Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 10 maj 2012*

”Fördragsbrott — Direktiv 2004/18/EG — Förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster — Offentlig upphandling av leverans, installation och underhåll av automater för varma drycker, och leverans av te, kaffe och andra ingredienser — Artikel 23.6 och 23.8 — Tekniska specifikationer — Artikel 26 — Villkor för fullgörande av kontraktet — Artikel 53.1 — Tilldelningskriterier — Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet — Ekologiska och rättvisemärkta produkter — Användning av märken för rättvis handel i de tekniska specifikationerna och tilldelningsgrunderna — Artikel 39.2 — Begreppet kompletterande upplysningar — Artikel 2 — Principer för tilldelning av kontrakt — Öppenhetsprincipen — Artikel 44.2 och artikel 48 — Kontroll av lämplighet och val av deltagare — Miniminivåer för teknisk eller yrkesmässig kapacitet — Iakttagande av ’kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar’”

I mål C-368/10,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 258 FEUF, som väckts den 22 juli 2010,

Europeiska kommissionen, företrädd av C. Zadra och F. Wilman, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Konungariket Nederländerna, företrätt av C. Wissels och M. de Ree, båda i egenskap av ombud,

svarande,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, G. Arestis och D. Šváby (referent),

generaladvokat: J. Kokott,

justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 26 oktober 2011,

och efter att den 15 december 2011 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

* Rättegångsspråk: nederländska.

följande

Dom

1 Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att Konungariket Nederländerna har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 23.6 och 23.8, artiklarna 2, 44.2 och 48.1 och 48.2 samt artikel 53.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114, och rättelse i EUT L 351, s. 44), i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 1422/2007 av den 4 december 2007 (EUT L 317, s. 34) (nedan kallat direktiv 2004/18), genom att provinsen Noord-Holland, i samband med en offentlig upphandling av leverans och underhåll av kaffeautomater som offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 16 augusti 2008,

— i de tekniska specifikationerna har föreskrivit varumärkena MAX HAVELAAR och EKO, eller åtminstone varumärken som uppfyller jämförbara eller identiska kriterier,

— för att kontrollera de ekonomiska aktörernas yrkesmässiga kapacitet har använt kriterier och bevisning avseende hållbara inköp och företagens sociala ansvar, och

— vid angivandet av tilldelningskriterierna hänvisade till varumärkena MAX HAVELAAR och/eller EKO, eller åtminstone till varumärken som uppfyller samma kriterier.

I – Tillämpliga bestämmelser

2 Direktiv 2004/18 innehåller bland annat följande skäl:

”(2) Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Bestämmelserna om samordning bör därför tolkas i överensstämmelse med såväl de ovannämnda reglerna och principerna som andra bestämmelser i fördraget.

...

(5) I enlighet med artikel 6 [EG, vilken motsvaras av artikel 11 FEUF] är miljöskyddskraven integrerade i utformningen och genomförandet av den av gemenskapens politik och verksamhet som avses i artikel 3 [EG, vilken i huvudsak motsvaras av artiklarna 3–6 FEUF och 8 FEUF] särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling. I detta direktiv klargörs det därför hur de upphandlande myndigheterna kan bidra till att skydda miljön och främja en hållbar utveckling, samtidigt som de garanteras att de för sina kontrakt kan erhålla det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris.

...

(29) De tekniska specifikationer som offentliga upphandlare upprättar bör tillåta att den offentliga upphandlingen öppnas för konkurrens. Det måste därför vara möjligt att lämna anbud som baseras på olika tekniska lösningar. De tekniska specifikationerna måste följaktligen kunna bygga på prestanda- och funktionskrav och, om det hänvisas till europeisk standard eller, i avsaknad av sådan, till nationell standard, måste de upphandlande myndigheterna beakta anbud som baseras på andra likvärdiga lösningar. För att visa att en lösning är likvärdig bör anbudsgivarna få använda alla former av bevis. Den upphandlande myndigheten måste kunna motivera alla beslut om att likvärdighet inte föreligger. En upphandlande myndighet som vill fastställa miljökrav i de tekniska specifikationerna för ett bestämt kontrakt får föreskriva särskilda miljöegenskaper, t.ex. en viss produktionsmetod, och/eller särskilda miljöeffekter för grupper av varor eller tjänster. Den får, men är inte skyldig att, använda lämpliga specifikationer som fastställts för miljömärken, t.ex. det europeiska miljömärket, (multi)nationella miljömärken eller andra miljömärken, om kraven för märket har utarbetats och antagits på grundval av vetenskapliga rön eller genom ett förfarande i vilket de berörda parterna, t.ex. statliga organ, konsumenter, tillverkare, distributörer och miljöorganisationer, kan delta och om miljömärket är tillgängligt för samtliga berörda parter. … De tekniska specifikationerna bör tydligt anges så att alla anbudsgivare vet vad de krav som den upphandlande myndigheten fastställt omfattar.

...

(33) Villkoren för fullgörandet av ett kontrakt är förenliga med detta direktiv om de inte är direkt eller indirekt diskriminerande och om de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Villkoren kan till exempel syfta till att främja yrkesutbildning på arbetsplatsen och anställning av personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden, bekämpa arbetslöshet eller skydda miljön. Som exempel kan nämnas skyldighet att i samband med fullgörandet av ett kontrakt anställa långtidsarbetslösa eller att genomföra utbildning för arbetslösa eller ungdomar, att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner (International Labour Organisation) om dessa inte har införlivats med den nationella lagstiftningen eller att anställa ett större antal personer med funktionshinder än som krävs enligt den nationella lagstiftningen.

...

(39) Kontroll av anbudsgivarnas lämplighet … samt urval av anbudsgivare och anbudssökande bör genomföras på öppna villkor. Det bör därför anges vilka icke-diskriminerande kriterier den upphandlande myndigheten får använda vid urval av deltagare och på vilket sätt de ekonomiska aktörerna kan bevisa att de uppfyller kriterierna. I syfte att åstadkomma öppenhet bör den upphandlande myndigheten åläggas att, redan vid inbjudan att lämna anbud, ange vilka urvalskriterier den kommer att tillämpa samt vilka särskilda krav på kapacitet som den eventuellt kommer att kräva av de ekonomiska aktörerna för att de skall kunna delta i upphandlingsförfarandet.

...

(46) Kontraktstilldelningen bör ske på grundval av objektiva kriterier som säkerställer att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas och att anbuden bedöms i verklig konkurrens med varandra. Därför bör endast två tilldelningskriterier godkännas, nämligen lägsta pris och ’ekonomiskt mest fördelaktigt anbud’.

För att garantera att principen om likabehandling iakttas vid kontraktstilldelning bör det fastställas en skyldighet – i enlighet med rättspraxis – att garantera nödvändig öppenhet, så att alla anbudsgivare i rimlig mån kan informeras om de kriterier och villkor som kommer att tillämpas

för att urskilja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En upphandlande myndighet bör därför ange tilldelningskriterierna samt viktningen av de olika kriterierna inbördes i så god tid att anbudsgivarna har kännedom om dem vid utarbetandet av sina anbud. …

När de upphandlande myndigheterna väljer att ge kontraktet till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall de utvärdera anbuden för att fastställa vilket som har det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris. För att göra detta skall de fastställa de ekonomiska och kvalitativa kriterier som i sin helhet måste göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Fastställandet av dessa kriterier beror på föremålet för upphandlingen, eftersom dessa måste göra det möjligt att utvärdera varje anbuds prestanda i förhållande till föremålet för upphandlingen, enligt definitionen i de tekniska specifikationerna, samt att utvärdera förhållandet mellan kvalitet och pris i varje anbud.

För att garantera likabehandling bör tilldelningskriterierna göra det möjligt att jämföra anbuden och bedöma dem på ett objektivt sätt. Om dessa villkor är uppfyllda, kan ekonomiska och kvalitativa tilldelningskriterier, samt de kriterier som gäller uppfyllande av miljökrav, göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att tillgodose den berörda offentliga enhetens behov, så som de är formulerade i specifikationerna för upphandlingen. Det är enligt samma villkor som en upphandlande myndighet får använda kriterier som syftar till att tillgodose sociala krav som bland annat tillgodoser behov – fastställda i specifikationerna för upphandlingen – hos särskilt missgynnade befolkningsgrupper, till vilka förmånstagarna/användarna av de byggentreprenader, varor och tjänster som är föremål för upphandlingen hör.

3 Enligt artikel 1.2 c i direktiv 2004/18 avses med offentliga varukontrakt: andra offentliga kontrakt än de som avses i b vilka avser köp, leasing, hyra eller hyrköp, med eller utan möjlighet till köp, av varor, och ett offentligt kontrakt som avser leverans av varor och som dessutom som ett underordnat inslag omfattar monterings- och installationsarbeten ska betraktas som ett offentligt varukontrakt. Enligt artikel 7 i direktivet är detta direktiv tillämpligt på en sådan upphandling såvida den inte görs inom försvarsområdet eller av en inköpscentral och det beräknade värdet utan mervärdesskatt uppgår till minst 206 000 euro och den upphandlande myndigheten inte är upptagen i bilaga IV i direktivet. De aktuella provinserna finns, vad avser Konungariket Nederländerna, inte upptagna i nämnda bilaga.

