CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 15 december 2011 [1]

Zaak C-368/10

Europese Commissie
tegen

Koninkrijk der Nederlanden

„Overheidsopdrachten voor leveringen — Biologische producten — Fair trade — Sociaal- en milieuvriendelijke producten — Duurzaam ondernemen — Keurmerken ‚Max Havelaar' en ‚EKO' — Beginselen voor plaatsen van overheidsopdrachten — Technische specificaties — Milieukenmerken — Geschiktheid en selectie van deelnemers — Technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid — Gunningscriteria — Economisch meest voordelige aanbieding — Artikelen 2, 23, 26, 44, 48 en 53 van richtlijn 2004/18/EG"

Inhoud

I — Inleiding 3

II — Rechtskader 3

III — Feiten en procesverloop 6

A — De aanbestedingsprocedure 6

1. De aankondiging van de overheidsopdracht 6

2. Het bestek 7

3. De nota van inlichtingen 8

4. De gunning 8

B — De in de voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht vermelde keurmerken 8

C — De administratieve procedure 9

IV — Conclusies van partijen en procedure voor het Hof 9

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

V — Beoordeling 10

A — Eerste grief: vermelding van de keurmerken Max Havelaar en EKO in de technische specificatie voor de te leveren koffie en thee 10

1. Eerste deel van de eerste grief: vermelding van het keurmerk EKO voor de te leveren koffie en thee (artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18) 11

a) Toepasselijkheid van artikel 23 van richtlijn 2004/18 11

b) Geen algemeen verbod op vermelding van milieukeuren in het kader van de vastlegging van de milieukenmerken van een product 11

c) Verbod, een bepaalde milieukeur dwingend voor te schrijven 13

d) Voorlopige conclusie 14

2. Tweede deel van de eerste grief: vermelding van het keurmerk Max Havelaar voor de te leveren koffie en thee (artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18) 15

a) De toepasselijkheid van artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18 15

b) Subsidiair: de verenigbaarheid van de vermelding van het keurmerk Max Havelaar met richtlijn 2004/18 16

i) Toepasselijke bepaling: artikel 26 van richtlijn 2004/18 16

ii) Toetsing van de vermelding van het keurmerk Max Havelaar aan artikel 26 van richtlijn 2004/18 17

3. Samenvatting bij de eerste grief 18

B — Derde grief: verwijzing in de gunningscriteria naar de keurmerken Max Havelaar en EKO met het oog op de te leveren ingrediënten 18

1. Opmerking vooraf 19

2. Eerste argument in het kader van de derde grief: beweerdelijk ontbreken van een verband tussen het voorwerp van de opdracht en de twee keurmerken 20

3. Tweede argument in het kader van de derde grief: verwijzing naar keurmerken in plaats van naar de eraan ten grondslag liggende criteria 21

C — Tweede grief: vermeende verwijzing naar duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen als geschiktheidscriterium 22

1. Eerste deel van de tweede grief: vermeende ontoelaatbare eisen met betrekking tot het bewijs van de technische bekwaamheid van de inschrijvers (artikel 48, lid 1, juncto artikel 48, lid 2, van richtlijn 2004/18) 23

2. Tweede deel van de tweede grief: vermeend ontbrekend verband tussen de eisen betreffende de geschiktheid van de inschrijvers en het voorwerp van de opdracht (artikel 44, lid 2, van richtlijn 2004/18) 23

3. Derde deel van de tweede grief: vermeende schending van het algemene transparantiegebod (artikel 2 van richtlijn 2004/18) 24

D — Samenvatting 25

VI — Kosten 26

VII— Conclusie 26

I – Inleiding

1. Niet alleen de verbruiker, maar ook ondernemingen en openbare instanties hechten steeds meer belang aan de duurzaamheid van hun consumptiegedrag. In de onderhavige niet-nakomingszaak staat de vraag centraal in hoeverre bij de plaatsing van overheidsopdrachten de sociaal- en milieuvriendelijkheid van de te leveren producten als gunningscriterium mag worden gehanteerd.

2. Een Nederlandse provincie heeft in 2008 in het kader van de gunning van een overheidsopdracht voor de levering en het beheer van koffieautomaten de keurmerken Max Havelaar en EKO in de offerteaanvraag vermeld. Daardoor moest worden gewaarborgd dat de inschrijver waaraan de opdracht werd gegund „duurzame" producten zou leveren die meer in het bijzonder sociaal- en milieuvriendelijk zouden zijn. De Europese Commissie verwijt het Koninkrijk der Nederlanden nu, dat de vermelding van de twee keurmerken en diverse passages in de aanbestedingsstukken indruisen tegen de bepalingen van Unierecht op het gebied van overheidsopdrachten.

3. Of en in hoeverre in aanbestedingsprocedures milieubelangen en sociale belangen in de beschouwing mogen worden betrokken, meer in het bijzonder of melding mag worden gemaakt van keurmerken op het gebied van milieu en fair trade, is een vraag die van fundamentele betekenis is voor de verdere ontwikkeling van het recht op het gebied van overheidsopdrachten. Bij de beantwoording van die vraag staat het Hof voor de uitdaging, een juiste afweging te maken tussen de belangen van de interne markt en milieu- en sociaalpolitieke aspecten, zonder echter de praktische vereisten van aanbestedingsprocedures uit het oog te verliezen. Aan de ene kant mag er geen discriminatie van potentiële inschrijvers of marktafscherming ontstaan. Aan de andere kant moeten de aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben, zich met verantwoorde administratieve inspanningen milieuvriendelijke en biologische producten en fairtradeproducten te verschaffen.

II – Rechtskader

4. Het rechtskader in deze zaak wordt bepaald door 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.[2]

5. In Titel I van deze richtlijn, „Definities en algemene beginselen", legt artikel 2 de volgende „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten" vast:

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

6. Onder de „Op overheidsopdrachten toepasselijke voorschriften" in titel II bevat hoofdstuk IV een reeks „Bijzondere voorschriften betreffende het bestek en de aanbestedingsstukken". Daarvan zijn voor de onderhavige zaak artikel 23, juncto bijlage VI, en artikel 26 relevant.

2 — PB L 134, blz. 114, gerectificeerd in PB L 351, blz. 44.

7. Zoals blijkt uit artikel 23, juncto bijlage VI, punt 1, sub b, van richtlijn 2004/18, betekent de uitdrukking „technische specificatie" in geval van overheidsopdrachten voor leveringen

„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".

8. In aansluiting op deze begripsbepaling bevat artikel 23 van richtlijn 2004/18 een regeling op het gebied van de technische specificaties, met onder meer de volgende bepalingen:

„1. De technische specificaties zoals omschreven in punt 1 van bijlage VI maken deel uit van de aanbestedingsstukken, zoals de aankondiging van de opdracht, het bestek of aanvullende stukken. [...]

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. Onverminderd verplichte nationale technische voorschriften, voor zover verenigbaar met het gemeenschapsrecht, worden de technische specificaties als volgt aangegeven:

a) hetzij door verwijzing naar de technische specificaties van bijlage VI [...] Iedere referentie gaat vergezeld van de woorden ‚of gelijkwaardig';

b) hetzij in termen van prestatie-eisen en functionele eisen; deze kunnen milieukenmerken 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;

c) hetzij in de onder b bedoelde termen van prestatie-eisen en functionele eisen, waarbij onder vermoeden van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar de onder a bedoelde specificaties;

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

[...]

6. Aanbestedende diensten die milieukenmerken 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 milieukeur zijn ontwikkeld op grond van wetenschappelijke gegevens;

— de milieukeuren zijn aangenomen via een proces waaraan alle betrokkenen, zoals regeringsinstanties, 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, en mogen deze evenmin 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 26 van richtlijn 2004/18 bepaalt met betrekking tot de „Voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd" het volgende:

„De aanbestedende diensten kunnen bijzondere voorwaarden bepalen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, mits deze verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht en in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden vermeld. De voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, kunnen met name verband houden met sociale of milieuoverwegingen."

10. Richtlijn 2004/18 bevat in titel II, hoofdstuk VII, bepalingen over het „Verloop van de procedure". Daarvan zijn relevant de artikelen 44, 48 en 53.

11. Artikel 44 van richtlijn 2004/18 behoort tot de algemene bepalingen betreffende het verloop van de procedure en bepaalt onder het opschrift „Controle van de geschiktheid en selectie van de deelnemers, en gunning van de opdrachten" onder meer het volgende:

„1. Opdrachten worden gegund [...] nadat de aanbestedende diensten de geschiktheid van de [...] ondernemers hebben gecontroleerd op grond van de criteria van economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, genoemd in de artikelen 47 tot en met 52 [...].

2. De aanbestedende diensten kunnen minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden overeenkomstig de artikelen 47 en 48 stellen waaraan de gegadigden en 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 van de opdracht.

Deze minimumeisen worden vermeld in de aankondiging van de opdracht.

[...]"

12. Artikel 48 van richtlijn 2004/18 bevat onder meer de volgende bepalingen over de „Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid" van ondernemers:

„1. De technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van de ondernemers worden beoordeeld en gecontroleerd overeenkomstig de leden 2 en 3.

2. De technische bekwaamheid van de ondernemer kan op een of meer van de volgende manieren worden aangetoond, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de werken, leveringen of diensten:

[...]

c) aan de hand van een beschrijving van de technische uitrusting van de leverancier of de dienstverlener, van de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen en de mogelijkheden die hij biedt ten aanzien van ontwerpen en de mogelijkheden die hij biedt ten aanzien van ontwerpen en onderzoek;

[...]

6. De aanbestedende dienst geeft in de aankondiging of in de uitnodiging tot indiening van een inschrijving aan, welke van de in lid 2 genoemde referenties hij verlangt."

13. Tot slot bepaalt artikel 53 van richtlijn 2004/18, getiteld „Gunningscriteria", in lid 1 het volgende:

„Onverminderd de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de vergoeding van bepaalde diensten, zijn de criteria aan de hand waarvan de aanbestedende diensten een overheidsopdracht gunnen:

a) hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de vanuit het oogpunt van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige aanbieding plaatsvindt, verschillende criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht, zoals de kwaliteit, de prijs, de technische waarde, de esthetische en functionele kenmerken, de milieukenmerken, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de klantenservice en de technische bijstand, de datum van levering en de termijn voor levering of uitvoering;

b) hetzij alleen de laagste prijs."

III – Feiten en procesverloop

A – *De aanbestedingsprocedure*

14. In 2008 heeft de Nederlandse Provincie Noord-Holland de gunning van een overheidsopdracht voor de levering en het beheer van koffieautomaten bekendgemaakt. De opdracht betrof een overeenkomst met een looptijd van drie jaar met een mogelijke verlenging met één jaar.

1. De aankondiging van de overheidsopdracht

15. De bekendmaking van de overheidsopdracht, die op 16 augustus 2008 in het *Publicatieblad van de Europese Unie* is geplaatst [3], bevatte onder meer de volgende tekst onder het kopje „Korte beschrijving van de opdracht of de aankoop/aankopen":

„De Provincie Noord-Holland heeft een contract voor het beheer van koffieautomaten. Dit contract loopt [1 januari] 2009 af. De Provincie wil door middel van een openbare Europese aanbestedingsprocedure met ingang van [1 januari] 2009 een nieuw contract afsluiten. Een belangrijk aspect is dat de Provincie Noord-Holland meer biologische producten en Fair trade wil gaan gebruiken in de koffieautomaten." [4]

3 — PB 2008, S 158-213630.

