

## **Arrest Europees Hof over toepassing(on)mogelijkheid van milieukeurmerken en Nota van Inlichtingen. (Uit: Binnenlands bestuur)**

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft op 10 mei 2012 een belangrijk arrest (C-368/10) gewezen. Het arrest is om twee redenen interessant. In de eerste plaats geeft het Hof van Justitie meer duidelijkheid over de mogelijkheden van het gebruik van keurmerken en certificaten in aanbestedingsdocumenten. In de tweede plaats maakt het Hof van Justitie helder welke wijzigingen/aanvullingen nog kunnen worden opgenomen in een Nota van Inlichtingen. In beide gevallen zijn de mogelijkheden beperkter dan nu in de Nederlandse praktijk gangbaar is.

### **Feiten**

De (Nederlandse) zaak ging om de aanschaf en het onderhoud van automaten voor warme dranken, inclusief de levering van ingrediënten, door de Provincie Noord-Holland. De Provincie had in het kader van de geschiktheidseisen als minimumeis gesteld dat de leverancier moest voldoen aan de criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen. Ook had de Provincie de eis gesteld dat de te leveren thee en koffie voorzien waren van de keurmerken EKO en Max Havelaar. Daarnaast had de Provincie de wens geformuleerd dat ook (andere) te leveren ingrediënten voor de automaten (bijvoorbeeld melk, suiker en cacao) voldoen aan het EKO- en/of Max Havelaar keurmerk. Met dit laatste kon de inschrijver extra punten verdienen. In de Nota van Inlichtingen had de Provincie aangegeven dat ook keurmerken met vergelijkbare uitgangspunten zouden worden aanvaard.

De Europese Commissie was van oordeel dat de door de Provincie gestelde eisen in strijd waren met de voorschriften van richtlijn 2004/18/EG en startte een inbreukprocedure tegen de Staat der Nederlanden. Het Hof stelt de Commissie voor het grootste deel in het gelijk.

Gebruik (milieu)keurmerk

#### *Technische specificaties*

Het Hof oordeelt dat de eis dat bepaalde te leveren producten van een bepaalde milieukeur (EKO en/of Max Havelaar) waren voorzien een met de richtlijn onverenigbare technische specificatie is. De Provincie had, in plaats van het verplicht voorschrijven van de milieukeur, gedetailleerde technische specificaties moeten gebruiken. Het is op grond van de richtlijn namelijk wél toegestaan om gebruik te maken van de gedetailleerde specificaties van een milieukeur, maar niet om een milieukeur als zodanig voor te schrijven. Het is wel toegestaan om in de aanbestedingsdocumenten aan te geven dat producten die voorzien zijn van het keurmerk in elk geval geacht worden aan die, in de aanbestedingsdocumenten gestelde, gedetailleerde specificaties te voldoen. Daarbij is echter wel van belang dat ook ieder ander passend bewijsmiddel, waarmee wordt aangetoond dat aan die specificaties wordt voldaan, moet door de aanbestedende dienst worden aanvaard.

#### *Gunningscriteria*

In het verlengde hiervan oordeelt het Hof dat de Provincie ook bij de gunningscriteria niet naar de keurmerken had mogen verwijzen. De Provincie had ook hier de uitgangspunten van die keurmerken moeten opsommen en moeten bepalen dat het bewijs dat aan die uitgangspunten wordt voldaan met ieder passend middel kan worden geleverd.

Interessant is overigens wel dat het Hof expliciet overweegt dat niet vereist is dat een gunningscriterium een kenmerkende eigenschap van het product betreft, dat wil zeggen een element dat materieel in het product is opgenomen. Het is dus op zich toegestaan om gunningscriteria te hanteren die gebaseerd zijn op (bijvoorbeeld) sociale overwegingen, zoals de criteria die ten grondslag liggen aan het Max Havelaar-keurmerk. Het enkel noemen van het keurmerk zelf is echter onvoldoende, ook wanneer daarbij wordt aangegeven dat ook gelijkwaardige keurmerken zullen worden geaccepteerd.

### *Geschiktheidseisen*

Ook de geschiktheidseis dat *de leverancier moest voldoen aan de criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen* oordeelt het Hof in strijd met de richtlijn. De eis was namelijk gesteld in het kader van de toetsing van de technische en beroepsbekwaamheid. De richtlijn somt de factoren aan de hand waarvan die bekwaamheid kan worden beoordeeld echter uitputtend op. Duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen hangt volgens het Hof met geen van die factoren samen. Bovendien was de geschiktheidseis ook onvoldoende transparant geformuleerd.

### Gebruik nota van inlichtingen

Het Hof van Justitie overweegt in het arrest expliciet dat in een Nota van Inlichtingen weliswaar bepaalde verduidelijkingen kunnen worden aangebracht en inlichtingen kunnen worden verstrekt, maar dat niet middels de Nota van Inlichtingen de betekenis kan worden gewijzigd van de belangrijkste voorwaarden van de opdracht die in het bestek zijn opgenomen en waarop potentiële inschrijvers hun beslissing om wel of niet aan de aanbesteding mee te doen op hebben gebaseerd. Dit blijkt volgens het Hof mede uit de korte termijn van zes dagen die tussen de inlichtingen en de aanbestedingsdeadline mag liggen, alsmede uit de in de richtlijn gehanteerde term „nadere inlichtingen“.

### **Lering**

Dit arrest maakt duidelijk dat aanbestedende diensten in de toekomst niet zullen kunnen volstaan met het eisen (verplicht stellen) van een certificaat of keurmerk, of het nu gaat om de technische specificaties, de gunningscriteria of de selectiecriteria. Dit mag ook niet als achter het keurmerk “of gelijkwaardig” wordt vermeld. Aanbestedende diensten zullen in de aanbestedingsdocumenten gedetailleerd moeten aangeven welke eisen c.q. criteria, die ten grondslag liggen aan de keurmerken, zij als eis of criterium zullen hanteren. Van het keurmerk zelf kan slechts gebruik worden gemaakt als bewijsmiddel dat aan de gestelde eisen wordt voldaan, waarbij als gezegd ook ieder ander passend bewijsmiddel moet worden geaccepteerd. Interessant is ook dat het Hof heeft bevestigd dat sociale criteria mogen worden gesteld, niet alleen als uitvoeringsvoorwaarde maar ook in het kader van de gunningscriteria (zodat er door inschrijvers op gescoord kan worden). Ten aanzien van de selectiecriteria (eisen aan de technische en beroepsbekwaamheid) moeten aanbesteders echter voorzichtiger zijn, deze criteria zijn namelijk uitputtend in de richtlijn opgesomd.

Ten slotte is van belang dat de in Nederland vrij gangbare praktijk om in de Nota van Inlichtingen nog vrij ingrijpende aanvullingen of wijzigingen door te voeren, volgens het Hof niet door de aanbestedingsrechtelijke beugel kan.

Mr. Elise Zeelenberg, Advocaat Aanbestedingsrecht Hekkelman Advocaten & Notarissen

Mr. Anita Serra, Advocaat Aanbestedingsrecht Hekkelman Advocaten & Notarissen