4 I artikel 2 i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:

”Principer för tilldelning av kontrakt

Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

5 I punkt 1 b i bilaga VI till direktiv 2004/18 definieras begreppet ”teknisk specifikation” i fråga om offentliga tjänste- eller varukontrakt som ”en specifikation i ett dokument med angivande av kraven på en produkts … egenskaper, som kvalitetsnivåer, nivå på miljöprestanda, projektering för alla användningsområden … och bedömning av överensstämmelse, prestanda, produktens användningsområde, säkerhet eller mått, samt krav på produkten angående den beteckning under vilken den saluförs, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning, bruksanvisningar, produktionsprocesser och -metoder samt förfaranden vid bedömning av överensstämmelse”.

6 I artikel 23 i direktivet föreskrivs följande:

”1. Tekniska specifikationer enligt definitionen i punkt 1 i bilaga VI skall ingå i kontraktshandlingarna …

2. De tekniska specifikationerna skall tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och får inte innebära omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.

3. ... skall de tekniska specifikationerna vara utformade på något av följande sätt:

...

b) I form av prestanda eller funktionskrav, varvid miljöegenskaper kan ingå. Sådana parametrar måste dock vara så specifika att anbudsgivarna kan bilda sig en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen och den upphandlande myndigheten kan genomföra upphandlingen.

...

6. Om en upphandlande myndighet föreskriver miljöegenskaper i form av prestanda eller funktionskrav enligt punkt 3 b får den använda detaljerade specifikationer, eller vid behov delar av dessa, såsom de fastställts för europeiska, (multi)nationella miljömärken eller andra miljömärken, under förutsättning att:

— de är lämpliga för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som är föremål för upphandling,

— kraven för märket har utarbetats på grundval av vetenskapliga rön,

— miljömärkena har antagits genom ett förfarande i vilket samtliga berörda parter, t.ex. statliga organ, konsumenter, tillverkare, distributörer och miljöorganisationer, får delta,

— miljömärkena är tillgängliga för samtliga berörda parter.

Den upphandlande myndigheten får ange att de varor eller tjänster som är försedda med miljömärket skall antas uppfylla de tekniska specifikationer som fastställs i förfrågningsunderlaget; den skall godkänna alla andra lämpliga bevismedel, såsom teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

...

8. Om det inte motiveras av föremålet för upphandlingen, får tekniska specifikationer inte innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningsförfarande, ej heller hänvisningar till varumärke, patent eller typ, ursprung eller tillverkning, om det får till följd att vissa företag eller produkter gynnas eller att andra inte kan komma ifråga. Sådana uppgifter eller hänvisningar skall i undantagsfall vara tillåtna, om en tillräckligt tydlig och begriplig beskrivning av föremålet för upphandlingen inte är möjlig genom tillämpning av punkterna 3 och 4. Sådana uppgifter eller hänvisningar skall följas av orden ’eller likvärdigt’.”

7 Artikel 26 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Villkor för fullgörande av kontraktet

En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Dessa krav får bland annat omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn.”

8 I artikel 39.2 i direktivet föreskrivs följande:

”Den upphandlande myndigheten eller behöriga enheten skall lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget och de kompletterande handlingarna senast 6 dagar före den tidpunkt då mottagande av anbud senast kan ske, förutsatt att sådana upplysningar har begärts i god tid.”

9 Artikel 44 i direktiv 2004/18 har rubriken ”Kontroll av lämplighet och val av deltagare samt tilldelning av kontrakt”. I artikel 44.1 föreskrivs att de upphandlande myndigheterna, efter det att lämpligheten hos de anbudsgivare som inte har uteslutits enligt de kriterier avseende bland annat yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet som avses i artikel 48 i direktivet fastställts, ska tilldela kontraktet på grundval av de kriterier som anges i framför allt artikel 53 i direktivet. Artikel 44.2 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Den upphandlande myndigheten får kräva miniminivåer för anbudssökandes och anbudsgivares kapacitet, enligt artiklarna 47 och 48.

Omfattningen av den information som åsyftas i artiklarna 47 och 48 samt miniminivåerna för den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt skall ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

...”

10 Artikel 48 i direktiv 2004/18 har rubriken ”Teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet”. I artikel 48.1 föreskrivs följande:

”En ekonomisk aktörs tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet skall bedömas och kontrolleras i enlighet med punkterna 2 och 3.”

11 Enligt artikel 48.2 i direktiv 2004/18 får bevis på en ekonomisk aktörs tekniska kapacitet lämnas i en eller flera av de former som föreskrivs i denna bestämmelse, beroende på de aktuella byggentreprenadernas, varornas eller tjänsternas art, kvantitet eller betydelse och ändamål. Vad gäller offentlig upphandling av varor anges i punkterna a ii, b–d och j i nämnda bestämmelse följande omständigheter:

— En förteckning över de viktigaste leveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren.

— Uppgifter om tekniker och tekniska organ, vare sig de tillhör den ekonomiska aktörens företag eller inte, i synnerhet om dem som ansvarar för kvalitetskontrollen.

— En beskrivning av varuleverantörens eller tjänsteleverantörens tekniska utrustning och av de metoder som han använder för att säkra kvaliteten samt av företagets undersöknings- och forskningsresurser.

— Om de aktuella varorna eller tjänsterna är komplexa eller i undantagsfall är avsedda för ett särskilt ändamål, en kontroll som den upphandlande myndigheten själv ska utföra eller som ska utföras på dennas vägnar avseende varuleverantörens tillverkningskapacitet och om nödvändigt dennes undersöknings- och forskningsresurser samt resurser för kvalitetskontroll, och

— i fråga om de varor som ska levereras, prover, beskrivningar eller fotografier eller intyg av vilka det framgår att varor som är klart identifierade genom referenser överensstämmer med vissa specifikationer eller standarder.

12 I artikel 48.6 anges att den upphandlande myndigheten i meddelandet om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ska ange vilka av de uppgifter som anges i punkt 2 som krävs.

13 I artikel 53 i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:

”Tilldelningsgrunder

1. … den upphandlande myndigheten [ska] tillämpa följande kriterier vid tilldelning av offentliga kontrakt:

a) Om tilldelningen sker på grundval av det anbud som ur den upphandlande myndighetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga, olika kriterier som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet i fråga, t.ex. kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag och leveranstid eller tid för fullgörandet.

…”

II – Bakgrund till tvisten

A – *Meddelande om upphandling*

14 På begäran av provinsen Noord-Holland offentliggjordes den 16 augusti 2008 ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning*. Meddelandet avsåg leverans och drift av kaffeautomater från och med den 1 januari 2009 (nedan kallat meddelandet om upphandling).

15 Punkt 1.5 i avsnitt II i nämnda meddelande innehåller följande beskrivning av upphandlingen.

”Provinsen Noord-Holland har ingått ett kontrakt om drift av kaffeautomater. Detta kontrakt gäller till den 1 januari 2009. Provinsen avser att ingå ett nytt kontrakt från och med den 1 januari 2009 genom ett offentligt europeiskt upphandlingsförfarande. En mycket viktig omständighet är provinsen Noord-Hollands ansträngningar att öka användningen av ekologiska och rättvisemärkta produkter i kaffeautomater.”

16 I punkt 1 i avsnitt III i meddelandet om upphandling angavs villkoren för upphandlingen. Efter upplysningarna avseende säkerheter och garantier, villkor för finansiering och betalning samt kraven på underleverantörernas rättsliga form, angavs i punkt 1.4 i detta avsnitt, med avseende på rubriken ”Andra särskilda villkor för kontraktets fullgörande”, ordet ”nej”.

17 I punkt 2.1 i avsnitt IV i meddelandet om upphandling angavs att kontraktet skulle tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det framgår av punkt 3.4 i samma avsnitt att sista datum för mottagande av anbud var den 26 september 2008 klockan 12:00.

B – *Förfrågningsunderlaget*

18 I meddelandet om upphandling hänvisades till ett förfrågningsunderlag kallat ”anbudsinfordran” från den 11 augusti 2008 (nedan kallat förfrågningsunderlaget).

19 I kapitel 1.3 i förfrågningsunderlaget, med rubriken ”Upphandlingens bakgrund”, återges i första stycket innehållet i punkt 1.5 i avsnitt II i meddelandet om upphandling. Det andra stycket har följande lydelse:

”Anbuden utvärderas enligt såväl kvalitativa kriterier och miljökriterier som pris.”

20 I kapitel 1.4 i förfrågningsunderlaget beskrivs föremålet för upphandlingen enligt följande:

”Provinsen Noord-Holland upphandlar leverans, installation och underhåll av halvautomatiska (full-operational) distributionsautomater för varma och kalla drycker. Automaterna ska hyras. Provinsen Noord-Holland upphandlar även leverans av ingredienser till automaterna … i enlighet med de krav och önskemål som anges i kontraktshandlingarna. … Hållbarhet och funktionalitet är av betydelse.”