4 — Afdeling II, punt 1.5 van de aankondiging.

16. In de rubriek „Andere bijzondere voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht" stond in de aankondiging de vermelding „neen".[5] De opdracht zou worden gegund aan de economisch meest voordelige aanbieding.[6]

2. Het bestek

17. In het bestek[7], dat voor belangstellenden op aanvraag verkrijgbaar was, werd onder meer vermeld dat de aanbiedingen niet alleen op de prijs, maar ook op kwalitatieve criteria en milieucriteria zouden worden beoordeeld. Daarbij werd erop gewezen dat de Provincie Noord-Holland in haar koffieautomaten meer biologische producten en fairtradeproducten wilde gebruiken.

18. Het bestek vermeldde zowel de door de inschrijvers te vervullen geschiktheidscriteria als de criteria voor de gunning van de opdracht aan de economisch meest voordelige aanbieding. Daarnaast werd duidelijk gemaakt dat alleen aanbiedingen die aan de geschiktheidscriteria voldeden aan de gunningscriteria zouden worden getoetst.

19. In onderafdeling 4.4 van het bestek, betreffende de „Geschiktheidseisen/minimumeisen", was onder rubriek 4.4.4, getiteld „Kwaliteitseisen", onder meer het volgende vermeld:

„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. Op welke wijze geeft u invulling 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."

Dezelfde kwaliteitseis werd nog eens in de samenvattende rubriek 4.4.6 van het bestek onder het kopje „Overzicht minimale eisen" als knock-outcriterium ingedeeld.

20. Bij het bestek was in bijlage A een „Programma van eisen" gevoegd waarmee iedere aanbieder zich akkoord moest verklaren. Daarin waren zowel „eisen" als „wensen" van de Provincie opgesomd. Bij de eisen ging het om minimumvoorwaarden die vervuld moesten zijn om te voorkomen dat een aanbieder van de procedure zou worden uitgesloten, terwijl de wensen gunningscriteria waren aan de hand waarvan de individuele inschrijvers met punten zouden worden beoordeeld.

21. In punt 31 van het programma van eisen was met betrekking tot de te leveren koffie en thee de volgende „eis" vermeld:

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

22. Voorts werd in punt 35 van het programma van eisen met betrekking tot de te leveren „ingrediënten" — suiker, melkpoeder en cacao — de volgende „wens" geformuleerd, die maximaal 15 punten kon opleveren:

„De ingrediënten dienen indien mogelijk aan het EKO- en/of Max Havelaar-keurmerk te voldoen."

23. Volgens het bestek was de indiening van alternatieven niet toegestaan. Voorwaardelijke aanbiedingen mochten evenmin worden ingediend.

5 — Afdeling III, punt 1.4 van de aankondiging.

6 — Afdeling IV, punt 2.1 van de aankondiging.

7 — „Offerteaanvraag ‚Koffieautomaten'" van 11 augustus 2008 (Referentie: PNH-45096).

3. De nota van inlichtingen

24. Potentiële inschrijvers konden volgens het bestek vragen aan de Provincie als aanbestedende dienst stellen. Die vragen zouden worden beantwoord in de vorm van een nota van inlichtingen. Deze nota, die elektronisch beschikbaar was, zou een onderdeel van het bestek worden en prevaleren boven andere delen van het bestek.

25. Op 9 september 2008 heeft de Provincie Noord-Holland bovenbedoelde nota van inlichtingen uitgebracht, waarin onder meer twee antwoorden op vragen van potentiële inschrijvers over de in het bestek vermelde keurmerken Max Havelaar en EKO waren opgenomen.

— In verband met punt 31 van het programma van eisen antwoordde de Provincie op de vraag „Kunnen wij ervan uitgaan dat voor de gestelde keurmerken geldt: of vergelijkbaar?": „Zolang de uitgangspunten maar vergelijkbaar of hetzelfde zijn" (punt 11 van de nota van inlichtingen).

— In verband met punt 35 van het programma van eisen antwoordde de Provincie op de vraag „Kunnen wij ervan uitgaan dat voor de gestelde keurmerken geldt: of vergelijkbaar?": „De ingrediënten mogen van een keurmerk zijn met dezelfde uitgangspunten" (punt 12 van de nota van inlichtingen).

4. De gunning

26. Volgens de aankondiging van 24 december 2008 is de opdracht gegund aan de Nederlandse onderneming Maas International BV, gevestigd te Eindhoven. [8]

B – *De in de voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht vermelde keurmerken*

27. Het keurmerk Max Havelaar [9] wordt sinds 1998 afgegeven door een stichting naar Nederlands burgerlijk recht, de Stichting Max Havelaar. De van dit keurmerk voorziene producten zijn ingekocht tegen een eerlijke prijs en onder eerlijke handelsvoorwaarden bij organisaties bestaande uit kleine groepen boeren in ontwikkelingslanden. Bij de toekenning worden vier criteria gehanteerd: een kostendekkende minimumprijs, een toeslag op de wereldmarktprijs, voorfinanciering en langdurige handelsrelaties tussen producent en importeur. Zowel de normstelling als de auditing en de certificatie geschieden door een internationale koepelorganisatie, de Fairtrade Labelling Organisation (FLO), gevestigd te Bonn (Duitsland). [10]

28. Het keurmerk EKO is eveneens een Nederlands privaatrechtelijk keurmerk. Het wordt sinds 1985 toegekend door een stichting naar Nederlands burgerlijk recht, de Stichting Skal, voor producten die voor minstens 95 % uit biologische ingrediënten bestaan. De Stichting Skal treedt op in samenspraak met het Nederlandse Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij.

29. Zowel Max Havelaar als EKO is als gemeenschapsmerk bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt geregistreerd.

8 — Aankondiging van een gegunde opdracht, PB 2008, S 250-333033.

9 — In haar verweerschrift heeft de Nederlandse regering aangegeven dat de naam Max Havelaar is ontleend aan de titel van een van de bekendste boeken uit de Nederlandse literatuur: „Max Havelaar of de koffieveilingen der Nederlandse Handelsmaatschappij". Dit boek werd in 1859 geschreven door Multatuli (pseudoniem voor Eduard Douwes Dekker). Het boek handelt over de sociale misstanden in de koffieteelt in voormalig Nederlands-Indië (tegenwoordig Indonesië) als gevolg van het Nederlandse koloniale beleid.

10 — Zie daartoe de website www.fairtrade.net (voor het laatst bezocht op 25 oktober 2011).

C – De administratieve procedure

30. Nadat een klacht was ingediend heeft de Commissie de onderhavige niet-nakomingsprocedure ingeleid. Zowel in haar aanmaningsbrief van 14 mei 2009 als in haar met redenen omkleed advies van 29 oktober 2009 heeft zij in hoofdzaak dezelfde bezwaren geformuleerd als de bezwaren waarop het onderhavige beroep is gebaseerd. Zij verwijt Nederland dat de aanbestedingsprocedure in strijd met richtlijn 2004/18 heeft plaatsgevonden.

31. Zowel in haar antwoord van 17 augustus 2009 op de aanmaningsbrief als in haar schriftelijke opmerkingen van 31 december 2009 op het met redenen omkleed advies van de Commissie bestrijdt de Nederlandse regering de niet-nakoming. [11]

IV – Conclusies van partijen en procedure voor het Hof

32. Bij verzoekschrift van 20 juli 2010, ingekomen bij het Hof op 22 juli 2010, heeft de Commissie overeenkomstig artikel 258, tweede alinea, VWEU beroep tegen Nederland ingesteld.

33. De Commissie verzoekt het Hof:

1) vast te stellen dat het Koninkrijk der Nederlanden niet heeft voldaan aan de verplichtingen die op hem rusten krachtens onderstaande artikelen van richtlijn 2004/18, doordat de aanbestedende dienst in het kader van de gunning van een overheidsopdracht voor de levering en het beheer van koffieautomaten, gepubliceerd onder nummer 2008/S 158-213630,

   — in strijd met artikel 23, leden 6 en 8, van de richtlijn in de technische specificaties de keurmerken Max Havelaar en EKO, althans keurmerken met vergelijkbare of dezelfde uitgangspunten, heeft voorgeschreven;

   — in strijd met de artikelen 48, leden 1 en 2, en 44, lid 2, hoe dan ook in strijd met artikel 2 van die richtlijn, ter toetsing van de bekwaamheid van de ondernemers criteria en bewijsmiddelen betreffende duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen heeft opgenomen;

   — in strijd met artikel 53, lid 1, van dezelfde richtlijn 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;

2) het Koninkrijk der Nederlanden te verwijzen in de kosten.

34. De Nederlandse regering verzoekt het Hof:

1) het beroep af te wijzen, en

2) de Commissie in de kosten van de procedure te verwijzen.

35. Voor het Hof heeft na de schriftelijke behandeling op 26 oktober 2011 de mondelinge behandeling plaatsgevonden. Het Koninkrijk Denemarken, dat bij beschikking van de president van 11 februari 2011 als interveniënt aan de zijde van Nederland was toegelaten, heeft niet verder aan de procedure deelgenomen en heeft zich bij brief van 17 oktober 2011 uit de procedure teruggetrokken.

11 — In haar antwoord op de aanmaningsbrief gaf de Nederlandse regering nog toe dat de bepalingen van de artikelen 2, 23, lid 6, en 53 van de richtlijn „niet volledig naar de letter [waren] nageleefd", maar dit wordt in het antwoord op het met redenen omkleed advies niet meer herhaald.

V – Beoordeling

36. Het nastreven van doeleinden op ecologisch en sociaal gebied werd in het recht op het gebied van openbare aanbestedingen lange tijd als ontoelaatbaar beschouwd, hetgeen niet in de laatste plaats tot uiting kwam in het gebruik van de slogan „vergabefremde Ziele". Inmiddels wordt echter in beginsel erkend dat de aanbestedende diensten bij de gunning van opdrachten mede ecologische en sociale aspecten in de beschouwing mogen betrekken [12], hetgeen ook de Commissie niet principieel betwist. Dit volgt reeds uit de door haar over dit onderwerp gepubliceerde standpunten. [13] Voorts heeft de Commissie in de onderhavige procedure — vooral ter terechtzitting — uitdrukkelijk erkend dat de aanbestedende diensten speciaal de aanschaf van biologische producten en fairtradeproducten tot voorwerp van overheidsopdrachten voor leveringen mogen maken.

37. Wat de details betreft is het echter hoogst omstreden onder welke voorwaarden en in welke vorm ecologische en sociale bedoelingen van de aanbestedende dienst in een concreet geval een rol mogen spelen. Volgens de Commissie is in casu richtlijn 2004/18 geschonden. Zij voert tegen de handelwijze van de Provincie Noord-Holland drie grieven aan, die zij in haar verzoekschrift afzonderlijk aan de orde stelt. Het gaat daarbij in hoofdzaak om de vermelding van de keurmerken Max Havelaar en EKO in het aanbestedingsdossier.

