

Vzgr Rb Alkmaar, 18 maart 2010, Douwe Egberts v Gemeenten & Max Havelaar



V



## MEDEDINGING

**Handelsvoorwaarden geen uitvoeringsvoorwaarden artikel 26 Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten**

- [De voorzieningenrechter is van oordeel dat de handelsvoorwaarden - een kostendekkende minimumprijs, betaling van een additionele premie, voorfinanciering en langdurige handelsrelaties - geen kenmerken zijn van de te leveren producten en diensten waar het in deze om gaat, maar voorwaarden zijn die zien op de uitvoering van de opdracht. Deze dienen dan ook te worden aangemerkt als bijzondere uitvoeringsvoorwaarden zoals bedoeld in artikel 26 Bao.](#)

**Voorwaarden betreffen productieproces producten**

- [Naar het oordeel van de voorzieningenrechter houden de betreffende \(sociale\) criteria voldoende verband met productieproces van de te leveren koffie, thee en cacao.](#)

Douwe Egberts heeft betoogd dat de voorwaarden 'kostendekkende minimumprijs', 'additionele premie' en 'voorfinanciering' geen verband houden met het voorwerp van de opdracht, maar dat deze zien op de bedrijfsvoering van de potentiële inschrijver. Dit betoog wordt verworpen. De criteria moeten betrekking hebben op de kenmerken of prestaties van de producten of op het productieproces van de producten. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter houden de betreffende (sociale) criteria voldoende verband met productieproces van de te leveren koffie, thee en cacao. Door het garanderen van een minimumprijs wordt immers zeker gesteld dat de productiekosten worden gedekt en door de betaling van een additionele premie en het bieden van voorfinanciering wordt de mogelijkheid geschapen te investeren in het productieproces. Voor dit oordeel vindt de voorzieningenrechter steun in de Mededeling van 5 mei 2009 van de Europese Commissie, waarin het stellen van de voorwaarde dat arbeiders die de opdracht uitvoeren een minimumloon

ontvangen als voldoende verband houdend met de uitvoering van de opdracht wordt beschouwd.

**Fair Trade voorwaarden niet disproportioneel**

- [dat de door Fair Trade toegepaste criteria en normen behoren tot de uitgebreidste en meest ambitieuze, omdat zij betrekking hebben op allerlei onderwerpen en voorwaarden die van invloed zijn op de producenten in ontwikkelingslanden, waaronder met name een minimumprijs voor de producent en een premie voor de gemeenschap van de producent. Het staat de gemeenten naar het oordeel van de voorzieningenrechter vrij dat ambitieniveau na te streven.](#)

Volgens Douwe Egberts zijn de handelsvoorwaarden, zoals deze thans zijn geformuleerd, niet verenigbaar met het Werkingsverdrag. Douwe Egberts heeft ter onderbouwing daarvan gesteld dat de voorgeschreven duurzaamheidsvoorwaarden disproportioneel zijn, strijdig met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel zijn, alsmede het vrij verkeer van goederen belemmeren. Dit verweer faalt. Daartoe overweegt de voorzieningenrechter het volgende.

4.11 De gemeenten hebben aangevoerd dat zij bij de keuze voor de handelsvoorwaarden zoals deze thans zijn geformuleerd, aansluiting hebben gezocht bij de fair trade uitgangspunten van FLO, die door het Europese Parlement, de Europese Commissie en de Nederlandse regering zijn onderschreven. Zij hebben in het bijzonder gewezen op de Mededeling van 5 mei 2009 van de Europese Commissie, waarin de Europese Commissie stelt dat de door Fair Trade toegepaste criteria en normen behoren tot de uitgebreidste en meest ambitieuze, omdat zij betrekking hebben op allerlei onderwerpen en voorwaarden die van invloed zijn op de producenten in ontwikkelingslanden, waaronder met name een minimumprijs voor de producent en een premie voor de gemeenschap van de producent. Het staat de gemeenten naar het oordeel van de voorzieningenrechter vrij dat ambitieniveau na te streven.

**Gelijkwaardigheid keurmerkenniet voldoende vastgesteld**

- [Bij deze stand van zaken kan binnen het bestek van dit kort geding, dat zich niet leent voor het verrichten van uitvoerig feitenonderzoek, niet in een voldoende mate vastgesteld worden dat de beide keurmerken in hun uitwerking \(minimaal\) gelijkwaardig aan elkaar zijn.](#)

Vastgesteld kan worden dat het keurmerk dat Douwe Egberts voert geen kostendekkende minimumprijs garandeert, geen additionele premie betaalt en niet de mogelijkheid van voorfinanciering biedt. De gemeenten en Max Havelaar hebben bestreden dat de uitgangspunten die Utz Certified hanteert in haar uitwerking minimaal gelijkwaardig zijn aan het fair trade keurmerk. In dit verband hebben zij erop gewezen dat de wetenschappelijke onderzoeken waarop Douwe Egberts een beroep doet niet allemaal een onderzoek naar het keurmerk van Utz Certified inhouden en dat bij de on-

derzoeken waarin dat wel het geval is, Utz Certified betrokken is geweest bij de totstandkoming van de rapportages. Bovendien zijn er een groot aantal onderzoeksrapporten beschikbaar waaruit het tegendeel blijkt, aldus Max Havelaar. Bij deze stand van zaken kan binnen het bestek van dit kort geding, dat zich niet leent voor het verrichten van uitvoerig feitenonderzoek, niet in een voldoende mate vastgesteld worden dat de beide keurmerken in hun uitwerking (minimaal) gelijkwaardig aan elkaar zijn.