21 Enligt kapitel 1.5 i förfrågningsunderlaget avsåg upphandlingen ett kontrakt på tre år med möjlighet till ett års förlängning.

22 Alternativa anbud var enligt kapitel 3.4 i förfrågningsunderlaget, som avser villkoren för att lämna anbud, inte tillåtna. Berörda och anbudsgivare var tvungna att undersöka samtliga relevanta villkor kring upphandlingen, bland annat genom att ställa frågor till den upphandlande myndigheten vilka skulle besvaras i informationsmeddelandet.

23 Det sistnämnda meddelandet beskrivs i kapitel 2.3 del 5 i förfrågningsunderlaget som en handling som återger svar på de frågor som ställts av berörda samt eventuella ändringar i förfrågningsunderlaget eller andra kontraktshandlingar, och som ges företräde framför andra delar därav samt bilagorna. Det preciserades i delarna 3 och 5 i nämnda kapitel att informationsmeddelandet skulle offentliggöras på provinsen Noord-Hollands webbplats för upphandlingar och att samtliga berörda skulle få ett e-postmeddelande när svaren publicerades på denna webbplats.

24 Kapitel 4.4 i förfrågningsunderlaget har rubriken ”Lämplighetskrav/miniminivåer”. Dessa krav definierades i inledningen till förfrågningsunderlaget. I inledningen till förfrågningsunderlaget angavs att dessa krav måste uppfyllas av anbudsgivarna för att deras anbud skulle komma att tas i beaktande. Nämnda krav uttrycktes antingen som skäl för uteslutning eller som minimikrav.

25 Delarna 1–5 i kapitel 4.4 ägnas åt omsättning, försäkringar, anbudsgivarens erfarenhet, kvalitetskrav och utvärdering av kundtillfredsställelse.

26 Kapitel 4.4 har rubriken ”Kvalitetskrav”. I del 4 punkt 2 anges följande:

”Provinsen Noord-Holland kräver inom ramen för hållbara inköp och företagens sociala ansvar att leverantören uppfyller kriterierna avseende hållbara inköp och företagens sociala ansvar. Hur uppfyller leverantören kriterierna avseende hållbara inköp och företagens sociala ansvar[?] Det ska dessutom anges huruvida leverantören bidrar dels till att förbättra kaffemarknaden ur hållbarhetssynpunkt, dels till en miljötekniskt, socialt och ekonomiskt ansvarig kaffeproduktion. …”

27 Detta krav upprepas i kapitel 4.4 del 6, vilket utgör den sista delen i detta kapitel. Däri återfinns följande sammanfattning av bland annat ”kvalitetsnormer”:

”11. Inköp ur hållbarhetssynpunkt och [företagens sociala ansvar: knock out-kriteriet]”.

28 Kapitel 5.2 del 1 i förfrågningsunderlaget har rubriken ”Minimikrav 1: Kravprofil”, och hänvisar till en viss bilaga. Det preciseras att anbudsgivarna måste följa den kravprofil som anges i nämnda del.

29 I bilaga A till förfrågningsunderlaget, med rubriken ”Kravprofil”, anges bland annat följande:

”31 Provinsen Noord-Holland använder vid kaffe- och tekonsumtion varumärkena MAX HAVELAAR och EKO. … [bedömning] krav[.]

...

35 Ingredienserna ska i möjligaste mån uppfylla kraven enligt varumärkena EKO och/eller MAX HAELAAR. … [Max] 15 [poäng. Bedömning] önskemål[.]”

30 Det framgår av bilagorna och förfrågningsunderlagets allmänna systematik att nämnda punkt 35 avser vissa ingredienser som ingår i dryckerna, med undantag av te och kaffe, såsom mjölk, socker och kakao (nedan kallade ingredienserna).

C – *Informationsmeddelandet*

31 Den 9 september 2008 offentliggjorde provinsen Noord-Holland punkterna 11 och 12 i det informationsmeddelande som angetts i kapitel 2.3 i förfrågningsunderlaget. Dessa punkter rörde en fråga avseende punkterna 31 och 35 i bilaga A till förfrågningsunderlaget, viken formulerats på följande sätt: ”Är det möjligt att utgå från att med avseende på de angivna märkena, dessa avser: eller jämförbara[?]” Den upphandlande myndigheten besvarade frågan enligt följande:

”00011 ... [punkt] 31 ...

...

Under förutsättning att kriterierna är jämförbara eller identiska.

00012 ... [punkt] 35 ...

...

Ingredienserna kan omfattas av ett märke som grundas på samma kriterier.”

32 Det framgår av det meddelande som offentliggjordes den 24 december 2008 i *Europeiska unionens officiella tidning* att kontraktets tilldelades det nederländska bolaget Maas International.

D – *Märkena EKO och MAX HAVELAAR*

33 Märkena EKO och MAX HAVELAAR kan i enlighet med kommissionens påståenden, vilka inte motsagts av Konungariket Nederländerna, beskrivas enligt följande:

1. EKO-märket

34 Det privata nederländska märket EKO tilldelas varor som till minst 95 procent kommer från ekologiskt jordbruk. Märket drivs av en stiftelse enligt nederländsk rätt vars syfte är att befrämja ekologiskt jordbruk såsom det, vid tiden för de aktuella omständigheterna, reglerades i rådets förordning (EEG) nr 2092/91 av den 24 juni 1991 om ekologisk produktion av jordbruksprodukter och uppgifter därom på jordbruksprodukter och livsmedel (EGT L 198, s. 1, svensk specialutgåva, område 15, volym 10 s. 124), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 392/2004 av den 24 februari 2004 om ändring av förordning (EEG) nr 2092/91 om ekologisk produktion av jordbruksprodukter och uppgifter därom på jordbruksprodukter och livsmedel (EGT L 65, s. 1) (nedan kallad förordning nr 2092/91) och bedrägeribekämpning. Stiftelsen har utsetts till behörig myndighet vad avser kontroller av att skyldigheterna enligt förordningen iakttas.

35 EKO är ett registrerat varumärke vid Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån).

2. MAX HAVELAAR-märket

36 Märket MAX HAVELAAR är också ett privat märke som förvaltas av en stiftelse enligt nederländsk rätt i enlighet med de riktlinjer som anges av den internationella referensorganisationen Fairtraide Labelling Organisation (FLO). Märket används i flera länder, däribland Nederländerna.

37 Syftet med detta märke är att främja försäljning av varor från rättvis handel och att visa att de varor som bär märket köpts från sammanslutningar av småproducenter i utvecklingsländer till ett rättvist pris och till rättvisa villkor. För att tilldelas märket ska fyra kriterier vara uppfyllda, nämligen kostnadstäckande minimipris, påslag på världsmarknadspriset, förfinansiering och långsiktiga handelsrelationer mellan producenten och importören. Såväl kontroll som certifiering görs av FLO.

38 MAX HAVELAAR är också ett varumärke registrerat vid harmoniseringsbyrån.

III – Det administrativa förfarandet och förfarandet vid domstolen

39 Den 15 maj 2009 skickade kommissionen en formell underrättelse till Konungariket Nederländerna. Enligt denna skrivelse medförde förfrågningsunderlaget från provinsen Noord-Holland i den aktuella upphandlingen att direktiv 2004/18 hade åsidosatts, eftersom det ställdes krav på användning av märkena MAX HAVELAAR och EKO eller märken som grundas på samma kriterier eller på kriterier som är jämförbara vad gäller te och kaffe som skulle levereras, genom att dessa märken utgjorde ett tilldelningskriterium vad avser ingredienser och genom att vid utvärderingen av anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet använda sig av andra lämplighetskriterier än de exklusiva kriterier som föreskrivs i direktivet.

40 Genom skrivelse av den 17 augusti 2009 medgav Konungariket Nederländerna att det funnits brister med avseende på direktivet i den aktuella upphandlingen. Dessa brister hade emellertid inte medfört att vissa eventuellt intresserade ekonomiska aktörer avhållits från att inkomma med anbud. Konungariket Nederländerna bestred vidare flera av kommissionens invändningar.

41 Den 3 november 2009 riktade kommissionen ett motiverat yttrande till nämnda medlemsstat och upprepade sina tidigare invändningar. Kommissionen uppmanade Konungariket Nederländerna att vidta alla nödvändiga åtgärder för att rätta sig efter yttrandet inom två månader från delgivningen av detsamma.

42 Genom skrivelse av den 31 december 2009 invände medlemsstaten i fråga mot kommissionens ställningstagande.

43 Kommissionen väckte följaktligen förevarande talan.

44 Genom beslut av domstolens ordförande, av den 11 februari 2011, tilläts Konungariket Danmark att intervenera till stöd för Konungariket Nederländerna. Domstolen noterade, genom beslut av ordföranden på tredje avdelningen, den 14 november 2011, att interventionsansökan återkallats.

