Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

10. maj 2012*

»Traktatbrud — direktiv 2004/18/EF — fremgangsmåder for indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter — offentlig kontrakt vedrørende levering, installering og vedligeholdelse af automater til varme drikke og levering af te, kaffe og andre ingredienser — artikel 23, stk. 6 og 8 — tekniske specifikationer — artikel 26 — betingelser vedrørende kontraktens udførelse — artikel 53, stk. 1 — kriterier for tildeling af kontrakter — økonomisk mest fordelagtige bud — økologiske produkter og fair trade-produkter — anvendelse af mærker ved formuleringen af tekniske specifikationer og af tildelingskriterier — artikel 39, stk. 2 — begrebet »supplerende oplysninger« — artikel 2 — principper for indgåelse af kontrakter — princippet om gennemsigtighed — artikel 44, stk. 2, og artikel 48 — egnethedsundersøgelse og udvælgelse af deltagere — minimumskriterier for teknisk eller faglig formåen — overholdelse af »kriterierne for bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar««

I sag C-368/10,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 258 TEUF, anlagt den 22. juli 2010,

Europa-Kommissionen ved C. Zadra og F. Wilman, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kongeriget Nederlandene ved C. Wissels og M. de Ree, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, K. Lenaerts, og dommerne R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, G. Arestis og D. Šváby (refererende dommer),

generaladvokat: J. Kokott

justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 26. oktober 2011,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 15. december 2011,

* Processprog: nederlandsk.

afsagt følgende

Dom

1 Europa-Kommissionen har i stævningen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Nederlandene har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til henholdsvis artikel 23, stk. 6 og 8, artikel 2, artikel 44, stk. 2, og artikel 48, stk. 1 og 2, samt artikel 53, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114, og berigtigelse EUT L 351, s. 44), som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1422/2007 af 4. december 2007 (EUT L 317, s. 34, herefter »direktiv 2004/18«), idet provinsen Noord-Holland inden for rammerne af tildelingen af en offentlig kontrakt om levering og drift af kaffeautomater, som var genstand for offentliggørelse i *Den Europæiske Unions Tidende* den 16. august 2008,

— i de tekniske specifikationer har fastsat mærkerne MAX HAVELAAR og EKO, eller i hvert fald mærker med sammenlignelige eller identiske udgangspunkter

— til prøvelse af den erhvervsdrivendes formåen har anvendt kriterier og belæg vedrørende bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar, og

— ved formuleringen af tildelingskriterierne har henvist til mærkerne MAX HAVELAAR og/eller EKO – eller i hvert fald til mærker med sammenlignelige eller identiske udgangspunkter.

I – Retsforskrifter

2 Direktiv 2004/18 indeholder bl.a. følgende betragtninger:

»(2) Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. For offentlige kontrakter over en vis værdi er det dog tilrådeligt at udarbejde bestemmelser om fællesskabssamordning af nationale procedurer for indgåelse af sådanne kontrakter, der bygger på disse principper, for at sikre deres virkninger og garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter. Disse samordningsbestemmelser bør derfor fortolkes i overensstemmelse med såvel ovennævnte regler og principper – som traktatens øvrige bestemmelser.

[...]

(5) I henhold til artikel 6 i [EF-]traktaten [som svarer til artikel 11 TEUF] skal miljøbeskyttelseskrav integreres i udformningen og gennemførelsen af Fællesskabets politikker og aktioner som nævnt i [EF-]traktatens artikel 3 [som i det væsentlige svarer til artikel 3 TEUF – 6 TEUF og artikel 8 TEUF], især med henblik på at fremme en bæredygtig udvikling. Derfor præciseres det i dette direktiv, hvordan de ordregivende myndigheder kan bidrage til miljøbeskyttelse og fremme af bæredygtig udvikling, samtidig med at de sikres mulighed for at opnå det bedste forhold mellem kvalitet og pris i kontrakterne.

[...]

(29) Der er behov for, at de tekniske specifikationer, der udarbejdes af det offentlige som indkøber, sikrer, at der skabes muligheder for en konkurrencesituation ved tildeling af offentlige kontrakter. Derfor skal det være muligt at afgive tilbud, så de afspejler mange forskellige tekniske

løsningsmuligheder. For at dette skal kunne lade sig gøre, skal det dels være muligt at fastsætte de tekniske specifikationer i form af funktionsdygtighed og funktionelle krav, dels skal de ordregivende myndigheder, hvis der refereres til en europæisk standard – eller, hvor en sådan ikke findes, til en national standard – tage tilbud i betragtning, der er baseret på tilsvarende løsningsmuligheder. Tilbudsgiverne bør kunne benytte ethvert bevismiddel for at godtgøre, at der er tale om en tilsvarende løsning. De ordregivende myndigheder skal kunne begrunde enhver beslutning om, at der i et givet tilfælde ikke er tale om en tilsvarende løsning. Ordregivende myndigheder, der ønsker at fastlægge miljøkrav i forbindelse med de tekniske specifikationer i en given kontrakt, kan fastsætte de specifikke miljømæssige karakteristika, som f.eks. en given produktionsmetode, og/eller virkninger af varegrupper eller tjenesteydelser. De kan, men er ikke forpligtet til at anvende de relevante specifikationer, der er fastlagt i forbindelse med miljømærkning, som f.eks. EF-miljømærket, (multi)nationale miljømærker eller eventuelle andre miljømærker, hvis kravene til mærket udvikles og vedtages på grundlag af videnskabeligt baseret information gennem en proces, i hvilken interessenter, såsom regeringsorganer, forbrugere, fabrikanter, forhandlere og miljøorganisationer, kan deltage, og hvis mærket er tilgængeligt og til rådighed for alle interesserede parter. […] De tekniske specifikationer bør være klart angivet, således at alle tilbudsgivere er klar over, hvad de krav, som de ordregivende myndigheder har stillet, omfatter.

[...]

(33) Vilkårene for udførelse af en kontrakt er i overensstemmelse med dette direktiv, hvis de hverken direkte eller indirekte er diskriminerende, og hvis de er anført i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Vilkårene kan bl.a. have til formål at fremme efteruddannelse på arbejdspladsen, skaffe beskæftigelse til personer med særlige integrationsproblemer, bekæmpe arbejdsløshed eller beskytte miljøet. Som eksempler kan bl.a. nævnes krav om – ved udførelsen af kontrakten – at ansætte langtidsledige eller iværksætte uddannelsesinitiativer for ledige eller for unge, at overholde substansen i de grundlæggende ILO-konventioner, hvis de ikke er gennemført i national ret, og at ansætte flere handicappede, end den nationale lovgivning kræver.

[...]

(39) Undersøgelsen af tilbudsgivernes egnethed […] samt udvælgelsen skal foretages under iagttagelse af gennemsigtighed. Der skal derfor anføres ikke-diskriminerende kriterier, som de ordregivende myndigheder kan anvende til at udvælge konkurrenterne og de midler, som de økonomiske aktører kan anvende til at bevise, at de opfylder kriterierne. Af hensyn til gennemsigtigheden skal den ordregivende myndighed, så snart en kontrakt udbydes, meddele, hvilke udvælgelseskriterier der vil blive anvendt, og hvilke specifikke kvalifikationer der eventuelt kræves af de økonomiske aktører, for at de kan deltage i udbuddet.

[...]

(46) Tildelingen af kontrakter skal foretages på grundlag af objektive kriterier, der sikrer, at principperne om gennemsigtighed, ikke-forskelsbehandling og ligebehandling overholdes, og at tilbuddene vurderes på reelle konkurrencevilkår. Derfor bør der kun tillades anvendelse af to tildelingskriterier, nemlig »den laveste pris« og »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

For at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling ved tildelingen af kontrakter bør der indføres pligt – i overensstemmelse med retspraksis – til at fastholde den nødvendige gennemsigtighed, for at alle tilbudsgivere kan være rimeligt informeret om de kriterier og regler, der anvendes til afdækning af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. De ordregivende myndigheder skal derfor oplyse, hvilke tildelingskriterier de anvender, og hvordan de vægter kriterierne, på et så tidligt tidspunkt, at tilbudsgiverne har disse oplysninger, når de udarbejder deres tilbud. [...]

Når de ordregivende myndigheder vælger at tildele kontrakten til den, der har givet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, vurderer de tilbuddene for at fastslå, hvilket der indebærer det bedste forhold mellem kvalitet og pris. Med henblik herpå fastsætter de økonomiske og kvalitative kriterier, der tilsammen skal gøre det muligt at fastslå, hvilket tilbud er det økonomisk mest fordelagtigt for den ordregivende myndighed. Disse kriterier fastsættes ud fra kontraktsgenstanden, idet de skal gøre det muligt at vurdere de enkelte tilbuds resultatniveau i forhold til kontraktsgenstanden som defineret i de tekniske specifikationer og at måle forholdet mellem kvalitet og pris for hvert tilbud.

For at sikre ligebehandling skal tildelingskriterierne gøre det muligt at sammenligne tilbuddene og vurdere dem objektivt. Hvis disse betingelser er opfyldt, kan økonomiske og kvalitative tildelingskriterier, f.eks. dem, der vedrører opfyldelsen af miljøkrav, give den ordregivende myndighed mulighed for at opfylde den berørte almenheds behov som anført i kontraktspecifikationerne. Under samme omstændigheder kan en ordregivende myndighed anvende kriterier, der skal opfylde sociale krav, navnlig svarende til behov – som defineret i kontraktspecifikationerne – hos særligt ugunstigt stillede befolkningsgrupper, hvortil hører modtagerne/brugerne af de bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten.«

3 I henhold til artikel 1, stk. 2, litra c), i direktiv 2004/18 forstås ved offentlige vareindkøbskontrakter andre offentlige kontrakter end dem, der er omhandlet i samme bestemmelses litra b), og som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer, idet en offentlig kontrakt, der vedrører levering af varer, og som også accessorisk omfatter monterings- og installationsarbejde, betragtes som en offentlig vareindkøbskontrakt. I medfør af dette direktivs artikel 7 finder direktivet anvendelse på en sådan kontrakt, medmindre den indgås på forsvarsområdet eller af en indkøbscentral, hvis kontraktens anslåede værdi eksklusive merværdiafgift svarer til eller overstiger 206 000 EUR, og når kontrakten indgås af en ordregivende myndighed, som ikke er omhandlet i bilag IV til nævnte direktiv. Dette bilag nævner ikke provinserne for så vidt angår Nederlandene.