Vindplaatsen: LJN: [BL7898](#)

### Vzgr Rb Alkmaar, 18 maart 2010

(J.H.A.C. Everaerts)

KG nummer: 117231 / KG ZA 10-44

datum: 18 maart 2010

Vonnis van de voorzieningenrechter, rechtdoende in kort geding

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid DOUWE EGBERTS COFFEE SYSTEMS NEDERLAND B.V., statutair gevestigd te Utrecht, EISERES in de hoofdzaak bij dagvaarding van 12 februari 2010, VERWEERSTER in het incident, advocaten mrs. G.W.A. van de Meent en T.R.M. van Helmond te Amsterdam,

tegen:

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon de GEMEENTE DEN HELDER, zetelende te Den Helder,  
2. de publiekrechtelijke rechtspersoon de GEMEENTE ALKMAAR, zetelende te Alkmaar, GEDAAGDEN in de hoofdzaak, VERWEERSTERS in het incident, advocaten mrs. D.J.L. van Ee en J.J. Feenstra te Amsterdam,

in welke zaak wenst tussen te komen c.q. zich aan de zijden van gedaagden wenst te voegen: de stichting STICHTING MAX HAVELAAR, gevestigd te Utrecht, EISERES in het incident, advocaten mrs. P.F.C. Heemskerk en B. Braat te Utrecht.

Partijen zullen verder worden genoemd "Douwe Egberts", "de gemeenten" respectievelijk "Max Havelaar".

#### 1. HET VERLOOP VAN HET GEDING

Ter terechtzitting van 2 maart 2010 heeft Douwe Egberts gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding.

Max Havelaar heeft een incidentele vordering tot tussenkomst c.q. voeging ingesteld.

Daartegen heeft Douwe Egberts verweer gevoerd.

Ter zitting heeft de voorzieningenrechter beslist dat Max Havelaar wordt toegelaten als tussenkommende partij.

De gemeenten en Max Havelaar hebben de vorderingen van Douwe Egberts bestreden.

Na verder debat hebben partijen de stukken, waaronder van de zijde van Douwe Egberts de originele dagvaarding en van alle zijden pleitnotities, overgelegd en vonnis gevraagd.

De inhoud van alle stukken wordt als hier ingelast beschouwd.

#### 2. UITGANGSPUNTEN

2.1 Op 20 januari 2010 hebben de gemeenten de aanbesteding "Warme drankenautomaten gemeente Den Helder en gemeente Alkmaar" aangekondigd. Het gaat om het sluiten van een raamovereenkomst voor de levering van warme drankenautomaten, bijbehorende producten, onderhoud en full operating voor de periode van zes jaar, met de mogelijkheid tot verlenging met twee keer een jaar. Het betreft een openbare Europese aanbesteding, waarop het **Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (Bao)** van toepassing is.

Volgens de aankondiging sluit de inschrijvingstermijn op 8 maart 2010 om 12.00 uur.

2.2 In de inschrijvingsbrochure is een Programma van Eisen opgenomen, waarin onder meer het volgende staat:

##### "3.3 Handelsvoorwaarden

De aanbestedende dienst streeft duurzaamheid na en een positieve beïnvloeding van de maatschappelijke normen. De gemeente Den Helder heeft Duurzaamheid en Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen hoog in het vaandel staan en heeft zich akkoord verklaard met de Deelnameverklaring Duurzaam Inkopen van SenterNovem. Hiermee verbindt de Gemeente Den Helder zich om in 2010 voor 75% duurzaam in te kopen en in 2015 voor 100%. Dit geldt ook voor de gemeente Alkmaar. Tevens heeft de Gemeente Alkmaar sinds 2007 een traject ingezet om de titel "Fairtrade Gemeente" te behalen. Aan alle criteria om deze titel te verwerven wordt actief gewerkt en op dit moment is reeds voldaan aan twee van de zes criteria.

Om die reden dient ten behoeve van de aanbestedende dienst de reguliere koffie freshbrew, de chocolademelk (op waterbasis) en de chocolademilk (op melkbasis) aan het Fairtrade keurmerk of een vergelijkbaar keurmerk te voldoen. Voor de Gemeente Alkmaar dienen ook de theezakjes aan het Fairtrade keurmerk of een vergelijkbaar keurmerk te voldoen. Met het Fairtrade keurmerk wordt het Max Havelaar keurmerk bedoeld. Met 'vergelijkbare keurmerken' wordt ten behoeve van deze aanbesteding bedoeld een keurmerk dat wordt afgegeven omdat minimaal aan de volgende voorwaarden is voldaan:

\* De leverancier garandeert dat de koffie/thee/cacao rechtstreeks betrokken wordt bij kleine boeren coöperaties;

\* Een kostendekkende minimumprijs voor de producent. De leverancier garandeert een vaste minimumprijs om zeker te stellen dat de kosten van sociaal- en milieuvriendelijke productie worden gedekt;

\* Een toeslag op de wereldmarktprijs. Als de wereldmarktprijs boven de garantieprijs komt, wordt de wereldmarktprijs betaald aan de producent;

\* Voorfinanciering. Koffieboeren kunnen indien gewenst een percentage van de verkoopprijs van hun product al ontvangen voor verschepping, zodat zij noodzakelijke investeringen kunnen doen;

\* Langdurige handelsrelaties. De samenwerking is van langere duur."