IV – Prövning av talan

45 Kommissionen har framfört tre grunder till stöd för sin talan.

46 Den första och den tredje grunden avser användningen av märkena EKO och MAX HAVELAAR, dels vad avser de tekniska specifikationerna i den aktuella upphandlingen vad gäller kaffe och te som ska levereras, dels i tilldelningskriterierna för ingredienserna. Den första grunden har två delar. Den första delen avser åsidosättande av dels artikel 23.6 i direktiv 2004/18 vad gäller användningen av märket

EKO, dels av artikel 23.8 vad gäller användningen av märket MAX HAVELAAR. Som tredje grund har det gjorts gällande att artikel 53.1 i direktivet har åsidosatts. Denna grund vilar på två invändningar. Kommissionen har gjort gällande att den sistnämnda bestämmelsen utgör hinder för användningen av märken och att de ovannämnda märkena saknar samband med den aktuella upphandlingen.

47 Den andra grunden gäller kravet att anbudsgivarna ska iaktta ”kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar”. Grunden har tre delar. Dessa avser åsidosättande av artikel 44.2 första stycket och artikel 48 i direktiv 2004/18, eftersom detta krav inte motsvarar de krav som godkänns enligt direktivet, vidare åsidosättande av artikel 44.2 andra stycket i direktivet, eftersom detta krav saknar samband med föremålet för upphandlingen och, slutligen, åsidosättande av kravet på öppenhet enligt artikel 2 i direktivet, eftersom uttrycken ”hållbara inköp” och ”företagens sociala ansvar” inte är tillräckligt tydliga.

A – *Inledande anmärkningar*

1. Huruvida direktiv 2004/18 är tillämpligt

48 Domstolen erinrar om att den aktuella upphandlingen, som består av tillhandahållande genom uthyrning, och underhåll av dryckesautomater samt leverans av för dessa automater nödvändiga varor, utgör en offentlig upphandling av varor i den mening som avses i artikel 1.2 c i direktiv 2004/18.

49 Konungariket Nederländerna har vidare inte invänt mot kommissionens bedömning av kontraktets värde, nämligen 760 000 euro. Direktivet är således tillämpligt vad avser de tröskelvärden som anges i artikel 7.

2. Innebörden av de krav och önskemål som avses i den första och den tredje grunden

50 Parterna har olika uppfattning vad gäller räckvidden av de krav och önskemål som anges i punkterna 31 respektive 35 i bilaga A till förfrågningsunderlaget. Kommissionen har med avseende på dessa punkter hävdat att dessa krav och önskemål avser att de aktuella varorna ska ha märkena EKO och/eller MAX HAVELAAR, eller i vart fall märken som grundas på samma kriterier eller kriterier som är jämförbara, om punkterna 11 och 12 i informationsmeddelandet ska beaktas. Enligt Konungariket Nederländerna framgår det i stället av punkt 1.5 i avdelning II i meddelandet om upphandling och av kapitel 1.3 i förfrågningsunderlaget att den upphandlande myndigheten krävt eller önskat att de levererade varorna ska komma från ekologiskt jordbruk och från rättvis handel och att angivande av dessa märken eller likvärdiga märken endast utgör en förklaring av de kriterier som ska iakttas.

51 Domstolen konstaterar för det första att förfrågningsunderlaget inte kan tolkas på det sätt som Konungariket Nederländerna har gjort.

52 Det ska erinras om att innebörden av förfrågningsunderlaget ska bedömas från potentiella anbudsgivares synvinkel, eftersom syftet med de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i direktivet är att säkerställa att potentiella anbudsgivare i unionen får tillgång till de offentliga kontrakt som intresserar dem (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Auroux m.fl., REG 2007, s. I-385, punkt 53). I förevarande fall kan de potentiella anbudsgivarna inte förstå förfrågningsunderlaget på annat sätt än att det aktuella kravet eller önskemålet avser de märken som anges i kravprofilen.

53 Detta krav och detta önskemål uttrycktes nämligen i bilagan till förfrågningsunderlaget, vilken innehöll den ”kravprofil” som anbudsgivarna enligt kapitel 5.2 i avdelning 1 i förfrågningsunderlaget skulle uppfylla. I punkterna 31 och 35 i denna kravprofil hänvisas emellertid uttryckligen och utan förbehåll

till märkena EKO och MAX HAVELAAR utan att något alternativ nämns. I kapitel 3.4 i förfrågningsunderlaget förbjuds dessutom andra alternativ. Under dessa omständigheter kan det inte anses att ett till innehållet oprecist angivande, att ”En mycket viktig omständighet är provinsen Noord-Hollands ansträngningar att öka användningen av ekologiska och rättvisemärkta produkter i kaffeautomater”, i punkt 1.5 i avdelning II i meddelandet om upphandling och i kapitel 1.3 i förfrågningsunderlaget, det vill säga utanför de delar av kontraktshandlingarna som ägnas åt den upphandlande myndighetens krav och önskemål, har inneburit ett klargörande av att det aktuella kravet och önskemålet avsåg den omständigheten att de aktuella varorna skulle komma från ekologiskt jordbruk och från rättvis handel i allmänhet.

54 De preciseringar som därefter gjordes i punkterna 11 och 12 i informationsmeddelandet och som innebar att hänvisningen till märkena EKO och MAX HAVELAAR i samband med dessa krav och önskemål även avser likvärdiga märken, det vill säga att de grundas på likadana eller jämförbara kriterier, kan dessutom inte beaktas mot bakgrund av artikel 39.2 i direktiv 2004/18.

55 Som generaladvokaten har angett i punkt 71 i sitt förslag till avgörande, kan nämligen de kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget och de kompletterande handlingar vilka avses i ovannämnda bestämmelse, även om de kan innebära klargöranden och förklaringar i vissa avseenden, inte ändra innehållet i de grundläggande villkoren för upphandlingen, ens i form av en rättelse. Till dessa villkor hör de tekniska specifikationerna och tilldelningskriterierna, som dessa har angetts i förfrågningsunderlaget. Berörda ekonomiska aktörer har nämligen grundat beslutet att förbereda ett anbud eller att avstå från att delta i den aktuella upphandlingen på grundval av dessa villkor. Detta framgår på samma gång av uttrycket ”kompletterande upplysningar” i artikel 39.2 och den korta frist som gäller enligt denna bestämmelse, nämligen sex dagar, från meddelandet av dessa upplysningar och fristen för att ta emot anbud.

56 Både principen om likabehandling och principen om öppenhet, som följer av den förstnämnda principen, medför dessutom krav på att föremålet för offentliga kontrakt liksom dessas tilldelningskriterier är klart definierade redan från början av upphandlingsförfarandet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 december 2009 i mål C-299/08, kommissionen mot Frankrike, REU 2009, s. I-11587, punkterna 41 och 43).

57 Det framgår följaktligen att det, i de kontraktshandlingar som bestämmer föremålet för upphandlingen och tilldelningskriterierna, föreskrivs dels att det kaffe och te som ska levereras ska vara försett med märkena EKO och MAX HAVELAAR, dels ange ett önskemål om att de ingredienser som ska levereras ska vara försedda med samma märken.

B – *Den första grunden: Åsidosättande av artikel 23.6 och 23.8 i direktiv 2004/18 vad avser de tekniska specifikationerna gällande kaffe och te som ska levereras*

58 Kommissionens första grund avser kravet i punkt 31 i bilaga A till förfrågningsunderlaget som innebär att ”Provinsen Noord-Holland använder vid kaffe- och tekonsumtion varumärkena MAX HAVELAAR och EKO”.

1. Den första grundens första del: Åsidosättande av artikel 23.6 i direktiv 2004/18 vad gäller användningen av märket EKO i de tekniska specifikationerna för kaffe och te som ska levereras

a) Parternas argument

59 Kommissionen har med den första grundens första del hävdat att kravet att kaffe och te som ska levereras ska vara försett med märket EKO eller ett likvärdigt märke, det vill säga ett som visar att varorna kommer från ekologiskt jordbruk, innefattar en beskrivning av de egenskaper som krävs för

de aktuella varorna och följaktligen en teknisk specifikation i den mening som avses i artikel 23 i direktiv 2004/18. Enligt artikel 23.6 är det visserligen under vissa förutsättningar tillåtet att hänvisa till ett miljömärke, som EKO-märket, inom ramen för angivande av miljöegenskaper. Det är emellertid inte tillåtet att ställa krav på ett miljömärke som sådant.