4 Artikel 2 i direktiv 2004/18 bestemmer:

»Principper for indgåelse af kontrakter

De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«

5 Punkt 1, litra b), i bilag VI til direktiv 2004/18 definerer begrebet »teknisk specifikation« i forbindelse med vareindkøbskontrakter som »en specifikation, der indeholdes i et dokument, som fastlægger krævede egenskaber ved et produkt […], som f.eks. kvalitetsniveau, miljøpræstation, udformning efter alle behov […], overensstemmelsesvurdering, funktionsdygtighed, brugen af produktet, sikkerhed, dimensioner, herunder forskrifter, der vedrører handelsbetegnelse, terminologi og symboler for produktet, afprøvning og prøvningsmetoder, emballering, mærkning og etikettering, brugsvejledning, produktionsprocesser og -metoder samt procedurer for overensstemmelsesvurdering«.

6 Direktivets artikel 23 bestemmer:

»1. De tekniske specifikationer som defineret i punkt 1 i bilag VI anføres i udbudsdokumenterne […]

2. De tekniske specifikationer skal give tilbudsgiverne lige muligheder, og de må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for konkurrence med hensyn til offentlige kontrakter.

3. [...] de tekniske specifikationer [skal] affattes:

[...]

b) eller som en angivelse af funktionsdygtighed eller funktionelle krav: sådanne angivelser kan omfatte miljøegenskaber. De skal imidlertid være så præcise, at tilbudsgiverne kan identificere kontraktens genstand og de ordregivende myndigheder tildele kontrakten

[...]

6. Når de ordregivende myndigheder fastsætter miljøegenskaber i form af funktionsdygtighed eller funktionelle krav som omhandlet i stk. 3, litra b), kan de anvende detaljerede specifikationer eller om nødvendigt dele heraf som fastlagt i de europæiske og (multi)nationale miljømærker eller ethvert andet miljømærke, forudsat:

— at de er egnede til at definere egenskaberne ved de varer eller ydelser, som kontrakten handler om

— at kravene til mærket er udviklet på grundlag af videnskabelig information

— at miljømærkerne vedtages gennem en proces, i hvilken alle interessenter, såsom statslige institutioner, forbrugere, fabrikanter, detailhandlere og miljøorganisationer, kan deltage, og

— at de er tilgængelige for alle interesserede parter.

De ordregivende myndigheder kan angive, at de varer eller tjenesteydelser, der er forsynet med et miljømærke, anses for at opfylde de tekniske specifikationer, der er fastlagt i udbudsbetingelserne; de skal acceptere enhver anden passende dokumentation, såsom teknisk dokumentation fra fabrikanten eller en prøvningsrapport fra et anerkendt organ.

[...]

8. Medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, må de tekniske specifikationer ikke angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, og de må ikke henvise til et bestemt mærke, et bestemt patent eller en bestemt type, til en bestemt oprindelse eller til en bestemt produktion med det resultat, at visse virksomheder eller produkter favoriseres eller elimineres. En sådan angivelse eller henvisning er undtagelsesvis tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3 og 4; en sådan angivelse eller henvisning skal efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende«.«

7 Artikel 26 i direktiv 2004/18 har følgende ordlyd:

»Betingelser vedrørende kontraktens udførelse

De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse er forenelige med fællesskabsretten, og de er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn.«

8 Direktivets artikel 39, stk. 2, bestemmer:

»Eventuelle supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne og supplerende dokumenter meddeles af de ordregivende myndigheder eller de kompetente tjenester senest 6 dage inden udløbet af den frist, der er fastsat for modtagelse af tilbud, forudsat at der er anmodet om dem i tide.«

9 Artikel 44 i direktiv 2004/18 med overskriften »Egnethedsundersøgelse og udvælgelse af deltagere, tildeling af kontrakter« bestemmer i stk. 1, at de ordregivende myndigheder efter at have undersøgt, om de økonomiske aktører, der ikke er udelukket på grundlag af kriterierne navnlig om faglig og

teknisk viden eller evne som omhandlet i artikel 48, tildeler kontrakterne på grundlag af de kriterier, som i det væsentlige er nævnt i dette direktivs artikel 53. Følgende fremgår af nævnte direktivs artikel 44, stk. 2:

»De ordregivende myndigheder kan kræve minimumskriterier for egnethed, som ansøgere og tilbudsgivere i overensstemmelse med artikel 47 og 48 skal opfylde.

Omfanget af de i artikel 47 og 48 omhandlede oplysninger samt de minimumskriterier for egnethed, der kræves i forbindelse med en bestemt kontrakt, skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand.

[...]«

10 Artikel 48 i direktiv 2004/18 med overskriften »Teknisk og/eller faglig formåen« bestemmer i stk. 1:

»De økonomiske aktørers tekniske og/eller faglige formåen vurderes og efterprøves i overensstemmelse med stk. 2 og 3.«

11 I henhold til artikel 48, stk. 2, kan de økonomiske aktørers tekniske formåen godtgøres på en eller flere måder, som opregnes i denne bestemmelse, afhængigt af arten, mængden eller betydningen og anvendelsen af bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne. Hvad angår offentlige indkøbskontrakter nævner litra a), nr. ii), og litra b)-d) samt j) i nævnte bestemmelse følgende elementer:

— forelæggelse af en liste over de betydeligste leveringer, der er udført i løbet af de sidste tre år

— oplysning om de involverede teknikere eller tekniske organer, og især om dem, der er ansvarlige for kvalitetskontrollen, uanset om de hører til i den økonomiske aktørs virksomhed eller ej

— beskrivelse af det tekniske udstyr og de foranstaltninger, leverandøren har truffet til sikring af kvaliteten, samt af virksomhedens undersøgelses- og forskningsfaciliteter

— hvis de varer, der skal leveres, er komplekse eller undtagelsesvis skal tjene et særligt formål, en kontrol foretaget af den ordregivende myndighed vedrørende leverandørens produktionskapacitet og om nødvendigt virksomhedens undersøgelses- og forskningsfaciliteter og de foranstaltninger, denne træffer til kontrol af kvaliteten, og

— for så vidt angår de varer, der skal leveres, prøver, beskrivelser eller fotografier, eller attester, som attesterer, at varer er i overensstemmelse med visse specifikationer eller standarder.

12 I henhold til artikel 48, stk. 6, anfører den ordregivende myndighed i bekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive tilbud, hvilke af de i stk. 2 omhandlede former for dokumentation der skal fremlægges.

13 Artikel 53 i direktiv 2004/18 bestemmer:

»Kriterier for tildeling af kontrakter

1. […] de ordregivende myndigheder [lægger] følgende kriterier til grund for tildelingen af offentlige kontrakter:

a) enten, når tildelingen sker på grundlag af det set ud fra ordregiverens synspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud, forskellige kriterier i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktionsmæssig karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid

[...]«

II – Tvistens baggrund

A – *Udbudsbekendtgørelsen*

14 Den 16. august 2008 offentliggjordes i *Den Europæiske Unions Tidende* efter anmodning fra den nederlandske provins Noord-Holland en udbudsbekendtgørelse om levering og drift af kaffeautomater fra den 1. januar 2009 (herefter »udbudsbekendtgørelsen«).

15 Udbudsbekendtgørelsens del II, punkt 1.5, beskrev kontrakten som følger:

»Provinsen Noord-Holland har indgået en kontrakt om drift af kaffeautomater. Denne kontrakt udløber den 1. januar 2009. Provinsen påtænker at indgå en ny kontrakt den 1. januar 2009 på grundlag af en offentlig europæisk udbudsprocedure. Et centralt punkt er provinsen Noord-Hollands bestræbelser på at udvide anvendelsen af økologiske produkter og fair trade-produkter i kaffeautomater.«

16 Udbudsbekendtgørelsens del III, punkt 1, vedrørte betingelserne for kontrakten. Efter angivelser vedrørende kaution og garantier, de finansielle betingelser og betalingsbetingelserne samt retlige formkrav ved anvendelse af underleverandører omfattede denne dels punkt 1.4 angivelsen »nej« i rubrikken »Andre særlige betingelser for kontraktens udførelse«.

17 Udbudsbekendtgørelsens del IV, punkt 2.1, angav, at kontrakten ville blive tildelt til det mest økonomisk fordelagtige bud. Det fremgår af samme dels punkt 3.4, at fristen for modtagelse af bud var fastsat til den 26. september 2008 kl. 12.00.

B – *Udbudsbetingelserne*

18 Udbudsbekendtgørelsen henviste til udbudsbetingelser med overskriften »udbud«, dateret den 11. august 2008 (herefter »udbudsbetingelserne«).