2.3 Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige aanbidding, gelet op de criteria prijs (350 punten), proeverij (350 punten) en kwaliteit (250 punten).

Onder het criterium kwaliteit valt het subcriterium 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen (100 punten). Daarover is in paragraaf 5.2.2 van de inschrijvingsbrochure onder meer het volgende vermeld:

"nr. 2 Van de inschrijvende partijen wordt verwacht dat zij een actieve rol spelen bij de ontwikkeling van de Fairtrade markt en het optimaliseren van de verkrijgbaarheid en kwaliteit van Fairtrade producten of vergelijkbare producten.

Licht toe in maximaal 1/2 A4 hoe u dit realiseert.

(...)"

2.4 Fairtrade Labelling Organisations International [hierna: FLO] is een (overkoepelende) keurmerkorganisatie die leveranciers die de eerlijke handel bevorderen door te voldoen aan de door FLO gehanteerde uitgangspunten met het Fairtrade keurmerk certificeert. In Nederland is alleen Max Havelaar bij FLO aangesloten.

2.5 Douwe Egberts heeft koffie en thee in haar assortiment met het keurmerk Utz Certified. Deze keurmerkorganisatie hanteert (deels) andere voorwaarden om voor het verkrijgen van een duurzaamheidskeurmerk in aanmerking te komen. Utz Certified garandeert de leveranciers - in tegenstelling tot FLO - geen minimumprijs. Zij werkt met het concept 'leefbaar loon / leefbaar inkomen', dat is gericht op de realisatie van een beter (leefbaar) inkomen door een hogere opbrengst per kilo te realiseren, een betere kwaliteit te leveren en de kosten te reduceren.

2.6 Bij brief van 28 januari 2010 aan de gemeenten heeft Douwe Egberts bezwaar gemaakt tegen de duurzaamheidscriteria die de gemeenten in paragraaf 3.3 van de inschrijvingsbrochure hanteren en zij heeft hen verzocht deze zodanig aan te passen dat ook de Utz-uitgangspunten en het Utz-certificaat van Douwe Egberts als passend worden aangemerkt.

2.7 De gemeenten hebben bij e-mail van 10 februari 2010 aan Douwe Egberts bericht dat zij geen aanleiding zien om de criteria aan te passen.

2.8 Op 24 februari 2010 hebben de gemeenten een nota van inlichtingen gepubliceerd.

Daarin is melding gemaakt van het onderhavige kort geding en is aangekondigd dat de sluitingsdatum voor het indienen van een offerte wordt uitgesteld en dat na de uitspraak in het kort geding een tweede nota van inlichtingen wordt gepubliceerd.

2.9 In de nota van inlichtingen is naar aanleiding van het bezwaar van Douwe Egberts over paragraaf 3.3 het volgende vermeld:

"Vraagstelling: Verzoek om de duurzaamheidseisen zodanig aan te passen dat ook de uitgangspunten en het Utz-certificaat van DECS als passend worden aangemerkt.

Antwoord:

De tekst van paragraaf 3.3 van de inschrijvingsbrochure warme drankenautomaten is vervallen en wordt vervangen door de volgende tekst:

### 3.3 Handelsvoorwaarden / Duurzaamheid

De aangeboden ingrediënten voor koffie fresbrew, de chocolademelk (op waterbasis), de chocolademilk (op melkbasis) en thee dienen aan de hierna omschreven uitgangspunten van duurzaamheid te voldoen.

Uitgangspunten van duurzaamheid:

- \* Een kostendekkende minimumprijs (garantieprijs) voor de producent. De leverancier garandeert een vaste minimumprijs om zeker te stellen dat de kosten van sociaal- en milieuvriendelijke productie worden gedekt;

- \* Producenten ontvangen een additionele premie voor de verdere ontwikkeling van de onderneming van de producent alsmede ter investering in de gemeenschap van de producent;

- \* Voorfinanciering. Koffieboeren kunnen indien gewenst een percentage van de verkoopprijs van hun product al ontvangen voor verscheping, zodat zij noodzakelijke investeringen kunnen doen;

- \* Langdurige handelsrelaties. De samenwerking tussen producenten en kopers van de producten is zoveel als mogelijk van duurzame aard.

Toelichting

De aanbestedende dienst streeft duurzaamheid na en een positieve beïnvloeding van de maatschappelijke normen. De gemeente Den Helder heeft Duurzaamheid en Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen hoog in het vaandel staan en heeft zich akkoord verklaard met de Deelnameverklaring Duurzaam Inkopen van SenterNovem. Hiermee verbindt de Gemeente Den Helder zich om in 2010 voor 75% duurzaam in te kopen en in 2015 voor 100%. Dit geldt ook voor de gemeente Alkmaar. Tevens heeft de Gemeente Alkmaar sinds 2007 een traject ingezet om de titel "Fairtrade Gemeente" te behalen. Aan alle criteria om deze titel te verwerven wordt actief gewerkt en op dit moment is reeds voldaan aan twee van de zes criteria.

Om invulling te geven aan dit beleid en het begrip duurzaamheid in het kader van deze aanbesteding heeft de aanbestedende dienst aansluiting gezocht bij de uitgangspunten die zijn geformuleerd door de Fair Trade Labelling Organizations International ("FLO"). De aanbestedende dienst heeft gekozen voor de door FLO opgestelde uitgangspunten van duurzaamheid aangezien deze zowel nationaal als internationaal breed gedragen worden in de markt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de mededeling van de Europese Commissie d.d. 5 mei 2009, COM (2009) 215, definitief, pagina 6, waar de Europese Commissie stelt: "[...] De door Fair Trade toegepaste criteria en normen behoren tot de uitgebreidste en meest ambitieuze omdat zij betrekking hebben op allerlei onderwerpen en voorwaarden die van invloed zijn op de producenten in ontwikkelingslanden, waaronder met name een minimumprijs voor de producent en een premie voor de gemeenschap van de producent". Daarnaast wijst de aanbestedende dienst op de brief aan de Tweede Kamer van ministers Cramer, Donner en Koenders d.d. 16 oktober 2009 met kenmerk PDI 2009037807 (Uitwerking internationale sociale

criteria Duurzaam Inkopen), pagina 5, waar eveneens wordt verwezen naar de eerlijke handelsnorm "minimumprijs".

Voor nadere invulling van de uitgangspunten van duurzaamheid, alsmede de daarin gehanteerde begrippen, wordt verwezen naar de invulling die de FLO daaraan geeft (zie <http://www.fairtrade.net/standards.html>).

De aanbestedende dienst benadrukt dat zij geen specifiek duurzaamheidslabel of keurmerk eist. De aanbestedende dienst heeft gekeken naar de aan het Fair Trade label ten grondslag liggende subcriteria en schrijft die criteria voor die voor de onderhavige opdracht van belang zijn en die daarmee in voldoende verband staan. Het staat de inschrijver vrij om met (officiële) bewijsstukken aan te tonen dat aan de uitgangspunten van duurzaamheid worden voldaan."

2.10 In de nota van inlichtingen is over paragraaf 5.2.2 van de inschrijvingsbrochure het volgende opgenomen: "Vraagstelling:

"Van de inschrijven partijen wordt verwacht dat zij een actieve rol spelen bij de ontwikkeling van de Fairtrade markt en het optimaliseren van de verkrijgbaarheid en kwaliteit van de Fairtrade producten of vergelijkbare producten"

Dit criterium heeft betrekking op de geschiktheid van de inschrijver (zijn rol bij de ontwikkeling van de Fairtrade markt) en is daarmee aan te merken als selectiecriteria. Echter, dit criterium is in het bestek opgenomen als ware het ter beoordeling van de offerte (gunningscriteria). Gunningscriteria dienen ertoe vast te stellen wat de economisch meest voordelige inschrijving is (artikel 54 Bao). Daartoe is dit criterium niet geschikt. Wij verzoeken u dit criterium te ecarteren of aan te passen.

Antwoord:

Paragraaf 5.2.2, onder 2, komt te vervallen. (...)"

2.11 Op 5 mei 2009 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen een Mededeling uitgebracht over het bijdragen aan duurzame ontwikkeling. Daarin is (op pagina 10) onder meer het volgende vermeld:

"Indien een aanbestedende dienst voornemens is fairtradeproducten aan te schaffen kan hij in de technische specificaties voor die producten een omschrijving geven van de relevante duurzaamheidscriteria, die moeten worden gekoppeld aan het onderwerp van de opdracht en moeten voldoen aan de andere EU-regels inzake overheidsopdrachten, met inbegrip van de fundamentele beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Deze criteria moeten betrekking hebben op de kenmerken of prestaties van de producten (bv. glazen vervaardigd van gerecycleerd materiaal) of op het productieproces van de producten (bv. biologisch geteeld). Aanbestedende diensten die producten willen aanschaffen waarvan de duurzaamheid gewaarborgd is, mogen niet zonder meer het concept van een specifiek label in de technische specificaties van hun aankopen opnemen. In plaats daarvan moeten zij kijken naar de subcriteria die bijvoorbeeld aan het Fair-Trade-label ten grondslag liggen en mogen zij alleen subcriteria gebruiken die voor het onderwerp van hun aankopen van belang zijn. Aanbestedende diensten moeten gegadigden altijd de

mogelijkheid bieden door het gebruik van fairtradelabels of anderszins te bewijzen dat zij aan deze normen voldoen.

In de uitvoeringsclausules kunnen ook ecologische of sociale criteria worden opgenomen, mits deze gekoppeld zijn aan de uitvoering van de desbetreffende opdracht (bv. minimumloon voor arbeiders die bij de uitvoering van de opdracht betrokken zijn) en op overeenkomstige wijze voldoen aan de andere hierboven in verband met de technische specificaties genoemde eisen."

2.12 Bij brief van 16 oktober 2009 hebben de (toenmalige) ministers Cramer, Donner en Koenders onder meer het volgende aan de voorzitter van de Tweede Kamer bericht inzake duurzame ontwikkeling en beleid:

"Voor sommige productgroepen zijn ook aanvullende normen aan de orde.

Het betreft de productgroepen waarin een beperkt aantal producten zit waarvoor een multishakeholder keteninitiatief bestaat dat de waarborg biedt dat leveranciers op effectieve en betrouwbare wijze deze normen zullen kunnen (laten) onderzoeken en handhaven. Gedacht zou kunnen worden aan de volgende producten: koffie, thee, cacao, textiel, bloemen, natuursteen. De overheid besluit binnenkort voor welke producten van onderstaande aanvullende normen worden meegenomen voor de periode tot 2012.

\* (...)

\* Leefbaar inkomen (...)

\* De volgende eerlijke handelsnormen, in combinatie:

- minimumprijs, te betalen aan de producent, ongeacht de marktprijs

- voorfinanciering op verzoek van de producent tot maximaal 60% van de contractwaarde

Waar relevant, zal aan de aanbestedende diensten de keuze worden gelaten tot opname in de contractvoorwaarden van de eerlijke handelsnormen dan wel leefbaar loon/leefbaar inkomen. Het belangrijkste verschil tussen beide normen is de grotere bescherming die een minimumprijs biedt aan producenten ten tijde van lage wereldmarktprijzen. De inkopers zullen kwalitatieve informatie krijgen om bij lage wereldhandelsmarktprijzen gefundeerd te kunnen kiezen voor eerlijke handel boven leefbaar loon. Er zal nog nader worden gekeken naar de praktische uitwerking hiervan."

### **3. DE VORDERING EN DE STANDPUNTEN VAN PARTIJEN**

#### **in de hoofdzaak**

3.1 Samengevat vordert Douwe Egberts bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad op alle dagen en uren:

- primair: de gemeenten te gebieden minimeis 3.3 en gunningscriterium 5.2 uit de inschrijvingsbrochure te ecarteren, dan wel dusdanig te wijzigen dat geen specifieke voorwaarden aan de wijze waarop de duurzaamheid wordt bereikt in de vorm van minimumeisen of gunningscriteria worden gesteld, zulks voor zover de gemeenten de opdracht nog wensen te gunnen;

- subsidiair de gemeenten te gebieden de aanbesteding te staken en, voor zover zij nog steeds voornemens zijn de opdracht aan enige partij te gunnen, tot heraanbesteding over te gaan waarbij geen specifieke voorwaarden aan de wijze waarop de duurzaamheid wordt bereikt in de vorm van minimumeisen of gunningscriteria worden gesteld;

- meer subsidiair: elke andere voorlopige voorziening te treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie passend acht en die recht doet aan de belangen van Douwe Egberts;

- te bepalen dat de gemeenten bij overtreding van het hiervoor genoemde een dwangsom verbeuren van [euro] 10.000,- per overtreding en van [euro] 5.000,- voor elk dag of deel daarvan dat die overtreding voortduurt;

- de gemeenten te veroordelen in de kosten van deze procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van de veertiende dag nadat dit vonnis is gewezen.

3.2 Daaraan heeft Douwe Egberts - verkort en zakelijk weergegeven - het volgende ten grondslag gelegd. Hoewel het de gemeenten vrij staat om duurzaamheid na te streven en maatschappelijke en milieunormen positief te beïnvloeden, doet zij dit op een onrechtmatige wijze. De gemeenten schrijven in feite slechts één wijze voor waarop aan duurzaamheid uitvoering kan worden gegeven, hetgeen in strijd is met het aanbestedingsrecht. Alleen FLO, waarbij in Nederland alleen Max Havelaar is aangesloten, hanteert namelijk de door de gemeenten gestelde duurzaamheidsvoorwaarden bij het verstrekken van een keurmerk.

Douwe Egberts verkoopt producten die zijn voorzien van een Utz Certified keurmerk. Douwe Egberts stelt zich op het standpunt dat het Utz Certified keurmerk in haar uitwerking minimaal gelijkwaardig is aan het keurmerk van FLO.

Voor zover de handelsvoorwaarden in paragraaf 3.3 van de inschrijvingsbrochure zijn aan te merken als uitvoeringsvoorwaarden, zijn deze strijdig met het aanbestedingsrecht omdat gestelde voorwaarden 'kostendeckende minimumprijs', 'additionele premie' en 'voorfinanciering' zien op de bedrijfsvoering van de leverancier en (dus) geen verband houden met het voorwerp van de opdracht. Bovendien zijn de gestelde voorwaarden in strijd met het Werkingsverdrag. Niet is (door middel van wetenschappelijk onderzoek) aangetoond dat de voorwaarden leiden tot extra duurzaamheid. De voorgeschreven duurzaamheidsvoorwaarden zijn dan ook disproportioneel, aldus Douwe Egberts.

Het stellen van de duurzaamheidsvoorwaarden is voorts in strijd met het gelijkheidsbeginsel, omdat producten die duurzaam worden geproduceerd op basis van andere duurzaamheidsinitiatieven dan het Fair-Trade-keurmerk worden uitgesloten zonder dat daarvoor een rechtvaardiging is. Daarnaast wordt het vrij verkeer van goederen volgens Douwe Egberts belemmerd.

Voor zover de handelsvoorwaarden zijn aan te merken als technische specificaties, zijn deze in strijd met het aanbestedingsrecht omdat deze (i) niet zien op het voorwerp van de opdracht, (ii) andere eveneens duur-

zame geproduceerde koffie, thee en cacao elimineren, (iii) de mededinging ongerechtvaardigd belemmeren en (iv) niet verwijzen naar nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, Europese technische goedkeuringen, gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen of andere door Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen.

Gelet op het vorenstaande dienen de minimumeisen die zijn opgenomen in paragraaf 3.3 van de inschrijvingsbrochure, zoals gewijzigd in de nota van inlichtingen, te worden geëcarteerd dan wel zodanig te worden aangepast, dat geen specifieke voorwaarden aan de wijze waarop de duurzaamheid wordt bereikt in de vorm van minimumeisen worden gesteld, aldus Douwe Egberts

Ten aanzien van het onderdeel 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen', dat onderdeel is van het subgunningscriterium 'kwaliteit', kennen de gemeenten gewicht toe aan de rol die de inschrijver speelt bij de ontwikkeling van de Fairtrade markt en het optimaliseren van de verkrijgbaarheid en kwaliteit van Fairtrade producten of vergelijkbare producten. Douwe Egberts stelt zich op het standpunt dat dit in strijd is met het beginsel dat criteria die zien op de kwaliteit van de inschrijver niet kunnen worden gehanteerd als gunningscriteria, zodat dit onderdeel eveneens dient te worden geschrapt.

Voorts zover de voorzieningenrechter van oordeel is dat de gebreken niet voor herstel vatbaar zijn, dan vordert Douwe Egberts dat de gemeenten de opdracht heraanbesteden.

3.3 De gemeenten en Max Havelaar hebben verweer gevoerd tegen de vorderingen van Douwe Egberts. Daarop wordt bij de gronden van de beslissing, voor zover van belang, ingegaan.

#### **4. DE GRONDEN VAN DE BESLISSING in het incident**

4.1 Max Havelaar heeft gevorderd dat de voorzieningenrechter haar primair toelaat als tussenkommende partij en subsidiair als voegende partij aan de zijde van de gemeenten. Max Havelaar heeft gesteld dat het belang daarbij erin is gelegen dat zij meent dat het juridisch toelaatbaar en maatschappelijk wenselijk is om, ook indien door middel van een Europese aanbesteding wordt ingekocht, de markt te vragen producten aan te bieden die voldoen aan de uitgangspunten van fair trade. Max Havelaar zet zich in de meest brede zin in voor het ondersteunen van fair trade. De doelstelling van Max Havelaar is (onder meer) het stimuleren en faciliteren van gebruikers van het keurmerk voor eerlijke handel dat Max Havelaar beheert. Indien de vorderingen van Douwe Egberts worden toegewezen, wordt de (ideële) doelstelling van Max Havelaar doorkruist, aldus Max Havelaar.

4.2 Douwe Egberts heeft geconcludeerd tot afwijzing van de incidentele vorderingen. Zij heeft daartoe - kort gezegd - aangevoerd dat haar bezwaren in de hoofdzaak zich niet richten tegen (de ideële doelstellingen van) Max Havelaar, dat Max Havelaar geen partij is in de aanbestedingsprocedure en dat Max Havelaar de

gemeenten in een afzonderlijke procedure niet kan dwingen om criteria te hanteren die zien op fair trade.

4.3 De voorzieningenrechter stelt voorop dat voor toewijzing van de vordering tot tussenkomst niet vereist is dat Max Havelaar een zelfstandige vordering indient, maar dat de maatstaf is dat moet blijken van een belang van Max Havelaar om benadeling of verlies van een haar toekomend recht te voorkomen. Onder het begrip 'recht' is te verstaan iedere door het recht toegekende of beschermde aanspraak. Daaraan komt derhalve een ruime betekenis toe. Gelet op hetgeen Max Havelaar ter onderbouwing van haar vordering tot tussenkomst naar voren heeft gebracht, heeft zij naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter een voldoende belang om benadeling of verlies van een haar toekomend recht te voorkomen. Max Havelaar wordt derhalve toegelaten als tussenkomende partij.

4.4 De proceskosten in het incident worden gecompenseerd in die zin, dat iedere partij de eigen kosten draagt. **in de hoofdzaak**

4.5 Aan de orde is de vraag of het de gemeenten is toegestaan de handelsvoorwaarden, zoals deze gewijzigd zijn geformuleerd in de nota van inlichtingen van 24 februari 2010, in de aanbestedingsprocedure te hanteren.

4.6 Voor de beantwoording van die vraag is allereerst van belang hoe de betreffende handelsvoorwaarden moeten worden gekwalificeerd. Douwe Egberts heeft daarover geen eenduidig standpunt ingenomen. Zij heeft zowel stellingen betrokken voor het geval dit technische specificaties in de zin van artikel 23 Bao zijn, als voor het geval dat dit bijzondere uitvoeringsvoorwaarden in de zin van artikel 26 Bao zijn. Volgens de gemeenten en Max Havelaar zijn de handelsvoorwaarden geen technische specificaties, maar uitvoeringsvoorwaarden.

4.7 Een technische specificatie is in geval sprake is van een overheidsopdracht voor leveringen of diensten, een specificatie die voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product of dienst.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de handelsvoorwaarden - een kostendekkende minimumprijs, betaling van een additionele premie, voorfinanciering en langdurige handelsrelaties - geen kenmerken zijn van de te leveren producten en diensten waar het in deze om gaat, maar voorwaarden zijn die zien op de uitvoering van de opdracht. Deze dienen dan ook te worden aangemerkt als bijzondere uitvoeringsvoorwaarden zoals bedoeld in artikel 26 Bao.

De stellingen van Douwe Egberts die zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat de handelsvoorwaarden als technische specificaties moeten worden aangemerkt, behoeven derhalve geen verdere bespreking.

4.8 Ingevolge artikel 26 Bao kan een aanbestedende dienst bijzondere voorwaarden aan de uitvoering van de opdracht verbinden, mits dergelijke voorwaarden verenigbaar zijn met het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap [hierna: het Werkingsverdrag] en in de aankondiging of het beschrijvend document vermeld zijn. Uit de Mededeling van 5 mei 2009 van de

Europese Commissie kan worden afgeleid dat voorts vereist is dat de uitvoeringsvoorwaarden verband dienen te houden met het voorwerp van de opdracht.

4.9 Douwe Egberts heeft betoogd dat de voorwaarden 'kostendekkende minimumprijs', 'additionele premie' en 'voorfinanciering' geen verband houden met het voorwerp van de opdracht, maar dat deze zien op de bedrijfsvoering van de potentiële inschrijver. Dit betoog wordt verworpen. De criteria moeten betrekking hebben op de kenmerken of prestaties van de producten of op het productieproces van de producten. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter houden de betreffende (sociale) criteria voldoende verband met productieproces van de te leveren koffie, thee en cacao. Door het garanderen van een minimumprijs wordt immers zeker gesteld dat de productiekosten worden gedekt en door de betaling van een additionele premie en het bieden van voorfinanciering wordt de mogelijkheid geschapen te investeren in het productieproces. Voor dit oordeel vindt de voorzieningenrechter steun in de Mededeling van 5 mei 2009 van de Europese Commissie, waarin het stellen van de voorwaarde dat arbeiders die de opdracht uitvoeren een minimumloon ontvangen als voldoende verband houdend met de uitvoering van de opdracht wordt beschouwd.

4.10 Volgens Douwe Egberts zijn de handelsvoorwaarden, zoals deze thans zijn geformuleerd, niet verenigbaar met het Werkingsverdrag. Douwe Egberts heeft ter onderbouwing daarvan gesteld dat de voorgescreven duurzaamheidsvoorwaarden disproportioneel zijn, strijdig met het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel zijn, alsmede het vrij verkeer van goederen belemmeren. Dit verweer faalt. Daartoe overweegt de voorzieningenrechter het volgende.

4.11 De gemeenten hebben aangevoerd dat zij bij de keuze voor de handelsvoorwaarden zoals deze thans zijn geformuleerd, aansluiting hebben gezocht bij de fair trade uitgangspunten van FLO, die door het Europese Parlement, de Europese Commissie en de Nederlandse regering zijn onderschreven. Zij hebben in het bijzonder gewezen op de Mededeling van 5 mei 2009 van de Europese Commissie, waarin de Europese Commissie stelt dat de door Fair Trade toegepaste criteria en normen behoren tot de uitgebreidste en meest ambitieuze, omdat zij betrekking hebben op allerlei onderwerpen en voorwaarden die van invloed zijn op de producenten in ontwikkelingslanden, waaronder met name een minimumprijs voor de producent en een premie voor de gemeenschap van de producent. Het staat de gemeenten naar het oordeel van de voorzieningenrechter vrij dat ambitieniveau na te streven.

4.12 Het vorenstaande leidt tot het oordeel dat de voorwaarden die de gemeenten stellen niet als disproportioneel kunnen worden aangemerkt.

4.13 Zoals de gemeenten en Max Havelaar terecht hebben aangevoerd, staat het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers er niet aan in de weg staat dat criteria worden gehanteerd die de kring van gegadigden in sterke mate beperken. Voorwaarde is dat het gaat om criteria die objectief zijn gerechtvaardigd en

derhalve niet zijn bedoeld om naar een bepaalde inschrijver toe te schrijven.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is de keuze van de gemeenten om in te kopen volgens de eerlijke handelsnormen aanvaardbaar. De gemeenten en Max Havelaar hebben aangevoerd dat alleen al in Nederland tenminste twintig leveranciers gevestigd zijn die conform de gestelde uitgangspunten kunnen leveren. Douwe Egberts heeft hiertegen ingebracht dat er slechts vijftien Nederlandse leveranciers zijn die het keurmerk van Max Havelaar voeren en dat er slechts vier daarvan in staat zijn aan de gestelde voorwaarden te voldoen. Dit is door de gemeenten en Max Havelaar betwist en tegenover deze betwisting heeft Douwe Egberts de juistheid van haar stelling niet aannemelijk gemaakt, zodat daaraan voorbijgegaan wordt.

In dit verband is voorts van belang dat de gemeenten en Max Havelaar onbetwist hebben gesteld dat ook Douwe Egberts (al dan niet via Sara Lee, die over een FLO-certificaat beschikt en waarvan Douwe Egberts onderdeel uitmaakt) aan de gestelde voorwaarden kan voldoen, maar dat zij om haar moverende redenen ervoor kiest duurzaamheid na te streven via een ander keurmerk dat andere principes hanteert.

Van ongelijke behandeling en / of een beperking van het vrije verkeer van goederen en de mededinging is dan ook geen sprake.

4.14 Door Douwe Egberts is naar voren gebracht dat voor de invulling van de handelsvoorwaarden wordt verwezen naar de website van FLO, maar dat daar een grote hoeveelheid informatie op te vinden is, zodat het voor inschrijvers niet duidelijk is wat de (nieuwe) minimumeisen precies inhouden. Deze stelling kan Douwe Egberts evenmin baten. De gemeenten en Max Havelaar hebben er immers terecht op gewezen dat wanneer daarover bij Douwe Egberts onduidelijkheden bestaan, zij zich dient te wenden tot de gemeenten. Voor de door Douwe Egberts gestelde strijd met het transparantiebeginsel ziet de voorzieningenrechter dan ook onvoldoende aanleiding.

4.15 Douwe Egberts heeft uitvoerig uiteengezet dat het keurmerk van Utz Certified, dat niet werkt met een kostendekkende minimumprijs, betaling van een additionele premie en voorfinanciering, met de door haar gehanteerde uitgangspunten in haar uitwerking minimaal gelijkwaardig is aan het fair trade keurmerk. In plaats van met een minimumprijs werkt Utz Certified volgens het concept leefbaar loon / leefbaar inkomen, dat erop is gericht een beter inkomen voor de boer te realiseren door het realiseren van een hogere opbrengst in kilo's, het realiseren van een betere kwaliteit en reductie van de kosten. Daarnaast wordt een premium voor de duurzaamheidsinspanningen van de boeren betaald, die tot stand komt door onderhandelingen tussen koffieproducenten en afnemers. In plaats van de mogelijkheid van voorfinanciering, bekijkt Utz Certified per project of behoefte bestaat aan voorfinanciering en zo ja, in welke vorm. Verder stimuleert Utz Certified (lokale) banken de toegenomen kredietwaardigheid van de gecertificeerde boer te belonen met een gunstige financieringsovereenkomst. Ter onderbouwing

van de stelling dat Utz Certified minimaal gelijkwaardig is aan FLO heeft Douwe Egberts verwezen naar een aantal wetenschappelijke studies en naar de brief van 16 oktober 2009 van het kabinet, waarin het concept leefbaar loon / leefbaar inkomen wordt omarmd.

4.16 Vastgesteld kan worden dat het keurmerk dat Douwe Egberts voert geen kostendekkende minimumprijs garandeert, geen additionele premie betaalt en niet de mogelijkheid van voorfinanciering biedt. De gemeenten en Max Havelaar hebben bestreden dat de uitgangspunten die Utz Certified hanteert in haar uitwerking minimaal gelijkwaardig zijn aan het fair trade keurmerk. In dit verband hebben zij erop gewezen dat de wetenschappelijke onderzoeken waarop Douwe Egberts een beroep doet niet allemaal een onderzoek naar het keurmerk van Utz Certified inhouden en dat bij de onderzoeken waarin dat wel het geval is, Utz Certified betrokken is geweest bij de totstandkoming van de rapportages. Bovendien zijn er een groot aantal onderzoeksrapporten beschikbaar waaruit het tegendeel blijkt, aldus Max Havelaar. Bij deze stand van zaken kan binnen het bestek van dit kort geding, dat zich niet leent voor het verrichten van uitvoerig feitenonderzoek, niet in een voldoende mate vastgesteld worden dat de beide keurmerken in hun uitwerking (minimaal) gelijkwaardig aan elkaar zijn.

De voorzieningenrechter constateert weliswaar dat het concept leefbaar loon / leefbaar inkomen, waarop de uitgangspunten van Utz Certified zijn gebaseerd, steeds meer ingang lijkt te vinden in de politiek, maar de gemeenten hoeven niet op het mogelijke toekomstige politieke beleid vooruit te lopen. Bovendien wordt in de kabinetsbrief van 16 oktober 2009 gesteld dat het aan de aanbestedende dienst is om te kiezen voor eerlijke handelsvoorwaarden of leefbaar loon/ leefbaar inkomen.

4.17 Het vorenstaande leidt tot het oordeel dat er geen grond bestaat voor toewijzing van de vordering die strekt tot ecartering of aanpassing van (de gewijzigde) paragraaf 3.3 van de inschrijvingsbrochure.

4.18 Douwe Egberts heeft voorts gevorderd dat het gunningscriterium dat in paragraaf 5.2 van de inschrijvingsprocedure is opgenomen wordt geschrapt of aangepast. In de dagvaarding heeft Douwe Egberts haar stellingen hieromtrent beperkt tot vraag 2 van paragraaf 5.2.2. Deze vraag heeft de gemeente inmiddels vervalven verklaard. Ook dit onderdeel van de vordering wordt derhalve afgewezen.

4.19 Douwe Egberts wordt als de in het ongelijk te stellen partij in de proceskosten veroordeeld. Max Havelaar heeft voorts aanspraak gemaakt op betaling van de wettelijke rente over de proceskosten en op de nakosten. Deze vorderingen zijn eveneens toewijsbaar.

## 5. DE BESLISSING

De voorzieningenrechter:

### in het incident

- laat Max Havelaar toe als tussenkommende partij;
- compenseert de proceskosten in die zin, dat iedere partij de eigen kosten draagt;

### in de hoofdzaak

- weigert de gevorderde voorzieningen;

- veroordeelt Douwe Egberts in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van de gemeenten begroot op [euro] 263,- aan verschotten en op [euro] 816,- aan salaris advocaat;
- veroordeelt Douwe Egberts in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van Max Havelaar begroot op [euro] 263,- aan verschotten en op [euro] 816,- aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente over die bedragen indien Douwe Egberts deze kosten niet binnen veertien dagen na dagtekening van dit vonnis heeft voldaan;
- veroordeelt Douwe Egberts in de na dit vonnis ontstane kosten aan de zijde van Max Havelaar, begroot op:
  - [euro] 131,- aan salaris advocaat,
  - te vermeerderen met een bedrag van [euro] 68,- aan salaris advocaat, indien betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden en de veroordeelde niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan;
  - te vermeerderen met de wettelijke rente over voornoemde bedragen indien Douwe Egberts deze kosten niet binnen veertien dagen nadat zij deze verschuldigd is geworden heeft voldaan;
  - verklaart dit vonnis ten aanzien van de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Gewezen door mr. drs. J.H.A.C. Everaerts, voorzieningenrechter van de Rechtbank te Alkmaar en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 18 maart 2010 in tegenwoordigheid van mr. N. Boots, griffier.

---