60 Enligt Konungariket Nederländerna innebär EKO-märket, på grund av att detta märke är välkänt bland de ekonomiska aktörerna i den aktuella branschen, för dessa aktörer otvetydigt en hänvisning till varor från ekologiskt jordbruk genom att vid tiden då kontraktshandlingarna upprättades hänvisa till förordning nr 2092/91. En normalt aktsam ekonomisk aktör skulle under alla omständigheter utan svårighet ha kunnat finna en beskrivning av kriterierna för detta märke på internet eller ha kunnat fråga den upphandlande myndigheten. Det förefaller därför inte sannolikt att angivandet av EKO-märket skulle medföra en risk för att principen om likabehandling åsidosattes, med motiveringen att en potentiell anbudsgivare, på grund av att denne inte skulle förstå innebörden därav, skulle avstå från att delta i den aktuella upphandlingen eller avsevärt försenas i ett sådant deltagande.

b) Domstolens bedömning

61 Domstolen konstaterar inledningsvis att enligt artikel 23.3 b i direktiv 2004/18 kan de tekniska specifikationerna uttryckas i form av prestanda eller funktionskrav, varvid miljöegenskaper kan ingå. Enligt skäl 29 i direktivet kan en viss produktionsmetod utgöra en sådan miljöegenskap. Märket EKO utgör följaktligen, vilket är ostridigt mellan parterna, ett miljömärke i den mening som avses i nämnda bestämmelse, då det grundas på miljöegenskaper och uppfyller de villkor som anges i artikel 23.6 i direktiv 2004/18. Provinsen Noord-Holland har vidare, genom att ställa upp ett krav beträffande egenskaperna hos det kaffe eller te som ska levereras som är kopplat till detta märke, angett en teknisk specifikation. Den första grundens första del ska följaktligen prövas mot bakgrund av nämnda bestämmelse.

62 Enligt artikel 2 i direktiv 2004/18, i vilken bestämmelse det anges principer för tilldelning av kontrakt, ska upphandlande myndigheter behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt. Dessa principer är av grundläggande betydelse vad gäller de tekniska specifikationerna, mot bakgrund av den risk för diskriminering som är förenad med valet av dessa specifikationer eller med hur de formuleras. Det betonas således i artikel 23.2 och 23.3 b och i sista meningen i skäl 29 i direktiv 2004/18 att de tekniska specifikationerna ska tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och får inte innebära omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens, att de ska vara så specifika att anbudsgivarna kan bilda sig en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen och den upphandlande myndigheten kan genomföra upphandlingen samt att de tekniska specifikationerna bör anges tydligt så att alla anbudsgivare vet vad de krav som den upphandlande myndigheten fastställt omfattar. Artikel 23.6 i direktiv 2004/18 ska tolkas bland annat mot bakgrund av dessa överväganden.

63 Det framgår av lydelsen av första stycket i denna bestämmelse att vad gäller krav på miljöegenskaper ges de upphandlande myndigheterna därigenom möjlighet att använda detaljerade specifikationer avseende ett miljömärke men inte att kräva ett miljömärke som sådant. Kravet på precisering i artikel 23.3 b i direktiv 2004/18, till vilken bestämmelse artikel 23.6 hänvisar, och som utvecklas i sista meningen i skäl 29 i direktivet talar mot en vid tolkning av bestämmelsen i fråga.

64 Den upphandlande myndigheten får visserligen, för att underlätta kontrollen av att ett sådant krav iakttas och i enlighet med artikel 23.6 andra stycket, föreskriva att de varor som är försedda med ett miljömärke som använder de detaljerade specifikationerna ska antas uppfylla de aktuella specifikationerna. Det andra stycket i denna bestämmelse innebär dock inte att räckvidden av artikel 23.6 första stycket utvidgas, eftersom miljömärket som sådant inte får användas annat än i andra hand som bevis på att ”de tekniska specifikationer som fastställs i förfrågningsunderlaget” är uppfyllda.

65 Enligt artikel 23.6 andra stycket i direktiv 2004/18 ska nämligen de upphandlande myndigheterna godkänna alla andra lämpliga bevismedel, såsom teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

66 Det ska dessutom erinras om att i likhet med vad Konungariket Nederländerna har gjort gällande kan den upphandlande myndigheten visserligen förvänta sig att berörda ekonomiska aktörer är skäligen informerade och normalt aktsamma. Sådana berättigade förväntningar kräver emellertid att den upphandlande myndigheten själv har formulerat sina krav tydligt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 april 2010 i mål C-423/07, kommissionen mot Spanien, REU 2010, s. I-3429, punkt 58). Av desto större skäl kan sådana förväntningar inte göras gällande för att frånta de upphandlande myndigheterna deras skyldigheter enligt direktiv 2004/18.

67 Kravet på den upphandlande myndigheten att i detalj ange de miljöegenskaper som den kräver även om den hänvisar till egenskaper som fastställs enligt ett miljömärke är för övrigt, och långt från att utgöra en överdriven formalism, nödvändigt för att göra det möjligt för de potentiella anbudsgivarna att hänvisa till en enda officiell handling som kommer från den upphandlande myndigheten själv, vilket således kan ske utan att de behöver utsätta sig för risken att söka information och eventuella förändringar över tiden av kriterierna för något miljömärke.

68 Konungariket Nederländernas invändning att, eftersom EKO-märket ger upplysningar om hur de ekologiska varorna som bär detta märke produceras, ett detaljerat angivande av egenskaper skulle kräva att samtliga föreskrifter i förordning nr 2092/91 räknades upp, vilket skulle vara avsevärt mindre tydligt än att hänvisa till detta märke, saknar vidare betydelse. Direktiv 2004/18 utgör nämligen i princip inte något hinder för att det i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget hänvisas till lagar och föreskrifter vad avser vissa tekniska specifikationer när en sådan hänvisning i praktiken är oundviklig, under förutsättning att hänvisningen åtföljs av samtliga kompletterande upplysningar som eventuellt krävs enligt direktivet (se, analogt, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkterna 64 och 65). Försäljning inom unionen av ekologiskt producerade jordbruksprodukter som marknadsförs som sådana måste ske med iakttagande av unionslagstiftningen på detta område. En upphandlande myndighet kan således av denna anledning, utan att det innebär ett åsidosättande av uttrycket ”teknisk specifikation” i den mening som avses i punkt 1 b i bilaga IV till direktiv 2004/18 eller artikel 23.3 i samma direktiv, i förekommande fall i förfrågningsunderlaget ange att den vara som ska levereras ska överensstämma med förordning nr 2092/91 eller med andra senare förordningar som ersätter denna förordning.

69 Vad gäller den precisering angående punkt 11 i informationsmeddelandet som gjordes senare och som innebar att hänvisningen till EKO-märket även avsåg likvärdiga märken ska det i tillägg till vad som sagts i punkterna 54–56 i förevarande dom påpekas att en sådan precisering under alla omständigheter inte kan kompensera frånvaron av detaljerade tekniska specifikationer för det aktuella märket.

70 Av vad som anförts följer att provinsen Noord-Holland genom att i förfrågningsunderlaget ställa krav på att vissa varor som ska levereras måste ha ett visst miljömärke, i stället för att använda de detaljerade tekniska specifikationer som fastställts för detta miljömärke, uppställt en teknisk specifikation som är oförenlig med artikel 23.6 i direktiv 2004/18. Talan ska följaktligen vinna bifall såvitt den avser den första grundens första del.

2. Den första grundens andra del: Åsidosättande av artikel 23.8 i direktiv 2004/18 vad gäller användningen av märket MAX HAVELAAR i de tekniska specifikationerna för kaffe och te som ska levereras

a) Parternas argument

71 Kommissionen har med den första grundens andra del hävdat att kravet på att kaffe och te som ska levereras ska vara försett med märket MAX HAVELAAR eller ett likvärdigt märke, det vill säga ett som visar att varorna kommer från rättvis handel, innefattar en beskrivning av de egenskaper som krävs för de aktuella varorna och följaktligen en teknisk specifikation i den mening som avses i artikel 23 i direktiv 2004/18. Detta krav strider emellertid mot artikel 23.8, enligt vilken tekniska specifikationer som innehåller ”uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningsförfarande, ej heller hänvisningar till varumärke, … ursprung eller tillverkning, om det får till följd att vissa företag eller produkter gynnas eller att andra inte kan komma ifråga” i princip är förbjudna, eftersom nämnda märke – vilket motsvaras av ett varumärke – omfattas av var och en av dessa kategorier.

72 Konungariket Nederländerna har i första hand bestritt att de kriterier som ligger till grund för tilldelningen av märket MAX HAVELAAR kan ha något samband med tillverkning eller framställningsförfarande och hävdat att det är fråga om sociala villkor som ska tillämpas på anskaffande av de varor som ska levereras inom ramen för upphandlingen och som omfattas av begreppet ”villkor för fullgörande av kontraktet” i den mening som avses i artikel 26 i direktiv 2004/18. Konungariket Nederländerna har i andra hand, och för det fall villkoren för märket skulle utgöra tekniska specifikationer, bestritt att artikel 23.8 i direktivet skulle vara tillämplig.

b) Domstolens bedömning

73 Som framgår av punkt 37 i förevarande dom betecknar märket MAX HAVELAAR varor från rättvis handel som köpts från sammanslutningar av småproducenter i utvecklingsländer till ett rättvist pris och till rättvisa villkor i förhållande till de villkor som bestäms av marknaden. Det framgår av handlingarna i målet att detta märke grundas på fyra kriterier, nämligen kostnadstäckande minimipris, påslag på världsmarknadspriset, förfinansiering och långsiktiga handelsrelationer mellan producenten och importören.

