- Ministerie van verkeer en waterstaat
- Ministerie van volkshuisvesting, ruimtelijke ordening en milieu.

Decentrale overheden kunnen min of meer uit vrije keuze het ARW 2005 van toepassing verklaren. Dit wordt ook op grote schaal toegepast door bijvoorbeeld gemeentes en waterschappen.

3 In het bestek is een fabrikaat genoemd: wat te doen?

De praktijk wijst uit dat in bestekken regelmatig alleen het fabrikaat van een bepaald besteksonderdeel wordt genoemd. Soms wordt daaraan o.g. (de afkorting van 'of gelijkwaardig') toegevoegd (daarmee wordt niet zozeer 'of goedkoper' bedoeld!). Overigens luidt de hoofdregel dat geen fabrieken genoemd mogen worden. Wel mogen technische specificaties geformuleerd worden in termen van prestatie- of functionele eisen of onder verwijzing naar normen. Deze technische specificaties moeten objectief toepasbaar zijn en niet-discriminatoir. Dit om te voorkomen dat slechts een (beoogd) fabrikaat eraan voldoet. Alleen als dit formuleren niet of niet goed mogelijk is, mag dus een naam van een fabrikaat genoemd worden, maar dan wel met de vermelding o.g.

Als inschrijver heeft u, los van de vermelding o.g., de vrijheid om met een gelijkwaardig fabrikaat aan te bieden. In dat geval dient u wel aan te tonen dat er sprake is van gelijkwaardigheid. In de praktijk kunt u echter vaak

volstaan met beprijzing van het betreffende onderdeel, gezien de inhoud van het bestek en inschrijfbescheiden.

Als echter expliciet is vermeld dat bij inschrijving moet worden aangegeven met welk gelijkwaardig fabrikaat wordt ingeschreven, dan ligt de zaak anders. Er kan nogal wat discussie ontstaan over de vraag op welke kenmerken de gelijkwaardigheid zich moet uitstrekken. Wilt u een eventuele discussie bij de inschrijving vermijden, dan is het zaak dat u vóór inschrijving de aanbesteder vraagt welke aspecten relevant zijn voor een toets van gelijkwaardigheid. Daarbij mag de aanbesteder uiteraard geen disproportionele eisen stellen. Denk hierbij aan de aanwezigheid van kenmerken die niet relevant zijn voor de vereiste kwaliteit en functionaliteit en in feite typische kenmerken van het genoemde fabrikaat zijn.



4 Mag in het bestek een keuze uit een aantal fabrikanten voor een bepaald onderdeel verplicht worden voorgeschreven?

Dat is onder BAO en ARW 2005 verboden. Als die vraag wordt gesteld, dan maakt dat overigens twee zaken duidelijk. Allereerst dat de voorkeur van de opdrachtgever de mededinging op de markt van toeleveranciers beperkt. Bovendien geeft dit aan dat er wél bepaalde gemeenschappelijke functionele kenmerken zijn. Juist die kenmerken moet de aanbesteder in de omschrijving opnemen.



5 Mag een aanbesteder vragen om bij gelijkwaardige fabrikaten een separaat inschrijfformulier te gebruiken?

Nee, dat mag niet. Als u als inschrijver kiest voor een gelijkwaardig fabrikaat, mag niet verlangd worden dat er dan 2 inschrijvingen worden gedaan. Het blijft 1 inschrijving ofwel gebaseerd op het genoemde fabrikaat, ofwel op een gelijkwaardig fabrikaat. Deze situatie dient niet verward te worden met de mogelijkheid om met een variant (voorheen: alternatieve aanbidding) in te schrijven: naast de aanbidding gebaseerd op het bestek, mag dan een andere oplossingsrichting worden voorgesteld in de aanbidding.

En daarbij is het vanzelfsprekend dat er 2 inschrijfbiljetten worden gebruikt. De andere bestekoplossing wordt dan ook gewogen. Overigens kan dit alleen maar aan de orde zijn als er op basis van Economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) wordt gegund. Bij een laagste prijsgunning is de variant niet mogelijk.

Tip voor de nota van inlichtingen

In het geval een fabrikaat is genoemd zonder verdere specificatie, vraag dan wat de kritieke specificaties van dit onderdeel zijn. Als antwoord mag u dan redelijke en proportionele specificaties verwachten. Dat heeft als voordeel dat tijdens de uitvoering de opdrachtgever een fabrikaat - onder afdoening van 'niet gelijkwaardig'- niet mag weigeren op een punt dat niet in de vooraf opgegeven specificaties is vermeld.

De vraag of het toegestaan is om een met een alternatief fabrikaat in te schrijven, is overbodig. Want dat recht heeft u en vloeit voort uit het aanbestedingsrecht.

6 De aanbieder vraagt na de gunning aan de laagste aanbieder of hij toch het voorgeschreven fabrikaat wil toepassen i.p.v. een gelijkwaardig fabrikaat. Hij vraagt daarbij ook of hij zijn prijs gestand doet. Mag dat?

Nee. Aanbestedingsrechtelijk kan dat zelfs tot schending van het gelijkheidsbeginsel leiden, want wijzigen van de aanbidding is niet toegestaan. U hoeft hieraan dus niet mee te werken.

Meer informatie

Heeft u vragen over en/of bijzondere ervaringen met 'voorgeschreven fabrikaten', neem dan contact met ons via info@smiweb.nl of bel Margreet van Deurzen, tel. 079 323 77 62.

Colofon

SMI mail is een uitgave van UNETO-VNI en verschijnt 10 keer per jaar.

Redactie: Margreet van Deurzen

Eindredactie en opmaak: CommSa BV, Pijnacker

Meer informatie: Pieter van den Eijnden of Margreet van Deurzen

T 079 325 06 50 | E info@smiweb.nl | W www.smiweb.nl