

CARU COMMV. Torhoutsesteenweg 2A/0502 8400 OOSTENDE
Erkend opleidingsorganisator FSMA



OPLEIDINGEN

FORMATIONS

CONSULTANCY

info@caru-commv.be

<https://www.caru-commv.be>

CARU OVERHEIDSOPDRACHTEN 2025

THEMANUMMER JULI - AUGUSTUS 25

**TECHNISCHE SPECIFICATIES, KEURMERKEN, HET VERBOD OP
VERMELDING VAN MERKNAMEN EN HET GEBRUIK VAN DE
NOTIE “GELIJKWAARDIG”, NOMEN LABELS EN CERTIFICATIE**

Ed. 07-8/2025 VEWA Copyright © 2025

PROF RUDI CLAEYS

1. INLEIDING BEGRIPSOMSCHRIJVING

1.1 BEGRIPSOMSCHRIJVING IN DE EUROPESE RICHTLIJNEN

Bij een overheidsopdracht moet het product objectief wordt omschreven. Daarbij is het van belang om geen subjectieve criteria als objectieve eisen te vermommen, om het gebruik van een bepaald merk alsnog indirect voor te schrijven. In artikel 42 lid 3 Richtlijn 2014/24 wordt omschreven op welke wijzen de specificaties van een product of dienst mogen worden omschreven.

Alleen als het gewenste product op geen enkele manier objectief te beschrijven is, mag een merknaam genoemd worden. In dat geval dient bij de merknaam de mededeling 'of daarmee overeenstemmend' te worden toegevoegd.

In het Unix Arrest ging het Europese Hof van Justitie verder in op het vermelden van merknamen. (ARREST VAN 24.1.1995 — ZAAK C-359/93)

Het Hof bepaalde dat als er naar een merknaam verwezen moet worden, dit vergezeld dient te worden van de mededeling 'of daarmee overeenstemmend'. Hiermee wordt voorkomen dat potentiële deelnemers niet inschrijven op de aanbesteding.

De overwegingen hierbij luiden als volgt: *De weglating van de mededeling „of daarmee overeenstemmend” na de aanduiding UNIX kan er niet alleen toe leiden, dat marktdeelnemers die gelijksoortige systemen als UNIX gebruiken niet inschrijven op het aanbestedingsbericht, maar ook dat de invoerstromen in het handelsverkeer tussen de Lid-Staten in strijd met artikel 30 van het Verdrag worden belemmerd, doordat de aanbesteding wordt voorbehouden aan leveranciers die van plan zijn het specifiek aangegeven systeem te gebruiken.*

Bijgevolg had de aanbestedende dienst aan de term U N I X de vermelding „of daarmee overeenstemmend” moeten toevoegen, zoals artikel 7, lid 6, van richtlijn 77/62 dat vereist.

De opvolgende RICHTLIJN 2014/24/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT DE RAAD van 26 februari 2014 voorziet desbetreffend het gebruik in art.42 lid 4 van de Richtlijn.

De vermelding van een merknaam is bij wijze van uitzondering toegestaan wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk is en de verwijzing vergezeld wordt van de mededeling 'of gelijkwaardig'.

Belangrijk om te benadrukken is dat het toevoegen van de mededeling 'of gelijkwaardig', er dus niet zonder meer toe leidt dat een verwijzing naar een merknaam gerechtvaardigd is.

Het product moet in eerste instantie niet objectief omschreven kunnen worden, zonder daadwerkelijk het merk te noemen. Alleen in dit geval is het verwijzen naar een merknaam,

inclusief de toevoeging, gerechtvaardigd. (Kenniscentrum Europa Decentraal NL Wout van Hulst 13/2/25)

De volledige omschrijving van de technische specificaties zijn in art. 42 van de Richtlijn als volgt geformuleerd:

Artikel 42

Technische specificaties

1. De technische specificaties als omschreven in punt 1 van bijlage VII worden uitgeschreven in de aanbestedingsstukken. In de technische specificaties worden de voor een werk, dienst of levering gestelde kenmerken voorgeschreven.

Die kenmerken kunnen ook verband houden met het specifieke proces of de specifieke methode van productie of uitvoering van de gevraagde werken, leveringen of diensten of met een specifiek proces van een ander stadium van de levenscyclus ervan, zelfs wanneer deze factoren niet tot de materiële essentie van de werken, leveringen of diensten behoren, mits zij met het voorwerp van de opdracht verbonden en in verhouding tot de waarde en de doelstellingen ervan zijn.

De technische specificaties kunnen tevens bepalen of de overdracht van intellectuele-eigendomsrechten vereist zal zijn.

Voor alle aanbestedingen die zijn bedoeld voor gebruik door natuurlijke personen, hetzij door het grote publiek, hetzij door het personeel van de aanbestedende dienst, moeten deze technische specificaties, uitgezonderd in behoorlijk gemotiveerde gevallen, zodanig worden opgesteld dat rekening wordt gehouden met de criteria inzake toegankelijkheid voor personen met een handicap of de geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers.

Indien middels een rechtshandeling van de Unie verplichte toegankelijkheidsvoorschriften zijn vastgesteld, worden de technische specificaties voor zover het de criteria voor toegankelijkheid van personen met een handicap of het ontwerp voor alle gebruikers betreft, bepaald door een verwijzing naar de desbetreffende criteria.

2. De technische specificaties bieden inschrijvers gelijke toegang tot de aanbestedingsprocedures en mogen er niet toe leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen.

3. Onverminderd dwingende nationale technische voorschriften, voor zover deze met het recht van de Unie verenigbaar zijn, worden de technische specificaties opgesteld op een van de volgende wijzen:

- a) aan de hand van prestatie- of functionele eisen, inclusief milieukeurmerken, mits de parameters zo nauwkeurig zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbestedende diensten de opdracht kunnen gunnen;
- b) onder verwijzing naar de technische specificaties en, in volgorde van voorkeur, de nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, de Europese technische beoordelingen, de gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische

referentiesystemen, of, bij gebreke van dit alles, de nationale normen, de nationale technische goedkeuringen dan wel de nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, het berekenen en het uitvoeren van de werken en het gebruik van de leveringen; elke verwijzing gaat vergezeld van de woorden „of gelijkwaardig”;

c)aan de hand van de onder a) bedoelde prestatie- of functionele eisen, waarbij onder aanname van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar de onder b) bedoelde technische specificaties;

d)onder verwijzing naar de onder b) bedoelde technische specificaties voor bepaalde kenmerken, en naar de onder a) bedoelde prestatie- of functionele eisen voor andere kenmerken.

4. Behalve indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is, mag in de technische specificaties geen melding worden gemaakt van een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, en evenmin van een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd. Deze vermelding is bij wijze van uitzondering toegestaan wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht krachtens lid 3 niet mogelijk is. Een dergelijke vermelding of verwijzing gaat vergezeld van de woorden „of gelijkwaardig”.

5. Wanneer een aanbestedende dienst gebruikmaakt van de mogelijkheid te verwijzen naar de in lid 3, onder b), genoemde technische specificaties, wijst hij een inschrijving niet af op grond van het feit dat de aangeboden werken, leveringen of diensten niet overeenstemmen met de betrokken technische specificaties, wanneer de inschrijver in zijn inschrijving met elk passend middel, inclusief de in artikel 44 bedoelde bewijsmiddelen, aantoont dat de voorgestelde oplossingen op gelijkwaardige wijze voldoen aan de in de technische specificaties gestelde eisen.

6. Wanneer een aanbestedende dienst gebruikmaakt van de in lid 3, onder a), geboden mogelijkheid de technische specificaties in termen van prestatie- of functionele eisen vast te stellen, wijst hij een inschrijving voor werken, leveringen of diensten niet af als zij voldoet aan een nationale norm waarbij een Europese norm is omgezet, een Europese technische goedkeuring, een gemeenschappelijke technische specificatie, een internationale norm, een door een Europees normalisatieorgaan ingesteld technisch verwijzingssysteem, wanneer deze specificaties betrekking hebben op de door de aanbestedende dienst vastgestelde prestatie- of functionele eisen.

De inschrijver bewijst in zijn inschrijving met elk passend middel, waaronder de in artikel 44 bedoelde middelen, dat het werk, de levering of de dienst dat/die in overeenstemming is met de norm, voldoet aan de prestatie- of functionele eisen van de aanbestedende dienst.

In het opvolgende art. 43 worden dan de keurmerken omschreven

Artikel 43

Keurmerken

1. Wanneer de aanbestedende diensten het voornemen hebben werken, leveringen of diensten met specifieke milieu-, sociale of andere kenmerken aan te kopen kunnen zij, in de technische specificaties, de gunningscriteria of de contractvoorwaarden betreffende de uitvoering van de opdracht, een specifiek keurmerk eisen als bewijs dat de werken, diensten of leveringen overeenstemmen met de vereiste voorschriften, mits aan alle volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de keurmerkeisen hebben alleen betrekking op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht en zijn geschikt voor de omschrijving van de kenmerken van de werken, leveringen of diensten die het voorwerp van de opdracht vormen;
- b) de keurmerkeisen zijn gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria;
- c) het keurmerk is vastgesteld in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden, inclusief overheidsinstanties, consumenten, sociale partners, fabrikanten, distributeurs en niet-gouvernementele organisaties kunnen deelnemen;
- d) het keurmerk is voor alle betrokken partijen toegankelijk;
- e) de keurmerkeisen worden vastgesteld door een derde partij waarover de ondernemer die het keurmerk aanvraagt, geen beslissende invloed uitoefent.

Indien de aanbestedende diensten niet eisen dat de werken, leveringen of diensten aan alle keurmerkeisen voldoen, geven zij aan welke keurmerkeisen worden bedoeld.

Aanbestedende diensten die een specifiek keurmerk eisen, aanvaarden alle keurmerken die bevestigen dat de werken, leveringen of diensten aan gelijkwaardige keurmerkeisen voldoen.

Indien een ondernemer, om redenen die hem niet aangerekend kunnen worden, aantoonbaar niet de mogelijkheid heeft gehad het door de aanbestedende dienst aangegeven specifieke keurmerk of een gelijkwaardig keurmerk binnen de gestelde termijnen te verwerven, aanvaardt de aanbestedende dienst andere geschikte bewijsmiddelen, zoals een technisch dossier van de fabrikant, mits de betrokken ondernemer aantoont dat de door hem te leveren werken, leveringen of diensten voldoen aan het door de aanbestedende dienst aangegeven specifieke keurmerk of aan de specifieke eisen.

2. Wanneer een keurmerk aan de voorwaarden van lid 1, onder b), c) en d) en e), voldoet maar eveneens eisen stelt die geen verband houden met het voorwerp van de opdracht, eisen de aanbestedende diensten niet het keurmerk als zodanig maar kunnen zij de technische specificaties vaststellen onder verwijzing naar de gedetailleerde technische specificaties van dat keurmerk, of indien noodzakelijk, delen daarvan die verband houden met het voorwerp van de opdracht en geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van dit voorwerp.

1.2 BELGISCHE WETTELIJKE BASIS EN TOELICHTING IN HET ADVIES AAN DE KONING

Deze bepalingen xwerden bijna letterlijk overgenomen in onze Basiswet Overheidsopdrachten:

Technische specificaties

Art. 53 WOO 17/6/2016

§ 1. De aanbestedende overheid neemt de technische specificaties, waarin de voor een werk, levering of dienst gestelde kenmerken worden voorgeschreven, op in de opdracht documenten. Die kenmerken kunnen verband houden met het specifieke proces of de specifieke methode van productie of uitvoering van de gevraagde werken, leveringen of diensten of met een specifiek proces van een ander stadium van de levenscyclus ervan, zelfs wanneer deze factoren niet tot de materiële essentie van de werken, leveringen of diensten behoren, mits zij met het voorwerp van de opdracht verbonden en in verhouding zijn tot de waarde en de doelstellingen ervan .De technische specificaties kunnen bepalen of de overdracht van intellectuele-eigendomsrechten vereist zal zijn.

Voor alle overheidsopdrachten die zijn bedoeld voor gebruik door natuurlijke personen, hetzij door het grote publiek, hetzij door het personeel van de aanbestedende overheid, moeten deze technische specificaties, uitgezonderd in behoorlijk gemotiveerde gevallen, zodanig worden opgesteld dat rekening wordt gehouden met de criteria inzake toegankelijkheid voor personen met een handicap of de geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers.

Indien, middels een rechtshandeling van de Europese Unie verplichte toegankelijkheidsvoorschriften zijn vastgesteld, worden de technische specificaties voor zover het de criteria voor toegankelijkheid van personen met een handicap of het ontwerp voor alle gebruikers betreft, bepaald door een verwijzing naar de desbetreffende criteria

§ 2. De technische specificaties bieden de ondernemers gelijke toegang tot de plaatsingsprocedure en mogen er niet toe leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen.

§ 3. Onverminderd dwingende nationale technische voorschriften, voor zover deze met het recht van de Europese Unie verenigbaar zijn, worden de technische specificaties opgesteld op een van de volgende wijzen:

1° hetzij aan de hand van prestatie- of functionele eisen, inclusief milieukekenmerken, mits deze zo nauwkeurig zijn dat de inschrijver s het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbestedende overheid de opdracht kan gunnen;

2° hetzij onder ver wijzing naar de technische specificaties en, in volgorde van voorkeur, naar de nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, de Europese technische beoordelingen, de gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen, of, bij gebreke van dit alles, de nationale normen, de nationale technische goedkeuringen dan wel de nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, het berekenen en het

uitvoeren van de werken en het gebruik van de leveringen. Iedere verwijzing gaat vergezeld van de woorden “of gelijkwaardig”;

3° het zij aan de hand van de onder 1° bedoelde prestatie - of functionele eisen, waarbij onder aannahme van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar de onder 2° bedoelde technische specificaties

4° hetzij onder verwijzing naar de onder 2° bedoelde technische specificaties voor bepaalde kenmerken, en naar de onder 1° bedoelde prestatie- of functionele eisen voor andere kenmerken.

§ 4. In de technische specificaties mag geen melding worden gemaakt van een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, noch mogen deze een verwijzing bevatten naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd.

Deze vermelding of verwijzing is bij wijze van uitzondering alleen toegestaan:

1° wanneer, ingevolge de toepassing van paragraaf 3, geen voldoende nauwkeurige en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de opdracht mogelijk zou zijn;

2° indien dit door het voorwerp van de opdracht is gerechtvaardigd.

In het onder 1° bedoelde geval moet de betreffende vermelding of verwijzing vergezeld gaan van de woorden “of gelijkwaardig”.

Bij niet-naleving van de in deze paragraaf bedoelde verplichtingen door de aanbestedende overheid, kan de inschrijver een gelijkwaardig product of dienst aanbieden.

§ 5. Wanneer een aanbestedende overheid gebruik maakt van de in paragraaf 3, 1°, geboden mogelijkheid de technische specificaties in termen van prestatie- of functionele eisen vast te stellen, wijst zij een inschrijving voor werken, leveringen of diensten niet af als zij voldoet aan een nationale norm waarbij een Europese norm is omgezet, een Europese technische goedkeuring, een gemeenschappelijke technische specificatie, een internationale norm, een door een Europees normalisatieorgaan ingesteld technisch verwijzingssysteem, wanneer deze specificaties betrekking hebben op de door de aanbestedende overheid vastgestelde prestatie- of functionele eisen.

De inschrijver bewijst in zijn offerte met elk passend middel, waaronder de in artikel 55 bedoelde middelen, dat het werk, de levering of de dienst dat/die in overeenstemming is met de norm, voldoet aan de prestatie- of functionele eisen van de aanbestedende overheid.

§ 6. Wanneer een aanbestedende overheid gebruik maakt van de mogelijkheid te verwijzen naar de in paragraaf 3, 2°, genoemde technische specificaties, wijst zij een offerte niet af op grond van het feit dat de aangeboden werken, leveringen of diensten niet overeenstemmen met de betrokken technische specificaties, wanneer de inschrijver in zijn offerte met elk passend middel, inclusief de in artikel 55 bedoelde bewijsmiddelen, aantoont dat de voorgestelde oplossingen op gelijkwaardige wijze voldoen aan de in de technische specificaties gestelde eisen.