74 Sådana kriterier motsvarar inte definitionen av tekniska specifikationer i punkt 1 b i bilaga VI till direktiv 2004/18, eftersom denna definition endast avser varornas egenskaper som sådana, deras tillverkning, förpackning och användning, och inte under vilka villkor som leverantören anskaffat dem från tillverkaren.

75 Däremot omfattas iakttagande av dessa kriterier av begreppet ”villkor för fullgörande av kontraktet” i den mening som avses i artikel 26 i direktivet.

76 Enligt den nämnda artikeln får nämligen villkoren för hur kontraktet ska fullgöras bland annat omfatta sociala hänsyn. Ett krav att det te och kaffe som ska levereras ska komma från småproducenter i utvecklingsländer, med vilka det upprättats kommersiella förbindelser som är förmånliga för dem, utgör ett sådant hänsynstagande. Lagenligheten av ett sådant villkor ska följaktligen prövas mot bakgrund av artikel 26 i direktiv 2004/18.

77 Kommissionen har emellertid, såväl under det administrativa förfarandet som i ansökan endast kritiserat den aktuella klausulen i förfrågningsunderlaget på grundval av artikel 23.8 i direktivet och den har först i sin replik gjort gällande att dess argument i tillämpliga delar även avser ett villkor som regleras i artikel 26 i direktivet.

78 Föremålet för en talan som har väckts med stöd av artikel 258 FEUF avgränsas genom det administrativa förfarande som avses i denna bestämmelse. Talan måste följaktligen avse samma skäl och grunder som det motiverade yttrandet. En invändning som inte förekommer i det motiverade yttrandet kan därför inte tas upp till sakprövning i rättegången vid domstolen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 februari 2006 i mål C-305/03, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2006, s. I-1213, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

79 Den första grundens andra del ska följaktligen avvisas.

C – Den tredje grunden: Åsidosättande av artikel 53.1 i direktiv 2004/18 vad avser tilldelningskriterierna för de ingredienser som ska levereras

80 Den tredje grunden har samband med den första, eftersom kommissionen även i denna grund avser användningen av märkena EKO och MAX HAVELAAR i kontraktshandlingarna, dock som tilldelningskriterium i den mening som avses i artikel 53 i direktiv 2004/18.

81 Domstolen erinrar inledningsvis om att, såsom den angett i punkterna 51–57 i förevarande dom vad avser de kontraktshandlingar i vilka tilldelningskriterierna avseende upphandlingen anges, provinsen Noord-Holland har fastställt ett tilldelningskriterium som består i att de ingredienser som ska levereras måste ha märkena EKO och/eller MAX HAVELAAR.

1. Parternas argument

82 Kommissionen har hävdat att ett sådant tilldelningskriterium strider mot artikel 53 i direktiv 2004/18 i två avseenden. Kriteriet saknar samband med upphandlingens föremål, eftersom de underliggande kriterierna för märkena EKO och MAX HAVELAAR inte avser varan som ska levereras som sådan utan – särskilt i fallet MAX HAVELAAR – anbudsgivarnas allmänna policy. Nämnda tilldelningskriterium är vidare inte förenligt med kraven avseende likvärdig tillgång, icke-diskriminering och öppenhet, eftersom det bland annat leder till att potentiella anbudsgivare som inte kommer från Nederländerna, eller vars varor inte är försedda med märkena EKO och/eller MAX HAVELAAR, diskrimineras.

83 Enligt Konungariket Nederländerna präglas det omtvistade tilldelningskriteriet av öppenhet, är objektivt och icke-diskriminerande. De nämnda märkena är nämligen välkända av de ekonomiska aktörerna i den aktuella branschen, de vilar på underliggande kriterier som har sin grund i unionslagstiftningen om ekologisk produktion av jordbruksprodukter (vad gäller EKO-märket) eller fastställs av det organ som tilldelar märket och är potentiellt tillgängliga för samtliga intresserade ekonomiska aktörer (vad gäller märket MAX HAVELAAR), och en normalt aktsam potentiell anbudsgivare kan under alla omständigheter utan svårighet informera sig om de aktuella underliggande kriterierna. I direktiv 2004/18 föreskrivs vidare inte med avseende på tilldelningskriterierna samma krav som vad gäller de tekniska specifikationerna såsom de regleras i artikel 23 i direktivet, vilket är logiskt, eftersom det inte kan begäras att samtliga anbudsgivare ska uppfylla ett tilldelningskriterium. Det omtvistade tilldelningskriteriet är slutligen kopplat till föremålet för det offentliga kontraktet, då det särskilt avser leverans av varor från ekologiskt jordbruk och rättvis handel samt att dess uppfyllelse avser en kvalitativ egenskap hos anbuden som gör det möjligt att bedöma förhållandet pris/kvalitet hos dessa.

2. Domstolens bedömning

84 För det första ska en upphandlande myndighet enligt artikel 53.1 a i direktiv 2004/18 när den – som i det aktuella fallet – avser tilldela ett kontrakt på grundval av det anbud som ur den upphandlande myndighetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga, grunda sig på olika kriterier som ska fastställas under iakttagande av kraven i direktivet. Nämnda bestämmelse innehåller, vilket framgår av uttrycket ”till exempel” en icke uttömmande uppräkning av möjliga kriterier.

85 I skäl 46 i direktiv 2004/18 förklaras artikel 53 i direktivet. I skälets tredje och fjärde stycken preciseras att tilldelningskriterierna i princip kan vara kvalitativa och inte enbart ekonomiska. Således anges i artikel 53.1 a bland annat miljöegenskaper. Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 103 i sitt förslag till avgörande anges i skäl 46 fjärde stycket att ”en upphandlande myndighet får använda kriterier som syftar till att tillgodose sociala krav som bland annat tillgodoser behov – fastställda i specifikationerna för upphandlingen – hos särskilt missgynnade befolkningsgrupper, till vilka förmånstagarna/användarna av de byggentreprenader, varor och tjänster som är föremål för upphandlingen hör”. De upphandlande myndigheterna kan således välja tilldelningskriterier som grundas på sociala hänsynstaganden. Dessa kan avse användarna eller förmånstagarna till de byggentreprenader, varor eller tjänster som är föremål för upphandlingen, men även andra personer.

86 För det andra krävs enligt artikel 53.1 a i direktiv 2004/18 att tilldelningskriterierna ska vara kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet. I skäl 46 tredje stycket i direktivet preciseras att ”[f]astställandet av dessa kriterier beror på föremålet för upphandlingen, eftersom dessa måste göra det möjligt att utvärdera varje anbuds prestanda i förhållande till föremålet för upphandlingen, enligt definitionen i de tekniska specifikationerna, samt att utvärdera förhållandet mellan kvalitet och pris i varje anbud”. Det ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” är det anbud ”som har det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris”.

87 För det tredje och som framgår av de första och fjärde styckena i skäl 46 kräver principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling objektiva kriterier som säkerställer att anbuden bedöms objektivt och således i verklig konkurrens med varandra. Skulle den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet skulle detta inte ske (se, vad gäller motsvarande bestämmelser i direktiv som föregår direktiv 2004/18, dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland, REG 2002, s. I-7213, punkt 61 och där angiven rättspraxis).

88 För det fjärde och slutligen krävs det i likhet med vad som anges i skäl 46 andra stycket i direktivet enligt dessa principer att den upphandlande myndigheten under upphandlingens samtliga skeden säkerställer iakttagandet av såväl principen om likabehandling av potentiella anbudsgivare som principen om öppenhet vad gäller tilldelningskriterierna, och att dessa kriterier formuleras på ett sådant sätt att samtliga rimligt upplysta och normalt aktsamma anbudsgivare kan få kännedom om den exakta innebörden av tilldelningskriterierna och således kunna tolka dem på samma sätt (se, vad gäller motsvarande bestämmelser i direktiv som föregår direktiv 2004/18, bland annat dom av den 4 december 2003 i mål C-448/01, EVN och Wienstrom, REG 2003, s. I-14527, punkterna 56–58).

89 För att pröva invändningen enligt vilken det saknas en tillräcklig koppling mellan tilldelningskriteriet och tilldelningen av kontraktet ska de underliggande kriterierna för märkena EKO och MAX HAVELAAR beaktas. Såsom framgår av punkterna 34–37 i förevarande dom avser dessa underliggande kriterier varor från ekologiskt jordbruk respektive rättvis handel. Vad avser ekologisk produktion såsom denna regleras i unionslagstiftningen, det vill säga vid tiden för de aktuella omständigheterna, i förordning nr 2092/91, anges i andra och nionde skälen i nämnda förordning att denna produktion underlättar skyddet för miljön bland annat genom avsevärda inskränkningar i användningen av gödningsmedel och bekämpningsmedel. Vad avser rättvis handel framgår av punkt 37 ovan att de kriterier som fastställs av den organisation som tilldelar märket MAX HAVELAAR syftar till att gynna småproducenter i utvecklingsländer genom att ingå affärsrelationer

med dem som tar hänsyn till dessa producenters verkliga behov och inte enbart till marknadens lagar. Det framgår härav att det omtvistade tilldelningskriteriet avser miljöegenskaper och sociala egenskaper vilka omfattas av artikel 53.1 a i direktiv 2004/18.