38. Nederland stelt niet aan de orde dat richtlijn 2004/18 op de aan de orde zijnde openbare aanbesteding toepasselijk is, maar bestrijdt dat de Provincie Noord-Holland deze richtlijn heeft geschonden.

A – *Eerste grief: vermelding van de keurmerken Max Havelaar en EKO in de technische specificatie voor de te leveren koffie en thee*

39. Met haar eerste grief verwijt de Commissie Nederland schending van artikel 23, leden 6 en 8, van richtlijn 2004/18, waaruit blijkt hoe de aanbestedende diensten producteigenschappen (zogenaamde „Technische specificaties") kunnen definiëren.

40. Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft uiteengezet, beschouwt zij het besluit van de Provincie Noord-Holland, biologische producten en fairtradeproducten te betrekken [14], als zodanig niet als in strijd met het recht van de Unie. De aangevoerde schending van artikel 23 van richtlijn 2004/18 is veeleer terug te voeren op het feit dat de Provincie Noord-Holland bij de vastlegging van de technische specificaties voor de aan haar te leveren koffie en thee heeft verwezen naar de keurmerken Max Havelaar en EKO, althans naar keurmerken met vergelijkbare of dezelfde criteria.

41. In concreto heeft deze grief betrekking op punt 31 van het programma van eisen, waar de aanbieder in kennis wordt gesteld van de „eis" dat de Provincie Noord-Holland voor het koffie- en theegebruik van het Max Havelaar- en EKO-keurmerk „gebruikmaakt". Ook van belang is punt 11 van de nota van inlichtingen, waarin de aanbestedende dienst te kennen gaf dat vergelijkbare keurmerken ook konden worden aanvaard „zolang de uitgangspunten maar vergelijkbaar of hetzelfde [zouden] zijn".

12 — Zie daartoe vooral de arresten van 20 september 1988, Beentjes (31/87, Jurispr. blz. 4635, punten 28-30), en 17 september 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Jurispr. blz. I-7213, punten 53-69), en de punten 1, 5, 29, 33, 44 en 46 van de considerans van richtlijn 2004/18.

13 — Interpretatieve mededeling van de Commissie van 4 juli 2001 betreffende het gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om milieuoverwegingen hierin te integreren [COM(2001) 274 def., PB C 333, blz. 12.]; interpretatieve mededeling van de Commissie van 15 oktober 2001 betreffende het gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren [COM(2001) 566 def., PB C 333, blz. 27]; mededeling van de Commissie van 16 juli 2008 aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's „Overheidsopdrachten voor een beter milieu" [COM(2008) 400 def.]; mededeling van de Commissie van 5 mei 2009 aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité „Bijdragen aan een duurzame ontwikkeling: de rol van Fair Trade en niet-gouvernementele handelsgerelateerde programma's om duurzaamheid te waarborgen" [COM(2009) 215 def., blz. 10]; mededeling van de Commissie van 3 maart 2010 „EUROPA 2020 — Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei" [COM(2010) 2020 def., blz. 18 en 19].

14 — Zie daartoe de algemene beschrijving van de opdracht in de aankondiging en in het bestek (kort weergegeven in de punten 15 en 17 van deze conclusie).

42. Het eerste deel van de eerste grief betreft het keurmerk EKO (zie daartoe het hierna volgende onderdeel 1), terwijl het tweede is gewijd aan het keurmerk Max Havelaar (zie het hierna volgende onderdeel 2).

1. Eerste deel van de eerste grief: vermelding van het keurmerk EKO voor de te leveren koffie en thee (artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18)

43. Het eerste deel van de eerste grief betreft het keurmerk EKO, waarvan de vermelding in punt 31 van het programma van eisen volgens de Commissie indruist tegen artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18.

44. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de aanbestedende diensten zelf mogen bepalen welk product zij geleverd willen krijgen. Wel moeten zij bij de vastlegging van de producteigenschappen, de ecologische daaronder begrepen, enkele regels van het recht van de Unie eerbiedigen die moeten waarborgen dat de aanbestedingsprocedure doorzichtig blijft, dat geen discriminatie tussen potentiële inschrijvers ontstaat en dat het openstaan van overheidsopdrachten voor mededinging niet op ongerechtvaardigde wijze wordt gehinderd. Tot die regels behoort artikel 23 van richtlijn 2004/18.

a) Toepasselijkheid van artikel 23 van richtlijn 2004/18

45. Artikel 23 van richtlijn 2004/18 bevat gedetailleerde voorschriften voor de het gebruik van technische specificaties door de aanbestedende diensten in de aanbestedingsstukken. Zoals uit bijlage VI, punt 1, sub b, bij deze richtlijn blijkt moet onder technische specificaties bij overheidsopdrachten voor leveringen worden verstaan specificaties die voorkomen in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product of dienst. Als voorbeelden van technische specificaties worden in bijlage VI, punt 1, sub b, onder meer genoemd het niveau van milieuvriendelijkheid, symbolen, verpakking, markering en etikettering en productieprocessen en -methoden.

46. Onder deze begripsbepaling van de technische specificaties kan zonder meer de verwijzing door de aanbestedende dienst naar een milieukeur als het keurmerk EKO worden gebracht. Dit keurmerk staat immers voor een bepaalde productiemethode en geeft informatie over bepaalde milieukenmerken van deze koffie en thee.

47. Het gebruik van de EKO-keurmerk in het programma van eisen van de Provincie Noord-Holland moet dan ook aan artikel 23 van richtlijn 2004/18 worden getoetst.

b) Geen algemeen verbod op vermelding van milieukeuren in het kader van de vastlegging van de milieukenmerken van een product

48. Overeenkomstig artikel 23, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/18 mogen de aanbestedende diensten voor het te leveren product milieukenmerken in termen van prestatie-eisen en functionele eisen verlangen. Daartoe mogen zij volgens artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 gebruikmaken van de gedetailleerde specificaties of, zo nodig, van gedeelten daarvan, zoals vastgesteld in Europese, (pluri)nationale of andere milieukeuren.

49. De Commissie lijkt deze regeling aldus op te vatten dat de aanbestedende diensten bij de opgaaf van hun eisen aan potentiële inschrijvers alleen mogen verwijzen naar concrete specificaties — zogezegd naar de kleine letters — en dat iedere rechtstreekse verwijzing naar milieukeuren verboden is.

50. Een dergelijk categorisch verbod op het gebruik van milieukeuren kan echter, anders dan de Commissie betoogt, niet uit de bewoordingen van artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 worden afgeleid en lijkt evenmin zijn rechtvaardiging te vinden in het doel van deze bepaling of in haar context.

51. Het is juist dat in artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 de „gedetailleerde specificaties" worden genoemd die de aanbestedende diensten ter beschrijving van de milieukenmerken van producten moeten gebruiken.

52. Dit betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat de aanbestedende diensten in hun aanbestedingsstukken iedere afzonderlijke tot een milieukeur behorende specificatie apart moeten vermelden. Veeleer staat het de aanbestedende diensten vrij, in de aanbestedingsstukken door de loutere vermelding van milieukeuren globaal te verwijzen naar alle specificaties waarop de betrokken milieukeuren berusten. In deze zin moet worden begrepen dat de aanbestedende diensten op grond van artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 voor de aanduiding van de milieukenmerken gebruik mogen maken van de „gedetailleerde specificaties [...] zoals vastgesteld in [...] milieukeuren".

53. Een dergelijke globale verwijzing is volgens de duidelijke bewoordingen van de regeling niet alleen toegestaan voor „Europese" milieukeuren — zoals het zogenoemde „EU-milieukeurmerk" in de zin van verordening (EG) nr. 1980/2000 [15] respectievelijk verordening (EG) nr. 66/2010 [16] —, maar ook voor „nationale", „plurinationale" en „andere" milieukeuren, voor zover zij voldoen aan de criteria die achter de vier gedachtestreepjes van artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 worden opgesomd. [17]

54. Anders dan de Commissie meent, is overigens de globale verwijzing naar alle specificaties waarop een milieukeur berust in de regel zonder meer verenigbaar met het transparantiebeginsel, dat tot de grondbeginselen van het Europese recht inzake overheidsopdrachten behoort. [18]

55. Het transparantiebeginsel verlangt namelijk slechts dat de technische specificaties voor alle inschrijvers *op gelijke wijze toegankelijk* zijn (artikel 23, lid 2, van richtlijn 2004/18) en dat de milieukenmerken van het te leveren product zo nauwkeurig worden opgegeven dat de inschrijvers *het voorwerp van de opdracht kunnen bepalen* (artikel 23, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/18). [19]

56. Hiertoe kan in de regel geheel worden volstaan met een globale verwijzing naar de specificaties waarop de milieukeur berust. Van de redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver [20] kan immers zonder meer worden verwacht dat hij de op de betrokken markt gebruikte milieukeuren kent althans dat hij bij de desbetreffende certificeringsautoriteiten informatie inwint over de door hen gehanteerde criteria.

57. Daar komt bij dat bij de vastlegging van de eisen waaraan de aanbestedende diensten moeten voldoen, de daaraan verbonden administratieve lasten niet buiten beschouwing mogen worden gelaten. Die lasten moeten steeds in een evenredige verhouding staan tot de in het recht inzake openbare aanbestedingen vastgelegde doeleinden. Wanneer de milieukenmerken van een product uit het oogpunt van de normaal zorgvuldige inschrijver alleen al door globale verwijzing naar de aan een milieukeur ten grondslag liggende specificaties voldoende nauwkeurig kunnen worden beschreven, zou het overdreven formalistisch zijn, van de aanbestedende dienst niettemin te verlangen dat hij al die specificaties afzonderlijk vermeldt.

15 — Verordening (EG) nr. 1980/2000 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juli 2000 inzake een herzien communautair systeem voor de toekenning van milieukeuren (PB L 237, blz. 1).

16 — Verordening (EG) nr. 66/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de EU-milieukeur (PB 2010, L 27, blz. 1). Deze verordening heeft verordening nr. 1980/2000 per 19 februari 2010 ingetrokken.

17 — Zie daartoe de toelichtingen van de Commissie bij amendement 45 in het gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken, COM(2002) 236 def. (PB C 203 E, blz. 210, 215, rechter kolom). Op een vraag van het Hof bleek op dit punt ter terechtzitting tussen partijen geen verschil van mening te bestaan.

18 — Artikel 2 en punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18.

19 — Zie ook de laatste zin van punt 29 van de considerans van richtlijn 2004/18; in dezelfde zin arrest van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Jurispr. blz. I-3801, punt 111).

20 — Voor het criterium van de redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver, zie arrest van 4 december 2003, EVN en Wienstrom (C-448/01, Jurispr. blz. I-14527, punt 57), en arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta (aangehaald in voetnoot 19, punt 111).