§ 7. Indien de werken, leveringen of diensten tegelijkertijd omschreven worden door plannen, modellen en stalen, en behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, bepalen de plannen de vorm, de afmetingen en de aard van het materiaal waaruit het product is vervaardigd. De modellen dienen slechts voor het onderzoek van de afwerking en de stalen om de kwaliteit na te gaan.

Net zoals vroeger worden technische specificaties voor een bepaalde opdracht vastgesteld door vermelding van functionele of prestatie-eisen, door verwijzing naar bestaande normen of door een combinatie van beide. Als naar normen wordt verwezen, genieten Europese of internationale documenten de voorkeur. Bij gebrek eraan mag naar nationale technische specificaties worden verwezen. Zelfs als het bestek een bepaalde aanpak vermeldt of naar bepaalde normatieve documenten verwijst, dienen andere gelijkwaardige inschrijvingen eveneens in aanmerking te worden genomen.

Keurmerken

Art. 54

§ 1. Wanneer de aanbestedende overheid het voornemen heeft werken, leveringen of diensten met specifieke milieu-, sociale of andere kenmerken aan te kopen kan zij, in de technische specificaties, de gunningscriteria of de contractvoorwaarden betreffende de uitvoering van de opdracht, een specifiek keurmerk eisen als bewijs dat de werken, diensten of leveringen overeenstemmen met de vereiste voorschriften, mits aan alle volgende voorwaarden is voldaan:

1° de keurmerkeisen hebben alleen betrekking op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht en zijn geschikt voor de omschrijving van de kenmerken van de werken, leveringen of diensten die het voorwerp van de opdracht vormen;

2° de keurmerkeisen zijn gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria;

3° het keurmerk is vastgesteld in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden, met inbegrip van publieke instellingen, consumenten, sociale partners, fabrikanten, distributeurs en niet-gouvernementele organisaties kunnen deelnemen;

4° het keurmerk is voor alle betrokken partijen toegankelijk;

5° de keurmerkeisen worden vastgesteld door een derde partij waarover de ondernemer die het keurmerk aanvraagt, geen beslissende invloed uitoefent.

Indien de aanbestedende overheid niet eist dat de werken, leveringen of diensten aan alle keurmerkeisen voldoen, geeft zij aan welke keurmerkeisen worden bedoeld.

De aanbestedende overheid die een specifiek keurmerk eist, aanvaardt alle keurmerken die bevestigen dat de werken, leveringen of diensten aan gelijkwaardige keurmerkeisen voldoen.

Indien een ondernemer, om redenen die hem niet aangerekend kunnen worden, aantoonbaar niet de mogelijkheid heeft het door de aanbestedende overheid aangegeven specifieke keurmerk of een gelijkwaardig keurmerk binnen de gestelde termijnen te verwerven, aanvaardt de aanbestedende overheid andere geschikte bewijsmiddelen, zoals een technisch dossier van de fabrikant, mits de betrokken ondernemer aantoont dat de door hem te leveren

werken, leveringen of diensten voldoen aan het door de aanbestedende overheid aangegeven specifieke keurmerk of aan de specifieke eisen.

Voor de opdrachten waarvan de geraamde waarde lager ligt dan de drempel voor de Europese bekendmaking, moet de aanbestedende overheid echter steeds rekening houden met andere geschikte bewijsmiddelen, voor zover die aantonen dat aan de specifieke eisen is voldaan.

§ 2. Wanneer een keurmerk aan de in paragraaf 1, onder 2° tot 5° vermelde voorwaarden voldoet maar eveneens eisen stelt die geen verband houden met het voorwerp van de opdracht, kan de aanbestedende overheid het keurmerk niet als zodanig opleggen. In dat geval kan zij echter de technische specificaties vaststellen onder verwijzing naar de gedetailleerde technische specificaties van dat keurmerk, of indien noodzakelijk, delen daarvan, die verband houden met het voorwerp van de opdracht en geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van dit voorwerp.

§ 3. De aanbestedende overheid maakt in de opdrachtdocumenten op onderstaande manier melding van de wijze waarop het keurmerk aangewend wordt :

1° wanneer het keurmerk wordt vereist als bewijs dat de werken, diensten of leveringen overeenstemmen met de voorschriften, overeenkomstig de eerste paragraaf, en het een opdracht betreft waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de betreffende drempel van de Europese bekendmaking, door middel van onderstaande vermelding:

“Dit keurmerk wordt vereist in uitvoering van artikel 54, § 1, van de wet van ... inzake overheidsopdrachten en voldoet aan alle voorwaarden vermeld in deze laatste bepaling. Met name hebben de keurmerkeisen alleen betrekking op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht en zijn ze geschikt voor de omschrijving van de kenmerken van de werken/leveringen/diensten die het voorwerp van de opdracht vormen.”, of een soortgelijke vermelding;

2° wanneer het keurmerk wordt vereist als bewijs dat de werken, diensten of leveringen overeenstemmen met de voorschriften overeenkomstig de eerste paragraaf, en het een opdracht betreft waarvan de geraamde waarde lager is dan de betreffende drempel van de Europese bekendmaking, door middel van onderstaande vermelding:

“Er wordt verwezen naar het gewenste keurmerk in uitvoering van artikel 54, § 1, van de wet van ... inzake overheidsopdrachten dat voldoet aan alle voorwaarden vermeld in deze laatste bepaling. Met name hebben de keurmerkeisen alleen betrekking op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht en zijn ze geschikt voor de omschrijving van de kenmerken van de werken/leveringen/diensten die het voorwerp van de opdracht vormen. Echter wordt ook steeds rekening gehouden met andere geschikte bewijsmiddelen, voor zover die aantonen dat aan de specifieke eisen is voldaan.”, of een soortgelijke vermelding;

3° wanneer het keurmerk niet als dusdanig wordt opgelegd maar de technische specificaties worden gedetailleerd door middel van een overname van bepaalde technische specificaties van dit keurmerk, in uitvoering van de tweede paragraaf, door middel van onderstaande vermelding:

“Naar dit keurmerk wordt verwezen in uitvoering van artikel 54, § 2, van de wet van ... inzake overheidsopdrachten. Het keurmerk voldoet aan de voorwaarden vermeld in artikel 54, § 1, 2° tot 5°. Aldus wordt het keurmerk niet als dusdanig opgelegd maar de technische specificaties worden gedetailleerd door middel van een overname van bepaalde technische specificaties van dit keurmerk. Daarbij wordt ook steeds rekening gehouden met andere geschikte bewijsmiddelen, voor zover die aantonen dat aan de specifieke eisen is voldaan.”, of een soortgelijke vermelding.

1.3 HET AANGEPAST MERKENVERBOD

Toepassing op alle overheidsopdrachten

Het beginsel vindt zijn oorsprong in de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten, maar kent een zeer ruime toepassing. Het Hof van Justitie oordeelde dat het merkenverbod ook van toepassing is op opdrachten die beneden de Europese drempels blijven en dit op grond van artikel 30 van het EG-Verdrag. Dit verdrag voorziet immers dat de lidstaten hun markten openstellen voor ondernemingen van de andere lidstaten, zeker voor de opdrachten die een grensoverschrijdend karakter kunnen vertonen en dit impliceert ' aldus het Hof ' dat er geen discriminerende specificaties in de bestekken worden opgenomen.

Wanneer een kandidaat, deelnemer of inschrijver vaststelt dat er in het bestek, dat uitgaat van een administratieve overheid, discriminerende bepalingen voorkomen, kunnen deze bepalingen desgevallend worden bestreden voor de Raad van State, of, indien het geen administratieve overheid betreft, voor de burgerlijke rechter.

Er waren al twee uitzonderingen op het merkenverbod.

Om te kunnen gewagen van discriminerende besteksbepalingen, stelde het oude artikel 8 § 2 kb als voorwaarde dat de gewraakte technische specificaties tot gevolg hebben dat bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd. De Raad van State interpreteerde deze voorwaarde vrij strikt door te oordelen dat het verbod een bepaald merk, fabricaat of herkomst in het bestek te vermelden (opdracht voor werken) slechts kan ingeroepen worden indien de inschrijver aantoont dat, door het vermelden van de herkomst van een bepaald materiaal, hij werd uitgeschakeld, dan wel dat andere inschrijvers erdoor werden bevoordeeld.

Een inschrijver, die ingeschreven heeft met Chinese hardsteen in plaats van de Belgische blauwe hardsteen 'Petit Granit', zoals in het bestek voorzien, en die om die reden als onregelmatig werd geweerd, voldoet ' aldus de Raad ' niet aan deze voorwaarde. De betrokken inschrijver levert het bewijs niet dat hij niet had kunnen inschrijven met Belgische blauwe hardsteen. In die omstandigheden vermocht hij niet zich te beroepen op de verbodsbepaling van artikel 85 kb 8 januari 1996 (het oude art. 8 § 2 kb 15 juli 2011).

Zo oordeelde de Raad van State ook dat - in de mate dat een teleurgestelde inschrijver aanvoert dat de toepassing van de Amerikaanse norm NCHRP350 met betrekking tot botsabsorbeerdere (voor wegeniswerken) de Amerikaanse producenten in de sector zou bevoordelen ' hij moet aantonen dat het bestek, via deze verwijzing, bepaalde ondernemingen bevoordeelt of andere ondernemingen uitschakelt, of zelfs dat enkel Amerikaanse botsabsorbeerdere in aanmerking kunnen komen. Met andere woorden, de geweerde inschrijver moet aantonen dat hij niet bij machte was in te schrijven conform het gevraagde.

Uit deze rechtspraak blijkt dat aanvankelijk volgens de Raad van State het niet voldoende was aan te tonen dat de opdrachtdocumenten zijn toegespitst op één bepaald merk. De inschrijver moest bovendien het bewijs leveren dat de gewraakte specificaties ongerechtvaardigd waren en geleid hebben tot het bevoordelen of het uitschakelen van sommige ondernemingen, dus tot het beperken van de mededinging.

In een recente uitspraak blijkt de Raad van State zich enigszins milder op te stellen tegenover inschrijvers die zich beklagen over een beschrijving in de opdrachtdocumenten die in feite een zeker monopolie met zich brengen.

In deze zaak, die nog werd geregeld door de vorige reglementering, wendde een inschrijver zich tot de Raad van State daar zijn offerte geweerd was als niet conform met de bestekvoorschriften. De aanbestedende overheid merkte in haar verweer op dat de teleurgestelde inschrijver niet benadeeld is door de gewraakte bepaling wanneer hij niet kan aantonen dat hij niet kon inschrijven met de in het bestek gevraagde materiaal. De Raad van State stelt evenwel dat het op zich volstaat dat bepaalde ondernemingen worden begunstigd om van een schending van artikel 85 kb 8 januari 1996 (het oude art. 8 § 2 kb) te kunnen spreken. Het arrest verwijst naar een beschikking van het Europese Hof van de Europese Unie, dat oordeelde dat het niet is vereist dat de inschrijver bewijst dat hijzelf niet kon inschrijven met het gevraagde product.

In de zaak waarover de Raad van State moest oordelen, ging het om de beschrijving van één bepaald type voeg voor brugdekpanelen, die zonder het gebruik van bouten kon uitgevoerd worden en slechts door één fabrikant kon geleverd worden. De betrokken inschrijver had uitdrukkelijk ingeschreven met een ander type voeg, waarbij wel bouten noodzakelijk waren. In de schorsingsprocedure wegens uiterst dringende noodzaak werd de vordering tot schorsing, ingesteld door de teleurgestelde inschrijver, nog afgewezen. In de procedure ten gronde stelt de Raad evenwel dat het geen twijfel leidt dat de verwijzing, weze impliciet doch zeker, in het bestek naar de gepatenteerde voeg de producenten en de verdelers van die voeg begunstigt. De gunningsbeslissing werd vernietigd.

De al voorziene uitzonderingen in de vroegere wetgeving:

Het dient wel vastgesteld dat op het merkenverbod twee uitzonderingen bestaan. Het oude Artikel 8 § 2, tweede lid kb voorziet dat een vermelding of verwijzing naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde

ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd, bij wijze van uitzondering alleen toegestaan is:

1° wanneer het niet mogelijk is door middel van voldoende nauwkeurige en voor alle betrokkenen volstrekt begrijpelijke specificaties een beschrijving van het voorwerp van de opdracht te geven. Deze vermelding of verwijzing moet vergezeld gaan van de woorden 'of gelijkwaardig'.

2° indien dit door het voorwerp van de opdracht is gerechtvaardigd.

Deze uitzonderingen zullen in de praktijk eerder zeldzaam voorkomen. Het verbod om in het bestek geen merken of geen beschrijvingen op te nemen die toegesneden zijn op één bepaald merk, krijgt trouwens een nog bredere dimensie door de toenemende vrijmaking van de overheidsopdrachtenmarkt op Europees vlak. Het kan wel verlokkelijk zijn in het bestek specificaties op te nemen, waaraan slechts één (nationaal) merk kan beantwoorden, om op die wijze de buitenlandse concurrentie uit te sluiten, maar het is duidelijk dat het Hof van Justitie en de Raad van State dergelijke monopoliserende specificaties met argusogen bekijken en, desgevallend, sanctioneren.

De toepasselijke regelgeving van art.54

Volgens het nieuwe artikel 54 mogen aanbestedende diensten naar keurmerken verwijzen als bewijs voor inschrijvers dat aan de technische specificaties in het bestek is voldaan. Het keurmerk waarnaar wordt verwezen, moet relevant zijn voor de opdracht en aan een aantal eisen in verband met transparantie en toegankelijkheid voldoen. Er moet ook worden vermeld dat het om een gelijkwaardig keurmerk mag gaan.

De mogelijkheden tot de aanwending van keurmerken zijn in echter uitgebreid. Immers wordt niet alleen duidelijk aangegeven dat deze mogelijkheid ook openstaat voor sociale of andere kenmerken, maar ook en vooral wordt de betreffende mogelijkheid niet langer uitsluitend gekaderd binnen de technische specificaties. In het eerste lid van de eerste paragraaf wordt inderdaad gesteld dat keurmerken ook kunnen worden aangewend in de contractvoorwaarden betreffende de uitvoering van de opdracht en zelfs in het kader van de gunningscriteria. Dit laatste geval zal zich wellicht minder vaak voordoen, bijvoorbeeld wanneer een extra waarde zou worden toegekend voor producten die beantwoorden aan het gevraagde keurmerk.

Daarnaast is bepaald dat het specifiek keurmerk ook kan worden vereist als bewijs dat de werken, leveringen of diensten voldoen aan de betreffende voorschriften (en dit zowel in geval van gebruik als technische specificatie, gunningscriterium of uitvoeringsvoorwaarde van de opdracht), mits aan een aantal voorwaarden is voldaan en met name mits *alle* gestelde keurmerkeisen verband houden met het voorwerp van de opdracht. In het derde lid van de eerste paragraaf is niettemin aangegeven dat de aanbestedende overheid die een keurmerk eist, alle keurmerken moet aanvaarden die bevestigen dat de betreffende werken, leveringen of diensten aan gelijkwaardige keurmerkeisen voldoen. Indien een ondernemer aantoont dat hij niet de mogelijkheid had om de betreffende keurmerken tijdig te verwerven,

moet de aanbestedende overheid ook andere geschikte bewijsmiddelen aanvaarden. Het moet gaan om redenen die hem niet aangerekend kunnen worden.

Nieuw is ook de vereiste dat de keurmerkeisen moeten worden vastgesteld door een derde partij waarover de ondernemer die het keurmerk aanvraagt, geen beslissende invloed uitoefent.

Aanbestedende overheden dienen er niettemin over te waken dat keurmerken steeds proportioneel zijn met het voorwerp van de opdracht, en dit onder meer om de toegang van de KMO's tot de opdracht geenszins te belemmeren. Om die reden ook werd voorzien in een versoepeling voor de opdrachten die de drempel voor de Europese bekendmaking niet bereiken. Aldaar beschikt de ondernemer steeds over de mogelijkheid om andere geschikte bewijsmiddelen aan te reiken die bevestigen dat aan de specifieke eisen of aan het specifieke keurmerk is voldaan.