19 Under overskriften »Baggrund for kontrakten« gengav første afsnit i underkapitel 1.3 i udbudsbetingelserne punkt 1.5 i del II i udbudsbekendtgørelsen. Andet afsnit i dette underkapitel sluttede som følger:

»Buddene vil blive bedømt såvel ud fra kvalitets- og miljøkriterier som ud fra prisen.«

20 Underkapitel 1.4 i udbudsbetingelserne indeholdt en summarisk beskrivelse af kontraktens indhold:

»Provinsen Noord-Holland ønsker at indgå en kontrakt om levering, installering og vedligeholdelse af semi-automatiske (full-operational) apparater til distribution af varme og kolde drikke på grundlag af et lejeforhold. Provinsen Noord-Holland ønsker ligeledes at indgå en kontrakt om levering af ingredienser til apparaterne [...] i overensstemmelse med de krav og ønsker, der er beskrevet i udbudsdokumentet. [...] Bæredygtighed og funktionalitet udgør vigtige aspekter.«

21 Ifølge underkapitel 1.5 i udbudsbetingelserne vedrørte udbuddet en treårig kontrakt, som kunne forlænges med et år.

22 I henhold til underkapitel 3.4 i udbudsbetingelserne vedrørende betingelserne for registrering var fremlæggelse af alternativer ikke tilladt. Interesserede og tilbudsgivere havde pligt til at foretage undersøgelser vedrørende alle udbuddets relevante betingelser, navnlig ved at stille den ordregivende myndighed spørgsmål, som ville blive besvaret inden for rammerne af informationsmeddelelsen.

23 Sidstnævnte var i underkapitel 2.3, afsnit 5, i udbudsbetingelserne defineret som et dokument, som gengav svarene på spørgsmålene fra interesserede foruden eventuelle ændringer af udbudsbetingelserne eller af andre af udbudsdokumenterne, som udgjorde en del af udbudsbetingelserne, og som havde forrang for de andre dele af udbudsbetingelserne og for bilagene hertil. Det præciseredes videre i nævnte underkapitels afsnit 3 og 5, at informationsmeddelelsen antog form af en offentliggørelse på hjemmesiden vedrørende udbud for provinsen Noord-Holland, idet enhver interesseret part modtog en meddelelse pr. e-mail ved offentliggørelse af svar på denne side.

24 Underkapitel 4.4 i udbudsbetingelserne havde overskriften »Krav med hensyn til egnethed/minimumskriterier«. De nævnte krav var i indledningen til udbudsbetingelserne defineret som krav, som en tilbudsgiver skulle opfylde, for at hans bud kunne tages i betragtning, udtrykt enten i form af udelukkelsesgrunde eller minimumskrav.

25 Afsnit 1-5 i underkapitel 4.4 vedrørte henholdsvis omsætning, dækning af erhvervsmæssige risici, tilbudsgivers erfaring, kvalitetskrav og bedømmelse af kundetilfredshed.

26 Afsnit 4 i underkapitel 4.4, med overskriften »Kvalitetskrav«, indeholdt et punkt 2, der lød som følger:

»I forbindelse med bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar kræver provinsen Noord-Holland, at leverandøren opfylder kriterierne for bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar. På hvilken måde opfylder De kriterierne for bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar[?] Det skal desuden angives, i hvilket omfang leverandøren medvirker til at forbedre bæredygtigheden på kaffemarkedet og til en miljøteknisk, socialt og økonomisk set forsvarlig kaffeproduktion. […]«

27 Dette krav var gengivet i afsnit 6, som var det sidste afsnit i samme underkapitel 4.4, som omfattede en opsummering bl.a. af »Kvalitetskrav«, der lød som følger:

»11. Bæredygtigt indkøb og [virksomheders sociale ansvar: knock out-kriterium]«.

28 Afsnit 1 i underkapitel 5.2 i udbudsbetingelserne med overskriften »Minimumskrav 1: Kravprofil« henviste til et særskilt bilag og præciserede, at tilbudsgivere skulle opfylde kravprofilen, således som den var formuleret heri.

29 Bilag A til udbudsbetingelserne med overskriften »Kravprofil« indeholdt bl.a. følgende punkter:

»31 Provinsen Noord-Holland anvender for så vidt angår kaffe og te mærkerne MAX HAVELAAR og EKO. […] [Bedømmelse:] krav[.]

[...]

35 Ingredienserne bør så vidt muligt svare til mærket EKO og/eller MAX HAVELAAR. [...] [Maksimum] 15 [point. Bedømmelse:] ønske[.]«

30 Det fremgår af bilagene til udbudsbetingelserne og af disse betingelsers almindelige opbygning, at nævnte punkt 35 vedrørte visse ingredienser, som indgår i tilberedningen af drikkevarerne, med undtagelse af te og kaffe, såsom sukker og kakao (herefter »ingredienserne«).

C – *Informationsmeddelelsen*

31 Den 9. september 2008 offentliggjorde provinsen Noord-Holland punkt 11 og 12 i informationsmeddelelsen som fastsat i underkapitel 2.3 i udbudsbetingelserne. Disse punkter omhandlede et spørgsmål vedrørende punkt 31 og 35 i bilag A til udbudsbetingelserne med følgende ordlyd: »Kan vi formode, at der for de angivne mærker gælder følgende: eller sammenlignelige[?]« Den ordregivende myndighed gav følgende besvarelse:

»00011 [...] [punkt] 31 [...]

[...]

For så vidt som kriterierne er sammenlignelige eller identiske.

00012 [...] [punkt] 35 [...]

[...]

Ingredienserne kan bære et mærke baseret på de samme kriterier.«

32 Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 24. december 2008, at kontrakten er blevet tildelt det nederlandske selskab Maas International.

D – *Mærkerne EKO og MAX HAVELAAR*

33 I henhold til Kommissionens påstande, som i denne forbindelse ikke er blevet bestridt af Kongeriget Nederlandene, kan egenskaberne ved mærkerne EKO og MAX HAVELAAR beskrives som følger.

1. Mærket EKO

34 Det private nederlandske mærke EKO tildeles for produkter, hvoraf mindst 95% af ingredienserne er økologiske. Det forvaltes af en fond oprettet i henhold til nederlandsk civilret, som har til formål at tilgodese økologisk landbrug, som på tidspunktet for de faktiske omstændigheder var reguleret ved Rådets forordning (EØF) nr. 2092/91 af 24. juni 1991 om økologisk produktionsmetode for landbrugsprodukter og om angivelse heraf på landbrugsprodukter og levnedsmidler (EFT L 198, s. 1), som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 392/2004 af 24. februar 2004 (EFT L 65, s. 1, herefter »forordning nr. 2092/91«), og at bekæmpe svig. Denne fond er udpeget som den kompetente myndighed, der har til opgave at udføre kontroller vedrørende overholdelse af forpligtelserne fastsat ved nævnte forordning.

35 EKO er et registreret varemærke ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) (KHIM).

2. Mærket MAX HAVELAAR

36 Mærket MAX HAVELAAR er også et privat mærke, som forvaltes af en fond oprettet i henhold til nederlandsk civilret i overensstemmelse med retningslinjer udarbejdet af en international referenceorganisation, Fairtraide Labelling Organisation (FLO). Det anvendes i flere lande, navnlig Nederlandene.

37 Dette mærke, som tilsigter at tilgodese markedsføring af fair trade-produkter, attesterer, at de produkter, der tildeles mærket, er købt hos organisationer, som består af små producenter i udviklingslande, til en fair pris og på fair handelsbetingelser. Tildelingen af mærket er herved baseret på opfyldelsen af fire kriterier, hvorefter den pris, som betales, skal dække alle omkostninger, prisen skal omfatte en præmie i forhold til markedsprisen, produktionen skal være finansieret på forhånd, og der mellem importøren og producenterne skal bestå langvarende handelsrelationer. FLO står for såvel kontrol som certificering.

38 MAX HAVELAAR er ligeledes registreret ved Harmoniseringskontoret.

III – Den administrative procedure og retsforhandlingerne for Domstolen

39 Kommissionen fremsendte den 15. maj 2009 en åbningsskrivelse til Kongeriget Nederlandene. I henhold til denne skrivelse tilsidesatte udbudsbetingelserne udarbejdet af provinsen Noord-Holland i forbindelse med den omtvistede kontrakt direktiv 2004/18, idet de opstillede krav om anvendelse af mærkerne MAX HAVELAAR og EKO, eller mærker med sammenlignelige eller identiske

udgangspunkter, for den te og kaffe, som skulle leveres, ved at anvende disse mærker som tildelingskriterier med hensyn til ingredienserne og ved at bedømme tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen på grundlag af egnethedskriterier, som ikke er omfattet af det lukkede system, som i denne forbindelse er fastsat ved dette direktiv.

40 Kongeriget Nederlandene anerkendte ved skrivelse af 17. august 2009, at den omtvistede kontrakt var mangelfuld i forhold til nævnte direktiv, men at disse mangler imidlertid ikke havde bevirket, at visse erhvervsdrivende, som eventuelt kunne være interesseret, var blevet stillet ringere, idet Kongeriget Nederlandene samtidigt bestred flere af de af Kommissionen fremførte klagepunkter.

41 Den 3. november 2009 fremsendte Kommissionen en begrundet udtalelse til denne medlemsstat, hvori den gentog de tidligere fremførte klagepunkter og opfordrede medlemsstaten til at træffe alle nødvendige foranstaltninger for at iagttage denne udtalelse inden for en frist på to måneder fra modtagelsen heraf.

42 Nævnte medlemsstat anfægtede ved skrivelse af 31. december 2009 grundlaget for Kommissionens synspunkt.

43 Kommissionen besluttede derfor at anlægge denne sag.

44 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 11. februar 2001 har Kongeriget Danmark fået tilladelse til at intervenere til støtte for Kongeriget Nederlandenes påstande. Ved kendelse afsagt af formanden for Domstolens Tredje Afdeling den 14. november 2011 tog Domstolen anmodningen om at udtræde som intervenient til efterretning.