58. Dat rechtstreekse verwijzing naar milieukeuren niet principieel verboden is blijkt overigens ook uit artikel 23, lid 6, laatste alinea, van richtlijn 2004/18. Daarin wordt de aanbestedende diensten uitdrukkelijk toegestaan, aan te geven dat de van een milieukeur voorziene producten of diensten worden geacht te voldoen aan de technische specificaties van het bestek. Deze bepaling zou zinloos zijn indien de aanbestedende diensten alleen afzonderlijke specificaties individueel mochten vermelden, maar niet naar de bijbehorende milieukeur mochten verwijzen.

59. De omstandigheid dat in casu de Provincie Noord-Holland in de aanbestedingsstukken een milieukeur heeft vermeld, zonder de daaraan ten grondslag liggende technische specificaties gedetailleerd op te sommen, is dus op zich nog niet in strijd met artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18.

c) Verbod, een bepaalde milieukeur dwingend voor te schrijven

60. Thans moet nog worden onderzocht of de manier waarop de Provincie Noord-Holland in punt 31 van het programma van eisen het keurmerk EKO heeft vermeld in strijd is met artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18.

61. Op dit punt geven partijen een verschillende uitlegging aan de feiten. Terwijl de Commissie ervan uitgaat dat voor de te leveren koffie en thee het keurmerk EKO dwingend was voorgeschreven, geeft Nederland te kennen dat de Provincie Noord-Holland alleen koffie en thee uit biologische productie heeft willen bestellen en dat de vermelding van het keurmerk EKO in het programma van eisen slechts als voorbeeld ter verduidelijking is genoemd.

62. De zienswijze van de Commissie steunt op de sterkste argumenten.

63. Weliswaar had de Provincie Noord-Holland zowel in de aankondiging van haar aanbesteding in het *Publicatieblad van de Europese Unie* als in het bestek te kennen gegeven dat zij in haar koffieautomaten meer biologische producten en fairtradeproducten wenste te gebruiken, maar in het programma van eisen vermeldde zij in de rubriek „eisen" dat zij van koffie en thee met het keurmerk EKO „gebruikmaakte". Tegelijkertijd definieerde zij het begrip „eis" zodanig dat het daarbij ging om dwingende minimumeisen, die vervuld moesten zijn om te voorkomen dat een aanbieder van de procedure zou worden uitgesloten. [21]

64. De potentiële inschrijver, wiens begrip bij de lezing van de aanbestedingsvoorwaarden voorop staat [22], kon dit alles alleen maar aldus begrijpen dat van hem de levering van koffie en thee met het keurmerk EKO werd verlangd en dat hij van de procedure zou worden uitgesloten indien zijn producten niet van dat keurmerk waren voorzien.

65. Een dergelijk vereiste druist in tegen het discriminatieverbod en het beginsel dat overheidsopdrachten openstaan voor de mededinging (artikel 23, lid 2, juncto artikel 2 van richtlijn 2004/18), die ook in het kader van artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 in acht moeten worden genomen. In de eerste plaats worden ondernemingen — inzonderheid ondernemingen uit andere lidstaten — die koffie en thee met een ander keurmerk dan het in Nederland gebruikelijke keurmerk EKO verkopen, benadeeld. In de tweede plaats worden ondernemingen die in hun assortiment koffie en thee van biologische productie verkopen zonder daarvoor een keurmerk te bezitten, benadeeld.

21 — Zie supra, punt 20.

22 — In die zin — met betrekking tot de bepaling van de waarde van een overheidsopdracht in de bouwsector — arrest van 18 januari 2007, Auroux e.a. (C-220/05, Jurispr. blz. I-385, punt 53).

66. Daarmee is de Provincie Noord-Holland verder gegaan dan ingevolge artikel 23, lid 6, juncto artikel 23, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/18 bij de vaststelling van de milieukenmerken van de te leveren producten is toegestaan. Zij heeft niet slechts globaal verwezen naar de „gedetailleerde specificaties" achter het keurmerk EKO (artikel 23, lid 6, eerste alinea), en evenmin enkel aangegeven dat producten met de milieukeur EKO werden geacht te voldoen aan de aanbestedingsvoorwaarden (artikel 23, lid 6, laatste alinea). Veeleer heeft zij het keurmerk EKO dwingend voorgeschreven, zodat alleen koffie en thee met dit specifieke keurmerk — met uitsluiting van alle andere koffie en thee — konden worden geleverd.

67. Daaraan doet evenmin af de omstandigheid dat de aanbestedende dienst nadien in zijn nota van inlichtingen voor de twee door hem gebruikte keurmerken voor koffie en thee in antwoord op een vraag de woorden „of gelijkwaardig" heeft toegevoegd.

68. Er bestaan geen principiële bezwaren tegen het gebruik van de toevoeging „of gelijkwaardig". De wetgever van de Unie heeft deze tenslotte zelf — in een ander verband — uitdrukkelijk opgenomen (vergelijk artikel 23, lid 3, sub a, laatste zin, en lid 8 van richtlijn 2004/18). Inzonderheid kan de toevoeging „of gelijkwaardig", anders dan de Commissie meent, niet met een beroep op de beweerdelijk daarmee teweeggebrachte rechtsonzekerheid ontoelaatbaar worden geacht. Bij iedere openbare aanbesteding is het zo dat de aanbestedende diensten de bij hun ingediende offertes aan de aanbestedingsvoorwaarden dienen te toetsen en daartoe in voorkomend geval een onderzoek naar de gelijkwaardigheid moeten doen.[23]

69. Zoals de Commissie echter terecht opmerkt, is in casu de toevoeging „of gelijkwaardig" pas enkele weken nadat de belanghebbenden het bestek hadden ontvangen in de nota van inlichtingen opgenomen. Onder deze omstandigheden is het niet uitgesloten dat ondertussen een of meer potentiële inschrijvers op grond van de strengere formulering in het bestek, die erop wees dat het keurmerk EKO dwingend was voorgeschreven, zonder enig gelijkwaardigheidsonderzoek, hadden besloten geen offerte in te dienen.

70. Nederland brengt hiertegen in dat de Provincie Noord-Holland haar nota van inlichtingen met de daarin aangebrachte verduidelijking „of gelijkwaardig" heeft bekendgemaakt binnen de daartoe in artikel 39, lid 2, van richtlijn 2004/18 gestelde termijn, dat wil zeggen minstens zes dagen voor de uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen.

71. Dit argument faalt echter. De in artikel 39, lid 2, van richtlijn 2004/18 bedoelde termijn van zes dagen vindt alleen toepassing op „nadere inlichtingen over het bestek en de aanvullende stukken" die de aanbestedende dienst potentiële inschrijvers verstrekt. Met die inlichtingen kunnen weliswaar bepaalde verduidelijkingen worden aangebracht en inlichtingen worden verstrekt, maar fundamentele juridische gebreken in de aanbestedingsvoorwaarden kunnen langs deze weg niet worden hersteld. De aanbestedingsstukken moeten immers reeds voordat zij ter beschikking van de potentiële inschrijvers worden gesteld aan alle voorgeschreven eisen beantwoorden en kunnen niet enkele dagen voor de uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen op wezenlijke punten worden verbeterd.

d) Voorlopige conclusie

72. Gelet op het voorgaande moet dus worden vastgesteld dat artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 is geschonden doordat de Provincie Noord-Holland voor de te leveren koffie en thee dwingend een bepaald milieukeur — het keurmerk EKO — heeft voorgeschreven. Het eerste onderdeel van de eerste grief van de Commissie is derhalve gegrond.

23 — Zie in die zin ook artikel 23, lid 6, laatste zinsnede, en punt 29 van de considerans (inzonderheid de vijfde zin) van richtlijn 2004/18.

2. Tweede deel van de eerste grief: vermelding van het keurmerk Max Havelaar voor de te leveren koffie en thee (artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18)

73. Het tweede deel van de eerste grief van de Commissie betreft het keurmerk Max Havelaar, waarvan de vermelding in punt 31 van het programma van eisen, nadien aangevuld door punt 11 van de nota van inlichtingen, volgens de Commissie in strijd is met artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18.

a) De toepasselijkheid van artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18

74. Vooraf moet worden vastgesteld of artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18 op feiten als de onderhavige überhaupt toepassing kan vinden.

75. De Commissie meent dat dit het geval is, alleen al omdat Nederland in de loop van de procedure een standpunt heeft ingenomen over de inhoud van artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18. Daarbij gaat de Commissie er echter aan voorbij dat Nederland zich slechts subsidiair heeft uitgelaten over artikel 23, lid 8, waarvan het de toepasselijkheid op het keurmerk Max Havelaar fel bestrijdt. Maar ook al was Nederland zonder tegenwerping ingegaan op een debat over artikel 23, lid 8, zou niettemin door het Hof moeten worden onderzocht of deze bepaling toepasselijk is. Het is immers aan het Hof om vast te stellen of van de beweerde niet-nakoming inderdaad sprake is, ook wanneer deze niet of niet meer wordt bestreden.[24] Het Hof kan dus niet met open ogen een niet ter zake dienende bepaling toepassen, ook al mochten partijen het eens zijn over de toepasselijkheid ervan.[25] Zoals advocaat-generaal Léger het treffend heeft geformuleerd, is de rol van de rechter niet passief en kan hij niet slechts „de mond van partijen" zijn.[26]

76. Het bepaalde in artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18 betreft — evenals alle voorgaande delen van dit artikel — technische specificaties waarmee de aanbestedende dienst het voorwerp van de opdracht beschrijft. Bijgevolg moet worden onderzocht of de Provincie Noord-Holland door het keurmerk Max Havelaar te vermelden een technische specificatie voor de te leveren koffie en thee heeft vastgelegd.

77. Zoals ik al zei, moet onder technische specificaties in de zin van richtlijn 2004/18 overeenkomstig bijlage VI, punt 1, sub b, worden verstaan specificaties die voorkomen in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product. Het dient dus te gaan om opgaven waarmee de eigenschappen van een product worden omschreven. Deze zienswijze wordt bevestigd bij een blik op de opsomming in bijlage VI, punt 1, sub b, bij richtlijn 2004/18: de daar genoemde voorbeelden van technische specificaties betreffen allemaal het product zelf, de vervaardiging ervan, de verpakking en de gebruiksgeschiktheid.

78. Daarentegen verwijst het keurmerk Max Havelaar niet naar producteigenschappen, maar naar de handelsvoorwaarden die de producenten van landbouwproducten in ontwikkelingslanden worden gewaarborgd. Het keurmerk zegt niets over de kenmerken van een product, maar alleen over de vraag of het een fairtradeproduct betreft, in het bijzonder met betrekking tot de aan de betrokken landbouwers geboden prijzen en handelsvoorwaarden.

79. Toegepast op het onderhavige geval betekent dit dat het keurmerk Max Havelaar niets zegt over de eigenschappen en de wijze van vervaardiging van de betrokken koffie of thee — zoals smaak, coffeïnegehalte en het gebruik van pesticiden — maar alleen conclusies toelaat over de omstandigheden waaronder de koffie of thee van de betrokken producenten betrokken is. Zoals partijen toepasselijk hebben opgemerkt, gaat het om de inkooppolitiek van de potentiële inschrijvers.

24 — Arresten van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken (C-243/89, Jurispr. blz. I-3353, punt 30), en 6 oktober 2009, Commissie/Zweden (C-438/07, Jurispr. blz. I-9517, punt 53).