1.4 BEWIJSVOERING VIA TESTVERSLAGEN, CERTIFICATIE EN ANDERE BEWIJSMIDDELEN

De Europese Richtlijn

Artikel 44

Testverslagen, certificatie en andere bewijsmiddelen

1. De aanbestedende diensten kunnen eisen dat ondernemers een testverslag of certificaat van een conformiteitsbeoordelingsinstantie verstrekken als bewijs van overeenstemming met de voorschriften of criteria die zijn neergelegd in de technische specificaties, de gunningscriteria of de contractvoorwaarden.

Wanneer aanbestedende diensten eisen dat certificaten van een specifieke conformiteitsbeoordelingsinstantie worden overgelegd, worden door hen ook certificaten van andere gelijkwaardige conformiteitsbeoordelingsinstanties aanvaard.

Een conformiteitsbeoordelingsinstantie in de zin van dit lid is een instantie die conformiteitsbeoordelingsactiviteiten verricht, zoals ijken, testen, certificeren en inspecteren, en geaccrediteerd is overeenkomstig Verordening (EG) nr. 765/2008 van het Europees Parlement en de Raad ⁽³¹⁾.

2. Aanbestedende diensten aanvaarden andere dan de in lid 1 bedoelde geschikte bewijsmiddelen, zoals een technisch dossier van de fabrikant, wanneer de betrokken ondernemer geen toegang had tot de in lid 1 bedoelde certificaten of testverslagen of deze niet binnen de desbetreffende termijnen kon verkrijgen, mits het ontbreken van toegang de betrokken ondernemer niet valt aan te rekenen, op voorwaarde dat de betrokken ondernemer daarbij aantoont dat de door hem geleverde werken, leveringen of diensten voldoen aan de voorschriften of criteria van de technische specificaties, de gunningscriteria of de contractvoorwaarden.

3. De lidstaten verstrekken andere lidstaten op hun verzoek alle informatie met betrekking tot de middelen en documenten die overeenkomstig artikel 42, lid 6, artikel 43 en de leden 1

en 2 van dit artikel zijn overgelegd. De bevoegde instanties van de lidstaat van vestiging van de ondernemer verstrekken deze informatie overeenkomstig artikel 86.

En de quasi letterlijke overname in de Belgische regelgeving

Art. 55

§ 1. De aanbestedende overheid kan eisen dat ondernemers een testverslag of certificaat van een conformiteitsbeoordelingsinstantie verstrekken als bewijs van overeenstemming met de voorschriften of criteria die zijn neergelegd in de technische specificaties, de gunningscriteria of de uitvoeringsvoorwaarden.

Wanneer de aanbestedende overheid eist dat certificaten van een specifieke conformiteitsbeoordelingsinstantie worden overgelegd, worden door deze aanbestedende overheid ook certificaten van andere gelijkwaardige conformiteits-beoordelingsinstanties aanvaard.

Een conformiteitsbeoordelingsinstantie in de zin van dit lid is een instantie die conformiteitsbeoordelingsactiviteiten verricht, zoals ijken, testen, certificeren en inspecteren, en geaccrediteerd is overeenkomstig Verordening nr. 765/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 tot vaststelling van de eisen inzake accreditatie en markttoezicht betreffende het verhandelen van producten en tot intrekking van Verordening nr. 339/93.

§ 2. De aanbestedende overheid aanvaardt andere dan de in de eerste paragraaf bedoelde geschikte bewijsmiddelen, zoals een technisch dossier van de fabrikant, wanneer de betrokken ondernemer geen toegang had tot de in de eerste paragraaf bedoelde certificaten of testverslagen of deze niet binnen de desbetreffende termijnen kon verkrijgen, mits het ontbreken van toegang niet aan de betrokken ondernemer te wijten is, op voorwaarde dat de deze laatste daarbij aantoont dat de door hem geleverde werken, leveringen of diensten voldoen aan de voorschriften of criteria van de technische specificaties, de gunningscriteria of de uitvoeringsvoorwaarden van de opdracht.

Kwaliteitsnormen en normen inzake milieubeheer

Art. 77

§ 1. Ingeval de aanbestedende overheid de overlegging eist van een door een onafhankelijke instantie opgestelde verklaring dat de ondernemer voldoet aan bepaalde kwaliteitsnormen, met inbegrip van normen inzake toegankelijkheid voor gehandicapten, verwijst zij naar regelingen voor kwaliteitsbewaking op basis van de desbetreffende Europese normenreeks die door geaccrediteerde instanties overeenkomstig de Europese normenreeks zijn gecertificeerd. Zij erkent gelijkwaardige certificaten van in andere lidstaten gevestigde instellingen. Zij aanvaardt eveneens andere bewijzen inzake gelijkwaardige kwaliteitsgaranties wanneer de betrokken ondernemer die certificaten niet binnen de gestelde termijnen kan verkrijgen om redenen die niet aan hem toe te schrijven zijn, mits de ondernemer het bewijs levert dat de voorgestelde maatregelen op het gebied van de kwaliteitsbewaking aan de kwaliteitsnormen te voldoen.

§ 2. Wanneer de aanbestedende overheid de overlegging eist van een door een onafhankelijke instantie opgestelde verklaring dat de ondernemer voldoet aan bepaalde systemen of normen inzake milieubeheer, verwijst zij naar het communautair milieubeheer- en milieuauditsysteem (EMAS) van de Europese Unie of enig ander milieubeheersysteem als erkend overeenkomstig artikel 45 van Verordening (EG) nr. 1221/2009 of andere normen inzake milieubeheer op basis van de toepasselijke Europese of internationale normen die door geaccrediteerde instanties zijn gecertificeerd. Zij erkent gelijkwaardige certificaten van in andere lidstaten gevestigde instellingen.

Indien een ondernemer, om redenen die hem niet aangerekend kunnen worden, aantoonbaar geen toegang had tot de certificaten of niet de mogelijkheid had deze binnen de gestelde termijnen te verwerven, aanvaardt de aanbestedende overheid andere passende bewijzen van gelijkwaardige maatregelen inzake milieubeheer, mits de ondernemer aantoont dat deze maatregelen gelijkwaardig zijn aan die welke krachtens het toepasselijke milieubeheersysteem of de norm vereist zijn.

1.5 CONCLUSIES

Inzake de technische specificaties beschikt de aanbestedende overheid eigenlijk over twee mogelijkheden: ofwel wordt verwezen naar een bepaalde norm ofwel worden de technische specificaties gevat in prestatie eisen of functionele eisen:

- Een norm: deze term kan worden gedefinieerd als een technische specificatie waarvan de deugdelijkheid is bewezen en werd bevestigd door een officiële instelling.
- Een prestatie-eis of een functionele eis: dit is een technische specificatie waarbij de aanbestedende overheid omschrijft welke resultaten een bepaald product moet behalen of welke functies het bewuste product moet kunnen vervullen

De keuze voor een norm dan wel een prestatie-eis of een functionele eis behoort tot de discretionaire bevoegdheden van de aanbestedende overheid.

Deze keuze zal onder meer afhankelijk zijn van het al dan niet beschikbaar zijn van een geschikte norm alsook van het voorwerp van de overheidsopdracht. (1)

Als wordt geopteerd voor een norm, heeft de wetgever voorzien in een cascadesysteem.

Helemaal bovenaan staan de nationale normen die de omzetting vormen van een Europese norm ("NBN EN..."). Vervolgens komen de Europese technische beoordelingen, de gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen en andere door Europese normalisatie instellingen opgestelde technische referentiesystemen. Enkel bij ontstentenis van Europese of internationale normen of specificaties mag worden verwezen naar een puur interne (Belgische) norm. Elke verwijzing naar een norm, zelfs een verwijzing naar een NBN EN-norm, moet worden vergezeld van de woorden "of gelijkwaardig". Het is

steeds de inschrijver die de gelijkwaardigheid moet bewijzen en het komt de aanbestedende overheid toe het al dan niet gelijkwaardig karakter te beoordelen.

Als wordt geopteerd voor een prestatie-eis of een functionele eis dienen deze eisen zo nauwkeurig mogelijk te worden omschreven zodat de inschrijvers het voorwerp van de overheidsopdracht kunnen bepalen en zodat de aanbestedende overheid een correcte toetsing van de offertes aan de eisen kan doorvoeren.

Bij de omschrijving van de technische specificaties mag in principe niet worden verwezen naar een bepaald merk, een bepaalde herkomst, een bepaalde productie enz. Dergelijke bepalingen doen immers afbreuk aan de gelijkheid der inschrijvers.

In geval van overheidsopdrachten voor leveringen of voor diensten

is een technische specificatie een specificatie die voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product of dienst, zoals het niveau van kwaliteit, het niveau van milieuvriendelijkheid en klimaatprestaties, een ontwerp dat aan alle vereisten voldoet, met inbegrip van de toegankelijkheid voor gehandicapten, en de overeenstemmingsbeoordeling, gebruiksgeschiktheid, gebruik, veiligheid of afmetingen van het product, met inbegrip van de voor het product geldende voorschriften inzake handelsbenaming, terminologie, symbolen, proefnemingen en proefnemingsmethoden, verpakking, markering en etikettering, gebruiksaanwijzingen, productieprocessen en -methoden tijdens de verschillende stadia van de levenscyclus van de levering of dienst, en conformiteitsbeoordelingsprocedures (artikel 2, 44° (b) Overheidsopdrachtenwet).

In geval van overheidsopdrachten voor werken

zijn de technische specificaties alle technische voorschriften, met name die welke zijn opgenomen in de opdrachtdocumenten, die een omschrijving geven van de vereiste kenmerken van een materiaal, een product of een levering, zodat dit of deze beantwoordt aan het gebruik waarvoor het materiaal, product of de levering door de aanbesteder is bestemd; tot deze kenmerken behoren ook het niveau van milieuvriendelijkheid en klimaatprestaties, een ontwerp dat aan alle vereisten voldoet, met inbegrip van de toegankelijkheid voor gehandicapten, en de conformiteitsbeoordeling, gebruiksgeschiktheid, veiligheid, of afmetingen, met inbegrip van kwaliteitsborgingsprocedures, terminologie, symbolen, proefnemingen en proefnemingsmethoden, verpakking, markering en etikettering, gebruiksaanwijzingen en productieprocessen en -methoden tijdens de verschillende stadia van de levenscyclus van een werk of de werken; deze kenmerken omvatten eveneens de voorschriften voor het ontwerpen en het berekenen van het werk, de voorwaarden voor proefnemingen, controle en oplevering van de werken, alsmede de bouwtechnieken of bouwwijzen en alle andere technische voorwaarden die de aanbesteder bij algemene dan wel bijzondere maatregel kan voorschrijven met betrekking tot de voltooide werken en tot de materialen of bestanddelen waaruit deze werken zijn samengesteld. (artikel 2, 44° (a) Overheidsopdrachtenwet).

2. PRINCIPES

Een van de belangrijkste principes inzake overheidsopdrachten is dat de overheid een zo ruim mogelijk beroep moet doen op de mededinging. Een toepassing van dit principe is dat in de bestekken de technische specificaties, waaraan de werken en de materialen moeten voldoen, niet discriminerend mogen zijn ten opzichte van bepaalde producenten, leveranciers of ondernemers. De bedoeling is dat een ruime waaier van goederen en procedés in aanmerking kan komen bij de uitvoering van overheidsopdrachten.

2.1 WELKE TECHNISCHE SPECIFICATIES MAG EEN AANBESTEDER IN ZIJN OPDRACHTDOCUMENTEN SCHRIJVEN?

In de opdrachtdocumenten beschrijft de aanbesteder de technische specificaties, dit is het geheel van technische voorschriften waaraan het gevraagde moet voldoen. Hier vallen ook de keurmerken onder. De technische specificaties mogen verband houden met het specifieke proces of een specifieke methode van productie of uitvoering. Deze specificaties hoeven niet tot de materiële essentie van de opdracht te behoren, maar moeten wel met het voorwerp van de opdracht zijn verbonden. Daarenboven moeten zij proportioneel zijn tot de waarde van de opdracht en de doelstelling ervan.(2)

De technische specificaties mogen opgesteld worden aan de hand van prestatie- of functionele eisen, inclusief milieukeurmerken, mits deze zo nauwkeurig zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbestedende overheid de opdracht kan gunnen. Het gebruik van prestatie- en functionele eisen wordt sterk aangemoedigd aangezien hierdoor kunstmatige concurrentiebeperking voorkomen kan worden en innovatie wordt gestimuleerd.(3)

De aanbesteder mag ook verwijzen naar de technische specificaties en, in volgorde van voorkeur, naar de nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, de Europese technische beoordelingen, de gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen, of, bij gebreke van dit alles, de nationale normen, de nationale technische goedkeuringen dan wel de nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, het berekenen en het uitvoeren van de werken en het gebruik van de leveringen. Iedere verwijzing gaat vergezeld van de woorden “of gelijkwaardig”. De aanbesteder mag ook een mix van prestatie- of functionele eisen en technische specificaties gebruiken.(4)

De aanbesteder mag echter geen bepaald fabricaat eisen, of een bepaald merk, type of octrooi, waardoor ondernemingen zouden kunnen benadeeld of bevoordeeld worden.(5)

Kunstmatige concurrentiebeperking, namelijk het bevoordelen van een welbepaalde ondernemer, moet voorkomen worden. De technische specificaties moeten dan ook zo opgesteld worden.(6)

Een klassiek voorbeeld is het geval waarin de politie operationele wagens wenst aan te kopen. De vereiste van een bepaald merk en model is hierbij te specifiek voor het doel dat men voor ogen heeft: namelijk een voertuig om zich te verplaatsen voor operationele doeleinden. De politie zal in dit geval geen bepaald merk kunnen opleggen, maar zal alleen de vereisten kunnen omschrijven waaraan een voertuig dient te voldoen. Deze vereisten mogen en kunnen zeer specifiek zijn, zolang hiervoor een goede reden bestaat. Om het simplistisch te stellen, de omschrijving 'BMW 7' zal niet kunnen, maar wel redelijke en verantwoorde vereisten zoals bijvoorbeeld: het halen van een welbepaalde snelheid (noodzakelijk voor achtervolgingen); kogelvrij glas (ter bescherming van de agenten), een beperkt verbruik (de politie wenst zo zuinig mogelijk te zijn) etc. Deze vereisten zijn proportioneel en betekenen geen schending van de gelijkheid tussen mogelijke leveranciers. Bovendien houden ze verband met de opdracht. Ze worden transparant weergegeven in de opdrachtdocumenten. Echter, wanneer de politie hierbij zou vereisen dat een bepaald merk geleverd moet worden of een bepaald kenmerk zonder een redelijke verantwoording, dan handelt zij in strijd met de wetgeving.

Slechts in twee gevallen mag verwezen worden naar een bepaald merk of type:

- (i) wanneer er geen voldoende nauwkeurige omschrijving van het voorwerp van de opdracht bestaat, die begrijpelijk is en
- (ii) (wanneer het voorwerp van de opdracht dit rechtvaardigt).(7)

In het eerste geval dient de aanbesteder wel de woorden 'of gelijkwaardig' bij het merk te vermelden. Indien een aanbesteder deze verplichtingen niet naleeft, dan kan een inschrijver in elk geval een gelijkwaardig product of dienst aanbieden.

Het gaat om uitzonderingen.

De aanbesteder zal dus steeds goed moeten nadenken of hij zich kan beroepen op één van deze twee uitzonderingsgevallen, die limitatief te interpreteren zijn. Hij moet deze overwegingen daarenboven vermelden in de opdrachtdocumenten of in het administratief dossier. Doet hij dit niet, of motiveert hij dit slechts na de gunning, dan handelt hij in strijd met de wetgeving en kan de gunningsbeslissing worden geschorst of vernietigd.(8)

Dergelijke vermelding is bij wijze van uitzondering enkel toegestaan wanneer er anders geen voldoende nauwkeurig en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht mogelijk zou zijn en indien dit door het voorwerp van de overheidsopdracht is gerechtvaardigd. Ook in dergelijk geval moet de vermelding worden aangevuld met de woorden "of gelijkwaardig". In geen geval mag men de technische specificaties dermate omschrijven dat er slechts één opdrachtnemer in aanmerking komt.