IV – Om søgsmålet

45 Kommissionen har gjort tre anbringender gældende til støtte for søgsmålet.

46 Det første og tredje anbringende vedrører anvendelsen af mærkerne EKO og MAX HAVELAAR i forbindelse med dels de tekniske specifikationer i den omtvistede kontrakt vedrørende den kaffe og te, som skulle leveres, dels tildelingskriterierne vedrørende de ingredienser, som skulle leveres. Det første anbringende har to led, idet det ene vedrører en tilsidesættelse af artikel 23, stk. 6, i direktiv 2004/18 med hensyn til anvendelsen af mærket EKO, og det andet en tilsidesættelse af artikel 23, stk. 8, hvad angår anvendelsen af mærket MAX HAVELAAR. Det tredje anbringende vedrører en tilsidesættelse af nævnte direktivs artikel 53, stk. 1, og er baseret på to klagepunkter, idet Kommissionen har gjort gældende, at sidstnævnte bestemmelse er til hinder for anvendelsen af mærker, og at de ovennævnte mærker ikke har nogen forbindelse til genstanden for den omhandlede kontrakt.

47 Det andet anbringende vedrører kravet om, at tilbudsgiverne opfylder »kriterier for bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar«. Det er underinddelt i tre led, som vedrører en tilsidesættelse af henholdsvis artikel 44, stk. 2, første afsnit, og artikel 48 i direktiv 2004/18, for så vidt som dette krav ikke svarer til et af de krav, som er tilladt i henhold til disse bestemmelser, af dette direktivs artikel 44, stk. 2, andet afsnit, idet nævnte krav ikke hænger sammen med kontraktens genstand, og af gennemsigtighedsforpligtelsen fastsat i samme direktivs artikel 2, idet udtrykkene »bæredygtigt indkøb« og »virksomheders sociale ansvar« ikke er tilstrækkeligt klare.

A – *Indledende bemærkninger*

1. Spørgsmålet om, hvorvidt direktiv 2004/18 finder anvendelse

48 Det bemærkes for det første, at den omtvistede kontrakt, som består i tilrådighedsstillelse, inden for rammerne af et lejeforhold, og vedligeholdelse af drikkevareautomater samt levering af de produkter, som er nødvendige for at disse kan fungere, udgør en offentlig vareindkøbskontrakt som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra c), i direktiv 2004/18.

49 For det andet har Kongeriget Nederlandene ikke bestridt det af Kommissionen fremsatte estimat vedrørende værdien af denne kontrakt, nemlig 760 000 EUR. Det må således konstateres, at dette direktiv finder anvendelse på nævnte kontrakt, henset til de grænser, der er fastsat i direktivets artikel 7.

2. Rækkevidden af kravet og ønsket omhandlet i det første og tredje anbringende

50 Parterne er uenige med hensyn til rækkevidden af kravet og ønsket nævnt i henholdsvis punkt 31 og i punkt 35 i bilag A til udbudsbetingelserne. Kommissionen har under henvisning til disse punkter anført, at dette krav og dette ønske vedrørte den omstændighed, at de omhandlede produkter er udstyret med mærkerne EKO og/eller MAX HAVELAAR, eller i hvert fald mærker, der er baseret på sammenlignelige eller identiske kriterier, hvis der tages hensyn til informationsmeddelelsens punkt 11 og 12. Ifølge Kongeriget Nederlandene fremgår det derimod af del II, punkt 1.5, i udbudsbekendtgørelsen og af underkapitel 1.3 i udbudsbetingelserne, at den ordregivende myndighed har anmodet om eller ønsket, at der leveres økologiske produkter og fair trade-produkter, idet angivelsen af de nævnte mærker eller tilsvarende mærker kun udgør en forklaring med hensyn til de kriterier, som skal overholdes.

51 Det må for det første konstateres, at udbudsbetingelserne ikke kan fortolkes, som de fortolkes af Kongeriget Nederlandene.

52 Det bemærkes herved, at rækkevidden af udbudsbetingelser skal fastlægges ud fra potentielle tilbudsgiveres synsvinkel, henset til, at formålet med de i direktiv 2004/18 fastsatte procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter netop er at garantere disse tilbudsgivere i Den Europæiske Union adgang til offentlige kontrakter, der interesserer dem (jf. i denne retning dom af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux m.fl., Sml. I, s. 385, præmis 53). I den foreliggende sag kunne udbudsbetingelserne kun forstås af potentielle tilbudsgivere således, at de indeholdt henvisning til besiddelse af de mærker, der var nævnt i forbindelse med det omhandlede krav eller ønske.

53 Dette krav og dette ønske var således udtrykt i bilaget til udbudsbetingelserne, som omfattede en »Kravprofil«, som tilbudsgiverne i overensstemmelse med underkapitel 5.2., afsnit 1, i disse betingelser skulle opfylde, således som den var formuleret heri. Punkt 31 og 35 i nævnte kravprofil henviste udtrykkeligt og uden forbehold til mærkerne EKO og MAX HAVELAAR og udelukkede ethvert alternativ, idet fremlæggelse heraf i øvrigt ikke var tilladt i henhold til underkapitel 3.4 i udbudsbetingelserne. Under disse omstændigheder kan det ikke anerkendes, at det af angivelsen, som er meget lidt præcis med hensyn til sin rækkevidde, og hvorefter »[et] centralt punkt er provinsen Noord-Hollands bestræbelser på at udvide anvendelsen af økologiske fair trade-produkter i kaffeautomater« i del II, punkt 1.5, i udbudsbekendtgørelsen og i underkapitel 1.3 i udbudsbetingelserne – dvs. uden for de dele af udbudsdokumenterne, som vedrører den ordregivende myndigheds krav og ønsker – følger, at det omhandlede krav og det omhandlede ønske samlet henviser til den omstændighed, at de omhandlede produkter var økologiske produkter og fair trade-produkter.

54 For det andet kan de præciseringer, som efterfølgende er blevet foretaget af informationsmeddelelsens punkt 11 og 12, hvorefter henvisningen til mærkerne EKO og MAX HAVELAAR i forbindelse med dette krav og dette ønske også sigtede til tilsvarende mærker, dvs. mærker baseret på identiske eller sammenlignelige tildelingskriterier, ikke tages i betragtning på grundlag af artikel 39, stk. 2, i direktiv 2004/18.

55 Selv om, som generaladvokaten har anført i punkt 71 i forslaget til afgørelse, de supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne og de supplerende dokumenter, der er omhandlet i denne bestemmelse, kan kaste lys over visse punkter eller give visse oplysninger, kan de ikke, end ikke ved rettelser, ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, således som disse betingelser er blevet formuleret i

udbudsbetingelserne, og som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure. Dette følger både af anvendelsen i nævnte artikel 39, stk. 2, af udtrykkene »supplerende oplysninger« og af den korte frist, nemlig seks dage, mellem meddelelsen af sådanne oplysninger og fristen for modtagelse af bud i henhold til denne bestemmelse.

56 Det bemærkes herved, at princippet om ligebehandling og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, kræver, at offentlige kontrakters genstand samt kriterierne for deres tildeling defineres klart lige fra begyndelsen af procedurerne for indgåelse heraf (jf. i denne retning dom af 10.12.2009, sag C-299/08, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 11587, præmis 41 og 43).

57 Det må derfor konstateres, at de udbudsdokumenter, som fastsætter kontraktens genstand og kriterierne for dens tildeling, dels pålagde, at den kaffe og te, som skulle leveres, var udstyret med mærkerne EKO og MAX HAVELAAR, dels indeholdt et ønske om, at de ingredienser, som skulle leveres, var udstyret med de samme mærker.

B – *Om det første anbringende om en tilsidesættelse af artikel 23, stk. 6 og 8, i direktiv 2004/18 hvad angår de tekniske specifikationer vedrørende den kaffe og te, som skulle leveres*

58 Det første anbringende, som Kommissionen har påberåbt sig, vedrører kravet nævnt i punkt 31 i bilag A til udbudsbetingelserne, hvorefter »[p]rovinsen Noord-Holland […] for så vidt angår kaffe og te [anvender] mærkerne MAX HAVELAAR og EKO«.

1. Om det første anbringendes første led om en tilsidesættelse af artikel 23, stk. 6, i direktiv 2004/18 hvad angår anvendelsen af mærket EKO i forbindelse med de tekniske specifikationer vedrørende den kaffe og te, som skulle leveres

a) Parternes argumenter

59 Med det første anbringendes første led har Kommissionen i det væsentlige anført, at kravet om, at den kaffe og te, som skulle leveres, skulle være udstyret med mærket EKO eller med et andet tilsvarende mærke, dvs. et mærke, som viser, at der er tale om økologiske produkter, fastlægger krævede egenskaber ved de omhandlede produkter og således udgør en teknisk specifikation, der er underlagt artikel 23 i direktiv 2004/18. Artikel 23, stk. 6, som under visse betingelser tillader anvendelse af et miljømærke såsom EKO i forbindelse med fastsættelsen af miljøegenskaber, tillod imidlertid ikke at foreskrive et miljømærke som sådant.

60 Ifølge Kongeriget Nederlandene henviste mærket EKO, fordi det var meget kendt blandt erhvervsdrivende i den pågældende sektor, i disse erhvervsdrivendes bevidsthed utvetydigt til økologiske produkter, under henvisning, på det tidspunkt, hvor udbudsdokumenterne blev udarbejdet, til forordning nr. 2092/91. Under alle omstændigheder ville en sædvanligt påpasselig interesseret erhvervsdrivende nemt på internettet kunne finde en beskrivelse af kriterierne vedrørende dette mærke eller ville have kunnet stillet den ordregivende myndighed spørgsmål herom. Det er således urealistisk, at angivelsen af mærket EKO skulle indebære en risiko for en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling, med den begrundelse, at en potentiel tilbudsgiver, fordi han ikke forstod denne angivelse, ikke ville interesse sig for det omtvistede udbud eller forsinkes med hensyn til sin beslutning.

b) Domstolens bemærkninger

61 Indledningsvis bemærkes, at det for det første følger af artikel 23, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/18, at de tekniske specifikationer kan affattes som en angivelse af funktionsdygtighed eller funktionelle krav, som kan omfatte miljøegenskaber. I henhold til 29. betragtning til dette direktiv kan en given

produktionsmetode udgøre en sådan miljøegenskab. Mærket EKO, for så vidt som det er baseret på miljøegenskaber og opfylder betingelserne opregnet i artikel 23, stk. 6, i direktiv 2004/18, udgør derfor et »miljømærke« som omhandlet i denne bestemmelse, hvilket er ubestridt blandet parterne. Ved at give udtryk for et krav med hensyn til en egenskab ved den te og kaffe, som skulle leveres, i forhold til dette mærke, har provinsen Noord-Holland for det andet herved fastsat en teknisk specifikation. Det er således i lyset af sidstnævnte bestemmelse, at dette led af det første anbringende skal undersøges.