90 I enlighet med beskrivningen av kontraktet i kapitel 1.4 i förfrågningsunderlaget avses därmed, bland annat, leverans av kaffe, te och andra ingredienser som behövs för att framställa de drycker som ska tillhandahållas i automaterna. Det framgår vidare av utformningen av det omtvistade tilldelningskriteriet att detta endast avser de ingredienser som ska levereras inom ramen för kontraktet och att det inte på något sätt berör anbudsgivarnas allmänna inköpspolicy. Dessa kriterier avser följaktligen de varor som ska levereras och som utgör föremålet för upphandlingen.

91 Såsom framgår av punkt 110 i generaladvokatens förslag till avgörande, krävs det slutligen inte att ett tilldelningskriterium avser en varas egenskaper som sådana, det vill säga ett element som faktiskt utgör en del av varan. Domstolen har således i punkt 34 i den ovannämna domen EVN och Wienstrom slagit fast att unionslagstiftningen om offentlig upphandling inte utgör hinder för att den upphandlande myndigheten i en upphandling av elleveranser använder sig av ett tilldelningskriterium som består i att den levererade elen ska produceras från förnybara energikällor. Det finns således, i princip, inga hinder för att använda ett kriterium som innebär att en vara ska komma från rättvis handel.

92 Det omtvistade tilldelningskriteriet är således kopplat till föremålet för det aktuella kontraktet på så sätt som föreskrivs i artikel 53.1 a i direktiv 2004/18, och kommissionens invändning kan därför inte godtas.

93 Vad avser invändningen att provinsen Noord-Holland har fastställt att innehav av ett visst märke ska utgöra ett tilldelningskriterium, ska det erinras om att i punkt 35 i bilaga A till förfrågningsunderlaget har den upphandlande myndigheten föreskrivit att den omständigheten att de ingredienser som ska levereras har märkena EKO och/eller MAX HAVELAAR ger dessa ett visst antal poäng vid viktningen av anbuden. Detta villkor ska prövas mot bakgrund av kraven på tydlighet och objektivet som vilar på de upphandlande myndigheterna i detta avseende.

94 Vad gäller det särskilda fallet med användning av märken har unionslagstiftaren gett vissa specifika anvisningar avseende verkningarna av dessa krav då det är fråga om tekniska specifikationer. Det framgår således av punkterna 62–65 i förevarande dom att lagstiftaren – efter att i artikel 23.3 b i direktiv 2004/18 ha angett att dessa måste vara så specifika att anbudsgivarna kan bilda sig en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen och den upphandlande myndigheten kan genomföra upphandlingen – i artikel 23.6 gett de upphandlande myndigheterna möjlighet att använda sig av de underliggande kriterierna för ett miljömärke för att fastställa vissa egenskaper för en vara utan att föreskriva ett visst miljömärke i den tekniska specifikationen. Miljömärket kan endast användas för att presumera att de varor som har detta märke har de således fastställda egenskaperna, men all annan lämplig bevisning ska vara möjlig.

95 Tvärtemot vad Konungariket Nederländerna har hävdat saknas det anledning att anse att likhetsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen och öppenhetsprincipen leder till ett annat resultat när det är fråga om tilldelningskriterier, vilka också utgör nödvändiga villkor i en offentlig upphandling, eftersom de är avgörande för vilket anbud som ska väljas av de anbud som motsvarar de krav som den upphandlande myndigheten angett i de tekniska specifikationerna.

96 De ska, vad gäller den senare precisering som gjorts i punkt 12 i informationsmeddelandet och enligt vilken hänvisningen till märkena EKO och MAX HAVELAAR även avsåg likvärdiga märken, påpekas att i tillägg till vad som sagts i punkterna 54–56 i förevarande dom kan en sådan precisering inte kompensera frånvaron av detaljerade tekniska specifikationer för de aktuella märkena.

97 Av det anförda följer att provinsen Noord-Holland genom att i förfrågningsunderlaget föreskriva att den omständigheten att vissa varor som ska levereras har ett visst märke ger dessa ett visst antal poäng vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan att de underliggande kriterierna till dessa märken räknats upp eller att anbudsgivarna tillåtits att frambringa bevis på att en vara uppfyller dessa underliggande kriterier på lämpligt sätt, har uppställt ett tilldelningskriterium som är oförenligt med artikel 53.1 a i direktiv 2004/18. Talan ska följaktligen vinna bifall såvitt avser den tredje grunden.

D – *Den andra grunden: Åsidosättande av artiklarna 2, 44.2, och 48 i direktiv 2004/18 vad avser kravet på iakttagande av kriterierna för ”hållbara inköp” och ”företagens sociala ansvar”*

98 Den andra grunden består av tre delar och avser kravet i kapitel 4.4 avdelning 4 punkt 2 i förfrågningsunderlaget att den upphandlande myndigheten ska iaktta ”kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar”, bland annat genom att bidra till att göra kaffemarknaden mer hållbar och till en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion, och anbudsgivarna uppmanades att ange på vilket sätt dessa kriterier uppfylldes av dem.

1. Parternas argument

99 Med förevarande grunds första del har kommissionen hävdat att nämnda krav utgör en miniminivå vad gäller teknisk kapacitet som strider mot artiklarna 44.2 första stycket och 48 i direktiv 2004/18, eftersom det saknar samband med de kriterier som anges i sistnämnda artikel, genom vilken ett slutet system inrättas. Konungariket Nederländerna har gjort gällande att detta krav i själva verket utgör ett villkor för fullgörande av kontraktet enligt artikel 26 i direktivet. Konungariket Nederländerna anser i andra hand att detta krav omfattas av den ordning som inrättas i artikel 48, jämförd med artikel 2 c i direktivet, och som avser en beskrivning av varuleverantörens eller tjänsteleverantörens tekniska utrustning och av de metoder som han använder för att säkra kvaliteten samt av företagets undersöknings- och forskningsresurser. Vad gäller samma krav hade anbudsgivarna kunnat visa att de har kapacitet att fullgöra kontraktet genom att de motsvarar högt ställda kvalitativa kriterier.

100 Denna grunds andra del avser åsidosättande av artikel 44.2 andra stycket i direktiv 2004/18. Enligt denna delgrund saknas det en koppling, i vart fall en tillräcklig sådan, mellan det omtvistade kravet och föremålet för det aktuella kontraktet. Medlemsstaten i fråga har bestritt denna delgrund, eftersom den anser att hållbara inköp och företagens sociala ansvar har en koppling till ett kontrakt som bland annat avser leverans av kaffe och te från ekologiskt jordbruk och från rättvis handel.

101 Kommissionen har med denna grunds tredje del gjort gällande att artikel 2 i direktiv 2004/18 har åsidosatts, genom att innebörden av uttrycken ”hållbara inköp” och ”företagens sociala ansvar” inte är tillräckligt tydlig. Enligt Konungariket Nederländerna är detta inte fallet, bland annat eftersom dessa uttryck förstås av alla normalt upplysta entreprenörer och dessutom är föremål för en omfattande dokumentation på internet.

2. Domstolens bedömning

a) Kvalificeringen av den aktuella klausulen i förfrågningsunderlaget

102 Parterna har olika uppfattning om frågan hur det omtvistade kravet, att anbudsgivarna ska iaktta kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar, bland annat genom att bidra till en mer hållbar kaffemarknad och en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion, ska kvalificeras. Kommissionen har hävdat att detta krav avser anbudsgivarnas allmänna policy och således hör till dessas tekniska och yrkesmässiga kapacitet i den mening som avses i artikel 48 i

direktiv 2004/18. Konungariket Nederländerna anser däremot att kravet avser det omtvistade kontraktet och att det således är fråga om ett villkor för fullgörande av kontraktet i den mening som avses i artikel 26 i direktivet.

103 Den sistnämnda ståndpunkten kan inte godtas. Den omtvistade klausulen återfinns nämligen i avdelning 4 i kapitel 4.4 i förfrågningsunderlaget, vilken har rubriken ”Lämplighetskrav/miniminivåer”, vilket motsvarar den terminologi som används bland annat i artikel 44.2 i direktiv 2004/18, vilken hänvisar till artiklarna 47 och 48 i direktivet, med rubrikerna ”Ekonomisk och finansiell ställning” respektive ”Teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet”. De tre första avdelningarna i detta kapitel handlar dessutom om de miniminivåer som uppställts av den upphandlande myndigheten vad gäller anbudsgivarnas omsättning, försäkringar och erfarenhet, det vill säga omständigheter som uttryckligen anges i artiklarna 47 och 48. Vidare definierades lämplighetskraven i inledningen till förfrågningsunderlaget som krav – vilka uttrycks i form av såväl skäl för uteslutning som miniminivåer – som anbudsgivarna måste uppfylla för att deras anbud skulle beaktas. Dessa krav angavs på ett sådant sätt att de föreföll skilja sig från anbudet som sådant. Det aktuella kravet var slutligen uttryckt i allmänna termer som saknade samband med den omtvistade upphandlingen.