Voorbeeld: bij een overheidsopdracht voor het aanbrengen van thermoplastische markeringen mag men geen bepaald merk eisen, maar mag men evenmin dit verbod omzeilen door een aantal technische kenmerken van dit merk over te nemen in het bestek, bijvoorbeeld door een dikte te eisen van 5,13 mm. Dit laatste kan enkel indien dit redelijk te verantwoorden is en met andere woorden kan worden aangetoond dat dunnere en dikkere markeringen aanmerkelijk slechter zijn.(Willy Abbeloos op.cit 1)

2.2 TERECHT OF ONTERECHT GEBRUIK VAN DE TERM “OF GELIJKWAARDIG”?

Vaak rechtvaardigen aanbestedende diensten het voorschrijven van specifieke merken of producten omdat zij daarbij vermelden “of gelijkwaardig” vermelden. Dit is onjuist. Het is slechts in uitzonderingssituaties toegestaan om een specifiek merk of product te noemen. Dat mag alleen wanneer andere mogelijke beschrijvingen onvoldoende precies en onvoldoende begrijpelijk zijn voor potentiële inschrijvers. Dus alleen wanneer het absoluut onmogelijk is om zonder merk/product naam te specificeren mag het, maar dan uitsluitend onder vermelding van “of gelijkwaardig”.

Gelijkwaardigheid bewijzen

Het is niet eenvoudig om te bewijzen dat een product vergelijkbaar is aan een ander product. De inschrijver die een gelijkwaardig product aanbiedt zal zelf moeten aantonen met alle middelen die hem ten dienste staan dat zijn product gelijkwaardig is. Dat betekent zeker niet dat het product gelijk of hetzelfde moet zijn. Vervolgens is het aan de aanbestedende dienst om de gelijkwaardigheid te beoordelen. Maar hoe doet zij dat? In het bestek of de leidraad zal daarover weinig te vinden zijn. Hoe wordt de gelijkwaardigheid getest en zijn de personen dit doen daartoe wel in staat?

Gelijkwaardigheid controleren

Indien u wilt aanbieden met een vergelijkbaar product dient u de gelijkwaardigheid te bewijzen en de aanbestedende dienst dient de gelijkwaardigheid te controleren. Het is zaak om helder te krijgen hoe de gelijkwaardigheid wordt gecontroleerd. De enige manier hiertoe is het stellen van vragen voor de nota van inlichtingen. Wie beoordeelt de gelijkwaardigheid? Wat moet inschrijver overleggen om de gelijkwaardigheid te kunnen bewijzen? Hoe is de beoordelingsprocedure voor de gelijkwaardigheid ingericht zodat favoritisme is uitgesloten? Welke tests worden gedaan? Welke eigenschappen worden getest? Welke aspecten worden daarbij meegewogen?

Conclusie

Schrijft de aanbestedende dienst merken of specifieke producten voor terwijl dat niet absoluut noodzakelijk is? Dan heeft u er mogelijk veel baat bij wanneer dat specifieke product of merk uit de specificaties wordt gehaald. U kunt dan het beste meteen bezwaar maken. Helpt dat niet, schakel dan een advocaat in. Laat geen tijd voorbijgaan, wacht vooral niet op het gunningsbesluit.

Is het absoluut noodzakelijk om merken of productnamen voor te schrijven, dan is het zaak om zo helder mogelijk te krijgen hoe de gelijkwaardigheid gecontroleerd wordt. De aanbestedende dienst mag daar overigens geen vergoeding voor vragen want dat zou de mededinging verstoren.

2.3 MAG MEN DAN WEL BEPAALDE SPECIFIEKE KEURMERKEN OF KEURMERKEISEN STELLEN? STELLING VAN HET EUROPEES HOF VAN JUSTITIE

In de vorige wetgeving van 2011 was reeds voorzien dat een aanbesteder bepaalde milieukeurmerken kon voorschrijven⁽⁹⁾

De huidige wet van 2016 bracht hier verandering in.¹⁰ De mogelijkheden om specifieke keurmerken te gebruiken zijn momenteel uitgebreid naar sociale of andere kenmerken.⁽¹¹⁾ De Overheidsopdrachtenwet spreekt over “keurmerken” en “keurmerkeisen”.

Een keurmerk is ieder document, certificaat of getuigschrift dat bevestigt dat de werken, producten, diensten, processen of procedures in kwestie aan bepaalde eisen voldoen.⁽¹²⁾

Keurmerkeisen zijn de voorschriften waaraan de werken, producten, diensten, processen of procedures in kwestie moeten voldoen om het betrokken keurmerk te verkrijgen.⁽¹³⁾

Tot 2014 was het Europese Hof van Justitie van oordeel dat wanneer de aanbesteder een specifiek keurmerk eist, de keurmerkeisen ook vermeld moesten worden.⁽¹⁴⁾

Ter info voegen we hierna het Max Havelaar Arrest =

Het Europees Hof van Justitie geeft in zijn ARREST VAN 10. 5. 2012 — ZAAK C-368/10

COMMISSIE / NEDERLAND verduidelijking rond het gebruik van labels of keurmerken in de criteria en technische eisen van het bestek en argumenteert als volgt:

Met haar beroep verzoekt de Europese Commissie het Hof vast te stellen dat het Koninkrijk der Nederlanden, doordat de Provincie Noord-Holland in het kader van de gunning van een overheidsopdracht voor de levering en het beheer van koffieautomaten:

- in de technische specificaties de keurmerken Max Havelaar en EKO, althans keurmerken met vergelijkbare of dezelfde uitgangspunten, heeft voorgeschreven;*
- ter toetsing van de bekwaamheid van de ondernemers criteria en bewijzen betreffende duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen heeft opgenomen;*
- bij het formuleren van de gunningscriteria een verwijzing naar het Max Havelaar- en/of het EKO-keurmerk, althans naar keurmerken met dezelfde uitgangspunten, heeft opgenomen, niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op hem rusten krachtens respectievelijk artikel 23, leden 6 en 8, en de artikelen 2, 44, lid 2, 48, leden 1 en 2, en 53, lid 1, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114 en, rectificatie, PB 2004, L 351, blz. 44), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1422/2007 van de Commissie van 4 december 2007 (PB L 317, blz. 34; hierna: „richtlijn 2004/18”).*

Toepasselijke bepalingen

2 Richtlijn 2004/18 bevat onder meer de volgende overwegingen

„(2) Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van

goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. Bijgevolg moeten deze coördinatiebepalingen overeenkomstig voornoemde regels en beginselen alsmede overeenkomstig de andere Verdragsregels worden uitgelegd.

(5) Overeenkomstig artikel 6 van het [EG-Verdrag, waarmee artikel 11 VWEU overeenstemt] moeten de eisen inzake milieubescherming geïntegreerd worden in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Gemeenschap als bedoeld in artikel 3 van het [EG-Verdrag, waarmee in hoofdzaak de artikelen 3 VWEU tot en met 6 VWEU en artikel 8 VWEU overeenstemmen], in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling. Deze richtlijn verduidelijkt derhalve hoe de aanbestedende diensten kunnen bijdragen tot de bescherming van het milieu en de bevordering van duurzame ontwikkeling op een wijze die het mogelijk maakt voor hun opdrachten de beste prijs-kwaliteitverhouding te krijgen.

(29) De door de aanbestedende diensten opgestelde technische specificaties moeten de **openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging mogelijk maken**; daartoe moet het mogelijk zijn inschrijvingen in te dienen waarin de diversiteit van de technische oplossingen tot uiting komt. Te dien einde moeten enerzijds de technische specificaties kunnen worden opgesteld in termen van prestaties en functionele eisen en moeten anderzijds, bij verwijzing naar de Europese — of bij ontstentenis daarvan naar de nationale — norm, **op andere gelijkwaardige oplossingen gebaseerde inschrijvingen door de aanbestedende dienst in overweging worden genomen. Om de gelijkwaardigheid aan te tonen, moeten de inschrijvers elk bewijsmiddel kunnen gebruiken.** Overheidsdiensten moeten iedere beslissing dat er geen sprake is van gelijkwaardigheid, kunnen motiveren. Aanbestedende diensten die in de technische specificatie van een bepaalde opdracht milieueisen wensen op te nemen, kunnen de milieukeurmerken, zoals een bepaalde productiemethode, en/of het milieueffect van specifieke productgroepen of -diensten voorschrijven. Zij kunnen, zonder dat daartoe een verplichting bestaat, de passende specificaties gebruiken die zijn omschreven in milieukeuren, zoals de Europese milieukeur, (pluri)nationale milieukeuren of een andere milieukeur indien de vereisten voor de keur zijn ontwikkeld en aangenomen op grond van wetenschappelijke gegevens via een proces waaraan de betrokkenen, zoals regeringsinstanties, consumenten, fabrikanten, kleinhandel en milieuorganisaties, kunnen deelnemen en indien de keur toegankelijk en beschikbaar is voor alle betrokken partijen. [...] De technische specificaties moeten duidelijk worden aangegeven, zodat alle inschrijvers weten waarop de door de aanbestedende dienst gestelde eisen betrekking hebben. [...]

(39) De beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers [...] alsmede hun selectie, dienen **op transparante wijze** te geschieden. Daartoe dienen **niet-discriminerende criteria** te worden aangegeven die de aanbestedende diensten kunnen gebruiken om de mededingers te selecteren, alsmede de middelen die de ondernemers kunnen gebruiken om aan te tonen dat zij aan deze criteria voldoen. Uit dit oogpunt van transparantie dient de aanbestedende dienst gehouden te zijn vanaf de oproep tot mededinging voor een opdracht de selectiecriteria aan te geven die hij voor de selectie zal hanteren, alsmede het niveau van specifieke bekwaamheden dat hij eventueel van ondernemers eist opdat deze tot de aanbestedingsprocedure kunnen worden toegelaten. [...]

(46) De gunning van de opdracht dient te geschieden **op basis van objectieve criteria** waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd. Derhalve mogen slechts twee gunningscriteria worden toegepast, namelijk het criterium van de ‚laagste prijs‘ en het criterium van de ‚economisch voordeligste inschrijving‘.

Teneinde de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling bij de gunning van opdrachten te waarborgen, moet worden voorzien in de door de jurisprudentie bevestigde verplichting om de nodige transparantie te garanderen teneinde iedere inschrijver de mogelijkheid te bieden redelijkerwijs kennis te nemen van de criteria en de nadere regelingen die zullen worden toegepast ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving. Daarom dienen de aanbestedende diensten tijdig de gunningscriteria en het relatieve gewicht van elk van deze criteria aan te geven zodat de ondernemers er bij de opstelling van hun inschrijving kennis van hebben. [...]

Wanneer de aanbestedende diensten besluiten om de opdracht te gunnen aan de economisch voordeligste inschrijving, gaan zij na welke inschrijving de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt. Daartoe stellen zij economische en kwalitatieve criteria vast, die het over het geheel genomen mogelijk maken om de voor de aanbestedende dienst economisch voordeligste inschrijving te bepalen. Bij de vaststelling van deze criteria wordt rekening gehouden met het voorwerp van de opdracht, aangezien de criteria het mogelijk moeten maken het prestatieniveau van iedere inschrijving in verhouding tot het in de technische specificaties omschreven voorwerp van de opdracht te beoordelen, en de prijs-kwaliteitverhouding van iedere inschrijving te bepalen.

Met het oog op het waarborgen van een gelijke behandeling moeten de gunningscriteria de mogelijkheid bieden de inschrijvingen te vergelijken en op een objectieve manier te beoordelen. Indien deze voorwaarden zijn vervuld, bieden economische en kwalitatieve gunningscriteria, bijvoorbeeld criteria betreffende de vervulling van milieueisen, de aanbestedende diensten de mogelijkheid om tegemoet te komen aan de in de specificaties voor de opdracht vermelde behoeften van het betrokken openbare lichaam. Onder dezelfde voorwaarden kan een aanbestedende dienst criteria gebruiken die ertoe strekken te voldoen aan sociale eisen, waardoor met name tegemoet wordt gekomen aan de — in de specificaties voor de opdracht vermelde — behoeften van bijzonder kansarme

bevolkingsgroepen waartoe de begunstigden/gebruikers van de werken, leveringen of diensten welke het voorwerp van de opdracht zijn, behoren.”

4 Artikel 2 van richtlijn 2004/18 bepaalt:

„Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten

Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.”

5 Punt 1, sub b, van bijlage VI bij richtlijn 2004/18 definieert „technische specificatie” in geval van overheidsopdrachten voor leveringen als „een specificatie die voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product [...], zoals het niveau van kwaliteit, het niveau van milieuvriendelijkheid, een ontwerp dat aan alle vereisten voldoet [...] en de overeenstemmingsbeoordeling, gebruiksgeschiktheid, gebruik, veiligheid of afmetingen van het product, met inbegrip van de voor het product geldende voorschriften inzake handelsbenaming, terminologie, symbolen, proefnemingen en proefnemingsmethoden, verpakking, markering en etikettering, gebruiksaanwijzingen, productieprocessen en -methoden, en overeenstemmingsbeoordelingsprocedures”.

6 Artikel 23 van deze richtlijn bevat de volgende bepalingen:

„1. De technische specificaties zoals omschreven in punt 1 van bijlage VI maken deel uit van de aanbestedingsstukken [...].

2. De technische specificaties moeten de inschrijvers gelijke toegang bieden en mogen niet tot gevolg hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden geschapen.

3. de technische specificaties [worden] als volgt aangegeven [...]

hetzij in termen van prestatie-eisen en functionele eisen; deze kunnen milieukeuren bevatten. Zij moeten echter zo nauwkeurig zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbestedende diensten de opdracht kunnen gunnen;

6. Aanbestedende diensten die milieukeuren voorschrijven door verwijzing naar prestatie-eisen of functionele eisen, zoals bepaald in lid 3, sub b, kunnen gebruikmaken van de gedetailleerde specificaties of, zo nodig, van gedeelten daarvan, zoals vastgesteld in Europese, (pluri)nationale milieukeuren of in een andere milieukeur, voor zover:

- die geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van de leveringen of diensten waarop de opdracht betrekking heeft,
- de vereisten voor de keur zijn **ontwikkeld op grond van wetenschappelijke gegevens**,
- de milieukeuren zijn aangenomen via een proces waaraan **alle betrokkenen**, zoals regering, consumenten, fabrikanten, kleinhandel en milieuorganisaties **kunnen deelnemen**,
- en de keuren **toegankelijk zijn voor alle betrokken partijen**.

De aanbestedende diensten kunnen aangeven dat de van een milieukeur voorziene producten of diensten worden geacht te voldoen aan de technische specificaties van het bestek; **zij dienen elk ander passend bewijsmiddel te aanvaarden**, zoals een technisch dossier van de fabrikant of een testverslag van een erkende organisatie.

8. Behalve indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is, mag in de technische specificaties **geen melding worden gemaakt van een bepaald fabrikaat of een**

bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze, noch mogen deze een verwijzing bevatten naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd. Deze vermelding of verwijzing is **bij wijze van uitzondering** toegestaan wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke **beschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk** is door toepassing van de leden 3 en 4; deze vermelding of verwijzing moet vergezeld gaan van de woorden **„of gelijkwaardig”**.

9 Artikel 44 van richtlijn 2004/18 bepaalt onder het opschrift „Controle van de geschiktheid en selectie van de deelnemers, en gunning van de opdrachten”, in lid 1 dat de aanbestedende diensten, na de geschiktheid van de niet-uitgesloten inschrijvers te hebben gecontroleerd op basis van criteria betreffende onder meer technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid bedoeld in artikel 48 van de richtlijn, de opdrachten gunnen op grond van de in onder meer artikel 53 van dezelfde richtlijn genoemde criteria. Artikel 44, lid 2, van deze richtlijn bepaalt: „De aanbestedende diensten kunnen minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden overeenkomstig art.47 en 48 stellen waaraan de inschrijvers moeten voldoen.

De in de artikelen 47 en 48 bedoelde inlichtingen en de minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden moeten verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp t. [...]”