62 Det bemærkes, at i henhold til artikel 2 i direktiv 2004/18, som fastsætter principperne for indgåelse af offentlige kontakter, overholder de ordregivende myndigheder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde. Disse principper er særlig vigtige hvad angår de tekniske specifikationer, når henses dels til risikoen for forskelsbehandling forbundet med valget af disse, dels til den måde, hvorpå de formuleres. Det understreges således i artikel 23, stk. 2 og 3, litra b), i direktiv 2004/18 og i sidste sætning i 29. betragtning hertil, at de tekniske specifikationer skal give tilbudsgiverne lige muligheder, og de må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for konkurrence med hensyn til offentlige kontrakter, at de skal være så præcise, at tilbudsgiverne kan identificere kontraktens genstand, og de ordregivende myndigheder tildele kontrakten, og at de bør være klart angivet, således at alle tilbudsgivere er klar over, hvad de krav, som de ordregivende myndigheder har stillet, omfatter. Det er navnlig i lyset af disse betragtninger, at artikel 23, stk. 6, i direktiv 2004/18 skal fortolkes.

63 Det følger af første afsnit i denne bestemmelse, at hvad angår kravene vedrørende miljøegenskaber giver denne bestemmelse de ordregivende myndigheder beføjelse til at anvende detaljerede specifikationer for et miljømærke, men ikke til at anvende et miljømærke som sådant. De krav om præcision, som er indeholdt i artikel 23, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/18, hvortil der henvises i artikel 23, stk. 6, og som er udtrykkeligt nævnt i sidste sætning i 29. betragtning til direktivet, er til hinder for en udvidende fortolkning af nævnte bestemmelse.

64 I henhold til artikel 23, stk. 6, andet afsnit, kan de ordregivende myndigheder med henblik på at gøre det nemmere at undersøge overholdelsen af et sådant krav ganske vist angive, at de varer, der er forsynet med et miljømærke, hvis detaljerede specifikationer de har anvendt, anses for at opfylde de omhandlede tekniske specifikationer. Dette afsnit udvider imidlertid ikke rækkevidden af første afsnit i nævnte artikel 23, stk. 6, idet det kun tillader en sekundær anvendelse af selve miljømærket som bevis for, at »de tekniske specifikationer, der er fastlagt i udbudsbetingelserne«, er opfyldt.

65 I henhold til artikel 23, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 2004/18 skal de ordregivende myndigheder således acceptere ethvert andet passende bevis såsom teknisk dokumentation fra fabrikanten eller en prøvningsrapport fra et anerkendt organ.

66 Det bemærkes endvidere, at hvis – som Kongeriget Nederlandene har anført – den ordregivende myndighed med rette kan forvente af interesserede erhvervsdrivende, at de er rimeligt velinformerede og normalt påpasselige, forudsætter en sådan berettiget forventning imidlertid, at den ordregivende myndighed selv har affattet sine krav tydeligt (jf. i denne retning dom af 22.4.2010, sag C-423/07, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 3429, præmis 58). En sådan forventning kan så meget desto mindre påberåbes for at fritage de ordregivende myndigheder for deres forpligtelser i henhold til direktiv 2004/18.

67 Langt fra at udgøre overdreven formalisme er den ordregivende myndigheds pligt til udtrykkeligt at angive de detaljerede miljøegenskaber, som den tilsigter at pålægge – selv når den anvender egenskaber, der er fastsat ved et miljømærke – endvidere uundværlig for at sætte potentielle tilbudsgivere i stand til at henvise til et enkelt officielt dokument fra den ordregivende myndighed selv. Herved undgås det, at potentielle tilbudsgivere udsættes for usikkerhedsmomenter forbundet med at søge oplysninger og mulige variationer over tid af kriterierne vedrørende et hvilket som helst miljømærke.

68 Det bemærkes desuden, at den af Kongeriget Nederlandene fremsatte indsigelse om, at eftersom mærket EKO vedrører den økologiske oprindelse af de produkter, som er udstyret med dette mærke, ville angivelsen af detaljerede egenskaber have krævet en opregning af samtlige krav i forordning nr. 2092/91, hvilket ville have været meget mindre klart end en henvisning til dette mærke, ikke er relevant. Direktiv 2004/18 er således i princippet ikke til hinder for, at der i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne henvises til love eller administrative bestemmelser vedrørende visse tekniske specifikationer, når en sådan henvisning i praksis er uundgåelig, forudsat at den ledsages af samtlige de supplerende angivelser, som eventuelt kræves i henhold til dette direktiv (jf. analogt dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 64 og 65). Eftersom markedsføring i EU af økologiske landbrugsprodukter, som præsenteres som sådanne, skal overholde EU-lovgivningen på området, kan en ordregivende myndighed således i givet fald uden at tilsidesætte begrebet »teknisk specifikation« som omhandlet i punkt 1, litra b), i bilag VI til direktiv 2004/18 eller i samme direktivs artikel 23, stk. 3, i udbudsbetingelserne angive, at det produkt, som skal leveres, skal være i overensstemmelse med forordning nr. 2092/91 eller senere forordninger, som erstatter denne.

69 Hvad angår den senere præcisering af informationsmeddelelsens punkt 11, hvorefter henvisningen til mærket EKO også omfattede et tilsvarende mærke, skal det understreges, ud over hvad der er anført i denne doms præmis 54-56, at en sådan præcisering under alle omstændigheder ikke kan opveje den manglende fastlæggelse af de detaljerede tekniske specifikationer for det omhandlede mærke.

70 Det følger af de ovenstående betragtninger, at provinsen Noord-Holland ved i udbudsbetingelserne at opstille krav om, at visse produkter, som skulle leveres, var udstyret med et bestemt miljømærke, frem for at anvende de detaljerede specifikationer, som er fastsat ved dette miljømærke, har fastsat en teknisk specifikation, der er uforenelig med artikel 23, stk. 6, i direktiv 2004/18. Det første anbringendes første led er derfor velbegrundet.

2. Om det første anbringendes andet led om en tilsidesættelse af artikel 23, stk. 8, i direktiv 2004/18 hvad angår anvendelsen af mærket MAX HAVELAAR i forbindelse med de tekniske specifikationer vedrørende den kaffe og te, som skulle leveres

a) Parternes argumenter

71 Med det første anbringendes andet led har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at kravet om, at den kaffe og te, som skulle leveres, skulle være udstyret med mærket MAX HAVELAAR eller et andet tilsvarende mærke, dvs. et mærke, som viser, at der er tale om økologiske produkter, fastlægger krævede egenskaber ved de omhandlede produkter og således udgør en teknisk specifikation, der er underlagt artikel 23 i direktiv 2004/18. Dette krav er imidlertid i strid med artikel 23, stk. 8, hvorefter de tekniske specifikationer i princippet ikke må »angive […] en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces [eller] […] henvise til et bestemt mærke, […] en bestemt oprindelse eller til en bestemt produktion med det resultat, at visse virksomheder eller produkter favoriseres eller elimineres«, idet nævnte mærke, som svarer til et registreret varemærke, er omfattet af hver af disse kategorier.

72 Kongeriget Nederlandene har principalt bestridt, at de kriterier, som tildelingen af mærket MAX HAVELAAR er baseret på, kan udgøre krav i forhold til fremstillingsprocessen eller metoden, og har anført, at der var tale om sociale betingelser, som finder anvendelse på køb af de produkter, som skulle leveres inden for rammerne af udførelsen af den omtvistede kontrakt, som er omfattet af begrebet »Betingelser vedrørende kontraktens udførelse« som omhandlet i artikel 26 i direktiv 2004/18. Dersom det antages, at kravet vedrørende dette mærke udgjorde en teknisk specifikation, bestrider Kongeriget Nederlandene subsidiært, at dette direktivs artikel 23, stk. 8, fandt anvendelse.

b) Domstolens bemærkninger

73 Som anført i denne doms præmis 37 anvendes mærket MAX HAVELAAR til at beskrive fair trade-produkter, som er købt fra organisationer, som består af små producenter fra udviklingslande til en fordelagtig pris og på fordelagtige betingelser i forhold til dem, som bestemmes af markedskræfterne. Det fremgår af sagsakterne, at dette mærke er baseret på fire kriterier, nemlig at den pris, som betales, skal dække alle omkostninger og omfatte en supplerende præmie i forhold til markedsprisen, at produktionen skal være finansieret på forhånd, og at der mellem importøren og producenterne skal bestå langvarende handelsrelationer.

74 Det må konstateres, at sådanne kriterier ikke svarer til definitionen af tekniske specifikationer i punkt 1, litra b), i bilag VI til direktiv 2004/18, eftersom denne definition udelukkende vedrører egenskaberne ved selve produkterne, deres fremstilling, emballering eller anvendelse og ikke betingelserne, under hvilke leverandøren har købt dem fra producenten.