25 — In die zin beschikking van 27 september 2004, UER/M6 e.a. (C-470/02 P, punt 69), en arrest van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, Jurispr. blz. I-8533, punt 65).

26 — Conclusie van advocaat-generaal Léger van 2 april 1998 in de zaak Parlement/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (C-252/96 P, Jurispr. 1998, blz. I-7421, punt 36).

80. Door het keurmerk Max Havelaar te vermelden heeft de aanbestedende dienst dus geen technische specificaties in de zin van richtlijn 2004/18 vastgelegd, maar veeleer sociale overwegingen in de aanbestedingsprocedure betrokken.

81. Bijgevolg is artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18 op het onderhavige geval niet van toepassing. Hierna [27] zal ik aantonen dat de vermelding door een aanbestedende dienst van een fairtradekeurmerk als Max Havelaar aan artikel 26 van de richtlijn zou moeten worden getoetst.

82. Daaruit volgt dat het tweede onderdeel van de eerste grief van de Commissie ongegrond is.

83. Anders dan de Commissie lijkt te menen, kan haar op artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18 gebaseerde grief niet kortweg worden omgevormd tot een grief die op artikel 26 van dezelfde richtlijn berust. Volgens vaste rechtspraak [28] wordt het voorwerp van het geschil van een niet-nakomingsprocedure immers door de administratieve procedure afgebakend. De Commissie mag dat voorwerp in de procedure voor het Hof niet uitbreiden. Wanneer zij in de administratieve procedure schending van artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18 aanvoert, kan derhalve nadien in de procedure voor het Hof geen schending van artikel 26 van dezelfde richtlijn worden vastgesteld. Voor het overige zou een daartoe strekkende grief ook op artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof stuiten, daar zij pas in repliek door de Commissie is geformuleerd zonder dat daarvoor gegronde redenen waren.

b) Subsidiair: de verenigbaarheid van de vermelding van het keurmerk Max Havelaar met richtlijn 2004/18

84. Volledigheidshalve ga ik hierna in het kort subsidiair in op de vraag of de vermelding door de Provincie Noord-Holland van het keurmerk Max Havelaar verenigbaar was met richtlijn 2004/18.

i) Toepasselijke bepaling: artikel 26 van richtlijn 2004/18

85. Zoals Nederland terecht heeft opgemerkt, moet de vraag of een aanbestedende dienst melding mag maken van fairtradekeurmerken niet aan artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18 worden getoetst, maar aan artikel 26 van die richtlijn. Volgens deze laatste bepaling mogen de aanbestedende diensten „bijzondere voorwaarden bepalen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd", en kunnen deze „met name verband houden met sociale of milieuoverwegingen".

86. Een niet onbelangrijk deel van de uitvoering van een overheidsopdracht voor leveringen is de inkoop van de aan de aanbestedende dienst te leveren producten door de opdrachtnemer. Of een product zoals koffie of thee die aan een aanbestedende dienst moet worden geleverd uit fair trade afkomstig is, is een kwestie van de inkooppolitiek — volgens sociale criteria — van de opdrachtnemer.

87. In werkelijkheid heeft de Provincie Noord-Holland dus, door te verwijzen naar het keurmerk Max Havelaar voor de uitvoering van de litigieuze overheidsopdracht, een aan sociale overwegingen ontleende voorwaarde in de zin van artikel 26 van richtlijn 2004/18 gesteld, ook al is de Provincie er wellicht zelf van uitgegaan dat dergelijke voorwaarden in haar aanbestedingsstukken niet waren opgenomen. [29]

27 — Zie punten 85-87 van de onderhavige conclusie.

28 — Zie bijvoorbeeld arresten van 15 februari 2007, Commissie/Nederland (C-34/04, Jurispr. blz. I-1387, punt 49), en 15 juni 2010, Commissie/Spanje (C-211/08, Jurispr. blz. I-5267, punt 33).

29 — Zie punt 16 van de onderhavige conclusie.

ii) Toetsing van de vermelding van het keurmerk Max Havelaar aan artikel 26 van richtlijn 2004/18

88. Ten gronde ben ik het eens met de Commissie, dat artikel 26 van richtlijn 2004/18 de aanbestedende dienst niet onbeperkt toestaat, het inkoopbeleid van zijn toekomstige opdrachtnemer te beïnvloeden. Zijn verlangens inzake dat beleid moeten concreet betrekking hebben op het voorwerp van de overheidsopdracht [30] en mogen niet het inkoopbeleid in het algemeen betreffen. De aanbestedende dienst mag dus niet verlangen dat potentiële inschrijvers uitsluitend fairtradeproducten in hun assortiment opnemen, maar alleen dat de aan hem in het kader van een bepaalde overheidsopdracht te leveren producten fairtradeproducten zijn. In het onderhavige geval heeft de Provincie Noord-Holland niets anders verlangd.

89. Vanuit het oogpunt van het transparantiegebod, dat in het kader van artikel 26 van richtlijn 2004/18 in acht moet worden genomen [31], bestaan er evenmin principiële bezwaren tegen dat een aanbestedende dienst ter verduidelijking van de door hem gestelde sociale voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht verwijst naar een fairtradekeurmerk en daarbij de aan dat keurmerk ten grondslag liggende criteria niet in alle details vermeldt. Zoals ik al zei met betrekking tot milieukeuren [32], kan van de redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver worden verwacht dat hij de op de betrokken markt gebruikte milieukeuren kent althans dat hij bij de desbetreffende certificeringsautoriteiten informatie inwint over de door hen gehanteerde criteria.

90. De aanbestedingsprocedure en de latere uitvoering van de opdracht kunnen zelfs in aanzienlijke mate worden vergemakkelijkt wanneer het de betrokken ondernemingen wordt toegestaan, onder verwijzing naar fairtradekeurmerken aan te tonen dat zij voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde sociale voorwaarden. Op die manier worden de administratieve lasten zowel voor de aanbestedende dienst als voor de potentiële inschrijvers en de latere opdrachtnemer tot een minimum beperkt.

91. Anders dan de Commissie ter terechtzitting te kennen heeft gegeven, kan van een aanbestedende dienst bepaald niet worden verlangd dat hij in de aanbestedingsvoorwaarden steeds zijn eigen voorstellingen over het begrip eerlijke handel uiteenzet. In de meeste gevallen zal hij daartoe alleen al niet over de nodige vakkennis beschikken. Bovendien zouden uiteenlopende opvattingen van aanbestedende diensten over wat eerlijke handel is (bijvoorbeeld prijsniveau, passende duur van de betrekkingen tussen de handelaren en de producenten in ontwikkelingslanden en aard en omvang van de voorfinanciering van de productie [33]), een ernstig gevaar voor marktversplintering meebrengen. In het belang van zowel de potentiële inschrijver als de aanbestedende diensten moeten derhalve bij overheidsopdrachten voor leveringen verwijzingen naar fairtradekeurmerken worden toegestaan.

92. Wel moeten de door de aanbestedende dienst vastgelegde sociale voorwaarden voor de uitvoering van een opdracht overeenkomstig artikel 26 van richtlijn 2004/18 verenigbaar zijn met het recht van de Unie. Dat betekent inzonderheid dat van rechtstreekse of indirecte discriminatie geen sprake mag zijn. [34]

30 — In die zin reeds — zij het ook met betrekking tot milieupolitieke gunningscriteria — arresten Concordia Bus Finland (aangehaald in voetnoot 12, punten 59, laatste zin, en 64) en EVN en Wienstrom (aangehaald in voetnoot 20, punt 66).

31 — Zie artikel 2 en punten 2 en 33 van de considerans van richtlijn 2004/18.

32 — Zie punt 56 van de onderhavige conclusie.

33 — Welke handelscondities passend zijn, kan bovendien per product en per producerend land zeer verschillend zijn. De certificeringsautoriteit die een fairtradekeurmerk afgeeft kan dit in geval van twijfel beter en objectiever beoordelen dan een leverancier of aanbestedende dienst.

34 — Punt 29 van de considerans van richtlijn 2004/18; in dezelfde zin arrest Beentjes (aangehaald in voetnoot 12, punt 30).

93. Dit laatste vereiste is in de onderhavige zaak niet in acht genomen. De Provincie Noord-Holland heeft het keurmerk Max Havelaar immers niet slechts ter verduidelijking van haar sociaalpolitieke opvattingen over eerlijke handel gebruikt. Evenmin heeft zij louter aangegeven dat van het keurmerk Max Havelaar voorziene producten worden geacht te voldoen aan haar sociaalpolitieke eisen voor de uitvoering van de opdracht. Zij heeft juist het keurmerk Max Havelaar als zodanig dwingend voorgeschreven, zodat alleen koffie en thee met dit specifieke keurmerk — met uitsluiting van alle andere koffie en thee — konden worden geleverd. [35]

94. Daarmee heeft zij in de plaats ondernemingen — inzonderheid ondernemingen uit andere lidstaten — die koffie en thee met een ander dan het vooral in Nederland en België gebruikelijke keurmerk Max Havelaar verhandelen benadeeld. Ook heeft zij ondernemingen die in hun assortiment koffie en thee uit eerlijke handel voeren zonder daartoe een keurmerk te bezitten, benadeeld. [36]

95. Gelet op het voorgaande kan worden geconcludeerd dat voor zover de Provincie Noord-Holland voor de te leveren koffie en thee dwingend een bepaald fairtradekeurmerk — het keurmerk Max Havelaar — heeft voorgeschreven, zij in strijd met artikel 26 van richtlijn 2004/18 heeft gehandeld.

96. Zoals gezegd [37], doet daaraan niet af dat de aanbestedende dienst nadien in punt 11 van zijn nota van inlichtingen heeft verduidelijkt dat de vermelding van het keurmerk Max Havelaar moest worden gelezen met de toevoeging „of gelijkwaardig".

97. Slechts zijdelings merk ik op dat bovenstaande overwegingen met betrekking tot artikel 26 van richtlijn 2004/18 ook gelden voor artikel 23, lid 8, van deze richtlijn, mocht het Hof deze laatste bepaling — in afwijking van mijn betoog hierboven [38] — toepasselijk achten.

3. Samenvatting bij de eerste grief

98. De eerste grief van de Commissie is slechts gedeeltelijk gegrond. Hij is gegrond voor zover daarmee schending van artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 wordt aangevoerd, maar moet worden verworpen voor de beweerde schending van artikel 23, lid 8.

B – *Derde grief: verwijzing in de gunningscriteria naar de keurmerken Max Havelaar en EKO met het oog op de te leveren ingrediënten*

99. Aangezien de derde grief van de Commissie thematisch nauw samenhangt met de eerste, kan hij het best onmiddellijk in aansluiting op deze laatste worden onderzocht. De derde grief heeft betrekking op de beweerde inbreuk op artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18, waaruit blijkt welke gunningscriteria de aanbestedende dienst voor de gunning mag hanteren. Deze bepaling zou geschonden zijn doordat de Provincie Noord-Holland bij de formulering van haar gunningscriteria naar het keurmerk Max Havelaar en/of het keurmerk EKO heeft verwezen althans naar keurmerken met dezelfde criteria.

100. Concreet heeft deze grief betrekking op punt 35 van het programma van eisen, waarin de inschrijvers in kennis werden gesteld van de „wens" van de Provincie Noord-Holland dat de „ingrediënten" (te weten suiker, melkpoeder en cacao) „indien mogelijk" aan het EKO- en/of Max Havelaar-keurmerk voldeden. Voor het voldoen aan deze „wens" konden tot 15 punten worden toegekend. In punt 12 van de nota van inlichtingen gaf de aanbestedende dienst voorts te kennen dat hij ook „gelijkwaardige" keurmerken zou aanvaarden, waaraan hij toevoegde dat de „ingrediënten [...] van een keurmerk [mochten] zijn met dezelfde uitgangspunten" als de keurmerken Max Havelaar en EKO.

35 — Zie daartoe ook punt 66 van de onderhavige conclusie, met betrekking tot het keurmerk EKO.

36 — Zie daartoe ook punt 65 van de onderhavige conclusie, met betrekking tot het keurmerk EKO.

37 — Zie punt 67 van de onderhavige conclusie.

38 — Zie punten 74-81 van de onderhavige conclusie.

1. Opmerking vooraf

101. Artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18 vindt toepassing wanneer de aanbestedende dienst — zoals in de onderhavige zaak — heeft besloten de opdracht te gunnen aan de economisch meest voordelige inschrijver.[39] Zoals duidelijk blijkt uit de bewoordingen van deze bepaling, inzonderheid uit het gebruik van de uitdrukking „zoals", bevat richtlijn 2004/18 zelf geen uitputtende opsomming van de criteria voor de bepaling van de economisch meest voordelige offerte.[40]

102. Het hoeft hierbij niet noodzakelijkerwijs om economische criteria te gaan. De waarde van een offerte voor de aanbestedende dienst kan immers ook worden beïnvloed door factoren die verder gaan dan zuiver economische overwegingen. Dat blijkt reeds uit de bewoordingen van artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18, volgens welke bij de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving de esthetische en functionele kenmerken en de milieukenmerken een rol kunnen spelen.[41]

103. In die omstandigheden spreekt niets ertegen dat een aanbestedende dienst in het kader van de vaststelling van de economisch meest voordelige offerte mede ecologische en sociale overwegingen in de beschouwing betrekt.[42]

104. Niettemin betekent deze vaststelling niet dat elk criterium van deze aard door de aanbestedende dienst in aanmerking mag worden genomen. Volgens de rechtspraak zijn alleen criteria toelaatbaar aan de hand waarvan daadwerkelijk de economisch meest voordelige offerte kan worden vastgesteld.[43]

105. Dienaangaande heeft de aanbestedende dienst geen onbeperkte beslissingsvrijheid.[44] De bewoordingen van artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18 tonen immers aan dat de gehanteerde criteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht.[45] De inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding moet aan de hand ervan kunnen worden bepaald.[46] Bovendien moet het gaan om objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gegarandeerd.[47]

106. Deze beginselen zijn volgens de Commissie in het onderhavige geval in twee opzichten geschonden. In de eerste plaats houden de keurmerken Max Havelaar en EKO volgens haar geen verband met het voorwerp van de opdracht (zie hieronder, deel 2). In de tweede plaats zou de Provincie Noord-Holland beide keurmerken als zodanig tot gunningscriterium hebben verheven in plaats van enkel de eraan ten grondslag liggende inhoudelijke eisen in acht te nemen (zie hieronder deel 3). Deze twee argumenten van de Commissie moeten hierna nader worden behandeld.

39 — Zie punt 16 van de onderhavige conclusie.

40 — In die zin, met betrekking tot de bepalingen die golden vóór artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18, arrest Concordia Bus Finland (aangehaald in voetnoot 12, punt 54) en arresten van 18 oktober 2001, SIAC Construction (C-19/00, Jurispr. blz. I-7725, punt 35); 19 juni 2003, GAT (C-315/01, Jurispr. blz. I-6351, punt 63), en 24 januari 2008, Lianakis e.a. (C-532/06, Jurispr. blz. I-251, punt 29).

41 — In die zin reeds arrest Concordia Bus Finland (aangehaald in voetnoot 12, punt 55).

42 — Zie ook de vierde alinea van punt 46 van de considerans van richtlijn 2004/18.

43 — Arresten Beentjes (aangehaald in voetnoot 12, punt 19), SIAC Construction (aangehaald in voetnoot 40, punt 36), Concordia Bus Finland (aangehaald in voetnoot 12, punt 59), GAT (aangehaald in voetnoot 40, punt 64) en Lianakis e.a. (aangehaald in voetnoot 40, punten 29 en 30).

44 — Arresten Beentjes (aangehaald in voetnoot 12, punt 26), SIAC Construction (aangehaald in voetnoot 40, punt 37) en Concordia Bus Finland (aangehaald in voetnoot 12, punten 61 en 64) en arrest van 24 november 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio e.a. („ATI EAC", C-331/04, Jurispr. blz. I-10109, punt 21).

45 — In dezelfde zin reeds arresten Concordia Bus Finland (aangehaald in voetnoot 12, punten 59, laatste zin, en 64), EVN en Wienstrom (aangehaald in voetnoot 20, punt 66) en ATI EAC (aangehaald in voetnoot 44, punt 21).

46 — Derde alinea van punt 46 van de considerans van richtlijn 2004/18; zie bovendien punt 5 van de considerans van die richtlijn.

47 — Eerste alinea van punt 46 en punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18; in dezelfde zin arresten Concordia Bus Finland (aangehaald in voetnoot 12) en ATI EAC (aangehaald in voetnoot 44, punt 21).

2. Eerste argument in het kader van de derde grief: beweerdelijk ontbreken van een verband tussen het voorwerp van de opdracht en de twee keurmerken

107. Om te beginnen geeft de Commissie te kennen dat er geen verband bestaat tussen het voorwerp van de opdracht en de twee door de Provincie Noord-Holland vermelde keurmerken EKO en Max Havelaar omdat deze keurmerken enkel betrekking zouden hebben op het algemene inkoopbeleid van de potentiële inschrijvers.

108. Deze argumenten zijn niet overtuigend en zijn overigens in tegenspraak met hetgeen de Commissie zelf in het kader van haar eerste grief betoogt.[48] Anders dan de Commissie te kennen geeft, vertonen de twee aan de orde zijnde keurmerken voldoende verband met het voorwerp van de opdracht.

109. Zo betreft het keurmerk EKO rechtstreeks de producteigenschappen — om preciezer te zijn de milieukenmerken — van de te leveren ingrediënten. Wanneer een keurmerk door de Commissie zelf in het kader van artikel 23, lid 6, juncto artikel 23, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/18 als technische specificatie ter bepaling van de prestatie-eisen of functionele eisen van de te leveren producten is ingedeeld, kan niet in het kader van artikel 53, lid 1, van richtlijn 2004/18 ieder verband met het voorwerp van de opdracht worden ontkend.

110. Wat vervolgens het keurmerk Max Havelaar betreft, dit definieert weliswaar geen producteigenschappen in eigenlijke zin, zoals die in het kader van de technische specificaties (artikel 23 van richtlijn 2004/18)[49], maar verschaft informatie over de vraag of sprake is van fairtradeproducten. Een dergelijk aspect kan in het kader van de voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd (artikel 26 van richtlijn 2004/18) in de beschouwing worden betrokken.[50] Van dit keurmerk kan dus niet bij voorbaat worden gezegd dat het verband met het voorwerp van de opdracht (in casu de levering van „ingrediënten" zoals suiker, melkpoeder en cacao) ontbreekt. Voor een aanbestedende dienst die blijkens de aanbestedingsstukken waarde hecht aan sociaal verantwoord handelen, kan het immers bij de bepaling van de verhouding prijs-prestatie zeer goed een rol spelen of de te leveren producten onder eerlijke voorwaarden bij de producent zijn betrokken. Strikt genomen smaakt suiker weliswaar niet verschillend naargelang hij al dan niet afkomstig is uit eerlijke handel, maar dat neemt niet weg dat een product dat onder oneerlijke voorwaarden op de markt is gekomen bij een klant die verantwoordelijkheidsgevoel heeft een bittere nasmaak heeft.

111. Het zou stellig te ver gaan wanneer een aanbestedende dienst in het kader van de vaststelling van de economisch meest voordelige inschrijving het algemene inkoopbeleid van de potentiële inschrijvers zou willen beoordelen en daarbij in aanmerking zou willen nemen of alle producten in zijn assortiment — ongeacht of zij voorwerp van de opdracht zijn — fairtradeproducten zijn.[51]

112. Van een zo vergaande inaanmerkingneming van het fairtrade-aspect kan in casu echter geen sprake zijn. Zoals de Nederlandse regering terecht heeft opgemerkt, heeft de Provincie Noord-Holland in punt 35 van het programma van eisen alleen maar als criterium aangeduid dat de te leveren ingrediënten voorzien zouden zijn van een keurmerk waaruit bleek dat het ging om fairtradeproducten. Het gebruik van het keurmerk Max Havelaar in de betrokken aanbestedingsstukken vertoonde dan ook een duidelijk specifiek verband met het voorwerp van de opdracht.

48 — In het kader van haar eerste grief heeft de Commissie zowel het keurmerk EKO als het keurmerk Max Havelaar als technische specificatie beschouwd en ze aan artikel 23, leden 6 en 8, van richtlijn 2004/18 getoetst.

49 — Zie daartoe punten 74-81 van de onderhavige conclusie.

50 — Zie daartoe punten 85-87 van de onderhavige conclusie.

51 — Evenzo — zij het in een andere context — arresten Beentjes (aangehaald in voetnoot 12, punt 28, voor de algemene capaciteit van de inschrijver, langdurig werklozen in dienst te nemen) en EVN en Wienstrom (aangehaald in voetnoot 20, punten 70-72, voor de capaciteit van de inschrijver, de grootst mogelijke hoeveelheid elektriciteit boven de in de offerteaanvraag vastgelegde hoeveelheid te leveren). Zie ook punt 88 van de onderhavige conclusie.

113. Het eerste argument van de Commissie in het kader van haar derde grief moet dan ook worden verworpen.

3. Tweede argument in het kader van de derde grief: verwijzing naar keurmerken in plaats van naar de eraan ten grondslag liggende criteria

114. Thans moet nog worden onderzocht of inbreuk is gemaakt op artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18 door de manier waarop de Provincie Noord-Holland in het onderhavige geval in punt 35 van het programma van eisen de keurmerken EKO en Max Havelaar heeft vermeld.

115. Partijen interpreteren de feiten in zoverre verschillend. Terwijl de Commissie ervan uitgaat dat de aanbestedende dienst voor de te leveren „ingrediënten" (te weten suiker, melkpoeder en cacao) de keurmerken EKO en Max Havelaar als gunningscriterium heeft gehanteerd, betoogt de Nederlandse regering dat de Provincie Noord-Holland alleen heeft willen verwijzen naar de aan beide keurmerken ten grondslag liggende inhoudelijke eisen.

116. Voor de zienswijze van de Commissie spreken de sterkste argumenten.

117. Het is juist dat de Provincie Noord-Holland zowel in de aankondiging van haar aanbesteding in het *Publicatieblad van de Europese Unie* als in het bestek in algemene formuleringen te kennen had gegeven dat zij in haar koffieautomaten meer biologische producten en fairtradeproducten wilde gebruiken. In punt 35 van het programma van eisen gaf zij echter de „wens" te kennen dat de ingrediënten „indien mogelijk" aan het EKO- „en/of" Max Havelaar-keurmerk voldeden. Deze uitspraak heeft zij in punt 12 van de nota van inlichtingen gepreciseerd door aan te geven dat de ingrediënten een ander keurmerk mochten hebben met dezelfde uitgangspunten als de keurmerken EKO en Max Havelaar. Van biologische producten en fairtradeproducten *zonder keurmerk* was echter noch in het programma van eisen noch in de nota van inlichtingen sprake.

118. De potentiële inschrijver, wiens begrip bij de lezing van de aanbestedingsvoorwaarden voorop staat[52], kon dit alles alleen maar aldus begrijpen dat de door hem te leveren ingrediënten het keurmerk EKO en/of het keurmerk Max Havelaar moesten dragen om het er in de aanbestedingsprocedure zo goed mogelijk af te brengen.

119. Een dergelijk handelen van de aanbestedende dienst strookt niet met de eisen die artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18 aan de formulering van gunningscriteria stelt.

120. Anders dan de Commissie meent, ligt dit niet aan een vermeend gebrek aan transparantie[53] bij de verwijzing naar de twee keurmerken. Zoals gezegd[54] kan van de redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver immers zonder meer worden verwacht dat hij de op de betrokken markt gebruikte milieukeuren kent althans dat hij bij de desbetreffende certificeringsautoriteiten informatie inwint over de door hen gehanteerde criteria.

121. Het zou ook zonder meer mogelijk zijn dat potentiële inschrijvers producten aanbieden met andere keurmerken, met dezelfde uitgangspunten als de keurmerken EKO en Max Havelaar. In zoverre heeft de Nederlandse regering immers onweersproken te kennen gegeven dat het EKO-keurmerk[55] uitsluitend berust op de criteria van de zogenaamde EG-ecoverordening[56], en het keurmerk Max Havelaar is inhoudelijk gelijk aan het internationaal verbreide fairtradekeurmerk dat door de bij de Fairtrade Labelling Organisation aangesloten instanties in talrijke landen wordt afgegeven.[57]

52 — Zie daartoe punt 64 van de onderhavige conclusie.

53 — Eerste en tweede alinea van punt 46 van de considerans van richtlijn 2004/18.

54 — Zie daartoe punt 56 van de onderhavige conclusie.

55 — Zie daartoe punt 28 van de onderhavige conclusie.

56 — Ten tijde van de gunning van de litigieuze overheidsopdracht gold verordening (EEG) nr. 2092/91 van de Raad van 24 juni 1991 inzake de biologische productiemethode en aanduidingen dienaangaande op landbouwproducten en levensmiddelen (PB L 198, blz. 1), die later is vervangen door verordening (EG) nr. 834/2007 van de Raad van 28 juni 2007 inzake de biologische productie en de etikettering van biologische producten en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 2092/91 (PB L 189, blz. 1).

57 — Zie punt 27 van de onderhavige conclusie.

122. Het is echter in strijd met het beginsel van non-discriminatie en gelijke behandeling [58] en met het beginsel van daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten [59], die in het kader van artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18 moeten worden geëerbiedigd [60], wanneer een aanbestedende dienst — zoals in casu de Provincie Noord-Holland — in het kader van de gunningscriteria extra punten geeft wanneer de te leveren producten van keurmerken op het gebied van de biologische productie en eerlijke handel zijn voorzien. Ondernemingen die biologische producten en fairtradeproducten in hun assortiment hebben zonder daarvoor een keurmerk te bezitten worden daardoor immers benadeeld. Potentiële inschrijvers moeten de mogelijkheid behouden, aan te tonen dat hun producten voldoen aan de door de aanbestedende dienst geformuleerde gunningscriteria, ook wanneer zij andere dan de door de aanbestedende dienst genoemde keurmerken of helemaal geen keurmerk dragen.

123. In dit verband moet worden afgewezen de tegenwerping van Nederland dat de keurmerken EKO en Max Havelaar met betrekking tot de te leveren „ingrediënten" geen dwingende eisen waren, maar slechts niet-bindende „wensen" van de aanbestedende dienst, waarvoor een gering aantal punten kon worden toegekend. Het al dan niet slagen in een aanbestedingsprocedure met een op punten gebaseerd beoordelingssysteem kan in voorkomend geval immers reeds worden bepaald door weinig punten. Voorts moeten alle gunningscriteria — ook de criteria waaraan de aanbestedende dienst verhoudingsgewijs weinig gewicht toekent — onverkort aan de fundamentele beginselen voor aanbestedingen, dat wil zeggen gelijke behandeling en non-discriminatie, voldoen. Die beginselen moeten volgens vaste rechtspraak in alle stadia van de aanbestedingsprocedure in acht worden genomen. [61]

124. Over het geheel genomen moet dus schending van artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18 worden vastgesteld. De derde grief van de Commissie moet dan ook worden aanvaard.

C – *Tweede grief: vermeende verwijzing naar duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen als geschiktheidscriterium*

125. De tweede grief van de Commissie is ontleend aan artikel 2, artikel 44, lid 2, en artikel 48, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/18, betreffende het transparantiebeginsel (artikel 2) en andere voorwaarden voor het onderzoek van de bekwaamheid van ondernemers door de aanbestedende dienst (artikelen 44 en 48). Deze voorschriften zijn volgens de Commissie geschonden doordat de Provincie Noord-Holland criteria heeft vastgesteld en bewijzen heeft verlangd die — aldus de Commissie — heel in het algemeen betrekking hadden op duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen door de potentiële inschrijvers.

126. Meer bepaald heeft deze grief betrekking op rubriek 4.4.4 van het bestek, waarin de Provincie Noord-Holland van de potentiële inschrijvers verlangt dat zij „voldoe[n] aan de criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen". Bovendien wordt de inschrijvers in dezelfde rubriek gevraagd aan te geven „[o]p welke wijze geeft [zij] invulling [geven] aan de criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen" en „op welke wijze [zij] bijdra[gen] aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie". [62]

58 — Eerste en vierde alinea van punt 46 van de considerans van richtlijn 2004/18.

59 — Punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18.

60 — In die zin arrest Beentjes (aangehaald in voetnoot 12, punt 29); arrest van 26 september 2000, Commissie/Frankrijk (C-225/98, Jurispr. blz. I-7445, punt 50), en arresten Concordia Bus Finland (aangehaald in voetnoot 12, punten 63 en 64) en EVN en Wienstrom (aangehaald in voetnoot 20, punt 69).

61 — Zie daartoe, op de meest verschillende gebieden van het recht inzake openbare aanbestedingen, arresten van 25 april 1996, Commissie/België (C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punt 54), en 12 december 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 93), en arresten EVN en Wienstrom (aangehaald in voetnoot 20, punt 56) en ATI EAC (aangehaald in voetnoot 44, punt 22).

62 — Zie punt 19 van de onderhavige conclusie.

1. Eerste deel van de tweede grief: vermeende ontoelaatbare eisen met betrekking tot het bewijs van de technische bekwaamheid van de inschrijvers (artikel 48, lid 1, juncto artikel 48, lid 2, van richtlijn 2004/18)

127. Het eerste deel van de tweede grief is speciaal gewijd aan de vereisten aangaande het bewijs van de technische bekwaamheid van de inschrijvers. Volgens de Commissie heeft de Provincie Noord-Holland in het bestek met haar verklaringen betreffende duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen voor de potentiële inschrijver de grenzen overschreden van het enge kader dat in artikel 48 van richtlijn 2004/18 is vastgelegd voor de beoordeling en het onderzoek van de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van de marktdeelnemer.

128. De Nederlandse regering merkt echter terecht op dat dit deel van de tweede grief op onjuiste lezing van rubriek 4.4.4 van het bestek berust. De eisen die daar aan potentiële inschrijvers worden gesteld hebben namelijk helemaal geen betrekking op hun technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid. Zoals reeds uit het opschrift van rubriek 4.4.4 kan worden afgeleid, gaat het hier veeleer om „kwaliteitseisen" voor de te verrichten prestaties.

129. Ook een blik op de algemene context waarin rubriek 4.4.4 zich bevindt bevestigt deze indruk. Zo draagt onderafdeling 4.4 het opschrift „Geschiktheidseisen/minimumeisen", hetgeen erop duidt dat het daar niet alleen gaat om de geschiktheid van de potentiële bieders (respectievelijk hun bekwaamheid) — rubriek 4.4.3 is bijvoorbeeld gewijd aan de ervaring van de inschrijvers — maar ook om andere aspecten. Tot die aspecten behoort ook het antwoord op de hier aan de orde zijnde vraag, hoe de betrokken inschrijver denkt te voldoen aan de eisen op het gebied van duurzaamheid en maatschappelijk verantwoord ondernemen (rubriek 4.4.4 van het bestek).

130. Daarmee valt de litigieuze rubriek 4.4.4 van het bestek, anders dan de Commissie meent, al helemaal niet onder het toepassingsgebied van artikel 48, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/18 en kan zij dus niet aan deze bepaling worden getoetst.

131. Voor het geval het Hof genoemde bepaling van de richtlijn toch mocht willen toepassen, zou deze zich niet verzetten tegen voorwaarden als vervat in rubriek 4.4.4 van het bestek.

132. Het staat vast dat artikel 48 van richtlijn 2004/18 een uitputtende opsomming geeft van de bewijzen van de technische bekwaamheid die aanbestedende diensten van de marktdeelnemers mogen verlangen.[63]

133. Met haar „kwaliteitseisen" in rubriek 4.4.4 van het bestek kon de Provincie Noord-Holland echter terugvallen op een van de clausules van artikel 48, lid 2, van richtlijn 2004/18, en wel op het bepaalde sub c, waar voor het bewijs van de technische bekwaamheid van een leverancier uitdrukkelijk een „beschrijving van de [...] maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen" wordt genoemd. Daarop heeft de Nederlandse regering terecht de aandacht gevestigd.

134. De grief betreffende schending van artikel 48 van richtlijn 2004/18 is dus ongegrond.

2. Tweede deel van de tweede grief: vermeend ontbrekend verband tussen de eisen betreffende de geschiktheid van de inschrijvers en het voorwerp van de opdracht (artikel 44, lid 2, van richtlijn 2004/18)

135. Het tweede deel van de tweede grief berust op artikel 44, lid 2, van richtlijn 2004/18. Deze bepaling houdt in wezen in dat de aanbestedende dienst bepaalde minimumeisen mag stellen aan de geschiktheid van de potentiële inschrijvers voor zover deze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.[64]

63 — In die zin ook arresten van 10 februari 1982, Transporoute (76/81, Jurispr. blz. 417, punten 8, 9 en 15); 9 juli 1987, CEI en Bellini (27/86-29/86, Jurispr. blz. 3347, punt 9), en 26 april 1994, Commissie/Italië (C-272/91, Jurispr. blz. I-1409, punt 35), alle met betrekking tot met artikel 48 van richtlijn 2004/18 vergelijkbare regelingen.

64 — Zie meer in het bijzonder artikel 44, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18.

136. Volgens de Commissie is artikel 44, lid 2, van richtlijn 2004/18 geschonden omdat de uiteenzettingen in het bestek betreffende duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen van de potentiële inschrijvers geen verband houden met het voorwerp van de onderhavige overheidsopdracht, maar veeleer betrekking hebben op het algemene inkoopbeleid van de marktdeelnemers.

137. Dit verwijt kan niet op de enkele grond dat Nederland er zich in de administratieve procedure maar half tegen heeft verweerd [65] als toegegeven worden beschouwd. Volgens vaste rechtspraak verplicht immers geen enkele procedureregel de betrokken lidstaat om in het kader van een niet-nakomingsprocedure krachtens artikel 258 VWEU reeds tijdens de precontentieuze fase alle argumenten voor zijn verdediging aan te voeren. [66] In elk geval heeft Nederland in de gerechtelijke procedure nadrukkelijk verweer gevoerd tegen de verweten schending van artikel 44, lid 2, van richtlijn 2004/18.

138. Het verwijt dat artikel 44, lid 2, van richtlijn 2004/18 geschonden is moet echter ook ten gronde worden afgewezen. Om te beginnen gaat het bij de hier aan de orde zijnde rubriek 4.4.4 van het bestek zoals gezegd niet om een vereiste met betrekking tot de geschiktheid of technische bekwaamheid van de potentiële inschrijver [67], zodat artikel 44 van richtlijn 2004/18 al helemaal geen toepassing kan vinden. In de tweede plaats is het uitgesloten dat rubriek 4.4.4 van het bestek onvoldoende verband houdt met het voorwerp van de opdracht.

139. Voorwerp van de opdracht was — voor zover hier van belang — de levering van koffie, thee en overige „ingrediënten" voor koffieautomaten, waarbij de aanbestedende dienst uitdrukkelijk waarde hechtte aan „duurzame" producten van biologische herkomst en afkomstig uit eerlijke handel. Dergelijke eisen dienen, zoals uiteengezet in het kader van de eerste grief, ten dele ter beschrijving van de producteigenschappen van de te leveren waren (milieukenmerken in de zin van artikel 23 van richtlijn 2004/18), en ten dele ter beschrijving van overige voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht (sociale belangen in de zin van artikel 26 van richtlijn 2004/18).

140. Nu derhalve duurzaamheid en milieuvriendelijkheid een belangrijke rol voor de afwikkeling van de onderhavige overheidsopdracht speelden, had de aanbestedende dienst gegronde redenen, de potentiële inschrijvers de vraag te stellen op welke wijze zij „invulling [gaven] aan de criteria van duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen" en in hoeverre zij „bijdr[oegen] aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie".

141. Het is zonder meer legitiem wanneer een aanbestedende dienst de potentiële inschrijvers de vraag voorlegt hoe zij de door hem vastgelegde doelstellingen denken te bereiken. Anders dan de Commissie meent, gaat het daarbij niet in de eerste plaats om het algemene inkoopbeleid van de potentiële inschrijvers, maar veeleer om hun inkoopgedrag met betrekking tot de heel concreet te leveren producten, dus koffie, thee en de overige „ingrediënten". [68]

142. Het verwijt van schending van artikel 44, lid 2, van richtlijn 2004/18 is dus eveneens ongegrond.

3. Derde deel van de tweede grief: vermeende schending van het algemene transparantiegebod (artikel 2 van richtlijn 2004/18)

143. In het derde deel van haar tweede grief beroept de Commissie zich tot slot subsidiair op schending van het algemene transparantiegebod van artikel 2 van richtlijn 2004/18. [69]

65 — De Commissie citeert uit bladzijde 6 van het antwoord van de Nederlandse regering op de aanmaningsbrief, waar Nederland zou hebben toegegeven dat de aan de orde zijnde aanbestedingsvoorwaarden „niet uitsluitend verband [hielden] met het voorwerp van de opdracht".

66 — Arrest van 16 september 1999, Commissie/Spanje (C-414/97, Jurispr. blz. I-5585, punt 19), en arrest Commissie/Nederland (aangehaald in voetnoot 28, punt 49, aan het einde).

67 — Zie punten 128-130 van de onderhavige conclusie.

68 — Zie daartoe mijn uiteenzetting met betrekking tot de eerste en de derde grief (in het bijzonder punten 88 en 109-112 van de onderhavige conclusie).

69 — Zie ook punten 2 en 39 van de considerans van richtlijn 2004/18.

144. Dit fundamentele beginsel van Europees recht op het gebied van overheidsopdrachten dient voornamelijk elk risico van favoritisme en willekeur van de aanbestedende dienst uit te sluiten. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging of in het bestek duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig worden geformuleerd, opdat alle gemiddeld vakkundige inschrijvers bij inachtneming van de gebruikelijke zorgvuldigheid de precieze betekenis kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en de aanbestedende dienst in staat is metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. [70]

145. Die Commissie voert aan dat de eisen in rubriek 4.4.4 van het bestek te algemeen en te onnauwkeurig zijn geformuleerd.

146. Ik deel dit standpunt. Uit de bewuste passage in het bestek wordt onvoldoende duidelijk welke verduidelijkingen en welke bewijzen de aanbestedende dienst van de potentiële inschrijvers verlangt. Met de door de Provincie Noord-Holland gekozen formulering is het bovendien niet zeker, wat precies wordt bedoeld met „duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen" en „bijdragen aan het duurzamer maken van de koffiemarkt en aan een milieutechnisch, sociaal en economisch verantwoorde koffieproductie".

147. Hier zou een nauwkeuriger beschrijving van wat de Provincie Noord-Holland van de potentiële inschrijvers verwachtte op zijn plaats zijn geweest. Zo had de Provincie vragen kunnen stellen over eventuele contractuele afspraken van de potentiële inschrijvers met hun toeleveranciers over eerlijke handel en biologische productie. Ook had de Provincie de potentiële inschrijvers kunnen vragen mee te delen welke maatregelen zij hadden getroffen om erop toe te zien dat die afspraken werden nagekomen.

148. Het argument van de Nederlandse regering dat meerdere internationale organisaties het begrip duurzaamheid hebben gedefinieerd was in elk geval te weinig onderbouwd om de grief betreffende het gebrek aan transparantie te kunnen ontkrachten.

149. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat artikel 2 van richtlijn 2004/18 geschonden is. Het derde deel van de derde grief van de Commissie is dus gegrond.

D – *Samenvatting*

150. Gelet op al het voorgaande kan worden vastgesteld dat de aanbestedende diensten volgens richtlijn 2004/18 in de aanbestedingsprocedure zonder meer rekening mogen houden met ecologische en sociale belangen, en dat zij daartoe uitdrukkelijk ook in de aanbestedingsvoorwaarden melding mogen maken van keurmerken op het gebied van milieu en eerlijke handel.

151. De aanbestedende dienst mag echter niet verlangen dat de aan hem te leveren producten een heel concreet keurmerk dragen. Hij moet ook andere keurmerken toelaten en producten zonder enig keurmerk voor zover de milieukenmerken en de voorwaarden waaronder zij worden vervaardigd en in de handel worden gebracht gelijkwaardig zijn aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen.

152. Bovendien mag de aanbestedende dienst bij de gunning van zijn opdracht niet het algemene inkoopbeleid van de inschrijver in de beschouwing betrekken, maar alleen diens inkoopgedrag met betrekking tot de in het concrete geval te leveren producten. Wanneer de aanbestedende dienst van de inschrijver informatie en bewijzen aangaande de duurzaamheid van zijn producten en zijn bedrijfspolitiek verlangt, moet dit voldoende nauw verband houden met het voorwerp van de opdracht en concreet zijn geformuleerd.

70 — Arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta (aangehaald in voetnoot 19, punt 111); zo ook arresten van 14 oktober 2004, Commissie/Frankrijk (C-340/02, Jurispr. blz. I-9845, punt 34), en 10 december 2009, Commissie/Frankrijk (C-299/08, Jurispr. blz. I-11587, punt 41), waarin is verklaard dat het transparantiebeginsel gebiedt dat het voorwerp van de overheidsopdracht en de criteria voor de gunning van de opdracht duidelijk worden vastgelegd.

153. In het onderhavige geval heeft de Provincie Noord-Holland zich slechts gedeeltelijk aan deze regels gehouden. In haar voorwaarden voor de gunning van de litigieuze overheidsopdracht uit 2008 heeft zij drie voorschriften van het recht van de Unie geschonden: artikel 2, artikel 23, lid 6, en artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18. Daarentegen zijn de overige door de Commissie aangevoerde bepalingen, te weten artikel 23, lid 8, artikel 44, lid 2, en artikel 48, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/18 niet geschonden.

VI – Kosten

154. Overeenkomstig artikel 69, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Hof de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen. Deze regeling vindt onder meer toepassing wanneer elke partij ten dele in het gelijk en ten dele in het ongelijk wordt gesteld.

155. Gelet op het voorgaande moet de Commissie in deze zaak met betrekking tot het eerste deel van haar eerste grief, het derde deel van haar tweede grief en haar derde grief in het gelijk worden gesteld, terwijl zij met betrekking tot het tweede deel van haar eerste grief en het eerste en het tweede deel van haar tweede grief in het ongelijk moet worden gesteld.

156. In deze omstandigheden komt het mij voor dat elk der partijen in haar eigen kosten moet worden veroordeeld. [71]

VII – Conclusie

157. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging als volgt te beslissen:

„1) Het Koninkrijk der Nederlanden heeft niet voldaan aan de krachtens de Verdragen op hem rustende verplichtingen doordat de Provincie Noord-Holland in het jaar 2008 in de procedure voor de gunning van een overheidsopdracht voor de levering en het beheer van koffieautomaten

— in strijd met artikel 23, lid 6, van richtlijn 2004/18 dwingend heeft voorgeschreven dat de te leveren koffie en thee het EKO-keurmerk of een op vergelijkbare criteria berustend keurmerk droegen,

— in de voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht in strijd met artikel 2 van richtlijn 2004/18 onnauwkeurige ‚kwaliteitseisen' voor potentiële inschrijvers met betrekking tot ‚duurzaam inkopen en maatschappelijk verantwoord ondernemen' heeft opgenomen en

— in het kader van de gunningscriteria in strijd met artikel 53, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/18 heeft aangegeven dat extra punten werden toegekend indien de te leveren ‚ingrediënten' waren voorzien van de keurmerken EKO en/of Max Havelaar of van een op dezelfde criteria berustend keurmerk.

2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.

3) Elke partij zal haar eigen kosten dragen."

71 — In dezelfde zijn bijvoorbeeld arrest van 29 april 2010, Commissie/Duitsland (C-160/08, Jurispr. blz. I-3713, punt 133).