11 Volgens artikel 48, lid 2, kan de technische bekwaamheid van de ondernemer op een of meer van de in deze bepaling vermelde manieren worden aangetoond, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de werken, leveringen of diensten. Voor overheidsopdrachten voor leveringen vermelden de punten a-ii, b tot en met d, en j van deze bepaling de volgende mogelijkheden:

- de overlegging van een lijst van de voornaamste leveringen die gedurende de afgelopen drie jaar zijn verricht;

- opgave van de al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die belast met de kwaliteitscontrole;

- een beschrijving van de technische uitrusting van de leverancier, van de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen en de mogelijkheden die hij biedt ten aanzien van ontwerpen en onderzoek;

- in het geval van complexe producten of wanneer deze bij wijze van uitzondering aan een bijzonder doel moeten beantwoorden, een controle door de aanbestedende dienst of in diens naam, die betrekking heeft op de productiecapaciteit van de leverancier en, zo nodig, op diens mogelijkheden inzake ontwerpen en onderzoek en de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen;

- wat de te leveren producten betreft, monsters, beschrijvingen of foto's, of certificaten waarin wordt verklaard dat producten aan bepaalde specificaties of normen beantwoorden.

Vereisten in bestek van de Provincie Noord Holland:

„In het kader van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen eist Provincie Noord-Holland dat de leverancier voldoet aan de criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen. Tevens dient aangegeven te worden op welke

wijze de leverancier bijdraagt aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie. [...]"

29 Bijlage A bij de offerteaanvraag, getiteld „Programma van eisen”, bevatte onder meer de volgende punten:

„31 Provincie Noord-Holland maakt voor de koffie- en theeconsumpties **gebruik van het Max Havelaar- en EKO-keurmerk**. [...]"

35 De ingrediënten dienen indien mogelijk aan het EKO- en/of Max Havelaar-keurmerk te voldoen. [...] [Punten (max.) 15

Uit de bijlagen en de algemene opzet van de offerteaanvraag blijkt dat bedoeld punt 35 betrekking had op bepaalde ingrediënten, behalve thee en koffie, die bij de bereiding van de dranken werden gebruikt, zoals melk, suiker en cacao (hierna: „ingrediënten”).

Bijkomende nota van inlichtingen

31 Op 9 september 2008 heeft de Provincie Noord-Holland de punten 11 en 12 van de in onderafdeling 2.3 van de offerteaanvraag vermelde nota van inlichtingen bekendgemaakt. Die punten betroffen een vraag aangaande de punten 31 en 35 van bijlage A bij de offerteaanvraag, die was geformuleerd als volgt: „Kunnen wij ervan uitgaan dat voor de gestelde keurmerken **geldt: of vergelijkbaar?**” De aanbestedende dienst heeft het volgende geantwoord: Zolang de uitgangspunten maar vergelijkbaar of hetzelfde zijn.

De ingrediënten mogen van een keurmerk zijn met dezelfde uitgangspunten.”

32 Uit de aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie van 24 december 2008 blijkt dat de opdracht is gegund aan de Nederlandse onderneming Maas International.

De precontentieuze procedure en de procedure voor het Hof

39 De Commissie heeft het Koninkrijk der Nederlanden op 15 mei 2009 een aanmaningsbrief gezonden. Volgens die brief is de offerteaanvraag van de Provincie Noord-Holland in het kader van de litigieuze opdracht **in strijd met richtlijn 2004/18, doordat de keurmerken Max Havelaar en EKO of keurmerken die op vergelijkbare of identieke criteria berusten verplicht worden gesteld** voor te leveren thee of koffie, doordat die keurmerken als gunningscriteria worden gebruikt en doordat de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers worden beoordeeld op basis van criteria die niet onder het in die richtlijn vastgelegde stelsel vallen.

40 Bij brief van 17 augustus 2009 heeft het Koninkrijk der Nederlanden toegegeven dat de aan de orde zijnde opdracht niet volledig aan de vereisten van de richtlijn beantwoordde, maar betoogd dat zulks niet tot gevolg had gehad dat bepaalde potentieel belanghebbende ondernemers werden benadeeld.

41 Op 3 november 2009 heeft de Commissie een met redenen omkleed advies uitgebracht waarin zij de bewoordingen van haar aanmaningsbrief herhaalde en het Koninkrijk der Nederlanden verzocht de nodige maatregelen te nemen om dit advies binnen twee maanden na ontvangst ervan op te volgen.

42 Bij brief van 31 december 2009 heeft die lidstaat de gegrondheid van het standpunt van de Commissie betwist.

43 Daarop heeft deze laatste besloten het onderhavige beroep in te stellen.

Het beroep

45 Verzoekster baseert haar beroep op drie middelen.

46 Het **eerste en het derde middel** betreffen **het gebruik van de keurmerken EKO en Max Havelaar in het kader van de technische specificaties** voor de betrokken opdracht met betrekking tot de te leveren koffie en thee, en de gunningscriteria met betrekking tot de te leveren ingrediënten. Het eerste middel omvat twee onderdelen, ontleend aan schending van respectievelijk artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 — voor het EKO-keurmerk — en van lid 8 van hetzelfde artikel voor het keurmerk Max Havelaar. Het derde middel is ontleend aan schending van artikel 53, lid 1, van genoemde richtlijn en berust op twee bezwaren van de Commissie, te weten dat de richtlijn in de weg staat aan het gebruik van keurmerken en dat bovengenoemde keurmerken **geen verband hielden met het voorwerp** van de betrokken opdracht.

47 Het **tweede middel** stelt aan de orde dat de inschrijvers de criteria „duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen” in acht moesten nemen. Het valt uiteen in drie onderdelen, ontleend aan schending van respectievelijk de artikelen 44, lid 2, eerste alinea, en 48 van richtlijn 2004/18, op grond dat dit vereiste niet overeenkomt met een van de op grond van deze bepalingen toegestane vereisten, artikel 44, lid 2, tweede alinea, van deze richtlijn, doordat bedoeld vereiste geen verband houdt met het voorwerp van de opdracht, en de in artikel 2 van dezelfde richtlijn bedoelde **transparantieplicht, doordat de termen „duurzaam inkopen” en „maatschappelijk verantwoord ondernemen” onvoldoende duidelijk zijn.**

Beoordeling door het Hof eerste onderdeel eerste middel

61 Om te beginnen moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat volgens artikel 23, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/18 de technische specificaties kunnen worden aangegeven in termen van prestatie-eisen en functionele eisen die milieukeurmerken kunnen bevatten. Ingevolge punt 29 van de considerans van deze richtlijn kan een bepaalde productiemethode een dergelijk milieukeurmerk zijn. Zoals partijen eenstemmig van oordeel zijn, vormt het keurmerk EKO, doordat het op milieukeurmerken is gebaseerd en voldoet aan de in artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 vermelde voorwaarden, bijgevolg een „milieukeur” in de zin van die bepaling. In de tweede plaats heeft de Provincie Noord-Holland, door met betrekking tot een kenmerk van de te leveren koffie en thee een eis te formuleren in verband met dat keurmerk, dienaangaande een technische specificatie geformuleerd. Derhalve moet aan de hand van deze laatste bepaling het onderhavige onderdeel van het eerste middel worden onderzocht.

62 Luidens artikel 2 van richtlijn 2004/18, waarin de beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten zijn neergelegd, behandelen aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten zij transparantie in hun handelen. Deze beginselen zijn van cruciale betekenis voor de technische specificaties wegens het gevaar voor discriminatie in verband met de keuze van die specificaties of de formulering ervan. Zo wordt in artikel 23, leden 2 en 3, sub b, en de laatste volzin van punt 29 van de considerans van richtlijn 2004/18 beklemtoond dat de technische specificaties de inschrijvers gelijke

toegang moeten bieden en niet tot gevolg mogen hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden geschapen, dat zij zo nauwkeurig zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbestedende diensten de opdracht kunnen gunnen en dat zij duidelijk moeten worden aangegeven, zodat alle inschrijvers weten waarop de door de aanbestedende dienst gestelde eisen betrekking hebben. Met name in het licht van deze overwegingen moet artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 worden uitgelegd.

63 Blijkens de bewoordingen van de eerste alinea van deze bepaling mogen de aanbestedende diensten op grond hiervan voor de vereisten inzake de milieukeurmerken gebruikmaken van de gedetailleerde specificaties van een milieukeur, maar niet van een milieukeur als zodanig. Het nauwkeurigheidsvereiste dat is neergelegd in artikel 23, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/18 — waarnaar lid 6 van dit artikel verwijst — en wordt geëxpliciteerd in de laatste zin van punt 29 van de considerans staat in de weg aan een ruime uitlegging van bedoelde bepaling.

64 Opdat gemakkelijker kan worden bepaald of aan een dergelijk vereiste is voldaan mogen de aanbestedende diensten bovendien op grond van de tweede alinea van voormeld artikel 23, lid 6, aangeven dat producten die voorzien zijn van de milieukeur waarvan zij de gedetailleerde specificaties hebben gebruikt worden geacht aan de betrokken specificaties te voldoen. Deze tweede alinea verruimt echter niet de draagwijdte van de eerste alinea van bedoeld artikel 23, lid 6, aangezien van de milieukeur zelf slechts bijkomstig gebruik mag worden gemaakt, als bewijs dat wordt voldaan „aan de technische specificaties”.

65 Overeenkomstig dezelfde tweede alinea van artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 dienen de aanbestedende diensten immers elk ander passend bewijsmiddel te aanvaarden, zoals een technisch dossier van de fabrikant of een testverslag van een erkende organisatie.

66 Voor het overige zij in herinnering gebracht dat ofschoon, zoals het Koninkrijk der Nederlanden betoogt, de aanbestedende dienst van de belanghebbende marktdeelnemers mag verwachten dat zij redelijk geïnformeerd zijn en de normale zorgvuldigheid betrachten, een dergelijk gewettigd vertrouwen evenwel veronderstelt dat de aanbestedende dienst zijn eisen zelf duidelijk heeft geformuleerd (zie in die zin arrest van 22 april 2010, Commissie/Spanje, C-423/07, Jurispr. blz. I-3429, punt 58). A fortiori kan dat vertrouwen door de aanbestedende dienst niet worden ingeroepen om zich te onttrekken aan de verplichtingen die richtlijn 2004/18 hem oplegt.

67 Voor het overige vormt de verplichting voor de aanbestedende dienst, uitdrukkelijk de gedetailleerde milieukeurmerken die hij wil opleggen te vermelden, ook indien hij gebruikmaakt van de voor een milieukeur vastgelegde kenmerken, geenszins een overdreven formalisme, maar is zij onmisbaar opdat de potentiële inschrijvers zich kunnen baseren op één officieel document dat afkomstig is van de aanbestedende dienst zelf, zonder dat zij derhalve te maken krijgen met de onzekerheden van het opzoeken van informatie en de mogelijkheid dat de criteria voor een willekeurige milieukeur veranderen met de tijd.

68 Bovendien moet worden opgemerkt dat het door het Koninkrijk der Nederlanden opgeworpen bezwaar dat het keurmerk EKO aangeeft dat de ervan voorziene producten

biologisch zijn verkregen en dat voor vermelding van de gedetailleerde kenmerken alle vereisten van verordening nr. 2092/91 hadden moeten worden opgesomd, hetgeen veel minder duidelijk zou zijn geweest dan verwijzing naar dat keurmerk, irrelevant is. Richtlijn 2004/18 verzet er zich in beginsel immers niet tegen dat in de aankondiging of in het bestek voor bepaalde technische specificaties wordt verwezen naar wettelijke of bestuurlijke bepalingen wanneer een dergelijke verwijzing in de praktijk onvermijdelijk is, voor zover daarnaast alle eventueel door deze richtlijn vereiste aanvullende aanwijzingen worden verstrekt (zie naar analogie arrest Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punten 64 en 65). Nu de verhandeling in de Unie van landbouwproducten die afkomstig zijn van biologische productie en die als zodanig worden gepresenteerd moet voldoen aan de regelgeving van de Unie op dat gebied, kan een aanbestedende dienst in voorkomend geval, zonder het begrip „technische specificaties” in de zin van punt 1, sub b, van bijlage VI bij richtlijn 2004/18 noch artikel 23, lid 3, van deze laatste te schenden, in het bestek aangeven dat het te leveren product moet voldoen aan verordening nr. 2092/91 of aan iedere latere verordening houdende vervanging van die laatste.

69 Aangaande de achteraf in punt 11 van de nota van inlichtingen aangebrachte verduidelijking dat de verwijzing naar het keurmerk EKO mede doelde op een gelijkwaardig keurmerk, moet naast hetgeen in de punten 54 tot en met 56 van het onderhavige arrest is opgemerkt worden beklemtoond dat een dergelijke verduidelijking hoe dan ook niet kan goedmaken dat de bij het betrokken keurmerk behorende gedetailleerde technische specificaties niet zijn vermeld.

70 Uit het voorgaande volgt dat de Provincie Noord-Holland, door in de offerteaanvraag te eisen dat bepaalde te leveren producten van een bepaalde milieukeur waren voorzien in plaats van de voor die milieukeur vastgelegde gedetailleerde specificaties te gebruiken, een met artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 onverenigbare technische specificatie heeft vastgesteld. Het eerste onderdeel van het eerste middel is dus gegrond.

Beoordeling door het Hof van het tweede onderdeel van het eerste middel, ontleend aan schending van artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18 met betrekking tot het gebruik van het keurmerk Max Havelaar in het kader van de technische specificaties

73 Zoals in punt 37 van het onderhavige arrest uiteen is gezet, duidt het keurmerk Max Havelaar fairtradeproducten aan die bij organisaties bestaande uit kleine producenten in ontwikkelingslanden zijn ingekocht tegen een prijs en onder handelsvoorwaarden die gunstig zijn ten opzichte van wat door de marktvoorwaarden wordt bepaald. Bij de toekenning van het keurmerk worden vier criteria gehanteerd: de betaalde prijs moet alle kosten dekken, die prijs moet een toeslag op de marktkoersen bevatten, de productie moet worden voorgefinancierd en de importeur moet een langdurige handelsrelatie met de producenten hebben.

74 Vastgesteld moet worden dat dergelijke criteria niet stroken met de definitie van het begrip technische specificatie in punt 1, sub b, van bijlage VI bij richtlijn 2004/18, daar deze definitie uitsluitend de kenmerken van de producten zelf en de vervaardiging, de verpakking

of het gebruik ervan betreft, en niet de voorwaarden waaronder de leverancier ze van de producent heeft betrokken.

75 De eerbiediging van deze criteria valt veeleer in het kader van het begrip „Voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd” in de zin van artikel 26 van deze richtlijn.

76 Dit artikel bepaalt immers dat de voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd onder meer verband kunnen houden met sociale overwegingen. De eis dat de te leveren koffie en thee afkomstig zijn van kleine producenten in ontwikkelingslanden waarmee voor hen gunstige handelsrelaties tot stand zijn gebracht, valt onder dergelijke overwegingen. De regelmatigheid van een dergelijke voorwaarde zou dus aan voormeld artikel 26 moeten worden getoetst.

77 In het kader van de precontentieuze procedure en overigens ook in het inleidend verzoekschrift heeft de Commissie tegen de betrokken clausule in de offerteaanvraag echter uitsluitend bezwaren aangevoerd op basis van artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18. Eerst in repliek heeft zij aangevoerd dat de op dit punt aangevoerde argumenten evenzeer voor een onder artikel 26 van de richtlijn vallende uitvoeringsvoorwaarde golden.

78 Aangezien het voorwerp van een beroep krachtens artikel 258 VWEU door de in deze bepaling bedoelde precontentieuze procedure wordt afgebakend, moet dit beroep op dezelfde overwegingen en middelen berusten als het met redenen omkleed advies, en is een bezwaar dat niet in het met redenen omkleed advies is geformuleerd in het stadium van de procedure voor het Hof dus niet-ontvankelijk (zie in die zin onder meer arrest van 9 februari 2006, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-305/03, Jurispr. blz. I-1213, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

79 Derhalve dient het tweede onderdeel van het eerste middel niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Beoordeling van het Hof van het derde middel, ontleend aan schending van artikel 53, lid 1, van richtlijn 2004/18 m.b.t. de gunningscriteria voor de te leveren ingrediënten

80 Het derde middel houdt verband met het eerste, nu de Commissie daarin mede doelt op het feit dat in de aanbestedingsstukken gebruik wordt gemaakt van de keurmerken EKO en Max Havelaar, maar als gunningscriterium in de zin van artikel 53 van richtlijn 2004/18.

81 Om te beginnen moet in herinnering worden gebracht dat — zoals in de punten 51 tot en met 57 van het onderhavige arrest is geoordeeld onder verwijzing naar de aanbestedingsstukken die de criteria voor de gunning van de opdracht bepalen — de Provincie Noord-Holland een gunningscriterium heeft geformuleerd op grond waarvan de te leveren ingrediënten van de keurmerken EKO en/of Max Havelaar moesten zijn voorzien.

Beoordeling door het Hof:

84 Om te beginnen zij opgemerkt dat overeenkomstig artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18 een aanbestedende dienst die, zoals in casu, besluit de opdracht te gunnen aan de inschrijver met de economisch voordeligste inschrijving, zich dient te baseren op diverse, door hem met inachtneming van de vereisten van die richtlijn te bepalen criteria, waarbij deze bepaling blijkens het gebruik van de term „zoals” een niet-uitputtende opsomming van de mogelijke criteria geeft.

85 Artikel 53 van richtlijn 2004/18 wordt toegelicht in punt 46 van de considerans van deze richtlijn, dat in de derde en de vierde alinea preciseert dat de gunningscriteria in beginsel behalve economisch ook kwalitatief kunnen zijn. Zo worden onder de in lid 1, sub a, van dat artikel opgesomde voorbeelden onder meer de milieukeurmerken genoemd. Zoals de advocaat-generaal in het kader van punt 103 van haar conclusie opmerkt, wordt in de vierde alinea van voormeld punt bovendien verklaard dat „een aanbestedende dienst criteria [kan] gebruiken die ertoe strekken te voldoen aan sociale eisen, waardoor met name tegemoet wordt gekomen aan de — in de specificaties voor de opdracht vermelde — behoeften van bijzonder kansarme bevolkingsgroepen waartoe de begunstigten/gebruikers van de werken, leveringen of diensten welke het voorwerp van de opdracht zijn, behoren”. Hieruit moet worden afgeleid dat de aanbestedende diensten eveneens mogen kiezen voor gunningscriteria die zijn gebaseerd op sociale overwegingen, die betrekking kunnen hebben op de gebruikers of de begunstigten van de werken, leveringen of diensten welke het voorwerp van de opdracht zijn, maar ook op andere personen.

86 In de tweede plaats bepaalt artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18 dat de gunningscriteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht. Dienaangaande preciseert punt 46 van de considerans van de richtlijn in de derde alinea dat „bij de vaststelling van deze criteria [...] rekening [wordt] gehouden met het voorwerp van de opdracht, aangezien de criteria het mogelijk moeten maken het prestatieniveau van iedere inschrijving in verhouding tot het in de technische specificaties omschreven voorwerp van de opdracht te beoordelen, en de prijs-kwaliteitverhouding van iedere inschrijving te bepalen”, waarbij „de economisch voordeligste inschrijving” de inschrijving is die „de beste prijs-kwaliteitverhouding” biedt.

87 In de derde plaats, zo blijkt uit de eerste en de vierde alinea van dat punt van de considerans, gebiedt de eerbiediging van de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie dat de gunningscriteria objectief zijn, hetgeen verzekert dat de offertes objectief en dus onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging worden vergeleken en beoordeeld. Dat zou niet het geval zijn met criteria die de aanbestedende dienst een onvoorwaardelijke keuzevrijheid zouden laten (zie, voor de analoge bepalingen van richtlijnen van vóór richtlijn 2004/18, arrest van 17 september 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Jurispr. blz. I-7213, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

88 In de vierde en laatste plaats wordt in de tweede alinea van voormeld punt van de considerans aangegeven dat de aanbestedende diensten op grond van dezelfde beginselen in alle stadia van een openbare aanbestedingsprocedure zowel de gelijke behandeling van de potentiële inschrijvers moeten verzekeren als de transparantie van de gunningscriteria, die zodanig moeten worden geformuleerd dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver de precieze draagwijdte ervan kan kennen en ze dus op dezelfde manier kan uitleggen (zie onder meer, voor de analoge bepalingen van richtlijnen van vóór richtlijn 2004/18, arrest van 4 december 2003, *EVN en Wienstrom*, C-448/01, Jurispr. blz. I-14527, punten 56-58).

89 Om de gegrondheid te beoordelen van de grief dat er onvoldoende verband is tussen het litigieuze gunningscriterium en het voorwerp van de opdracht, moeten om te beginnen de uitgangspunten van de keurmerken EKO en Max Havelaar in de beschouwing worden betrokken. Zoals uit de punten 34 en 37 van het onderhavige arrest blijkt zijn die uitgangspunten kenmerkend voor respectievelijk producten van de biologische landbouw en fairtradeproducten. Aangaande de biologische productiemethode zoals die wordt geregeld in de regelgeving van de Unie, te weten, op het in casu relevante tijdstip, verordening nr. 2092/91, geven de tweede en de negende overweging van de considerans van deze verordening aan dat deze productiemethode de bescherming van het milieu bevordert, onder meer omdat zij het gebruik van meststoffen en bestrijdingsmiddelen aanzienlijk beperkt. Wat de eerlijke handel betreft blijkt uit voormeld punt 37 dat de criteria die worden opgelegd door de stichting die het keurmerk Max Havelaar verleent ertoe strekken, de kleine producenten in ontwikkelingslanden te begunstigen door met hen handelsrelaties te onderhouden die rekening houden met de reële behoeften van die producenten, en niet alleen met de wetten van de markt. Blijkens deze aanwijzingen betreft het litigieuze gunningscriterium milieukeurmerken en sociale kenmerken die passen in het kader van artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18.

90 Voorts moet worden vastgesteld dat volgens de beschrijving van de opdracht in onderafdeling 1.4 van de offerteaanvraag, die opdracht meer in het bijzonder betrekking had op de levering van koffie, thee en de overige noodzakelijke ingrediënten voor de bereiding van de in de automaten beschikbare dranken. Blijkens de formulering van het litigieuze gunningscriterium betrof dit overigens enkel de in het kader van die opdracht te leveren ingrediënten, zonder enige implicatie voor het algemene inkoopbeleid van de inschrijvers. Die criteria hadden dus betrekking op producten waarvan de levering een deel van het voorwerp van de opdracht vormde.

91 Zoals tot slot uit punt 110 van de conclusie van de advocaat-generaal volgt, is niet vereist dat een gunningscriterium een kenmerkende eigenschap van een product betreft, dat wil zeggen een element dat materieel in het product is opgenomen. Zo heeft het Hof in punt 34 van het reeds aangehaalde arrest EVN en Wienstrom geoordeeld dat de regelgeving van de Unie op het gebied van overheidsopdrachten niet eraan in de weg staat dat de aanbestedende dienst in het kader van een opdracht voor de levering van elektriciteit een gunningscriterium hanteert op grond waarvan de elektriciteit moet worden opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen. In beginsel belet niets derhalve dat een dergelijk criterium inhoudt dat een product een fairtradeproduct moet zijn.

92 Mitsdien moet worden vastgesteld dat het litigieuze gunningscriterium het in artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18 vereiste verband met het voorwerp van de betrokken opdracht vertoont, zodat het door de Commissie dienaangaande geformuleerde bezwaar ongegrond is.

93 Aangaande het bezwaar betreffende het feit dat de Provincie Noord-Holland van het bezit van bepaalde keurmerken een gunningscriterium heeft gemaakt, moet worden opgemerkt dat de aanbestedende dienst volgens punt 35 van bijlage A bij de offerteaanvraag had

bepaald dat wanneer de te leveren ingrediënten waren voorzien van de keurmerken EKO en/of Max Havelaar, een bepaald aantal punten zou worden toegekend in het kader van de rangschikking van de verschillende offertes voor de gunning van de opdracht. Deze voorwaarde moet worden getoetst aan de dienaangaande door de aanbestedende diensten in acht te nemen vereisten van duidelijkheid en objectiviteit.

94 Voor het specifieke geval van het gebruik van keurmerken heeft de wetgever van de Unie een aantal nauwkeurige aanwijzingen verstrekt aangaande de implicaties van die vereisten in de context van de technische specificaties. Zoals blijkt uit de punten 62 tot en met 65 van het onderhavige arrest heeft de wetgever, na in artikel 23, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/18 te hebben bepaald dat die specificaties zo nauwkeurig dienen te zijn dat de inschrijvers het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen en de aanbestedende diensten de opdracht kunnen gunnen, de aanbestedende diensten in lid 6 van hetzelfde artikel toegestaan, gebruik te maken van de uitgangspunten van een milieukeur om bepaalde kenmerken van een product te bepalen, maar niet om van een milieukeur een technische specificatie te maken. Een milieukeur mag slechts worden gebruikt met de vermelding dat de producten die ervan voorzien zijn worden geacht aan de aldus vastgelegde specificaties te voldoen, onder het uitdrukkelijke voorbehoud dat elk ander passend bewijsmiddel is toegestaan.

95 Anders dan het Koninkrijk der Nederlanden betoogt, zijn er geen redenen om ervan uit te gaan dat de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie andere consequenties hebben wanneer het gaat om de gunningscriteria — die eveneens essentiële voorwaarden van een overheidsopdracht zijn — daar zij bepalend zullen zijn bij de beslissing welke offerte zal worden gekozen uit de offertes die beantwoorden aan de vereisten die de aanbestedende dienst in het kader van de technische specificaties heeft geformuleerd.

96 Aangaande de achteraf in punt 12 van de nota van inlichtingen aangebrachte precisering dat de verwijzing naar de keurmerken EKO en Max Havelaar mede doelde op gelijkwaardige keurmerken, moet worden beklemtoond, naast hetgeen in de punten 54 tot en met 56 van het onderhavige arrest is opgemerkt, dat die precisering hoe dan ook het gebrek aan nauwkeurigheid over de uitgangspunten van de betrokken keurmerken niet kan goedmaken.

97 Uit het voorgaande volgt dat de Provincie Noord-Holland, door in de offerteaanvraag te bepalen dat wanneer bepaalde te leveren producten van bepaalde keurmerken waren voorzien, daarvoor in het kader van de keuze van de economisch voordeligste aanbieding een bepaald aantal punten zou worden toegekend, zonder de uitgangspunten van die keurmerken te hebben opgesomd of te hebben bepaald dat het bewijs dat een product aan die criteria voldeed met elk passend middel kon worden geleverd, een met artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18 onverenigbaar gunningscriterium heeft vastgesteld. In zoverre is het derde middel derhalve gegrond.

Beoordeling van het tweede middel, ontleend aan schending van de artikelen 2, 44, lid 2, en 48 van richtlijn 2004/18 met betrekking tot het vereiste inzake het voldoen aan de criteria „duurzaam inkopen” en „maatschappelijk verantwoord ondernemen”

98 Het tweede middel, dat drie onderdelen omvat, betreft het in onderafdeling 4.4, punt 4, sub 2, van de offerteaanvraag geformuleerde vereiste dat de opdrachtnemer — in hoofdzaak

— moest voldoen aan de „criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen”, onder meer door bij te dragen tot het duurzamer maken van de koffiemarkt en een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie. De inschrijvers dienden aan te geven op welke wijze zij aan die criteria voldeden.

a) Kwalificatie van de betrokken clause van de offerteaanvraag

102 Partijen verschillen van mening over de kwalificatie van het litigieuze vereiste, op grond waarvan de inschrijvers zich moeten houden aan de „criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen”, onder meer door bij te dragen tot het duurzamer maken van de koffiemarkt en een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie. De Commissie betoogt dat dit vereiste het algemene beleid van de inschrijvers betrof en dus betrekking had op hun technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid in de zin van artikel 48 van richtlijn 2004/18. Volgens het Koninkrijk der Nederlanden daarentegen was bedoeld vereiste van toepassing op de litigieuze opdracht, zodat het een voorwaarde voor de uitvoering van de opdracht in de zin van artikel 26 van die richtlijn betrof.

103 Dit laatste standpunt kan niet worden aanvaard. De litigieuze clause was immers opgenomen onder punt 4 van onderafdeling 4.4 van de offerteaanvraag, getiteld „Geschiktheidseisen/minimumeisen”, hetgeen overeenstemt met de terminologie van onder meer de titel en lid 2 van artikel 44 van richtlijn 2004/18, welk lid verwijst naar de artikelen 47 en 48 van deze richtlijn, respectievelijk getiteld „Economische en financiële draagkracht” en „Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid”. Voor het overige betroffen de drie eerste punten van dezelfde onderafdeling de minimumniveaus die door de aanbestedende dienst werden verlangd met betrekking tot de omzet, de dekking van beroepsrisico’s en de ervaring van de inschrijvers, elementen die in de artikelen 47 en 48 uitdrukkelijk worden genoemd. Bovendien waren de „geschiktheidseisen” in het inleidend gedeelte van de offerteaanvraag gedefinieerd als eisen, uitgedrukt in de vorm van hetzij uitsluitingsgronden hetzij minimumniveaus, waaraan een inschrijver moest voldoen opdat zijn offerte in aanmerking zou worden genomen, zodat zij losstonden van de offerte in eigenlijke zin. Tot slot was het betrokken vereiste algemeen en niet specifiek in verband met de litigieuze opdracht geformuleerd.

104 Uit het voorgaande volgt dat de potentiële inschrijvers dit vereiste niet anders hebben kunnen opvatten dan dat het betrekking had op een door de aanbesteder vereist minimumniveau voor de beroepsbekwaamheid in de zin van de artt. 44, lid 2, en 48 van richtlijn 2004/18. De regelmatigheid ervan moet aan die bepalingen worden getoetst.

b) De gestelde schending van de artikelen 44, lid 2, en 48 van richtlijn 2004/18

105 Artikel 48 van richtlijn 2004/18 geeft blijkens de leden 1 en 6 ervan een uitputtende opsomming van de factoren aan de hand waarvan de aanbestedende dienst de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers kan beoordelen en controleren. Voorts kan de aanbestedende dienst op grond van artikel 44, lid 2, van de richtlijn weliswaar minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden stellen waaraan een inschrijver moet voldoen opdat zijn offerte voor de gunning van de opdracht in aanmerking wordt genomen,

maar die eisen kunnen ingevolge de eerste alinea van laatstgenoemde bepaling slechts worden geformuleerd met betrekking tot de in genoemd artikel 48 opgesomde factoren wat technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid betreft.

106 Anders dan het Koninkrijk der Nederlanden betoogt, hangt het vereiste dat aan de „criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen” moet worden voldaan met geen van die factoren samen.

107 Inzonderheid kan de in verband met dit vereiste gevraagde informatie, te weten de vermelding „op welke wijze [de leverancier invulling geeft] aan de criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen [en] bijdraagt aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie”, niet worden gelijkgesteld aan een „beschrijving van de technische uitrusting van de leverancier [...], van de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen en de mogelijkheden die hij biedt ten aanzien van ontwerpen en onderzoek” als bedoeld in artikel 48, lid 2, sub c, van richtlijn 2004/18. De term „kwaliteit”, die niet alleen in deze bepaling, maar ook sub b, d en j, van hetzelfde lid wordt gebruikt, moet in de context van genoemd artikel 48 worden geacht te wijzen op de technische kwaliteit van de verrichtingen of leveringen van vergelijkbare aard als de verrichtingen die het voorwerp van de betrokken opdracht zijn, daar de aanbestedende dienst van de inschrijvers mag verlangen dat zij hem in kennis stellen van de manier waarop zij de kwaliteit van die verrichtingen of leveringen controleren en waarborgen, voor zover dit in voormelde punten is bepaald.

108 Uit het voorgaande volgt dat de Provincie Noord-Holland, door in de vereisten in de offerteaanvraag op het gebied van bekwaamheid en minimumcapaciteiten de voorwaarde op te nemen dat de inschrijvers voldoen aan de criteria duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen, en aangeven op welke wijze zij aan die criteria voldoen en bijdragen tot het duurzamer maken van de koffiemarkt en tot een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie, een ingevolge de artikelen 44, lid 2, en 48 van richtlijn 2004/18 ongeoorloofde minimeis inzake technische bekwaamheid heeft vastgesteld. Het eerste onderdeel van het tweede middel is gegrond.

c) De gestelde schending van artikel 2 van richtlijn 2004/18

109 Het beginsel van doorzichtigheid vereist dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunning duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig zijn geformuleerd in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, opdat, enerzijds, alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en ze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (zie onder meer arrest van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Jurispr. blz. I-3801).

110 Zoals de advocaat-generaal in punt 146 van haar conclusie opmerkt moet worden geconstateerd dat de vereisten inzake het voldoen aan de „criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen” en de verplichting „bij [te] dragen aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch

verantwoorde koffieproductie” niet dermate duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig zijn dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver met zekerheid en volledig kan weten welke criteria door die vereisten worden gedekt. Hetzelfde geldt a fortiori voor het tot de inschrijvers gerichte verzoek, in hun inschrijving aan te geven „[o]p welke wijze [zij] invulling [geven]” aan bedoelde criteria en „op welke wijze [zij] bijdragen” tot de door de aanbestedende dienst aangegeven doelstellingen inzake de koffieproductie, zonder hun nauwkeurig mee te delen welke gegevens zij moeten verstrekken.

111 Hieruit volgt dat de Provincie Noord-Holland, door in de offerteaanvraag van de inschrijvers te verlangen dat zij voldoen aan de „criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen”, „bijdra[gen] aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie” en in hun offerte aangeven „[o]p welke wijze [zij] invulling [geven]” aan bedoelde criteria en „op welke wijze [zij] bijdragen” tot de door de aanbestedende dienst aangegeven doelstellingen inzake de koffiemarkt en de koffieproductie, een clause heeft vastgesteld die niet voldoet aan de transparantieverplichting.

112 Blijkens bovenstaande overwegingen heeft het Koninkrijk der Nederlanden, doordat de Provincie Noord-Holland in het kader van de gunning van een overheidsopdracht voor de levering en het beheer van koffieautomaten,

- een met artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 onverenigbare technische specificatie heeft vastgesteld door te eisen dat bepaalde te leveren producten van een bepaalde milieukeur waren voorzien in plaats van gedetailleerde specificaties te gebruiken;*
- met artikel 53, lid 1, sub a, van deze richtlijn onverenigbare gunningscriteria heeft vastgesteld door te bepalen dat wanneer bepaalde te leveren producten van bepaalde keurmerken waren voorzien, daarvoor in het kader van de keuze van de economisch voordeligste aanbidding een bepaald aantal punten zou worden toegekend, zonder de uitgangspunten van die keurmerken te hebben opgesomd of bepaald dat het bewijs dat een product aan die criteria voldeed met elk passend middel kon worden geleverd;*
- een ingevolge de artikelen 44, lid 2, en 48 van die richtlijn ongeoorloofde minimumeis inzake technische bekwaamheid heeft vastgesteld door onder de vereisten inzake bekwaamheid en minimumcapaciteiten in de offerteaanvraag de voorwaarde op te nemen dat de inschrijvers voldoen aan de „criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen”, en aangeven op welke wijze zij aan die criteria voldoen en „bijdra[gen] aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie”, en*
- een clause heeft vastgesteld die niet voldoet aan de in artikel 2 van voormelde richtlijn neergelegde transparantieverplichting, door van de inschrijvers te verlangen dat zij voldoen aan de „criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen” en aangeven op welke wijze zij invulling geven aan bedoelde criteria en „bijdra[gen] aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie”,*

niet voldaan aan de krachtens voormelde bepalingen op hem rustende verplichtingen. Uit die overwegingen volgt tevens dat het beroep moet worden verworpen voor het overige.

Het Hof (Derde kamer) verklaart:

- 1) Doordat de Provincie Noord-Holland in het kader van de gunning van een overheidsopdracht voor de levering en het beheer van koffieautomaten,
 - een met artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1422/2007 onverenigbare technische specificatie heeft vastgesteld door te **eisen dat bepaalde te leveren producten van een bepaalde milieukeur waren voorzien in plaats van gedetailleerde specificaties te gebruiken**;
 - met artikel 53, lid 1, sub a, van deze richtlijn onverenigbare gunningscriteria heeft vastgesteld door te bepalen dat wanneer bepaalde te leveren producten van bepaalde keurmerken waren voorzien, daarvoor in het kader van de keuze van de economisch voordeligste aanbieding een bepaald aantal punten zou worden toegekend, zonder de uitgangspunten van die keurmerken te hebben opgesomd of te hebben bepaald dat het bewijs dat een product voldeed met **elk passend middel** kon worden geleverd;
 - een ingevolge de artikelen 44, lid 2, en 48 van die richtlijn ongeoorloofde minimumeis inzake technische bekwaamheid heeft vastgesteld door onder de vereisten inzake bekwaamheid en minimumcapaciteiten in de offerteaanvraag die in het kader van genoemde opdracht toepasselijk was de voorwaarde op te nemen dat de inschrijvers voldoen aan de „criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen”, en aangeven op welke wijze zij aan die criteria voldoen en „bijdra[gen] aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie”, en
 - een clause heeft vastgesteld die niet voldoet aan de in artikel 2 van voormelde richtlijn neergelegde transparantieplichting, door van de inschrijvers te verlangen dat zij voldoen aan de „criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen” en aangeven op welke wijze zij invulling geven aan bedoelde criteria en „bijdra[gen] aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie”;
 - heeft het Koninkrijk der Nederlanden niet voldaan aan de krachtens voormelde bepalingen op hem rustende verplichtingen.
- 2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.

Zo had het Hof van Justitie dus geoordeeld dat het vermelden van de keurmerken ‘Max Havelaar’ (een fairtrade keurmerk) en ‘EKO’ (een keurmerk voor producten die minstens 95 % uit biologische ingredienten bestaan) niet voldoende was en dat de aanbesteder uitdrukkelijk de gedetailleerde milieukeurmerken die zij wil opleggen, had moeten vermelden. Vanaf 2014 mocht een aanbesteder het keurmerk bij naam noemen, zonder deze kenmerken erbij te moeten vermelden.

2.4 VEREISTEN VOOR OPGELEGDE KEURMERKEN ALS BEWIJS DAT MEN VOLDOET AAN DE TECHNISCHE SPECIFICATIES

Op basis van de Overheidsopdrachtenwet van 2016 mag een aanbesteder, wanneer deze het voornemen heeft werken, leveringen of diensten met specifieke milieu-, sociale of andere kenmerken aan te kopen, in de technische specificaties, een specifiek keurmerk eisen als bewijs dat deze overeenstemmen met de vereiste voorschriften.(15)

Hierbij dient de aanbesteder echter aan **een aantal voorwaarden** te voldoen:

- a) de keurmerkeisen mogen alleen betrekking hebben op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht en zijn geschikt voor de omschrijving van de kenmerken van werken, leveringen of diensten als voorwerp van de opdracht;
- b) de keurmerkeisen zijn gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria;
- c) het keurmerk is vastgesteld in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden, met inbegrip van publieke instellingen, consumenten, sociale partners, fabrikanten, distributeurs en niet-gouvernementele organisaties kunnen deelnemen;
- d) het keurmerk is voor alle betrokken partijen toegankelijk;
- e) de keurmerkeisen worden vastgesteld door een derde partij waarover de ondernemer die het keurmerk aanvraagt, geen beslissende invloed uitoefent.

De eerste vereiste, namelijk het feit dat de keurmerkeisen alleen mogen **betrekking hebben op criteria die verband houden met de opdracht**, is evident, gelet op de vereiste van proportionaliteit en gelijkheid.

Wanneer een keurmerk specificaties bevat die losstaan van de opdracht, dan moeten de opdrachtdocumenten verwijzen naar de gedetailleerde technische specificaties van dat keurmerk, of delen daarvan. De aanbesteder kan in dat geval het specifieke keurmerk niet opleggen.(16) Met andere woorden, men zal dan in de opdrachtdocumenten alleen de technische specificaties van dat keurmerk kunnen opnemen (of delen ervan) die relevant zijn voor de opdracht.

De keurmerkeisen moeten objectief controleerbaar zijn. Dit betekent niet langer (in tegenstelling tot de wetgeving van 2011) dat de eisen moeten gebaseerd zijn op wetenschappelijke gegevens. Zolang ze objectief controleerbaar en niet-discriminerend zijn, voldoen ze.

Daarenboven is het zo **dat een ondernemer die het keurmerk aanvraagt, geen invloed mag hebben op derde partij die de keurmerkeisen vaststelt**. Ook dit kadert opnieuw in het waarborgen van de gelijkheid tussen de ondernemingen.

Het keurmerk moet **vastgesteld zijn in een open en transparante procedure**. Alle belanghebbenden moeten hieraan kunnen deelnemen. Ook het keurmerk zelf moet **voor alle betrokken partijen toegankelijk** zijn.

Wanneer de aanbesteder een specifiek keurmerk eist, moet hij de voorschriften die hij vervuld wenst te zien, niet meer herhalen in de opdrachtdocumenten. Het feit dat hij een specifiek keurmerk als vereiste vraagt, waardoor de inschrijver aantoont dat hij aan de voorschriften die hieraan ten grondslag liggen voldoet, is voldoende.

Het BENOR keurmerk is een merk eigendom van het NBN (Bureau voor Normalisatie) en toont aan dat een bepaald product of een bepaalde dienst overeenstemt met een technisch kwaliteitsreferentiekader, opgesteld door alle betrokken partijen.(17)

Een duurzame overheidsopdracht in het kader van brandpreventie en veiligheid waarbij het BENOR keurmerk werd geëist was bijvoorbeeld de aankoop van ecologische brandblussers door de stad Kortrijk. In dit kader sloot de stad Kortrijk een raamovereenkomst af voor de periodieke keuring van brandblusmiddelen, herstellingen, hervullingen en leveringen van nieuwe blusmiddelen. Hierbij werden inschrijvers bijvoorbeeld gevraagd om de blusmiddelen die afgekeurd waren op een ecologisch verantwoorde manier af te voeren en eveneens in ecologische schuimblussers te voorzien. In de opdrachtdocumenten werd bepaald dat de draagbare brandblussers BENOR gekeurd moesten zijn.(18)

2.5 HOE DIENEN KEURMERKEISEN OF EEN SPECIFIEK KEURMERK IN DE OPDRACHTDOCUMENTEN OPGENOMEN TE WORDEN?

Wanneer de aanbesteder keurmerkeisen of een specifiek keurmerk wil opleggen, dan kan hij dit niet op om het even welke manier doen. De wet schrijft uitdrukkelijk voor hoe een opname in de opdrachtdocumenten dient te gebeuren. Deze vereiste geldt echter **alleen voor de opdrachten in de klassieke sectoren en niet in de speciale sectoren**).

Afhankelijk van het feit of de aanbesteder een specifiek keurmerk wil opleggen of alleen bepaalde specificaties en of de geraamde waarde van de opdracht boven of onder de Europese bekendmakingsdrempels valt, zal de verplichte vermelding er anders uitzien.

De aanbesteder zal hierbij uitdrukkelijk moeten vermelden dat de keurmerkeisen alleen verband houden met het voorwerp van de opdracht en dat zij geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken, nodig voor het voorwerp van de opdracht. Zoals hierboven uitgelegd, kan een ondernemer ook met andere bewijsmiddelen aantonen dat hij aan de opgelegde eisen voldoet, los van enige spoed of andere overmacht die hij in zijn hoofde moet aantonen. Ook dit dient expliciet vermeld te worden in de opdrachtdocumenten, wanneer het gaat om een opdracht met een geraamde waarde die beneden de betreffende drempel van de Europese bekendmaking valt.

Indien de aanbesteder een keurmerk wil eisen als bewijs dat de werken, diensten of leveringen in overeenstemming zijn met de vereisten en de waarde van de opdracht **gelijk is aan of hoger is dan de betreffende drempel van de Europese bekendmaking**, dan dient de aanbesteder de volgende vermelding te gebruiken of een vermelding die soortgelijk is:

“Dit keurmerk wordt vereist ter uitvoering van artikel 54, § 1, van de basiswet overheidsopdrachten van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en voldoet aan alle voorwaarden vermeld in deze laatste bepaling. Met name hebben de keurmerkeisen alleen betrekking op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht en zijn ze geschikt voor de omschrijving van de kenmerken van de werken/leveringen/diensten die het voorwerp van de opdracht vormen.”(21)

Indien de waarde van de opdracht **lager is dan de betreffende drempel van de Europese bekendmaking**, dan gebruikt de aanbesteder de volgende vermelding of een vermelding die soortgelijk is:

“Er wordt verwezen naar het gewenste keurmerk ter uitvoering van artikel 54, § 1, van de basiswet overheidsopdrachten van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten dat voldoet aan alle voorwaarden vermeld in deze laatste bepaling. Met name hebben de keurmerkeisen alleen betrekking op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht en zijn ze geschikt voor de omschrijving van de kenmerken van de werken/leveringen/diensten die het voorwerp van de opdracht vormen. Echter wordt ook steeds rekening gehouden met andere geschikte bewijsmiddelen, voor zover die aantonen dat aan eisen betreffende het specifieke keurmerk of aan de specifieke eisen is voldaan.”(22)

Indien er geen specifiek keurmerk wordt opgelegd, maar **indien bepaalde technische specificaties van het keurmerk worden opgelegd**, dan gebruikt de aanbesteder de volgende vermelding of een vermelding die soortgelijk is:

“Naar dit keurmerk wordt verwezen ter uitvoering van artikel 54, § 2, van de wet van ... inzake overheidsopdrachten. Het keurmerk voldoet aan de voorwaarden vermeld in artikel 54, § 1, 2° tot 5°. Aldus wordt het keurmerk niet als dusdanig opgelegd maar de technische specificaties worden gedetailleerd door middel van een overname van bepaalde technische specificaties van dit keurmerk. Daarbij wordt ook steeds rekening gehouden met andere geschikte bewijsmiddelen, voor zover die aantonen dat aan de specifieke eisen is voldaan.”.(23)

2.6 EEN VOORBEELD VAN MOGELIJKE INLASSING VAN HET FAIR TRADE KEURMERK

Het concept Fair Trade kan in het voorwerp van de opdracht worden toegelicht op een manier dat de principes van gelijkheid en niet-discriminatie van de inschrijvers niet in het gedrang brengt.

Om duidelijkheid te geven over wat men bedoelt met Fair Trade, is het aangewezen om onderstaande omschrijving te vermelden daar waar men in de overheidsopdracht vraagt naar Fair Trade.

Een product is een Fair Trade product indien de productie- en handelingswijze minstens aan de volgende kenmerken voldoet:

- - 100% van de ingrediënten van het product die Fair Trade kunnen zijn moeten het ook zijn;
- - de aankoop prijs moet ten alle tijden de productiekosten dekken, met inbegrip van sociale, milieu- en

andere kosten zoals certificatiekosten;

- - de producenten ontvangen een extra premie, onafhankelijk van de wereldmarktprijs, op een

systematische wijze ingewerkt in het prijszettingssysteem;

- - er worden stabiele handelsrelaties gelegd (contracten tussen koper en verkoper voor een lange

periode en recht op voorfinanciering);

- - de groep van producenten beschikt over een democratisch georganiseerde structuur;
- - voor arbeiders geldt een verbod op discriminatie (obv ras, religie, seksuele voorkeur,...), het recht op

vakbondsvrijheid, een betaling van minstens het wettelijke minimumloon, een verbod op gedwongen en

kinderarbeid en het recht op veilige, gezonde en menswaardige arbeidsomstandigheden;

- - geen product met verboden agrochemische producten mag gebruikt, verhandeld, of gekocht/verkocht worden door de organisatie. Er wordt voorzichtig omgesprongen met gebruikte agrochemische

producten met inbegrip van bufferzones;

- - *De producentenorganisatie past voor haar productie een milieuplan toe waarbij erosie gereduceerd of*

voorkomen wordt en de vruchtbaarheid en de structuur van de bodem verbeterd wordt.

- - *de producentenorganisatie zorgt ervoor dat haar leden geen zaden noch andere gewassen gebruiken*

die genetisch gemodificeerd zijn.

“Het bewijs voor de naleving van de criteria van Fair Trade kan gestaafd worden door één van deze labels: Fairtrade (label van Fairtrade International en Fairtrade Belgium) of de World Fair Trade Organization product label. Ook elk ander gelijkwaardig bewijs zoals een alternatief keurmerk en/of andere bewijsmiddelen, zijn geldig. Het is de verantwoordelijkheid van de inschrijver om de naleving van de criteria te bewijzen.”

Terwijl de uitdrukkelijke verwijzing naar een keurmerk zoals *Fairtrade* in een overheidsopdracht, momenteel wel wordt aanvaard, moet er, gelet op de principes van gelijkheid en non-discriminatie, steeds uitdrukkelijk worden vermeld dat de naleving van de specificaties van het betrokken keurmerk ook via andere bewijsmiddelen kan worden aangetoond. De offerte dient dan ook een beschrijving van de onderliggende voorwaarden van het keurmerk in kwestie te bevatten.

2.7 DIENT EEN INSCHRIJVER DIT SPECIFIEKE KEURMERK STEEDS VOOR TE LEGGEN?

Aanbesteders kunnen bijgevolg een specifiek keurmerk vragen, maar de ondernemer is niet steeds verplicht om dit effectief voor te leggen. De aanbesteder die een specifiek keurmerk eist, aanvaardt alle keurmerken die bevestigen dat de werken, leveringen of diensten aan gelijkwaardige keurmerkeisen voldoen. Wanneer een ondernemer kan aantonen dat hij niet over de mogelijkheid beschikt om het specifieke keurmerk of een gelijkwaardig keurmerk binnen de gestelde termijn te verwerven en dit om redenen die niet aan hem aanrekenbaar zijn, dan moet de aanbesteder alle (de wet spreekt over ‘geschikte’) bewijsmiddelen aanvaarden waarmee de ondernemer kan aantonen dat hij aan de keurmerkeisen of het specifieke keurmerk voldoet. Een dergelijk bewijsmiddel is bijvoorbeeld een technisch dossier van de fabrikant.

Wanneer de geraamde waarde van **de opdracht onder de drempel voor de Europese** bekendmaking valt, dan mag een onderneming zich altijd beroepen op andere bewijsmiddelen om aan te tonen dat zij kan voldoen aan de vereisten van het specifieke keurmerk, ongeacht of zij hiervoor niet de nodige tijd heeft of andere overmachtssituaties kan invoeren.⁽¹⁹⁾ Zij dient het specifieke keurmerk zelf dus niet voor te leggen, zolang zij maar kan aantonen dat ze aan de vereisten voldoet.

Deze versoepeling is belangrijk om zoveel mogelijk kmo's tot de opdracht toe te laten. **Keurmerken dienen in het algemeen proportioneel** te zijn met de opdracht, onder meer omdat de toegang voor kmo's tot de opdracht niet belemmerd mag worden.(20)

2.8 WANNEER WORDT GEËVALUEERD OF DE INSCHRIJVER VOLDOET AAN HET KEURMERK?

Keurmerken mogen zowel in de technische specificaties, de gunningscriteria als in de contractvoorwaarden voor de uitvoering van de opdracht vermeld worden. Wanneer deze worden vereist bij gunning, dan vermijdt de aanbesteder discussies hierover tijdens de uitvoeringsfase.

*Wanneer een keurmerk geëist wordt als een technische specificatie, dan zal de aanbesteder nagaan of de inschrijver hieraan voldoet. Indien hij niet over het gevraagde keurmerk of de keurmerkeisen beschikt, dan kan zijn offerte geweigerd worden, indien het keurmerk een **minimale eis** was. Dit is een eis waarvan niet mag afgeweken worden.*

*Indien het keurmerk **vermeld wordt als een gunningscriterium**, dan kan de inschrijver meer of minder punten verdienen naar gelang hij wel of niet over het keurmerk beschikt.*

Hierbij dient eveneens in acht genomen te worden dat het mogelijk is dat de ondernemer zich in één van de situaties bevindt waarin hij het bewijs van het voldoen aan de vereisten van het specifieke keurmerk of de keurmerkeisen, aan de hand van geschikte bewijsmiddelen mag leveren.

Wanneer het keurmerk of de keurmerkeisen **als een contractvoorwaarde** gevraagd worden, dan heeft dit een belang in het kader van de uitvoering. Dit heeft als nadeel dat pas tijdens de uitvoeringsfase duidelijk zal worden of de opdrachtnemer over het vereiste keurmerk beschikt.

2.9 TESTVERSLAGEN OF CERTIFICATEN VAN EEN CONFORMITEITSBEOORDELINGSINSTANTIE

Een aanbesteder kan ook eisen dat ondernemingen een testverslag of een certificaat van een conformiteitsbeoordelingsinstantie als bewijs van overeenstemming met de voorschriften of criteria die zijn neergelegd in de technische specificaties, de gunningscriteria of de uitvoeringsvoorwaarden voorleggen. De inschrijvers moeten worden verplicht om hun gelijkwaardigheid te staven met door derden geverifieerde bewijsmiddelen.(24)

De aanbesteder moet, wanneer een certificaat van een specifieke conformiteitsbeoordelingsinstantie wordt gevraagd, ook certificaten van andere gelijkwaardige conformiteitsbeoordelingsinstanties aanvaarden.(25)

Wanneer de ondernemer geen toegang heeft tot certificaten of testverslagen of deze niet tijdig kan bezorgen en indien de ondernemer hieraan geen schuld heeft, dan moet de aanbesteder ook andere 'geschikte' bewijsmiddelen aanvaarden. Een mogelijk

bewijsmiddel is bijvoorbeeld een technisch dossier van de fabrikant. De ondernemer moet wel aantonen dat de door hem geleverde werken, leveringen of diensten, voldoen aan de vereiste specificaties van de opdracht.(26)

2.10 CONCLUSIE

Wanneer de aanbesteder kan aantonen dat bepaalde keurmerkeisen in verhouding staan met het voorwerp van de opdracht en dat de gelijkheid van de geïnteresseerde ondernemingen niet in het gedrang komt, dan kan hij bepaalde keurmerkeisen opleggen. Wanneer hij daarenboven kan aantonen dat maar één specifiek keurmerk aan deze eisen voldoet, dan mag hij eisen dat de opdrachtnemer hieraan zal voldoen.

De aanbesteder dient bijgevolg tot een reële reflectie in verband met het gebruik van keurmerken over te gaan.

Wanneer er geen keurmerk beschikbaar is, dan vermeldt de aanbesteder de eisen waaraan voldaan moet worden. Hierbij kan ook verwezen worden naar bestaande keurmerken en kan daarbij aangevuld worden aan welke bijkomende eisen moet voldaan worden.

Het staat de ondernemer vrij om andere geschikte bewijsmiddelen voor te leggen waaruit blijkt dat hij kan voldoen aan de keurmerkeisen of aan het specifieke keurmerk.

Voor opdrachten met een **geraamde waarde onder de Europese drempel**, heeft hij deze mogelijkheid altijd.

Wanneer de geraamde waarde van de opdracht **boven de Europese drempel** ligt, dan kan hij zich op deze mogelijkheid alleen beroepen indien hij een overmachtssituatie kan invoeren.

Het gebruik van keurmerken bij een overheidsopdracht heeft zowel voordelen als nadelen.

Eenzijds kan de aanbesteder door het opleggen van een specifiek keurmerk er zeker van zijn dat het gevraagde zal voldoen aan de vereisten die hij voor ogen heeft.

Anderzijds blijkt het opleggen van een specifiek keurmerk in de praktijk geen sinecure: er zijn immers heel wat wettelijke vereisten die in acht genomen moeten worden. De aanbesteder zal dus goed moeten nagaan of het keurmerk wel mag geëist worden.

Een degelijke voorbereiding en een juridische en technische afweging in het kader van een opdracht waarbij de aanbesteder zich voorneemt om een bepaald keurmerk te eisen, zijn bijgevolg onontbeerlijk om tot het gewenste resultaat, met of zonder keurmerk, te komen.

(27)

2.11 UITZONDERINGEN OP HET VERBOD OP HET GEBRUIK VAN MERKNAMEN:

1. Onmogelijkheid tot precieze omschrijving:

Wanneer het onmogelijk is om het voorwerp van de opdracht op een nauwkeurige en begrijpelijke manier te omschrijven zonder een merkverwijzing, is het toegestaan om een merk te vermelden, mits dit vergezeld gaat van "of gelijkwaardig".

2. Gerechtvaardigd door voorwerp:

In sommige gevallen kan het voorwerp van de opdracht het rechtvaardigen om een merk te specificeren, maar dit moet goed onderbouwd worden.

Gelijkwaardigheid en bewijslast:

- Het is aan de inschrijver om aan te tonen dat het aangeboden product gelijkwaardig is aan het genoemde merk.
- Dit kan bijvoorbeeld door middel van een technisch dossier, certificaten of andere bewijsmiddelen.
- Wanneer de geraamde waarde van de opdracht onder de Europese drempelwaarde valt, mag een inschrijver ook andere bewijsmiddelen aanvoeren.

Belangrijk:

- Aanbestedende diensten moeten terughoudend zijn met het gebruik van merknamen en de noodzaak ervan goed onderbouwen.
- Het gebruik van merknamen mag niet leiden tot een onnodige beperking van de concurrentie.
- Inschrijvers moeten altijd de mogelijkheid hebben om gelijkwaardige producten aan te bieden.

3. ALGEMENE SAMENVATTENDE CONCLUSIES

- A) De technische eisen en de elementen voor gunningcriteria dienen duidelijk in de opdrachtdocumenten omschreven te worden en inhoudelijk gelimiteerd. Dus geen verwijzing naar een keurmerk zonder meer, voor opgelegde normen kan dit wel
- B) In de technische specificaties blijft het verbod tot het gebruik van merknamen gehandhaafd, en zijn maar twee uitzonderingen mogelijk met de bijkomende verplichte vermelding “of gelijkwaardig” als
 - 1 geen andere omschrijving mogelijk is dan een verwijzing naar de merknaam of
 - 2 als de merknaam de gebruikelijke aanduiding van een product geworden is
- C) **Normen** mogen altijd opgelegd worden alms ze relevant zijn en dit zonder bijkomende vermelding
- D) **Keurmerken of labels** mogen zowel in de criteria als in het technisch dossier enkel gebruikt worden als ze
 - 1 duidelijk in de opdrachtdocumenten inhoudelijk omschreven worden en
 - 2 verband houden met het voorwerp van de opdracht,
 - 3 als eisen ook proportioneel zijn met dit voorwerp en bovendien
 - 4 ook door andere bewijsmiddelen toelaten om een gelijkwaardig aanbod aan te tonen

KORTOM

Keurmerken en labels als EIS kunnen principieel niet, enkel als één van de vormen van BEWIJS dat men voldoet

Een keurmerkeis door loutere verwijzing kan niet maar dient omschreven te worden

Verwijzing en oplegging van normen (nationale buitenlandse en Europese) kan wel

BIBLIOGRAFIE

1 Technische specificaties en normen Vlaamse Overheid/leidraad overheidsopdrachten/ 6. Opmaak bestekken Artikel 5 § 1 Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna: de Overheidsopdrachtenwet) en het artikel van Willy Abbeloos Bouwkroniek mei 2016.

2. Artikel 53 § 1 Overheidsopdrachtenwet.
3. Overweging 74 van richtlijn 2014/24/EU.
4. Artikel 53 § 3 Overheidsopdrachtenwet.
5. Artikel 53 § 4 Overheidsopdrachtenwet
6. Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, Parl.St. Kamer nr. 1541/001, 102.
7. Artikel 53 § 4, tweede lid Overheidsopdrachtenwet.
8. De Raad van State schorste de gunningsbeslissing in het kader van een UDN: RvS 17 november 2016, nr. 236.437, NV Renotec. Nadien vernietigde de Raad van State de gunningsbeslissing: RvS 21 november 2017, nr. 239.932, NV Renotec.
9. Artikel 7, § 5 Koninklijk Besluit van 15 juli 2011. Een milieukeurmerk is bijvoorbeeld het EKO-keurmerk: dit geeft aan dat het product afkomstig is van biologische landbouw.
10. Artikel 54 van de Overheidsopdrachtenwet 2016 zet artikel 43 van richtlijn 2014/24/EU (van 2014) om in Belgisch recht
11. . Een sociaal keurmerk is bijvoorbeeld het Max-Havelaar-keurmerk dat fairtrade producten garandeert.
12. Artikel 2, 50° Overheidsopdrachtenwet 2016
13. Artikel 2, 51° Overheidsopdrachtenwet 2016.
14. Arrest van 10 mei 2012, Europese Commissie t/ Nederland, zaak nr. C-368/10.
15. Artikel 54 § 1 Overheidsopdrachtenwet Deze bepaling voor de klassieke sectoren is eveneens van toepassing in de speciale sectoren (artikel 133, 4° Overheidsopdrachtenwet).
16. 16 Artikel 54 § 2 Overheidsopdrachtenwet. De Europese drempels in de klassieke sectoren zijn voor de periode 2020-2021 de volgende: voor opdrachten voor werken: 5.350.000 euro; opdrachten voor leveringen: 214.000 euro; opdrachten voor diensten: 214.000 euro.
17. 17 <https://www.benor.be/nl/benor-vzw/benor-label/>.
18. 18 <https://do.vlaanderen.be/roeselare-wint-wedstrijd-duurzame-overheidsopdrachten>.
19. 19 Artikel 54 §1 Overheidsopdrachtenwet.
20. 20 Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, Parl.St. Kamer nr. 1541/001, 104.
21. 21 Artikel 54 § 3, 1° Overheidsopdrachtenwet.
22. 22 Artikel 54 § 3, 2° Overheidsopdrachtenwet.
23. 23 Artikel 54 § 3, 3° Overheidsopdrachtenwet.
24. 24 Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, Parl.St. Kamer nr. 1541/001, 105.
25. 25 Artikel 55 § 1 Overheidsopdrachtenwet. Een conformiteitsbeoordelingsinstantie is een instantie die conformiteitsbeoordelingsactiviteiten verricht, zoals ijken, testen, certificeren en inspecteren, en geaccrediteerd is overeenkomstig Verordening nr. 765/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 tot vaststelling van de eisen inzake accreditatie en markttoezicht betreffende het verhandelen van producten en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 339/93.
26. 26 Artikel 55 § 2 Overheidsopdrachtenwet.
27. Sarah MOENS Advocaat Tender Law

INHOUDSTAFEL

Inhoudsopgave

1. INLEIDING BEGRIPSOMSCHRIJVING	2
1.1 BEGRIPSOMSCHRIJVING IN DE EUROPESE RICHTLIJNEN	2
1.2 BELGISCHE WETTELIJKE BASIS EN TOELICHTING IN HET ADVIES AAN DE KONING	6
1.3 HET AANGEPAST MERKENVERBOD	10
1.4 BEWIJSVOERING VIA TESTVERSLAGEN, CERTIFICATIE EN ANDERE BEWIJSMIDDELEN	13
1.5 CONCLUSIES	15
2. PRINCIPES	17
2.1 WELKE TECHNISCHE SPECIFICATIES MAG EEN AANBESTEDER IN ZIJN OPDRACHTDOCUMENTEN SCHRIJVEN?	17
2.2 TERECHT OF ONTERECHT GEBRUIK VAN DE TERM “OF GELIJKWAARDIG”?	19
2.3 MAG MEN DAN WEL BEPAALDE SPECIFIEKE KEURMERKEN OF KEURMERKEISEN STELLEN?	
STELLING VAN HET EUROPEES HOF VAN JUSTITIE	20
2.4 VEREISTEN VOOR OPGELEGDE KEURMERKEN ALS BEWIJS DAT MEN VOLDOET AAN DE TECHNISCHE SPECIFICATIES	37
2.5 HOE DIENEN KEURMERKEISEN OF EEN SPECIFIEK KEURMERK IN DE OPDRACHTDOCUMENTEN OPGENOMEN TE WORDEN?	39
2.6 EEN VOORBEELD VAN MOGELIJKE INLASSING VAN HET FAIR TRADE KEURMERK	40
2.7 DIENT EEN INSCHRIJVER DIT SPECIFIEKE KEURMERK STEEDS VOOR TE LEGGEN?	41
2.8 WANNEER WORDT GEËVALUEERD OF DE INSCHRIJVER VOLDOET AAN HET KEURMERK?	42
2.9 TESTVERSLAGEN OF CERTIFICATEN VAN EEN CONFORMITEITSBEOORDELINGSINSTANTIE	42
2.10 CONCLUSIE	43
2.11 UITZONDERINGEN OP HET VERBOD OP HET GEBRUIK VAN MERKNAMEN:	44
3. ALGEMENE SAMENVATTENDE CONCLUSIES	45
BIBLIOGRAFIE	46
INHOUDSTAFEL	47