75 Overholdelsen af disse kriterier er derimod omfattet af begrebet »Betingelser vedrørende kontraktens udførelse« som omhandlet i dette direktivs artikel 26.

76 I henhold til denne bestemmelse kan betingelserne vedrørende kontraktens udførelse navnlig handle om sociale hensyn. Et krav om, at den te og kaffe, som skal leveres, kommer fra små producenter fra udviklingslande, med hvilke der er indgået handelsrelationer, som er til deres fordel, henhører under sådanne hensyn. Det er derfor i lyset af nævnte artikel 26, at lovligheden af en sådan betingelse skal efterprøves.

77 Det må imidlertid konstateres, at Kommissionen i forbindelse med den omtvistede procedure såvel som i stævningen har kritiseret den omhandlede bestemmelse i udbudsbetingelserne udelukkende på grundlag af artikel 23, stk. 8, i direktiv 2004/18 og først på tidspunktet for replikken har gjort gældende, at den i denne forbindelse fremsatte argumentation finder anvendelse mutatis mutandis på en betingelse om udførelse reguleret ved direktivets artikel 26.

78 Eftersom genstanden for et søgsmål, som anlægges i henhold til artikel 258 TEUF, fastlægges i den administrative procedure, som er hjemlet ved denne bestemmelse, skal søgsmålet støttes på de samme grunde og anbringender som den begrundede udtalelse, således at er et klagepunkt ikke blevet fremsat i den begrundede udtalelse, kan det ikke antages til realitetsbehandling under proceduren for Domstolen (jf. i denne retning dom af 9.2.2006, sag C-305/03, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 1213, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

79 Det første anbringendes andet led skal følgelig afvises.

C – Om det tredje anbringende om en tilsidesættelse af artikel 53, stk. 1, i direktiv 2004/18 hvad angår kriterierne for tildeling vedrørende de ingredienser, som skulle leveres

80 Det tredje anbringende er forbundet med det første anbringende, idet Kommissionen også her henviser til anvendelsen i udbudsdokumenterne af mærkerne EKO og MAX HAVELAAR, men som tildelingskriterier som omhandlet i artikel 53 i direktiv 2004/18.

81 Indledningsvis bemærkes, at som det blev fastslået i denne doms præmis 51-57 hvad angår de udbudsdokumenter, som fastsætter kriterierne for tildeling af kontrakten, har provinsen Noord-Holland fastsat et tildelingskriterium, som består i, at de ingredienser, som skal leveres, er udstyret med mærkerne EKO og/eller MAX HAVELAAR.

1. Parternes argumenter

82 Kommissionen har i det væsentlige anført, at et sådant tildelingskriterium er i strid med artikel 53 i direktiv 2004/18 af to grunde. For det første har det ingen forbindelse til kontraktens genstand for så vidt som de kriterier, som ligger bag mærkerne EKO og MAX HAVELAAR, ikke vedrører selve de produkter, som skal leveres, men tilbudsgivernes generelle politik alene hvad angår mærket MAX HAVELAAR. For det andet er

nævnte tildelingskriterium ikke foreneligt med kravene om lige adgang, forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighed, og bevirker, at potentielle tilbudsgivere, som ikke er nederlandske, og som ikke råder over mærkerne EKO og/eller MAX HAVELAAR til deres produkter, stilles ringere.

83 Ifølge Kongeriget Nederlandene er det omtvistede tildelingskriterium gennemsigtigt, objektivt og ikke udtryk for forskelsbehandling. De nævnte mærker er således velkendte blandt de erhvervsdrivende i den pågældende sektor, de er baseret på bagvedliggende kriterier, som enten følger af EU-lovgivningen på området for økologisk fremstilling af landbrugsprodukter (hvad angår mærket EKO), eller fastsættes af det organ, som tildeler mærket, og de er potentielt tilgængelige for alle interesserede erhvervsdrivende (hvad angår mærket MAX HAVELAAR), og en normalt påpasselig potentiel tilbudsgiver kan under alle omstændigheder nemt søge oplysninger om de nævnte bagvedliggende kriterier. Desuden opstiller direktiv 2004/18 med hensyn til tildelingskriterier ikke de samme krav som vedrørende tekniske specifikationer som fastsat i dette direktivs artikel 23, hvilket er logisk, eftersom det ikke kræves, at alle tilbudsgivere kan opfylde et tildelingskriterium. Endelig har det omtvistede tildelingskriterium forbindelse til kontraktens genstand, som navnlig vedrører levering af økologiske produkter og fair trade-produkter, og opfyldelsen af dette krav vedrørte en kvalitativ egenskab ved buddene, som gjorde det muligt at bedømme forholdet mellem kvalitet og pris hvad angår buddene.

2. Domstolens bemærkninger

84 Det bemærkes for det første, at det følger af artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18, at når – som i den foreliggende sag – en ordregivende myndighed beslutter at tildele en kontrakt til en tilbudsgiver, som fremlægger det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra denne myndigheds synspunkt, skal myndigheden basere sig på diverse kriterier, som det tilkommer den at fastsætte under overholdelse af kravene i dette direktiv, idet denne bestemmelse, som det fremgår af anvendelsen af udtrykket »f.eks«, indeholder en ikke-udtømmende opregning af mulige kriterier.

85 Artikel 53 i direktiv 2004/18 uddybes i 46. betragtning til direktivet, hvis tredje og fjerde afsnit præciserer, at tildelingskriterierne i princippet ikke kun kan være økonomiske, men også kvalitative. Blandt de eksempler, som er nævnt i artikel 53, stk. 1, litra a), er således bl.a. miljøegenskaber. Som generaladvokaten har anført i punkt 103 i forslaget til afgørelse, fremgår det endvidere af fjerde afsnit i denne betragtning, at »[…] en ordregivende myndighed [kan] anvende kriterier, der skal opfylde sociale krav, navnlig svarende til behov – som defineret i kontraktspecifikationerne – hos særligt ugunstigt stillede befolkningsgrupper, hvortil hører modtagerne/brugerne af de bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten«. Det må derfor anerkendes, at de ordregivende myndigheder også kan vælge tildelingskriterier, som er baseret på sociale hensyn, og som kan vedrøre brugerne eller modtagerne af de bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten, men også andre personer.

86 For det andet pålægger artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18, at tildelingskriterierne skal have forbindelse til kontraktens genstand. Det præciseres herved i tredje afsnit i 46. betragtning til direktivet, at »[d]isse kriterier fastsættes ud fra kontraktgenstanden, idet de skal gøre det muligt at vurdere de enkelte tilbuds resultatniveau i forhold til kontraktgenstanden som defineret i de tekniske specifikationer og at måle forholdet mellem kvalitet og pris for hvert tilbud«, idet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« er det, »der indebærer det bedste forhold mellem kvalitet og pris«.

87 For det tredje kræver overholdelsen af principperne om lighed, forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighed, som det fremgår af første og fjerde afsnit i denne betragtning, at tildelingskriterierne er objektive, hvilket sikrer, at sammenligningen og bedømmelsen af buddene sker på objektiv vis og på reelle konkurrencevilkår. Dette er ikke tilfældet for kriterier, som giver den ordregivende myndighed et ubetinget frit valg (jf. hvad angår tilsvarende bestemmelser i tidligere direktiver end direktiv 2004/18, dom af 17.9.2002, sag C-513/99, Concordia Bus Finland, Sml. I, s. 7213, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis).

88 For det fjerde og sidste bemærkes, at som understreget i andet afsnit i nævnte betragtning følger det af de samme principper, at den ordregivende myndighed på alle stadier af en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt skal overholde såvel princippet om ligebehandling af de potentielle bydende som princippet om gennemsigtighed for så vidt angår tildelingskriterierne, der skal være affattet således, at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende at kende rækkevidden heraf og således fortolke dem på samme måde (jf. navnlig hvad angår tilsvarende bestemmelser i tidligere direktiver end direktiv 2004/18 navnlig dom af 4.12.2003, sag C-448/01, EVN og Wienstrom, Sml. I, s. 14527, præmis 56-58).

89 Med henblik på at vurdere berettigelsen af klagepunktet om en manglende tilstrækkelig forbindelse mellem det omtvistede tildelingskriterium og kontraktsgenstanden er det for det første nødvendigt at tage hensyn til de bagvedliggende kriterier for mærkerne EKO og MAX HAVELAAR. Som det fremgår af denne doms præmis 34 og 37, kendetegner disse bagvedliggende kriterier produkter, som er henholdsvis økologiske og fair trade. Hvad angår den økologiske fremstillingsmetode, således som reguleret i EU-retten, dvs. på det relevante tidspunkt i denne sag forordning nr. 2092/91, fremgår det af anden og niende betragtning til denne forordning, at denne produktionsmetode tilgodeser beskyttelsen af miljøet, navnlig fordi den indebærer væsentlige begrænsninger med hensyn til anvendelsen af gødningsstoffer og pesticider. Hvad angår fair trade fremgår det af nævnte præmis 37, at de kriterier, som pålægges af den fond, som tildeler mærket MAX HAVELAAR, tilsigter at tilgodese små producenter i udviklingslandene ved med disse at opretholde handelsrelationer, som tager hensyn til disse producenters reelle behov og ikke blot til markedskræfterne. Det følger heraf, at det omtvistede tildelingskriterium vedrørte miljøegenskaber og sociale egenskaber, som er omfattet af artikel 53, stk.1, litra a), i direktiv 2004/18

90 Det må desuden konstateres, at i overensstemmelse med den beskrivelse af kontrakten, som er indeholdt i underkapitel 1.4 i udbudsbetingelserne, vedrørte denne kontrakt navnlig levering af kaffe, te og andre ingredienser, som var nødvendige for fremstilling af de drikkevarer, som var indeholdt i automaterne. Det følger desuden af fastsættelsen af det omtvistede tildelingskriterium, at dette udelukkende vedrørte de ingredienser, som skulle leveres inden for rammerne af nævnte kontrakt, og på ingen måde vedrørte tilbudsgivernes almindelige indkøbspolitik. Disse kriterier vedrørte således produkter, hvis levering udgjorde en del af nævnte kontrakts genstand.

91 Endelig bemærkes, at som det fremgår af punkt 110 i generaladvokatens forslag til afgørelse, kræves det ikke, at et tildelingskriterium vedrører en særlig egenskab ved et produkt, dvs. et element, som materielt indgår heri. Domstolen fastslog således i præmis 34 i dommen i sagen EVN og Wienstrom, at EU-bestemmelserne om offentlige kontrakter ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed i forbindelse med en kontrakt, der vedrører levering af elektricitet, anvender et tildelingskriterium, der kræver elektricitet, som er produceret på grundlag af vedvarende energikilder. Der er således i princippet intet til hinder for, at et sådant kriterium omhandler det forhold, at et produkt er et fair trade-produkt.

92 Det må således konstateres, at der mellem det omtvistede tildelingskriterium og genstanden for den omhandlede kontrakt er den forbindelse, som kræves i artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18, således at det af Kommissionen fremsatte klagepunkt herom ikke kan tages til følge.

93 Hvad angår klagepunktet om, at provinsen Noord-Holland har fastsat besiddelse af bestemte mærker som tildelingskriterium, bemærkes, at det følger af punkt 35 i bilag A til udbudsbetingelserne, at den ordregivende myndighed havde fastsat, at den omstændighed, at de ingredienser, som skulle leveres, var udstyret med mærkerne EKO og/eller MAX HAVELAAR, ville resultere i tildelingen af et vist antal point i forbindelse med klassificeringen af konkurrerende bud med henblik på tildeling af kontrakten. Denne betingelse skal undersøges i lyset af kravene om klarhed og objektivitet, som påhviler de ordregivende myndigheder i denne forbindelse.

94 Hvad specifikt angår anvendelsen af mærker har EU-lovgiver givet visse præcise indikationer med hensyn til, hvad disse krav indebærer særligt vedrørende de tekniske specifikationer. Som det fremgår af denne doms præmis 62-65, har lovgiver efter i artikel 23, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/18 at have understreget, at disse specifikationer skal være så præcise, at tilbudsgiverne kan identificere kontraktens genstand, og de ordregivende myndigheder tildele kontrakten, i artikel 23, stk. 6, tilladt de ordregivende myndigheder at anvende de detaljerede bagvedliggende kriterier for et miljømærke for at fastsætte visse egenskaber ved et produkt, men ikke fastsætte et miljømærke som teknisk specifikation, idet dette kun kan anvendes som en formodning for, at produkter, som er udstyret med mærket, opfylder de således fastsatte egenskaber med udtrykkeligt forbehold for ethvert andet passende bevis.

95 I modsætning til hvad Kongeriget Nederlandene har anført, er der intet holdepunkt for at antage, at principperne om lighed, forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighed har andre konsekvenser, når der er tale om tildelingskriterier, som også udgør grundlæggende betingelser for en offentlig kontrakt, eftersom de vil være afgørende for valget af det bud, som vælges blandt de bud, som opfylder de krav, som den ordregivende myndighed har udtrykt inden for rammerne af de tekniske specifikationer.

96 Hvad angår den præcisering, som senere blev foretaget af informationsmeddelelsens punkt 12, hvorefter henvisningen til mærkerne EKO og MAX HAVELAAR også omfattede tilsvarende mærker, skal det, ud over hvad der er anført i denne doms præmis 54-56, understreges, at en sådan præcisering under alle omstændigheder ikke kan opveje den manglende præcisering af de bagvedliggende kriterier for de omhandlede mærker.

97 Det følger af samtlige de foregående betragtninger, at provinsen Noord-Holland ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at den omstændighed, at visse af de produkter, som skulle leveres, var udstyret med mærkerne EKO og/eller MAX HAVELAAR, ville resultere i tildelingen af et vist antal point i forbindelse med valget af det mest økonomisk fordelagtige bud, uden at have opregnet de bagvedliggende kriterier for disse mærker eller tilladt, at det ved ethvert passende bevis blev godtgjort, at et produkt opfyldte disse bagvedliggende kriterier, har fastsat et tildelingskriterium, der er uforeneligt med artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18. Det tredje anbringende skal derfor i denne henseende tages til følge.

D – *Om det andet anbringende om en tilsidesættelse af artikel 2, artikel 44, stk. 2, og artikel 48 i direktiv 2004/18 hvad angår kravet om overholdelse af kriterierne for »bæredygtigt indkøb« og »socialt ansvarlig adfærd«*

98 Det andet anbringende, som omfatter tre led, vedrører kravet i underkapitel 4.4, afsnit 4, punkt 2, i udbudsbetingelserne, hvorefter tilbudsgiveren i det væsentlige skal overholde »kriterierne for bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar« navnlig ved at medvirke til at forbedre bæredygtigheden på kaffemarkedet og til en miljøteknisk, socialt og økonomisk set forsvarlig kaffeproduktion, idet tilbudsgiverne er blevet opfordret til at angive, hvorledes de opfylder de nævnte kriterier.

1. Parternes argumenter

99 Med dette anbringendes første led har Kommissionen gjort gældende, at nævnte krav udgør et minimumskriterium for teknisk formåen, som er i strid med artikel 44, stk. 2, første afsnit, og artikel 48 i direktiv 2004/18, i det omfang det er uforeneligt med de kriterier, som er fastsat i sidstnævnte artikel, som indfører et lukket system. Kongeriget Nederlandene har principalt gjort gældende, at dette krav i realiteten udgør en betingelse vedrørende kontraktens udførelse, som er reguleret i dette direktivs artikel 26. Subsidiært har Kongeriget Nederlandene anført, at nævnte krav indgår i det system, som er indført med nævnte artikel 48, under henvisning til artikel 48, stk. 2, litra c), som vedrører en beskrivelse af det tekniske udstyr og de foranstaltninger, leverandøren eller tjenesteyderen

har truffet til sikring af kvaliteten, samt af virksomhedens undersøgelses- og forskningsfaciliteter. Med samme krav har tilbudsgiverne kunnet vise, at de var i stand til at udføre kontrakten ved at opfylde høje kvalitative kriterier.

100 Dette anbringendes andet led, som vedrører en tilsidesættelse af artikel 44, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/18, omhandler en manglende, eller i det mindste utilstrækkelig, sammenhæng mellem det omtvistede krav og genstanden for den omhandlede kontrakt, hvilket den sagsøgte medlemsstat har bestridt, eftersom det er medlemsstatens opfattelse, at bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar hænger sammen med en kontrakt, som bl.a. vedrører levering af kaffe og te, som udgør økologiske produkter og fair trade-produkter.

101 Med nævnte anbringendes tredje led har Kommissionen gjort gældende, at der er tale om en tilsidesættelse af artikel 2 i direktiv 2004/18, idet udtrykkene »bæredygtigt indkøb og »virksomheders sociale ansvar« ikke er tilstrækkeligt klare. Ifølge Kongeriget Nederlandene er dette ikke tilfældet, eftersom disse udtryk kan forstås af enhver normalt informeret erhvervsdrivende og desuden er omfattende beskrevet på internettet.

2. Domstolens bemærkninger

a) Kvalificeringen af den pågældende bestemmelse i udbudsbetingelserne

102 Parterne er ikke enige med hensyn til kvalificeringen af det omtvistede krav, hvorefter tilbudsgiverne skal overholde »kriterierne for bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar« navnlig ved at medvirke til at forbedre bæredygtigheden på kaffemarkedet og til en miljøteknisk, socialt og økonomisk set forsvarlig kaffeproduktion. Kommissionen har anført, at dette krav vedrørte tilbudsgivernes generelle politik og således angik deres tekniske og faglige formåen som omhandlet i artikel 48 i direktiv 2004/18. Ifølge Kongeriget Nederlandene fandt nævnte krav derimod anvendelse på den omtvistede kontrakt, således at der var tale om en betingelse vedrørende kontraktens udførelse som omhandlet i dette direktivs artikel 26.

103 Sidstnævnte opfattelse kan ikke tiltrædes. Den omtvistede bestemmelse var således indeholdt i fjerde afsnit i underkapitel 4.4 i udbudsbetingelserne med overskriften »Krav med hensyn til egnethed/minimumskriterier«, hvilket svarer til terminologien anvendt i overskriften til og i artikel 44, stk. 2, i direktiv 2004/18, som henviser til direktivets artikel 47 og 48 med overskrifterne henholdsvis »Økonomisk og finansiel formåen« og »Teknisk og/eller faglig formåen«. De tre første afsnit i samme underkapitel vedrørte i øvrigt de minimumskriterier, som den ordregivende myndighed krævede med hensyn til omsætning, dækning af erhvervsmæssige risici og tilbudsgivernes erfaring, dvs. elementer, som udtrykkeligt fremgår af nævnte artikel 47 og 48. Desuden var »egnethedskravene« defineret i indledningen til udbudsbetingelserne som krav udtrykt enten i form af udelukkelsesgrunde eller som minimumskriterier, som tilbudsgiveren skulle opfylde, for at hans bud blev taget i betragtning, således at de forekom at være adskilte fra selve buddet. Endelig var det omhandlede krav formuleret generelt og ikke specifikt i forhold til den omtvistede kontrakt.

104 Det følger af disse betragtninger, at potentielle tilbudsgivere ikke har kunnet forstå dette krav på anden måde end som en henvisning til et minimumskriterium for faglig formåen som omhandlet i artikel 44, stk. 2, og artikel 48 i direktiv 2004/18. Det er således i lyset af disse bestemmelser, at lovligheden af nævnte krav skal undersøges.

b) Den påståede tilsidesættelse af artikel 44, stk. 2, og artikel 48 i direktiv 2004/18

105 Som det fremgår af artikel 48, stk. 1 og 6, i direktiv 2004/18, indeholder artikel 48 en udtømmende opregning af de elementer, på grundlag af hvilke den ordregivende myndighed kan vurdere og efterprøve tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen. Selv om den ordregivende myndighed i

henhold til artikel 44, stk. 2, i direktiv 2004/18 kan kræve minimumskriterier for egnethed, som en tilbudsgiver skal opfylde, for at hans bud tages i betragtning med henblik på tildeling af kontrakten, kan disse kriterier i medfør af artikel 44, stk. 2, første afsnit, kun fastsættes under henvisning til de elementer, der er opregnet i nævnte artikel 48, hvad angår teknisk og faglig formåen.

106 I modsætning til hvad Kongeriget Nederlandene har anført, er kravet om overholdelse af »kriterierne om bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar« ikke knyttet til nogen af disse elementer.

107 Navnlig kan de oplysninger, som kræves i medfør af dette krav, nemlig angivelsen af »[p]å hvilken måde [tilbudsgiveren] opfylder […] kriterierne for bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar og medvirker til at forbedre bæredygtigheden på kaffemarkedet og til en miljøteknisk, socialt og økonomisk set forsvarlig kaffeproduktion«, ikke sidestilles med en »beskrivelse af det tekniske udstyr og de foranstaltninger, leverandøren eller tjenesteyderen har truffet til sikring af kvaliteten, samt af virksomhedens undersøgelses- og forskningsfaciliteter« som omhandlet i artikel 48, stk. 2, litra c), i direktiv 2004/18. Udtrykket »kvalitet«, som ikke blot anvendes i denne bestemmelse, men også i litra b), d) og j) i artikel 48, stk. 2, henviser i forbindelse med nævnte artikel 48 til den tekniske kvalitet af tjenesteydelser eller leveringer, som minder om de tjenesteydelser eller leveringer, som udgør den omhandlede kontraktsgenstand, idet den ordregivende myndighed har ret til at kræve af tilbudsgiverne, at de giver oplysning om den måde, hvorpå de kontrollerer og sikrer kvaliteten af disse tjenesteydelser eller leveringer, i det omfang det er foreskrevet i disse bestemmelser.

108 Det følger af de foregående betragtninger, at provinsen Noord-Holland ved som egnethedskriterier og minimumskriterier for egnethed fastsat i udbudsbetingelserne at opstille en betingelse om, at tilbudsgiverne overholder kriterierne om bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar og angiver, på hvilken måde de opfylder disse kriterier og medvirker til at forbedre bæredygtigheden på kaffemarkedet og til en miljøteknisk, socialt og økonomisk set forsvarlig kaffeproduktion, har fastsat et minimumskriterium for teknisk formåen, som ikke er tilladt i henhold til artikel 44, stk. 2, og artikel 48 i direktiv 2004/18. Det andet anbringendes første led er derfor velbegrundet.

c) Den påståede tilsidesættelse af artikel 2 i direktiv 2004/18

109 Gennemsigtighedsprincippet indebærer, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at det på den ene side gøres muligt for alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige bydende at forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde, og at der på den anden side gives den ordregivende myndighed mulighed for effektivt at efterprøve, om de afgivne bud opfylder de kriterier, der regulerer den pågældende kontrakt (jf. navnlig dom af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801).

110 Som generaladvokaten har anført i punkt 146 i forslaget til afgørelse, må det konstateres, at kravene vedrørende overholdelse af »kriterierne om bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar« samt om at »medvirke til en miljøteknisk, socialt og økonomisk set forsvarlig kaffeproduktion« ikke er formuleret klart, præcist og utvetydigt, således at enhver rimeligt oplyst og sædvanligt påpasselig bydende klart og fuldstændigt forstår, hvilke kriterier der er omfattet af disse krav. Det samme gør sig så meget desto mere gældende med hensyn til kravet om, at tilbudsgiverne i deres bud angiver, »på hvilken måde [de] opfylder […]« de nævnte kriterier, eller »i hvilket omfang [de] medvirker« til at virkeliggøre de af den ordregivende myndighed opstillede mål med hensyn til kaffemarkedet og kaffeproduktionen, uden at give dem nogen præcis indikation hvad angår de oplysninger, som de skal fremlægge.

111 Provinsen Noord-Holland har derfor ved i de omtvistede udbudsbetingelser at pålægge tilbudsgiverne at opfylde »kriterierne for bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar« og »medvirke[…] til at forbedre bæredygtigheden på kaffemarkedet og til en miljøteknisk, socialt og økonomisk set

forsvarlig kaffeproduktion« og i deres bud at angive, »[p]å hvilken måde [de] opfylder […]« de nævnte kriterier, eller »i hvilket omfang [de] medvirker« til at virkeliggøre de mål, som en ordregivende myndighed har opstillet med hensyn til kaffemarkedet og kaffeproduktionen, fastsat en bestemmelse, som ikke overholder gennemsigtighedsforpligtelsen fastsat i artikel 2 i direktiv 2004/18.

112 Det følger derfor af samtlige de foregående betragtninger, at Kongeriget Nederlandene har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til de nedenstående artikler, idet provinsen Noord-Holland inden for rammerne af tildelingen af en kontrakt om levering og drift af kaffeautomater, offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 16. august 2008,

— har fastsat en teknisk specifikation, som er uforenelig med artikel 23, stk. 6, i direktiv 2004/18, ved at opstille krav om, at visse produkter, som skulle leveres, var udstyret med et bestemt miljømærke, frem for at anvende detaljerede specifikationer

— har fastsat tildelingskriterier, der er uforenelige med dette direktivs artikel 53, stk. 1, litra a), ved at fastsætte, at den omstændighed, at visse af de produkter, som skulle leveres, var udstyret med bestemte mærker, ville resultere i tildelingen af et vist antal point i forbindelse med valget af det økonomisk mest fordelagtige bud, uden at have opregnet de bagvedliggende kriterier for disse mærker, eller tilladt, at det ved ethvert passende bevis blev godtgjort, at et produkt opfyldte disse bagvedliggende kriterier

— har fastsat et minimumskriterium for teknisk formåen, som ikke er tilladt i henhold til nævnte direktivs artikel 44, stk. 2, og artikel 48 ved som egnethedskriterier og minimumskriterier for egnethed fastsat i udbudsbetingelserne at opstille en betingelse om, at tilbudsgiverne opfylder »kriterierne om bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar« og angiver, på hvilken måde de opfylder disse kriterier og »medvirker til at forbedre bæredygtigheden på kaffemarkedet og til en miljøteknisk, socialt og økonomisk set forsvarlig kaffeproduktion«, og

— har fastsat en bestemmelse, som er i strid med gennemsigtighedsforpligtelsen fastsat i samme direktivs artikel 2, ved at pålægge tilbudsgiverne at opfylde »kriterierne for bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar« og angive, hvordan de opfylder disse kriterier og »medvirker til at forbedre bæredygtigheden på kaffemarkedet og til en miljøteknisk, socialt og økonomisk set forsvarlig kaffeproduktion«.

Det følger af samme betragtninger, at Kongeriget Nederlandene i øvrigt bør frifindes.

V – Sagens omkostninger

113 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Kongeriget Nederlandene tilpligtes at betale sagens omkostninger, og det i det væsentlige har tabt sagen, bør det pålægges Kongeriget Nederlandene at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Tredje Afdeling):

1) Kongeriget Nederlandene har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til de nedenstående artikler, idet provinsen Noord-Holland inden for rammerne af tildelingen af en kontrakt om levering og drift af kaffeautomater, offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 16. august 2008,

— har fastsat en teknisk specifikation, som er uforenelig med artikel 23, stk. 6, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige

tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1422/2007 af 4. december 2007, ved at opstille krav om, at visse af de produkter, som skulle leveres, var udstyret med et bestemt miljømærke, frem for at anvende detaljerede specifikationer

— **har fastsat tildelingskriterier, der er uforenelige med nævnte direktivs artikel 53, stk. 1, litra a), ved at fastsætte, at den omstændighed, at visse af de produkter, som skulle leveres, var udstyret med bestemte mærker, ville resultere i tildelingen af et vist antal point i forbindelse med valget af det økonomisk mest fordelagtige bud, uden at have opregnet de bagvedliggende kriterier for disse mærker, eller tilladt, at det ved ethvert passende bevis blev godtgjort, at et produkt opfyldte disse bagvedliggende kriterier**

— **har fastsat et minimumskriterium for teknisk formåen, som ikke er tilladt i henhold til samme direktivs artikel 44, stk. 2, og artikel 48 ved som egnethedskriterier og minimumskriterier for egnethed fastsat i udbudsbetingelserne, som finder anvendelse i forbindelse med nævnte kontrakt, at opstille en betingelse om, at tilbudsgiverne opfylder »kriterierne om bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar« og angiver, på hvilken måde de opfylder disse kriterier og »medvirker til at forbedre bæredygtigheden på kaffemarkedet og til en miljøteknisk, socialt og økonomisk set forsvarlig kaffeproduktion«, og**

— **har fastsat en bestemmelse, som er i strid med gennemsigtighedsforpligtelsen fastsat i samme direktivs artikel 2, ved at pålægge tilbudsgiverne at opfylde »kriterierne for bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar« og angive, hvordan de opfylder disse kriterier og »medvirker til at forbedre bæredygtigheden på kaffemarkedet og til en miljøteknisk, socialt og økonomisk set forsvarlig kaffeproduktion«.**

2) I øvrigt frifindes Kongeriget Nederlandene.

3) Kongeriget Nederlandene betaler sagens omkostninger.

Underskrifter