104 Av anförda överväganden följer att de potentiella anbudsgivarna inte kunde uppfatta detta krav på annat sätt än att det avsåg en av den upphandlande myndigheten krävd miniminivå för deras yrkesmässiga kapacitet, i den mening som avses i artiklarna 44.2 och 48 i direktiv 2004/18. Lagenligheten av det aktuella kravet ska följaktligen prövas mot bakgrund av dessa bestämmelser.

b) Det påstådda åsidosättandet av artiklarna 44.2 och 48 i direktiv 2004/18

105 Det framgår således av artikel 48.1 och 48.6 i direktiv 2004/18 att artikel 48 innehåller en uttömmande uppräkning av de omständigheter enligt vilka en upphandlande myndighet kan bedöma och kontrollera anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Enligt artikel 44.2 i direktivet kan visserligen den upphandlande myndigheten fastställa miniminivåer för sådana kapaciteter som måste uppfyllas av anbudsgivarna för att dessa skulle komma att tas i beaktande vid tilldelningen av kontraktet. Dessa nivåer kan emellertid enligt artikel 44.2 första stycket fastställas enbart med avseende på de omständigheter som räknas upp i artikel 48 om tenisk och yrkesmässig kapacitet.

106 Tvärtemot vad Konungariket Nederländerna har gjort gällande hör iakttagande av ”kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar” inte till dessa omständigheter.

107 De uppgifter som begärts med anledning av detta krav, nämligen hur ”[anbudsgivaren uppfyller] kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar” och ”bidrar dels till att förbättra kaffemarknaden ur hållbarhetssynpunkt, dels till en miljötekniskt, socialt och ekonomiskt ansvarig kaffeproduktion”, kan inte anses utgöra ”en [sådan] beskrivning av varuleverantörens eller tjänsteleverantörens tekniska utrustning och av de metoder som han använder för att säkra kvaliteten samt av företagets undersöknings- och forskningsresurser” som avses i artikel 48.2 c i direktiv 2004/18. Med uttrycket kvalitet, vilket används inte bara i nämnda bestämmelse utan även i punkterna b, d och j i samma bestämmelse, avses nämligen vad gäller denna artikel den tekniska kvaliteten hos varor eller tjänster som liknar de varor eller tjänster som utgör föremålet för det aktuella kontraktet. Den upphandlande myndigheten har rätt att begära att anbudsgivarna lämnar upplysningar om hur de kontrollerar och säkerställer dessa varors eller tjänsters kvalitet på sätt som anges i dessa punkter.

108 Av detta följer att provinsen Noord-Holland, genom att i form av tilldelningskriterier och miniminivåer av de kvaliteter som anges i förfrågningsunderlaget kräva att anbudsgivarna iakttar kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar och anger hur de uppfyller dessa kriterier och bidrar till

att göra kaffemarknaden mer hållbar och till en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion, har fastställt en miniminivå för teknisk kapacitet som inte har stöd i artiklarna 44.2 och 48 i direktiv 2004/18. Följaktligen ska den andra grundens första del godtas.

c) Det påstådda åsidosättandet av artikel 2 i direktiv 2004/18

109 Principen om öppenhet innebär således att alla villkor och bestämmelser avseende förfarandet för kontraktstilldelning ska uttryckas klart, precist och otvetydigt i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget för att det ska vara möjligt dels för alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare att kunna förstå den exakta räckvidden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten ska kunna kontrollera på ett effektivt sätt om anbuden från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna för det aktuella kontraktet (se, bland annat, dom av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, REG 2004, s. I-3801).

110 Såsom generaladvokaten angett i punkt 146 i sitt förslag till avgörande uttrycks inte kraven avseende iakttagande av ”kriterierna om hållbara inköp och företagens sociala ansvar” samt skyldigheten att ”bidra till att göra kaffemarknaden mer hållbar och till en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion” klart, precist och otvetydigt, på ett sådant sätt att det är möjligt för alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare att med säkerhet och fullt ut veta vilka kriterier som dessa krav omfattar. Detta gäller även, i än högre grad, begäran att anbudsgivarna i sina anbud ska ange ”hur de uppfyller” dessa kriterier eller hur de ”bidrar till” den upphandlande myndighetens syften vad gäller kontraktet och kaffeproduktionen utan att de ges några tydliga upplysningar om vilka uppgifter som ska lämnas.

111 Följaktligen har provinsen Noord-Holland, genom att i det omtvistade förfrågningsunderlaget kräva att anbudsgivarna ska iaktta ”kriterierna om hållbara inköp och företagens sociala ansvar”, ”bidra till att göra kaffemarknaden mer hållbar och till en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion” och i sina anbud ange ”hur de uppfyller” dessa kriterier eller hur de ”bidrar till” den upphandlande myndighetens syften vad gäller kontraktet och kaffeproduktionen, fastställt en klausul som innebär ett åsidosättande av den skyldighet till öppenhet som anges i artikel 2 i direktiv 2004/18.

112 Av det anförda följer att Konungariket Nederländerna har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt de nedan angivna bestämmelserna genom att provinsen Noord-Holland, i samband med en offentlig upphandling av leverans och drift av kaffeautomater som offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 16 augusti 2008

— genom att ställa krav på att vissa varor som ska levereras måste ha ett visst miljömärke, i stället för att använda detaljerade tekniska specifikationer har uppställt en teknisk specifikation som är oförenlig med artikel 23.6 i direktiv 2004/18,

— genom att föreskriva att den omständigheten att vissa varor som ska levereras har ett visst märke ger dessa ett visst antal poäng vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan att de underliggande kriterierna till dessa märken räknats upp eller att anbudsgivarna tillåtits att frambringa bevis på att en vara uppfyller dessa underliggande kriterier på lämpligt sätt, har uppställt ett tilldelningskriterium som är oförenligt med artikel 53.1 a i direktiv 2004/18,

— genom att i form av tilldelningskriterier och miniminivåer av de kvaliteter som anges i förfrågningsunderlaget kräva att anbudsgivarna iakttar kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar och anger hur de uppfyller kriteriet att bidra till att göra kaffemarknaden mer hållbar och till en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion, har fastställt en miniminivå för teknisk kapacitet som inte har stöd i artiklarna 44.2 och 48 i direktiv 2004/18, och

— har fastställt en klausul som innebär ett åsidosättande av den skyldighet till öppenhet som anges i artikel 2 i direktiv 2004/18, genom att kräva att anbudsgivarna iakttar kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar och anger hur de uppfyller kriteriet att bidra till att göra kaffemarknaden mer hållbar och till en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion.

Av nämnda överväganden följer att talan ska ogillas i övriga delar.

V – Rättegångskostnader

113 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Konungariket Nederländerna ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Konungariket Nederländerna har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) **Konungariket Nederländerna har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt de nedan angivna bestämmelserna genom att provinsen Noord-Holland, i samband med en offentlig upphandling av leverans och drift av kaffeautomater som offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 16 augusti 2008,**

   — **genom att ställa krav på att vissa varor som ska levereras måste ha ett visst miljömärke, i stället för att använda detaljerade tekniska specifikationer har uppställt en teknisk specifikation som är oförenlig med artikel 23.6 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 1422/2007 av den 4 december 2007,**

   — **genom att föreskriva att den omständigheten att vissa varor som ska levereras har ett visst märke ger dessa ett visst antal poäng vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan att de underliggande kriterierna till dessa märken räknats upp eller att anbudsgivarna tillåtits att frambringa bevis på att en vara uppfyller dessa underliggande kriterier på lämpligt sätt, har uppställt ett tilldelningskriterium som är oförenligt med artikel 53.1 a i direktiv 2004/18,**

   — **genom att i form av tilldelningskriterier och miniminivåer av de kvaliteter som anges i förfrågningsunderlaget kräva att anbudsgivarna iakttar kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar och anger hur de uppfyller kriteriet att bidra till att göra kaffemarknaden mer hållbar och till en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion, har fastställt en miniminivå för teknisk kapacitet som inte har stöd i artiklarna 44.2 och 48 i direktiv 2004/18, och**

   — **har fastställt en klausul som innebär ett åsidosättande av den skyldighet till öppenhet som anges i artikel 2 i direktiv 2004/18, genom att kräva att anbudsgivarna iakttar kriterierna för hållbara inköp och företagens sociala ansvar och anger hur de uppfyller kriteriet att bidra till att göra kaffemarknaden mer hållbar och till en ekologiskt, socialt och ekonomiskt ansvarsfull kaffeproduktion.**

2) Talan ogillas i övrigt.

3) **Konungariket Nederländerna ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter