Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 15 december 2011 [1]

**Mål C-368/10**

**Europeiska kommissionen**
**mot**

**Konungariket Nederländerna**

”Offentlig upphandling av varor — Ekologiska produkter — Rättvis handel (Fair Trade) — Hänsyn till produkters miljömässiga och sociala hållbarhet — Hållbar ekonomi — Varumärkena Max Havelaar och EKO — Upphandlingsprinciper — Teknisk specifikation — Miljöegenskaper — Lämplighet och val av deltagare — Teknisk och yrkesmässig kapacitet — Tilldelningskriterier — Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet — Artiklarna 2, 23, 26, 44, 48 och 53 i direktiv 2004/18/EG”

Innehållsförteckning

I – Inledning ..... 3

II – Tillämpliga bestämmelser ..... 3

III – Bakgrund och administrativt förfarande ..... 6

A – Upphandlingsförfarandet ..... 6

1. Offentliggörandet av upphandlingsförfarandet ..... 6

2. Förfrågningsunderlaget ..... 7

3. Informationsmeddelandet ..... 7

4. Tilldelningen ..... 8

B – De varumärken som anges i villkoren för kontrakt ..... 8

C – Det administrativa förfarandet ..... 8

IV – Parternas yrkanden och förfarandet vid domstolen ..... 9

1 — Originalspråk: tyska.

V – Bedömning ..... 9

A – Den första anmärkningen: Hänvisning till varumärkena Max Havelaar och EKO i de tekniska specifikationerna för det kaffe och te som ska levereras ..... 10

1. Den första delen av den första anmärkningen: Hänvisningen till varumärket EKO för det kaffe och te som ska levereras (artikel 23.6 i direktiv 2004/18) ..... 10

a) Huruvida artikel 23 i direktiv 2004/18 är tillämplig ..... 11

b) Det föreligger inget allmänt förbud mot att hänvisa till miljömärken vid fastställandet av en produkts miljöegenskaper ..... 11

c) Förbud mot att föreskriva att ett visst miljömärke måste användas ..... 12

d) Slutsats i denna del ..... 14

2. Den andra delen av den första anmärkningen: Hänvisning till varumärket Max Havelaar för det kaffe och te som ska levereras (artikel 23.8 i direktiv 2004/18) ..... 14

a) Huruvida artikel 23.8 i direktiv 2004/18 är tillämplig ..... 14

b) I andra hand: Huruvida hänvisningen till varumärket Max Havelaar var förenlig med direktiv 2004/18 ..... 15

i) Tillämplig bestämmelse: artikel 26 i direktiv 2004/18 ..... 16

ii) Prövning av hänvisningen till varumärket Max Havelaar mot bakgrund av artikel 26 i direktiv 2004/18 ..... 16

3. Sammanfattning av den första anmärkningen ..... 17

B – Den tredje anmärkningen: Hänvisning till varumärkena Max Havelaar och EKO i kriterierna för tilldelning av kontrakt med avseende på de ingredienser som ska levereras ..... 18

1. Inledande anmärkning ..... 18

2. Det första argumentet som framförts inom ramen för den tredje anmärkningen: Påståendet om att det inte finns något samband mellan föremålet för upphandlingen och de båda varumärkena ..... 19

3. Det andra argumentet som framförts inom ramen för den tredje anmärkningen: Hänvisning till varumärkena i stället för till de kriterier som ska uppfyllas ..... 20

C – Den andra anmärkningen: Påståendet om hänvisning till inköp ur hållbarhetssynpunkt och företagens sociala ansvar som upphandlingskriterium ..... 22

1. Den första delen av den andra anmärkningen: Påståendet om otillåtna krav på bevisningen avseende anbudsgivarens tekniska kapacitet (artikel 48.1 jämförd med artikel 2 i direktiv 2004/18) ..... 22

2. Den andra delen av den andra anmärkningen: Påståendet om att det inte finns något samband mellan kraven på anbudsgivarens lämplighet och föremålet för upphandlingen (artikel 44.2 i direktiv 2004/18) ..... 23

3. Den tredje delen av den andra anmärkningen: Påståendet om åsidosättande av det allmänna kravet på öppenhet (artikel 2 i direktiv 2004/18) ..... 24

D – Sammanfattning ..... 25

VI – Rättegångskostnader ..... 25

VII– Förslag till avgörande ..... 26

## I – Inledning

1. Det är inte enbart konsumenter utan även företag och myndigheter som lägger allt större vikt vid hållbarheten i sin konsumtion. Den centrala frågan i förevarande fördragsbrottsförfarande är huruvida upphandlande myndigheter i upphandlingsförfaranden för tilldelning av kontrakt får uppställa kravet att hänsyn ska tas till den miljömässiga och sociala hållbarheten hos de produkter som ska levereras.

2. En nederländsk kommun hänvisade år 2008 inom ramen för en offentlig upphandling av leverans och underhåll av kaffeautomater till varumärkena Max Havelaar och EKO. Det skulle på så sätt säkerställas att den vinnande anbudsgivaren skulle leverera hållbara produkter som framför allt utmärker sig genom sin miljömässiga och sociala hållbarhet. Europeiska kommissionen har i förevarande mål gjort gällande att Nederländerna genom att använda de båda varumärkena och olika formuleringar i förfrågningsunderlaget åsidosatt unionsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling.

3. Om och i vilket mån miljömässiga och sociala hänsyn kan beaktas i upphandlingsförfaranden och framför allt huruvida det är tillåtet att hänvisa till miljömärken och rättvisemärkta varumärken är en fråga som är av grundläggande betydelse för vidareutvecklingen av lagstiftningen om offentlig upphandling. Vid besvarandet av denna fråga står domstolen inför utmaningen att hitta en jämvikt mellan den inre marknadens behov och miljö- och socialpolitiska mål utan att därför försumma praktiska krav vad gäller upphandlingsförfaranden. Å ena sidan får potentiella anbudsgivare inte diskrimineras och marknaden avskärmas. Å andra sidan måste upphandlande myndigheter ha möjlighet att med en rimlig administrativ arbetsinsats förvärva miljövänliga ekologiska och rättvisemärkta produkter.

## II – Tillämpliga bestämmelser

4. De tillämpliga bestämmelserna i det aktuella fallet utgörs av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. [2]

5. I avdelning I i detta direktiv, som återfinns under rubriken ”Definitioner och allmänna principer”, fastställs följande ”[p]rinciper för tilldelning av kontrakt” i artikel 2:

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

6. Under ”Regler om offentliga kontrakt” i avdelning II i direktiv 2004/18 innehåller kapitel IV en mängd ”[s]ärskilda regler om förfrågningsunderlag och kontraktshandlingar” av vilka å ena sidan artikel 23 jämförd med bilaga VI samt å andra sidan artikel 26 är av intresse i förevarande fall.

2 — EUT L 134, s. 114.

7. Såsom framgår av artikel 23 jämförd med punkt 1 b i bilaga VI betecknar uttrycket ”teknisk specifikation” i fråga om offentliga varukontrakt

”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”.

8. I anslutning till denna definition återfinns i artikel 23 i direktiv 2004/18 en regel om teknisk specifikation som i utdrag har följande lydelse:

”1. Tekniska specifikationer enligt definitionen i punkt 1 i bilaga VI skall ingå i kontraktshandlingarna, såsom meddelanden om upphandling, förfrågningsunderlag och kompletterande handlingar. …

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. Utan att det påverkar rättsligt bindande nationella tekniska regler, i den utsträckning som de är förenliga med gemenskapsrätten, skall de tekniska specifikationerna vara utformade på något av följande sätt:

a) Genom en hänvisning till de tekniska specifikationer som definieras i bilaga VI ... Varje sådan hänvisning skall följas av orden ’eller likvärdigt’.

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.

c) I form av prestanda eller funktionskrav enligt led b och, för att påvisa att dessa prestanda eller funktionskrav antas vara uppfyllda, med en hänvisning till specifikationerna i led a.

d) Med en hänvisning till specifikationerna i led a i fråga om vissa egenskaper och med en hänvisning till de prestanda eller funktionskrav som anges i led b i fråga om andra egenskaper.

…

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'."

9. Därutöver fastställs i artikel 26 i direktiv 2004/18 följande avseende "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."

10. Avdelning II, kapitel VII i direktiv 2004/18 innehåller bestämmelser om "Upphandlingsförfarandets gång". Av dessa är artiklarna 44, 48 och 53 av betydelse.

11. Artikel 44 i direktiv 2004/18 hör till de allmänna bestämmelserna om upphandlingsförfarandets gång, och under rubriken "Kontroll av lämplighet och val av deltagare samt tilldelning av kontrakt" föreskrivs bland annat följande:

"1. Kontrakt skall tilldelas ..., efter det att lämpligheten hos de ekonomiska aktörer som inte har uteslutits ... har kontrollerats av den upphandlande myndigheten enligt de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet ... som avses i artiklarna 47–52 ...

2. 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.

Dessa miniminivåer skall framgå av meddelandet om upphandling.

…"

12. Artikel 48 i direktiv 2004/18 innehåller regler om en ekonomisk aktörs "Tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet" som i utdrag har följande lydelse:

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

2. Bevis på en ekonomisk aktörs tekniska kapacitet får lämnas i en eller flera av följande former beroende på de aktuella byggentreprenadernas, varornas eller tjänsternas art, kvantitet eller betydelse och ändamål:

…

c) 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.

…

6. Den upphandlande myndigheten skall i meddelandet om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange vilka av de uppgifter som anges i punkt 2 som krävs.”

13. Slutligen föreskrivs följande i artikel 53.1 i direktiv 2004/18 under rubriken ”Tilldelningsgrunder”:

”Utan att nationella lagar och andra författningar om ersättning för vissa tjänster påverkas skall den upphandlande myndigheten 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.

b) I annat fall, enbart det lägsta priset.”

## III – Bakgrund och administrativt förfarande

### A – *Upphandlingsförfarandet*

14. År 2008 genomförde den nederländska provinsen Noord-Holland ett upphandlingsförfarande om leverans och underhåll av kaffeautomater. Kontraktets löptid skulle vara tre år med möjlighet till förlängning med ytterligare ett år.

#### 1. Offentliggörandet av upphandlingsförfarandet

15. Offentliggörandet av upphandlingsförfarandet som skedde den 16 augusti 2008 i *Europeiska unionens officiella tidning*[3] innehöll bland annat följande text med rubriken ”Kort beskrivning av upphandlingen/upphandlingarna”.

”Provinsen Noord-Holland har ingått ett kontrakt om underhåll av kaffeautomater. Detta kontrakt löper ut den 1 januari 2009. Provinsen avser att ingå ett nytt kontrakt till 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.” [4]

16. Under rubriken ”Andra särskilda villkor för kontraktets fullgörande” kunde svaret nej utläsas i meddelandet om upphandling.[5] Tilldelning av kontrakt ska ske på grundval av kriteriet avseende det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.[6]

3 — EUT 2008, s. 158-213630.

4 — Avdelning II.1.5 i offentliggörandet.

5 — Avdelning III.1.4 i offentliggörandet.

6 — Avdelning IV.2.1 i offentliggörandet.

## 2. Förfrågningsunderlaget

17. I förfrågningsunderlaget[7] som de berörda parterna kunde erhålla på begäran angavs bland annat att vid bedömningen av anbuden inte enbart priset utan även kvalitets- och miljökriterier skulle tillmätas betydelse. Härvid framhölls provinsen Noord-Hollands målsättning att använda fler ekologiska och rättvisemärkta produkter i sina kaffeautomater.

18. Förfrågningsunderlaget innehöll såväl kriterier för det urval som skulle uppfyllas av anbudsgivarna som tilldelningskriterier för bedömning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Dessutom klargjordes att enbart de anbud som uppfyllde kriterier för urvalet skulle bedömas med hjälp av tilldelningskriterier.

19. I avdelning 4.4 i förfrågningsunderlaget, med rubriken ”Urvalskrav/minimikrav”, återfanns bland annat följande formulering under rubriken 4.4.4 ”Kvalitetskrav”:

”Provinsen Noord-Holland kräver inom ramen för inköp ur hållbarhetssynpunkt och företagens sociala ansvar att leverantören uppfyller kriterierna avseende inköp ur hållbarhetssynpunkt och företagens sociala ansvar. Hur uppfyller leverantören kriterierna avseende inköp ur hållbarhetssynpunkt 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.”

Samma kvalitetskrav har dessutom klassificerats som ”knockoutkriterium” i den sammanfattande rubriken 4.4.6 i förfrågningsunderlaget under rubriken ”Översikt minimikrav”.

20. Till förfrågningsunderlaget bifogades som bilaga A en kravprofil som varje anbudsgivare var tvungen att godta. Denna innehöll såväl krav som önskemål från den upphandlande myndighetens sida, varvid de förstnämnda utgjorde minimikrav som skulle uppfyllas för inte anbudsgivaren skulle uteslutas från upphandlingsförfarandet, medan de sistnämnda utgjorde tilldelningskriterier med avseende på vilka det med hjälp av ett poängsystem skulle bedömas om de iakttagits av enskilda anbudsgivare.

21. I punkt 31 i denna kravprofil angavs med avseende på det kaffe och te som skulle levereras följande krav:

”Provinsen Noord-Holland använder vid kaffe- och tekonsumtion varumärkena Max Havelaar och EKO.”

22. Dessutom återfanns i punkt 35 i kravprofilen med avseende på de ”ingredienser” som skulle levereras, nämligen socker, mjölkpulver och kakao, följande ”önskemål” från den offentliga myndighetens sida, som kunde belönas med 15 poäng om de tillgodosågs:

”Ingredienserna ska i möjligaste mån motsvara varumärkena Max Havelaar och/eller EKO.”

23. Det var enligt förfrågningsunderlaget inte tillåtet att lämna alternativa anbud. Det var inte heller tillåtet att förena anbud med ett villkor.

## 3. Informationsmeddelandet

24. Potentiella anbudsgivare hade enligt förfrågningsunderlaget möjlighet att ställa frågor till provinsen i egenskap av upphandlande myndighet som denna skulle besvara i form av ett informationsmeddelande. Detta meddelande, som är tillgängligt online, skulle utgöra en del av förfrågningsunderlaget och ha företräde framför andra delar av förfrågningsunderlaget.

7 — ”Offerteaanvraag ’Koffieautomaten’” av den 11 augusti 2008 (referens: PNH-45096).

25. Den 9 september 2008 utfärdade provinsen Noord-Holland ett sådant informationsmeddelande som bland annat innehöll två svar på frågor från potentiella anbudsgivare. Frågorna gällde varumärkena Max Havelaar och EKO, som nämnts i förfrågningsunderlaget.

— I samband med punkt 31 i kravprofilen lämnade provinsen följande svar på frågan ”Kan man utgå från att följande gäller för föreskrivna varumärken ’eller likvärdigt’?”: ”Såvida de grundar sig på jämförbara eller identiska kriterier” (punkt 11 i informationsmeddelandet).

— I samband med punkt 35 i kravprofilen lämnade provinsen följande svar på frågan ”Kan man utgå från att följande gäller för föreskrivna varumärken ’eller likvärdigt’?”: Ingredienserna får vara av ett varumärke som uppfyller motsvarande kriterier (punkt 12 i informationsmeddelandet).

4. Tilldelningen

26. Enligt publiceringen av den 24 december 2008 tilldelades det nederländska bolaget Maas International B.V. med säte i Eindhoven kontraktet i slutet av upphandlingsförfarandet. [8]

B – *De varumärken som anges i villkoren för kontrakt*

27. Varumärket ”Max Havelaar” [9] tilldelas sedan år 1988 av en stiftelse, ”Stichting Max Havelaar”, som bildats enligt nederländsk civilrätt. De produkter som har detta varumärke har förvärvats till rimliga priser och på rimliga handelsvillkor hos organisationer som består av små grupper av jordbrukare i utvecklingsländer. För tilldelning av varumärket tillämpas fyra kriterier: kostnadsstäckande minimipris, påslag på världsmarknadspriset, förfinansiering och långsiktiga handelsrelationer mellan producenten och importören. Fastställande av normer, revision och certifiering sker genom den internationella paraplyorganisationen Fairtrade Labelling Organization (FLO) [10] med säte i Bonn, Tyskland.

28. Varumärket EKO utgör också ett nederländskt privaträttsligt varumärke. Det tilldelas sedan år 1985 av en stiftelse som bildats enligt nederländsk rätt, Stichting Skal, för produkter som till minst 95 procent består av ekologiska ingredienser. Stichting Skal utövar verksamhet i samråd med det nederländska ministeriet för jordbruk, natur och fiske.

29. Såväl Max Havelaar som EKO är i egenskap av gemenskapsvarumärken registrerade hos Byrån för harmonisering inom den inre marknaden.

C – *Det administrativa förfarandet*

30. Kommissionen inledde förevarande fördragsbrottsförfarande till följd av ett klagomål. Såväl i sin formella underrättelse av den 14 maj 2009 som i sitt motiverade yttrande av den 29 oktober 2009 framförde den huvudsakligen samma invändningar som i förevarande talan. Kommissionen har gjort gällande att Nederländerna vid genomförandet av upphandlingsförfarandet åsidosatt direktiv 2004/18.

31. Såväl i sitt svar av den 17 augusti 2009 på den formella underrättelsen som i sitt skriftliga yttrande av den 31 december 2009 på kommissionens motiverade yttrande har Nederländerna bestritt att ett fördragsbrott föreligger. [11]

8 — Meddelande om upphandling, EUT 2008, s. 250-333033.

9 — Namnet Max Havelaar har enligt uppgifter från den nederländska regeringen lånats från titeln på en känd bok i den nederländska litteraturen: *Max Havelaar of de koffieveilingen der Nederlandsche Handelsmaatschappij* (Max Havelaar eller det nederländska handelsbolagets kaffeauktioner). Författaren till denna bok från år 1859 är Multatuli (pseudonym för Eduard Douwes Dekker). Den handlar om sociala missförhållanden vid kaffeodling i före detta Nederländska Indien (nuvarande Indonesien) till följd av den nederländska kolonialpolitiken.

10 — Se i detta avseende webbsidan www.fairtrade.net (senast besökt den 25 oktober 2011).

11 — I sitt svar på den formella underrättelsen erkände den nederländska regeringen att bestämmelserna i artiklarna 2, 23.6 och 53 i direktiv 2004/18 inte fullständigt hade beaktats ordagrant. Ett sådant uttalande återfinns emellertid inte i svaret på det motiverade yttrandet.

## IV – Parternas yrkanden och förfarandet vid domstolen

32. Genom skrivelse av den 20 juli 2010 som inkom till domstolen den 22 juli 2010 har kommissionen väckt talan mot Nederländerna i enlighet med artikel 258.2 FEUF.

33. Kommissionen har yrkat att domstolen ska

1) fastställa att Konungariket Nederländerna har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt nedanstående artiklar i direktiv 2004/18/EG genom att den upphandlande myndigheten i en offentlig upphandling av leverans och underhåll av kaffeautomater, offentliggjord som nr 2008/S 158-213630,

   — i de tekniska specifikationerna har föreskrivit varumärkena Max Havelaar och EKO, eller åtminstone varumärken som uppfyller jämförbara eller identiska kriterier, vilket strider mot artikel 23.6 och 23.8 i direktivet,

   — för att kontrollera de ekonomiska aktörernas yrkesmässiga kapacitet har använt kriterier och bevisning avseende inköp ur hållbarhetssynpunkt och företagens sociala ansvar, vilket strider mot artiklarna 48.1–2 och 44.2 samt i vart fall artikel 2 i direktiv 2004/18/EG, och

   — vid angivandet av tilldelningskriterierna hänvisade till varumärkena Max Havelaar och/eller EKO, eller åtminstone till varumärken som uppfyller motsvarande kriterier, vilket strider mot artikel 53.1 i direktiv 2004/18/EG,

2) förplikta Konungariket Nederländerna att ersätta rättegångskostnaderna.

34. Nederländerna har yrkat att domstolen ska

1) ogilla talan, och

2) förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

35. Efter det att skriftliga yttranden hade ingetts hölls muntlig förhandling vid domstolen den 26 oktober 2011 avseende kommissionens talan. Konungariket Danmark, som genom beslut av domstolens ordförande av den 11 februari 2011 tillåtits att intervenera till stöd för Nederländernas yrkanden, deltog inte i det vidare förfarandet och drog sig ur förfarandet genom skrivelse av den 17 oktober 2011.

## V – Bedömning

36. Att eftersträva ekologiska och socialpolitiska mål vid offentlig upphandling har länge kritiserats, vilket inte minst framgår av användningen av uttrycket ”målsättning som inte har något samband med upphandling”. Numera har emellertid principen att upphandlande myndigheter vid tilldelning av kontrakt även får beakta ekologiska och socialpolitiska aspekter erkänts,[12] vilket kommissionen i

12 — Se, i principiellt hänseende, dom av 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes (REG 1988, s. 4635), punkterna 28–30), och av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland (REG 2002, s. I-7213), punkterna 53–69, samt skälen 1, 5, 29, 33, 44 och 46 i direktiv 2004/18.

princip inte heller har bestridit. För det första framgår detta allmänt av deras publicerade yttrande avseende denna fråga.[13] För det andra har kommissionen i detta förfarande inte minst vid den muntliga förhandlingen uttryckligen erkänt att upphandlande myndigheter särskilt får underkasta förvärv av ekologiska produkter och rättvisemärkta produkter offentliga varukontrakt.

37. Det är emellertid högst omtvistat under vilka omständigheter och i vilken form den upphandlande myndighetens ekologiska och socialpolitiska riktlinjer kan påverka ett konkret upphandlingsförfarande. Kommissionen har anfört att direktiv 2004/18 har åsidosatts i förevarande fall. Den har kritiserat provinsen Noord-Hollands förfarande i tre hänseenden som behandlas i en särskild anmärkning i talan. Det rör sig härvid huvudsakligen om hänvisningen till varumärkena Max Havelaar och EKO i anbudsinfordran.

38. Nederländerna har inte bestritt att direktiv 2004/18 är tillämpligt på det omtvistade offentliga varukontraktet, men har bestritt att provinsen Noord-Holland har åsidosatt direktivet.

A – *Den första anmärkningen: Hänvisning till varumärkena Max Havelaar och EKO i de tekniska specifikationerna för det kaffe och te som ska levereras*

39. Kommissionen har genom sin första anmärkning gjort gällande att Nederländerna har åsidosatt artikel 23.6 och 23.8 i direktiv 2004/18 av vilken det framgår på vilket sätt en upphandlande myndighet kan definiera produktens egenskaper (så kallade tekniska specifikationer).

40. Såsom kommissionen preciserat vid förhandlingen anser den inte att provinsen Noord-Hollands beslut att förvärva ekologiska och rättvisemärkta produkter[14] strider mot unionsrätten. Det åsidosättande av artikel 23 i direktiv 2004/18 som gjorts gällande består i stället i att provinsen Noord-Holland vid fastställandet av de tekniska specifikationerna för det kaffe och te som ska levereras till den hänvisat till varumärkena Max Havelaar och EKO, eller åtminstone varumärken som uppfyller jämförbara eller identiska kriterier.

41. Denna anmärkning avser konkret nr 31 i kravprofilen i vilken anbudsgivare genom ”ett krav” informeras om att provinsen Noord-Holland vid kaffe- och tekonsumtion ”använder” varumärkena Havelaar och EKO. Dessutom ska punkt 11 i informationsmeddelandet beaktas, i vilket den upphandlande myndigheten preciserade att den även godtog ”likvärdiga” varumärken ”om de uppfyller jämförbara eller identiska kriterier”.

42. Den första delen av den första anmärkningen avser varumärket EKO (se i detta avseende punkt 1 nedan), medan den andra delen avser varumärket Max Havelaar (se i detta avseende punkt 2 nedan).

1. Den första delen av den första anmärkningen: Hänvisningen till varumärket EKO för det kaffe och te som ska levereras (artikel 23.6 i direktiv 2004/18)

43. Den första anmärkningens första del avser varumärket EKO med avseende på vilket den omständigheten att det tagits upp i punkt 31 i kravprofilen enligt kommissionens uppfattning utgör ett åsidosättande av artikel 23.6 i direktiv 2004/18.

13 — Tolkningsmeddelande från kommissionen av den 4 juli 2001 om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling (KOM(2001) 274 slutlig, EGT C 333, 2001, s. 12), Tolkningsmeddelande från kommissionen av den 15 oktober 2001 om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling (KOM(2001) 566 slutlig, EGT C 333, 2001, s. 27), Meddelande från kommissionen av den 16 juli 2008 till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén – Offentlig upphandling för en bättre miljö (KOM(2008) 400 slutlig), Meddelande från kommissionen av den 5 maj 2009 till rådet, Europaparlamentet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén – Att bidra till en hållbar utveckling: rättvis handel och icke-statliga handelsrelaterade system för hållbar utveckling (KOM(2009) 215 slutlig, s. 10), Meddelande från kommissionen av den 3 mars 2010 ”Europa 2020” – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla (KOM(2010) 2020 slutlig, s. 18 och 19).

14 — Se i detta avseende den allmänna kontraktspecifikationen i meddelandet om upphandling och i förfrågningsunderlaget (som återges i utdrag i punkterna 15 och 17 i förevarande förslag till avgörande).

44. Det ska i detta avseende påpekas att det står en upphandlande myndighet fritt att själv fastställa vilka produkter den vill förvärva. Då den fastställer produktens egenskaper samt miljöegenskaper måste den emellertid beakta vissa unionsrättsliga bestämmelser som syftar till att säkerställa att upphandlingsförfarandet genomförs på ett öppet sätt så att ingen av de potentiella anbudsgivarna diskrimineras och så att det inte innebär omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Till dessa regler hör artikel 23 i direktiv 2004/18.

a) Huruvida artikel 23 i direktiv 2004/18 är tillämplig

45. Artikel 23 i direktiv 2004/18 innehåller detaljerade bestämmelser om användningen av tekniska specifikationer av upphandlande myndigheter i kontraktshandlingar. Såsom framgår av punkt 1 b i bilaga VI i direktivet avses med teknisk specifikation i fråga om offentliga varukontrakt, en specifikation i ett dokument med angivande av kraven på en produkts egenskaper. Som exempel på tekniska specifikationer anges i punkt 1 b i bilaga VI bland annat nivå på miljöprestanda, symboler, förpackning, märkning, produktionsprocesser och metoder.

46. En upphandlande myndighets hänvisning till ett sådant miljömärke som varumärket EKO omfattas utan problem av denna definition av teknisk specifikation. Detta varumärke anger nämligen en viss produktionsmetod och ger information om vissa miljöegenskaper hos dessa kaffe- och tesorter.

47. Användningen av varumärket EKO i provinsen Noord-Hollands kravprofil ska därför bedömas mot bakgrund av artikel 23 i direktiv 2004/18.

b) Det föreligger inget allmänt förbud mot att hänvisa till miljömärken vid fastställandet av en produkts miljöegenskaper

48. Enligt artikel 23.3 b i direktiv 2004/18 får en upphandlande myndighet föreskriva miljöegenskaper för den vara som ska levereras i form av prestanda eller funktionskrav. För detta ändamål får den enligt artikel 23.6 i direktiv 2004/18 använda detaljerade specifikationer, eller vid behov delar av dessa, såsom de fastställts för europeiska, (multi)nationella miljömärken eller andra miljömärken.

49. Kommissionen har tolkat denna bestämmelse på så sätt att upphandlande myndigheter vid beskrivningen av de krav som ställs på potentiella anbudsgivare enbart får hänvisa till konkreta specifikationer, det vill säga till det finstilta, men de får inte direkt hänvisa till miljömärken.

50. Ett sådant totalförbud mot användning av miljömärken framgår emellertid i motsats till vad som hävdats av kommissionen inte av ordalydelsen i artikel 23.6 i direktiv 2004/18 och är inte heller motiverat enligt syftet med denna bestämmelse och det sammanhang som den ingår i.

51. I artikel 23.6 i direktiv 2004/18 betonas visserligen de detaljerade specifikationer som den upphandlande myndigheten ska använda för att beskriva miljöegenskaper hos produkter.

52. Detta innebär emellertid inte nödvändigtvis att upphandlande myndigheter i sina kontraktshandlingar separat måste ange varje specifikation som hör till ett miljömärke. Den upphandlande myndigheten har däremot rätt att i kontraktshandlingarna genom en hänvisning till miljömärken allmänt hänvisa till samtliga specifikationer på vilka varumärkena grundar sig. Det är i denna mening som det ska tolkas att en upphandlande myndighet enligt artikel 23.6 i direktiv 2004/18 för att beteckna miljöegenskaper får använda ”detaljerade specifikationer” ”såsom de fastställts ... för miljömärken”.

53. Av den tydliga formuleringen i bestämmelsen följer att en sådan allmän hänvisning inte enbart får ske med avseende på europeiska miljömärken, till exempel det så kallade EU-miljömärket i den mening som avses i förordning (EG) nr 1980/2000[15] eller förordning (EG) nr 66/2010,[16] utan även med avseende på nationella, (multi)nationella och andra miljömärken om de uppfyller de kriterier som fastställs i de fyra strecksatserna i artikel 23.6 i direktiv 2004/18.[17]

54. Till skillnad från vad kommissionen har hävdat är den allmänna hänvisningen till samtliga specifikationer som ett miljömärke grundar sig på i allmänhet förenlig med den princip om öppenhet som hör till de grundläggande principerna i den europeiska rätten om offentlig upphandling.[18]

55. Enligt principen om öppenhet krävs nämligen enbart att de tekniska specifikationerna är tillgängliga *på samma villkor* för samtliga anbudsgivare (artikel 23.2 i direktiv 2004/18), och miljöegenskaperna hos de produkter som ska levereras ska vara så specifika att anbudsgivarna kan bilda sig *en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen* (artikel 23.3 b i direktiv 2004/18).[19]

56. I detta avseende räcker som regel en allmän hänvisning till de specifikationer på vilka ett miljömärke grundar sig. Det kan av en rimligt informerad anbudsgivare som visar normal omsorg[20] nämligen förväntas att denna har kännedom om de miljömärken som används på den berörda marknaden eller i vart fall informerar sig om de kriterier som tillämpas hos certifieringsorganet för sådana varumärken.

57. Dessutom ska vid fastställandet av kraven på upphandlande myndigheter den administrativa belastningen beaktas. Denna belastning ska alltid stå i proportion till de mål som eftersträvas i rätten om offentlig upphandling. Om miljöegenskaperna hos en produkt ur en rimligt informerad anbudsgivares synvinkel tillräckligt noggrant beskrivs genom en allmän hänvisning till en specifikation som ligger till grund för miljömärket, så skulle det vara alltför formalistiskt att av den upphandlande myndigheten kräva att denna uppger samtliga specifikationer i detalj.

58. Den omständigheten att en direkt hänvisning till miljömärken i princip inte är förbjuden framgår dessutom av det sista stycket i artikel 23.6 i direktiv 2004/18. Enligt denna bestämmelse får den upphandlande myndigheten uttryckligen anta att de varor eller tjänster som är försedda med miljömärket uppfyller de tekniska specifikationer som fastställs i förfrågningsunderlaget. Denna bestämmelse skulle vara meningslös om den offentliga myndigheten enbart individuellt fick ange enskilda specifikationer men inte hänvisa till det tillhörande miljömärket.

59. Den omständigheten att provinsen Noord-Holland i kontraktshandlingarna har hänvisat till ett miljömärke utan att i detalj ange de tekniska specifikationer som ligger till grund för detta utgör således i sig inget åsidosättande av artikel 23.6 i direktiv 2004/18.

c) Förbud mot att föreskriva att ett visst miljömärke måste användas

60. Det återstår emellertid att pröva huruvida den omständigheten att provinsen Noord-Holland i förevarande fall i punkt 31 i kravprofilen hänvisat till varumärket EKO utgör ett åsidosättande av artikel 23.6 i direktiv 2004/18.

15 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1980/2000 av den 17 juli 2000 om ett reviderat gemenskapsprogram för tilldelning av miljömärke (EGT L 237, s. 1).

16 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 66/2010 av den 25 november 2009 om ett EU-miljömärke (EUT L 27, s. 1). Denna förordning har ersatt förordning nr 1980/2000 med verkan från den 19 februari 2010.

17 — Se i detta avseende kommissionens förklaringar avseende ändring nr 45 i ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader, KOM(2002) 236 slutlig (EGT C 203 E, s. 210, s. 215, högerspalten). Som svar på domstolens fråga vid den muntliga förhandlingen rådde enighet mellan parterna på denna punkt.

18 — Artikel 2 och skäl 2 i direktiv 2004/18.

19 — Se även den sista meningen i skäl 29 i direktiv 2004/18. För ett liknande resonemang, se dom av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta (REG 2004, s. I-3801), punkt 111.

20 — Avseende kriteriet rimligt informerad anbudsgivare som visar normal omsorg, se dom av den 4 december 2003 i mål C-448/01, EVN och Wienstrom (REG 2003, s. I-14527), punkt 57, och domen i målet kommissionen mot CAS Succhi di Frutta (ovan fotnot 19), punkt 111.

61. Parternas tolkning av de faktiska omständigheterna skiljer sig i detta avseende. Kommissionen har antagit att det föreskrivs att varumärket EKO måste användas för det kaffe och te som skulle levereras. Nederländerna ansåg däremot att provinsen Noord-Holland enbart önskade beställa ekologiskt kaffe och te och att hänvisningen till varumärket EKO i kravprofilen enbart var ett exempel för detta produktkrav.

62. De främsta argumenten talar för kommissionens ståndpunkt.

63. Provinsen Noord-Holland hade visserligen såväl i meddelandet om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* som i förfrågningsunderlaget gett uttryck för sin målsättning att använda mer ekologiska och rättvisemärkta produkter i sina kaffeautomater. I kravprofilen anförde den emellertid under rubriken ”Krav” att den använder kaffe och te med varumärket EKO. Samtidigt definierade den begreppet krav så, att det rörde sig om obligatoriska minimikrav som måste vara uppfyllda för att inte anbudsgivaren skulle uteslutas från upphandlingsförfarandet. [21]

64. De potentiella anbudsgivare vilkas uppfattning är avgörande vad gäller tolkningen av förfrågningsunderlaget [22] kunde emellertid tolka detta på så sätt att det krävdes att de levererade kaffe och te med varumärket EKO och att de uteslöts från upphandlingsförfarandet om deras produkter inte var försedda med exakt detta varumärke.

65. Ett sådant krav strider mot diskrimineringsförbudet och principen om att offentlig upphandling öppnas för konkurrens (artikel 23.2 jämförd med artikel 2 i direktiv 2004/18), som även ska beaktas inom ramen för artikel 23.6 i direktiv 2004/18. För det första missgynnas nämligen företag – framför allt sådana från andra medlemsstater – vilkas kaffe och te är försett med andra varumärken än varumärket EKO som används i Nederländerna. För det andra skulle företag som har ekologiskt kaffe och te i sitt sortiment utan att inneha en kvalitetsstämpel för detta hamna i en mindre fördelaktig situation.

66. Därmed gick provinsen Noord-Holland vid fastställandet av miljöegenskaperna för de produkter som skulle levereras mycket längre än vad som var tillåtet enligt artikel 23.6 jämförd med punkt 3 b i direktiv 2004/18. Den har inte enbart schablonmässigt hänvisat till ”detaljerade specifikationer” som står bakom varumärket EKO (artikel 23.6 första stycket) och har inte heller enbart uppställt presumtionen att produkter med varumärket EKO uppfyller kriterierna i förfrågningsunderlaget (artikel 23.6 sista stycket). Den föreskrev i stället att varumärket EKO måste användas, vilket innebär att kaffe och te med detta specifika varumärke, med uteslutande av allt annat kaffe och te, fick levereras.

67. Denna slutsats påverkas inte av att den upphandlande myndigheten senare i sitt informationsmeddelande avseende de båda varumärken för kaffe och te som den använder efter förfrågan godtog tillägget ”eller likvärdigt”.

68. Det finns i princip visserligen inga grundläggande betänkligheter mot att använda tillägget ”eller likvärdigt”. Unionslagstiftaren har själv uttryckligen föreskrivit detta i ett annat sammanhang (se artikel 23.3 a sista meningen samt 23.8 i direktiv 2004/18). Framför allt kan tillägget ”eller likvärdigt” i motsats till vad kommissionen har hävdat inte förkastas med hänvisning till den rättsosäkerhet som hänger samman därmed. Varje offentligt kontrakt innebär att den upphandlande myndigheten ska bedöma huruvida de anbud som lämnats in är förenliga med villkoren för kontraktet och i förekommande fall göra en likvärdighetsbedömning. [23]

69. Såsom kommissionen emellertid med rätta anfört gjordes i förevarande fall preciseringen ”eller likvärdigt” i informationsmeddelandet först flera veckor efter det att förfrågningsunderlaget delats ut till de berörda parterna. Det kan under dessa omständigheter inte uteslutas att en eller annan potentiell

21 — Se i detta avseende punkt 20 ovan i förevarande förslag till avgörande.

22 — Se, för ett liknande resonemang, avseende fastställandet av värdet av ett offentligt byggentreprenadkontrakt, dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Auroux m.fl. (REG 2007, s. I-385), punkt 53.

23 — Se, för ett liknande resonemang, även artikel 23.6 sista meningen samt skäl 29 (framför allt den femte meningen) i direktiv 2004/18.

anbudsgivare avstått från att lämna anbud till följd av den strikta formulering i förfrågningsunderlaget som tyder på att varumärket EKO måste användas, utan likvärdighetsbedömning.

70. Nederländerna har invänt att provinsen Noord-Holland utfärdade sitt informationsmeddelande med preciseringen ”eller likvärdigt” inom den frist som föreskrivs i artikel 39.2 i direktiv 2004/18, det vill säga minst sex dagar före den tidpunkt då mottagande av anbud senast kan ske.

71. Denna invändning är emellertid felaktig. Artikel 39.2 i direktiv 2004/18 är enbart tillämplig på ”kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget och de kompletterande handlingarna” som den upphandlande myndigheten ska dela ut till potentiella anbudsgivare på begäran. Med sådana upplysningar kan visserligen vissa preciseringar göras och information lämnas. Det är emellertid inte möjligt att på detta sätt rätta till grundläggande rättsliga brister i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget måste nämligen redan från och med den tidpunkt vid vilken den lämnats till potentiella anbudsgivare uppfylla samtliga rättsliga krav och kan inte förbättras med avseende på viktiga frågor några dagar före den tidpunkt då mottagande av anbud senast kan ske.

d) Slutsats i denna del

72. Det kan således fastställas att det föreligger ett åsidosättande av artikel 23.6 i direktiv 2004/18 som består i att provinsen Noord-Holland har föreskrivit att ett visst varumärke, varumärket EKO, måste användas för det kaffe och te som ska levereras. Den första delen av kommissionens anmärkning kan därför godtas.

2. Den andra delen av den första anmärkningen: Hänvisning till varumärket Max Havelaar för det kaffe och te som ska levereras (artikel 23.8 i direktiv 2004/18)

73. Den andra delen av kommissionens första anmärkning avser varumärket Max Havelaar, vars användning i punkt 31 i kravprofilen, senare kompletterad genom nr 11 i informationsmeddelandet, enligt kommissionens uppfattning strider mot artikel 23.8 i direktiv 2004/18.

a) Huruvida artikel 23.8 i direktiv 2004/18 är tillämplig

74. Det ska inledningsvis prövas om artikel 23.8 i direktiv 2004/18 över huvud taget är tillämplig på en situation som den i målet vid den nationella domstolen.

75. Kommissionen avser att besvara denna fråga jakande redan på den grunden att Nederländerna under förfarandet yttrat sig över innehållet i artikel 23.8 i direktiv 2004/18. Kommissionen har härvid emellertid underlåtit att beakta att Nederländerna enbart i andra hand yttrat sig över artikel 23.8, vilken enligt dess uppfattning inte är tillämplig på varumärket Max Havelaar. Även om Nederländerna deltagit i en diskussion avseende artikel 23.8 och inte framfört invändningar ankommer det på domstolen att pröva om denna bestämmelse är tillämplig eller inte. Den ålägger nämligen domstolen att fastställa huruvida det påstådda fördragsbrottet föreligger, även om fördragsbrottet inte eller inte längre bestrids.[24] Domstolen kan följaktligen inte med full vetskap tillämpa en felaktig bestämmelse även om parterna är ense om att denna bestämmelse är tillämplig.[25] Såsom generaladvokaten Léger med rätta har påpekat är en domstols roll inte passiv, och den kan inte uppfordras att endast vara ”parternas talesman”.[26]

24 — Dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (REG 1993, s. I-3353; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-229), punkt 30, och av den 6 oktober 2009 i mål C-438/07, kommissionen mot Sverige (REG 2009, s. I-9517), punkt 53.

25 — Se, för ett liknande resonemang, beslut av den 27 september 2004 i mål C-470/02 P, UER mot M6 m.fl, punkt 69, och dom av den 21 september 2010 i de förenade målen C-514/07 P, C-528/07 P och C-532/07 P, Sverige mot API och kommissionen (REU 2010, s. I-8533), punkt 65.

26 — Generaladvokaten Légers förslag till avgörande av den 2 april 1998 i mål C-252/96 P, parlamentet mot Gutiérrez de Quijano y Lloréns (REG 1998, s. I-7421), punkt 36.

76. Den ifrågasatta bestämmelsen i artikel 23.8 i direktiv 2004/18 avser, såsom de föregående delarna i denna bestämmelse, tekniska specifikationer med hjälp av vilka den upphandlande myndigheten beskriver föremålet för upphandlingen. Det återstår således att pröva om provinsen Noord-Holland genom sin hänvisning till varumärket Max Havelaar föreskrivit en teknisk specifikation för det kaffe och te som ska levereras.

77. Såsom redan angetts ovan avses med teknisk specifikation i den mening som avses i direktiv 2004/18 enligt bilaga VI punkt 1 b till direktivet en specifikation i ett dokument med angivande av kraven på en produkts egenskaper. Det måste således röra sig om uppgifter som anger egenskaperna hos en produkt. Denna bedömning bekräftas av förteckningen i punkt 1 b i bilaga VI till direktiv 2004/18. De exempel på tekniska specifikationer som anges där avser själva produkten, dess framställning, dess förpackning och dess användningsområde.

78. Varumärket Max Havelaar befattar sig däremot inte med produktens egenskaper utan med de handelsvillkor som producenter av jordbruksprodukter i utvecklingsländer ska säkerställa. Varumärket ger inte upplysning om beskaffenheten av en produkt utan om huruvida det rör sig om en rättvisemärkt produkt, framför allt vad gäller de priser och handelsvillkor som beviljas jordbrukare.

79. Överfört på förevarande fall innebär detta att varumärket Max Havelaar inte innehåller några uppgifter om egenskaperna hos och framställningsmetoden för det kaffe eller te som ska levereras – till exempel om dess smak och koffeinhalt och om användningen av bekämpningsmedel –, utan av varumärket kan enbart slutsatser dras vad gäller de omständigheter under vilka kaffe och te förvärvats av producenterna. Såsom de båda parterna med rätta anfört rör det sig om de potentiella anbudsgivarnas inköpspolitik.

80. Genom hänvisningen till varumärket Max Havelaar har den upphandlande myndigheten således inte fastställt några tekniska specifikationer i den mening som avses i direktiv 2004/18, utan den har angett sociala hänsyn i upphandlingsförfarandet.

81. Artikel 23.8 i direktiv 2004/18 är följaktligen inte tillämplig i förevarande fall. Såsom kommer att visas i det följande [27] skulle en hänvisning från den upphandlande myndighetens sida till ett rättvisemärkt varumärke såsom Max Havelaar ha bedömts mot bakgrund av artikel 26 i direktiv 2004/18.

82. Följaktligen saknar också den andra delen av kommissionens första anmärkning grund.

83. I motsats till vad kommissionen har hävdat kan dess anmärkning som grundar sig på artikel 23.8 i direktiv 2004/18 inte utan vidare omkvalificeras som en anmärkning enligt artikel 26 i nämnda direktiv. Enligt fast rättspraxis [28] avgränsas föremålet för fördragsbrottstalan genom det administrativa förfarandet. Kommissionen får i ett domstolsförfarande inte gå utöver detta föremål. Om kommissionen i det administrativa förfarandet således har gjort gällande att artikel 23.8 i direktiv 2004/18 har åsidosatts så kan det i ett senare domstolsförfarande inte fastställas att artikel 26 i direktiv 2004/18 har åsidosatts. Dessutom skulle en sådan anmärkning även vara preskriberad enligt artikel 42.2 i domstolens rättegångsregler, eftersom den framförts först i kommissionens replik utan att det föreligger några rimliga skäl för denna försening.

b) I andra hand: Huruvida hänvisningen till varumärket Max Havelaar var förenlig med direktiv 2004/18

84. Jag kommer för fullständighetens skull kort i andra hand att behandla frågan om provinsen Noord-Hollands hänvisning till varumärket Max Havelaar är förenlig med direktiv 2004/18.

27 — Se punkterna 85–87 nedan i detta förslag till avgörande.

28 — Se, exempelvis, dom av den 15 februari 2007 i mål C-34/04, kommissionen mot Nederländerna (REG 2007, s. I-1387), punkt 49, och av den 15 juni 2010 i mål C-211/08, kommissionen mot Spanien (REU 2010, s. I-5267), punkt 33.

i) Tillämplig bestämmelse: artikel 26 i direktiv 2004/18

85. Såsom Nederländerna med rätta anfört ska lagenligheten av en upphandlande myndighets hänvisningar till ett rättvisemärkt varumärke inte bedömas mot bakgrund av artikel 23.8 i direktiv 2004/18 utan mot bakgrund av artikel 26 i nämnda direktiv. Enligt sistnämnda bestämmelse får en upphandlande myndighet ställa ”särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras” som ”bland annat [får] omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn”.

86. Förvärvet av de produkter som den ekonomiska aktören ska leverera till den upphandlande myndigheten utgör en del av fullgörandet av ett offentligt varukontrakt. Huruvida en produkt såsom kaffe eller te som ska levereras till en upphandlande myndighet är rättvisemärkt är en fråga som avser den ekonomiska aktörens inköpspolitik som grundar sig på sociala kriterier.

87. I själva verket har provinsen Noord-Holland genom sin hänvisning till varumärket Max Havelaar ställt ett socialpolitiskt motiverat krav i den mening som avses i artikel 26 i direktiv 2004/18 för fullgörandet av det omtvistade offentliga varukontraktet, oavsett om provinsen själv utgått från att dess förfrågningsunderlag inte innehöll sådana krav. [29]

ii) Prövning av hänvisningen till varumärket Max Havelaar mot bakgrund av artikel 26 i direktiv 2004/18

88. Kommissionen har i sak rätt att den upphandlande myndigheten enligt artikel 26 i direktiv 2004/18 inte i obegränsad utsträckning kan inverka på den framtida ekonomiska aktörens inköpspolitik. Dess krav vad gäller denna inköpspolitik måste konkret avse föremålet för det offentliga varukontraktet [30] och får inte avse den ekonomiska aktörens inköpspolitik i allmänhet. Den upphandlande myndigheten får således inte kräva att potentiella anbudsgivare uteslutande har rättvisemärkta produkter i sitt sortiment utan enbart att de produkter som konkret ska levereras inom ramen för ett offentligt kontrakt är rättvisemärkta. Provinsen Noord-Holland har emellertid inte föreskrivit något annat i förevarande fall.

89. Vad gäller kravet på öppenhet som ska beaktas inom ramen för artikel 26 i direktiv 2004/18 [31] föreligger inte heller några principiella betänkligheter mot att en upphandlande myndighet för att förtydliga de sociala krav som den ställt för fullgörande av kontraktet hänvisar till ett rättvisemärkt varumärke och samtidigt avstår från en grundlig uppräkning av de kriterier som detta varumärke ska uppfylla. Såsom redan anförts ovan i samband med miljömärken [32] kan av en rimligt informerad anbudsgivare som visar normal omsorg förväntas att denna har kännedom om de rättvisemärkta varumärken som används på den berörda marknaden eller i vart fall informerar sig om de kriterier som tillämpas hos certifieringsorganet för sådana varumärken.

90. Genomförandet av upphandlingsförfarandet och det senare fullgörandet av kontraktet kan underlättas avsevärt om de berörda företagen med hänvisning till det rättvisemärkta varumärket kan visa att de sociala krav som den upphandlande myndigheten ställt har iakttagits. På så sätt minimeras den administrativa belastningen såväl för den upphandlande myndigheten som för potentiella anbudsgivare och för den ekonomiska aktör som tilldelas kontrakt.

91. I motsats till vad kommissionen har hävdat under förhandlingen kan det av den upphandlande myndigheten knappast krävas att den i förfrågningsunderlaget för fram sin egen uppfattning om konceptet bakom rättvis handel. Den saknar för det mesta sakkunskap för att göra detta. Dessutom kan den omständigheten att upphandlande myndigheter har olika uppfattningar om vad som avses

29 — Se i detta avseende punkt 16 ovan i detta förslag till avgörande.

30 — Se, för ett liknande resonemang, avseende miljöpolitiska tilldelningskriterier domen i målet Concordia Bus Finland (ovan fotnot 12), punkt 59, sista meningen, och punkt 64, och domen i målet EVN och Wienstrom (ovan fotnot 20), punkt 66.

31 — Se artikel 2 och skälen 2 och 33 i direktiv 2004/18.

32 — Se ovan punkt 56 i detta förslag till avgörande.

med rättvis handel (till exempel avseende prisnivån, avseende den rimliga längden av leveransförhållanden mellan distributörer och tillverkare i utvecklingsländer samt avseende typen och omfattningen av förfinansieringen av produktionen [33]) innebära en allvarlig risk för splittring av marknaden. Det ligger således såväl i den potentiella anbudsgivarens som i den upphandlande myndighetens intresse att vid tilldelningen av offentliga varukontrakt tillåta en hänvisning till rättvisemärkta varumärken.

92. De sociala krav som den upphandlande myndigheten ställt för fullgörandet av ett kontrakt enligt artikel 26 i direktiv 2004/18 måste emellertid vara förenliga med unionsrätten. Detta innebär i synnerhet att det inte får förekomma någon direkt eller indirekt diskriminering. [34]

93. Det sistnämnda kravet har åsidosatts i förevarande fall. Provinsen Noord-Holland har nämligen inte enbart använt varumärket Max Havelaar för att precisera sin socialpolitiska uppfattning om rättvis handel. Den har inte heller begränsat sig till att uppställa en presumtion om att produkter med varumärket Max Havelaar uppfyller de sociala kraven för fullgörandet av kontraktet. Den har i stället föreskrivit att varumärket Max Havelaar måste användas så att enbart kaffe och te med detta specifika varumärke, med uteslutande av allt annat kaffe och te, får levereras. [35]

94. Därmed har den för det första diskriminerat företag, framför allt sådana från andra medlemsstater, vilkas kaffe och te bär ett annat varumärke än det som framför allt används i Nederländerna och Belgien, nämligen varumärket Max Havelaar. För det andra har den ställt företag som har rättvisemärkt kaffe och te i sitt sortiment men inte har en kvalitetsmärkning för detta i en mindre fördelaktig situation. [36]

95. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan slutsatsen dras att provinsen Noord-Hollands förfarande att föreskriva att ett visst rättvisemärkt varumärke, nämligen varumärket Max Havelaar, måste användas för det kaffe och te som ska levereras inte var förenligt med artikel 26 i direktiv 2004/18.

96. Såsom anförts ovan, [37] påverkas inte heller denna bedömning av den upphandlande myndighetens senare precisering i punkt 11 i informationsmeddelandet, i vilken det hänvisas till varumärket Max Havelaar med tillägget ”eller likvärdigt”.

97. I förbigående ska det påpekas att samma resonemang som i förevarande fall förts med avseende på artikel 26 i direktiv 2004/18 även gäller för artikel 23.8 i nämnda direktiv om domstolen, i strid med vad som anförts ovan, [38] skulle fastställa att sistnämnda bestämmelse är tillämplig.

### 3. Sammanfattning av den första anmärkningen

98. Kommissionens talan ska endast delvis bifallas i den del som avser den första anmärkningen. Den ska bifallas i den del som det har gjorts gällande att artikel 23.6 i direktiv 2004/18 har åsidosatts, men ska avvisas i den del den avser ett åsidosättande av artikel 23.8 i direktivet.

33 — Vilka handelsvillkor som är rimliga kan dessutom i hög grad variera från produkt till produkt och från producentland till producentland. Det certifieringsorgan som utfärdar rättvisemärkta varumärken kan i tveksamma fall göra en bättre och mer objektiv bedömning av detta än leverantören eller en upphandlande myndighet.

34 — Skäl 29 i direktiv 2004/18, se, för ett liknande resonemang, domen i målet Beentjes (fotnot 12 ovan), punkt 30.

35 — Se i detta avseende även punkt 66 ovan i förevarande förslag till avgörande avseende varumärket EKO.

36 — Se i detta avseende även punkt 65 ovan i förevarande förslag till avgörande avseende varumärket EKO.

37 — Se i detta avseende punkt 67 ovan i förevarande förslag till avgörande.

38 — Se i detta avseende punkterna 74–81 ovan i förevarande förslag till avgörande.

B – *Den tredje anmärkningen: Hänvisning till varumärkena Max Havelaar och EKO i kriterierna för tilldelning av kontrakt med avseende på de ingredienser som ska levereras*

99. Kommissionens tredje anmärkning bör på grund av sitt nära tematiska samband med den första anmärkningen prövas direkt i anslutning till denna. Den tredje anmärkningen avser ett åsidosättande av artikel 53.1 a i direktiv 2004/18 av vilken det framgår vilka kriterier upphandlande myndigheter får tillämpa vid tilldelning av offentliga kontrakt. Denna bestämmelse har åsidosatts genom att provinsen Noord-Holland vid angivandet av tilldelningskriterierna hänvisade till varumärkena Max Havelaar och/eller EKO, eller åtminstone till varumärken som uppfyller motsvarande kriterier.

100. Konkret avser denna anmärkning punkt 35 i kravprofilen i vilken anbudsgivarna upplystes om provinsen Noord-Hollands ”önskemål” att de levererade ingredienserna (nämligen socker, mjölkpulver och kakao) ”i möjligaste mån” skulle motsvara varumärkena Max Havelaar och/eller EKO. Om detta önskemål beaktades så kunde detta inom ramen för upphandlingsförfarandet belönas med högst 15 poäng. I punkt 12 i informationsmeddelandet preciserade den upphandlande myndigheten dessutom att även ”likvärdiga” varumärken godtogs och tillade att ingredienserna fick bära ett varumärke som uppfyller motsvarande kriterier som varumärkena EKO och Max Havelaar.

1. Inledande anmärkning

101. Artikel 53.1 a i direktiv 2004/18 är tillämplig när den upphandlande myndigheten, såsom i förevarande fall, beslutat att kontrakt ska tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. [39] Såsom klart framgår av lydelsen av denna bestämmelse och framför allt av uttrycket till exempel (t.ex.) innehåller direktiv 2004/18 inte någon uttömmande förteckning över de kriterier på grundval av vilka det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska fastställas. [40]

102. Dessa kriterier måste inte nödvändigtvis vara av rent ekonomisk natur. Värdet av anbudet för den upphandlande myndigheten kan nämligen även påverkas av faktorer som går utöver en rent ekonomisk aspekt. Detta framgår redan av lydelsen av artikel 53.1 a i direktiv 2004/18, enligt vilken bland annat estetiska och funktionella egenskaper samt miljöegenskaper kan vara av betydelse vid fastställandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. [41]

103. Mot bakgrund av vad som anförts ovan finns det ingenting som talar mot att en upphandlande myndighet inom ramen för fastställandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet även beaktar miljömässiga och sociala aspekter. [42]

104. Detta konstaterande innebär emellertid inte att den upphandlande myndigheten kan tillämpa alla kriterier av detta slag. Enligt rättspraxis kommer i stället enbart kriterier som faktiskt syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i fråga. [43]

39 — Se i detta avseende punkt 16 ovan i förevarande förslag till avgörande.

40 — Se, för ett liknande resonemang, avseende de bestämmelser som gällde före artikel 53.1 a i direktiv 2004/18, domen i målet Concordia Bus Finland (fotnot 12 ovan), punkt 54, dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC Construction (REG 2001, s. I-7725), punkt 35, av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, GAT (REG 2003, s. I-6351), punkt 63, och av den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Lianakis m.fl. (REG 2008, s. I-251), punkt 29.

41 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Concordia Bus Finland (fotnot 12 ovan), punkt 55.

42 — Se även skäl 46 fjärde stycket i direktiv 2004/18.

43 — Domen i målet Beentjes (fotnot 12 ovan), punkt 19, domen i målet SIAC Construction (fotnot 40 ovan), punkt 36, domen i målet Concordia Bus Finland (fotnot 12 ovan), punkt 59, domen i målet GAT (fotnot 40 ovan), punkt 64, och domen i målet Lianakis m.fl. (fotnot 40 ovan), punkterna 29 och 30.

105. Den upphandlande myndigheten har ingen obegränsad valfrihet i detta avseende.[44] Såsom nämligen framgår av lydelsen av artikel 53.1 a i direktiv 2004/18 måste de kriterier som den upphandlande myndigheten grundar sig på ha ett samband med föremålet för upphandlingen.[45] De måste vara ägnade att utvärdera det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris i anbudet.[46] Det måste dessutom röra sig om objektiva kriterier som säkerställer att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas och att anbuden bedöms i verklig konkurrens med varandra.[47]

106. Dessa principer har enligt kommissionens uppfattning i förevarande fall åsidosatts i två hänseenden. För det första har varumärkena Max Havelaar och EKO inte något samband med föremålet för upphandlingen (se punkt 2 nedan). För det andra har provinsen Noord-Holland betraktat de båda varumärkena som kriterier vid tilldelning av kontrakt i stället för att enbart beakta de krav som ligger till grund för dessa (se i detta avseende punkt 3 nedan). De båda argument som framförts av kommissionen kommer i det följande att behandlas närmare.

2. Det första argumentet som framförts inom ramen för den tredje anmärkningen: Påståendet om att det inte finns något samband mellan föremålet för upphandlingen och de båda varumärkena

107. Kommissionen har inledningsvis gjort gällande att det inte finns något samband mellan föremålet för upphandlingen och de båda varumärkena EKO och Max Havelaar som provinsen Noord-Holland grundat sig på, eftersom dessa varumärken enbart hänför sig till den potentiella anbudsgivarens allmänna inköpspolitik.

108. Denna argumentation är inte övertygande och strider dessutom mot den argumentation som kommissionen framfört inom ramen för den första anmärkningen.[48] I motsats till vad kommissionen har hävdat har de båda aktuella varumärkena ett tillräckligt samband med föremålet för upphandlingen.

109. Varumärket EKO beträffar direkt produktens egenskaper, närmare bestämt miljöegenskaperna hos de ingredienser som ska levereras. Ett varumärke som kommissionen själv inom ramen för artikel 23.6 jämförd med 23.3 b i direktiv 2004/18 klassificerat som teknisk specifikation för att fastställa prestanda- och funktionskraven hos den vara som ska levereras kan inom ramen för artikel 53.1 i direktiv 2004/18 inte anses sakna samband med föremålet för upphandlingen.

110. Vad gäller varumärket Max Havelaar så definierar det visserligen inte några produktegenskaper i egentlig mening som är av betydelse inom ramen för tekniska specifikationer (artikel 23 direktiv 2004/18).[49] Detta varumärke ger emellertid upplysning om huruvida de varor som ska levereras är rättvisemärkta. En sådan aspekt kan beaktas inom ramen för kraven för fullgörande av kontraktet (artikel 26 i direktiv 2004/18).[50] Den kan således inte a priori anses sakna samband med föremålet för upphandlingen (här: leverans av ingredienser som socker, mjölkpulver och kakao). För en upphandlande myndighet som enligt förfrågningsunderlaget lägger vikt vid ett socialt ansvarsfullt beteende kan det vid utvärderingen av förhållandet mellan kvalitet och pris nämligen vara av betydelse

44 — Domen i målet Beentjes (ovan fotnot 12 ovan), punkt 26, domen i målet SIAC Construction (fotnot 40 ovan), punkt 37, domen i målet Concordia Bus Finland (fotnot 12 ovan), punkterna 61 och 64, och dom av den 24 november 2005 i mål C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl. (ATI EAC) (REG 2005, s. I-10109), punkt 21.

45 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Concordia Bus Finland (fotnot 12 ovan), punkt 59, sista meningen, och punkt 64, domen i målet EVN och Wienstrom (fotnot 20 ovan), punkt 66, och domen i målet ATI EAC (fotnot 44 ovan), punkt 21.

46 — Skäl 46 tredje stycket i direktiv 2004/18, se dessutom skäl 5 i nämnda direktiv.

47 — Skäl 46 första stycket och skäl 2 i direktiv 2004/18; se, för ett liknande resonemang, domen i målet Concordia Bus Finland (fotnot 12 ovan) och domen i målet ATI EAC (fotnot 44 ovan), punkt 21.

48 — Kommissionen har inom ramen för sin första anmärkning betraktat såväl varumärket EKO som varumärket Max Havelaar såsom teknisk specifikation och bedömt dessa mot bakgrund av artikel 23.6 och 23.8 i direktiv 2004/18.

49 — Se i detta avseende punkterna 74–81 ovan i förevarande förslag till avgörande.

50 — Se i detta avseende punkterna 85–87 ovan i förevarande förslag till avgörande.

om den vara som ska levereras har förvärvats av producenten på rättvisa villkor eller inte. Socker smakar i strikt bemärkelse visserligen inte annorlunda beroende på om det är rättvisemärkt eller inte. En produkt som lanseras på marknaden på orättvisa villkor efterlämnar emellertid en bitter eftersmak hos en ansvarsfull kund.

111. Det skulle säkerligen leda för långt om en upphandlande myndighet vid fastställandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle utvärdera den potentiella anbudsgivarens allmänna inköpspolitik och avsåg att beakta om samtliga varor i dess sortiment, oavsett om de är föremål för upphandlingen eller inte, är rättvisemärkta. [51]

112. Det kan i förevarande fall emellertid inte vara fråga om att rättvisemärkning ska beaktas i så stor utsträckning. Såsom Nederländerna med rätta har påpekat angavs i punkt 35 i provinsen Noord-Hollands kravprofil enbart att det avgörande kriteriet var om de ingredienser som skulle levereras bar ett varumärke som syftade till att bekräfta att de var rättvisemärkta. Användningen av varumärket Max Havelaar i det omtvistade förfrågningsunderlaget hade således ett klart och specifikt samband med föremålet för upphandlingen.

113. Följaktligen kan det första argument som kommissionen framfört inom ramen för den tredje anmärkningen inte godkännas.

3. Det andra argumentet som framförts inom ramen för den tredje anmärkningen: Hänvisning till varumärkena i stället för till de kriterier som ska uppfyllas

114. Det återstår att pröva om artikel 53.1 a i direktiv 2004/18 har åsidosatts genom att provinsen Noord-Holland i förevarande fall i punkt 35 i kravprofilen hänvisat till varumärkena EKO och Max Havelaar.

115. Parternas tolkning av de faktiska omständigheterna skiljer sig åt i detta avseende. Kommissionen har utgått från att den upphandlande myndigheten har betraktat de ingredienser som ska levereras (nämligen socker, mjölkpulver och kakao) som tilldelningskriterier. Nederländerna har däremot gjort gällande att provinsen Noord-Holland enbart har avsett att hänvisa till de krav som ligger till grund för de båda varumärkena.

116. De främsta argumenten talar för kommissionens ståndpunkt.

117. Provinsen Noord-Holland hade visserligen såväl i meddelandet om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* som i förfrågningsunderlaget i allmänna ordalag angett att de avsåg att i sina kaffeautomater använda mer ekologiska och rättvisemärkta produkter. I punkt 35 i kravprofilen gav den emellertid uttryck för sin önskan att ingredienserna ”i möjligaste mån” ska motsvara varumärkena EKO och Max Havelaar. Detta uttalande preciserades i punkt 12 i informationsmeddelandet i vilket det anfördes att ingredienserna får bära ett annat varumärke som uppfyller motsvarande kriterier som varumärkena EKO och Max Havelaar. Varken i kravprofilen eller i informationsmeddelandet var det emellertid tal om ekologiska och rättvisemärkta ingredienser *utan varumärke*.

118. De potentiella anbudsgivare vilkas tolkning av förfrågningsunderlaget är avgörande [52] kunde enbart tolka detta på så sätt att de ingredienser som skulle levereras skulle bära varumärkena EKO och/eller Max Havelaar, eller åtminstone likvärdiga varumärken, för att ha största möjliga framgång i upphandlingsförfarandet.

51 — Se, för ett liknande resonemang, även om sammanhanget där var ett annat, domen i målet Beentjes (fotnot 12 ovan), punkt 28, avseende anbudsgivares övergripande förmåga att anställa långtidsarbetslösa, samt domen i målet EVN och Wienstrom (fotnot 20 ovan), punkterna 70–72, avseende anbudsgivarnas förmåga att leverera största möjliga mängd el utöver den mängd som fastställts i upphandlingen. Se dessutom punkt 88 ovan i detta förslag till avgörande.

52 — Se i detta avseende punkt 64 ovan i förevarande förslag till avgörande.

119. Ett sådant förfarande från den upphandlande myndighetens sida är inte förenligt med de rättsliga kraven på angivandet av tilldelningskriterier enligt artikel 53.1 a i direktiv 2004/18.

120. I motsats till vad kommissionen har hävdat beror inte detta på en förmodad brist på öppenhet [53] vid hänvisningen till de båda varumärkena. Såsom redan anförts, [54] kan det av en rimligt informerad anbudsgivare som visar normal omsorg förväntas att denna har kännedom om de varumärken som används på den berörda marknaden eller i vart fall informerar sig om de kriterier som tillämpas hos certifieringsorganet för sådana varumärken.

121. Det var även fullt möjligt att potentiella anbudsgivare erbjöd varor med andra kvalitetsmärkningar som uppfyllde samma kriterier som varumärkena EKO och Max Havelaar. Enligt den nederländska regeringens argumentation, som inte har bestridits i detta avseende, grundar sig varumärket [55] EKO nämligen enbart på de kriterier som fastställs i förordningen om ekologisk produktion, [56] och varumärket Max Havelaar är identiskt med varumärket Fairtrade som används internationellt och som tilldelas av myndigheter i ett flertal medlemsstater som gått samman och bildat Fairtrade Labelling Organisation. [57]

122. Den omständigheten att en upphandlande myndighet, såsom i förevarande fall provinsen Noord-Holland, inom ramen för tilldelningskriterierna ger pluspoäng för att de produkter som ska levereras bär varumärken för ekologiska produkter och rättvisemärkta varumärken strider emellertid mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling [58] samt mot principen om att offentlig upphandling ska öppnas för konkurrens [59] som ska beaktas inom ramen för artikel 53.1 a i direktiv 2004/18. [60] Därmed ställs nämligen företag som i sitt sortiment har ekologiska produkter och rättvisemärkta produkter utan kvalitetsmärkning i en mindre fördelaktig situation. Potentiella anbudsgivare måste ha möjlighet att styrka att deras varor uppfyller de tilldelningskriterier som angetts av den upphandlande myndigheten även om de har en annan kvalitetsmärkning än den som den upphandlande myndigheten angett eller saknar kvalitetsmärkning.

123. Nederländernas invändning att varumärkena EKO och Max Havelaar inte var några obligatoriska tekniska krav med avseende på de ingredienser som skulle levereras kan i detta sammanhang inte vinna framgång utan är enbart icke-bindande önskemål från den upphandlande myndighetens sida som belönades med försumbara poäng. Å ena sidan kan i ett upphandlingsförfarande med ett system för utvärdering som grundar sig på poäng i förekommande fall redan få poäng vara avgörande för att vinna framgång eller misslyckas. Å andra sidan måste samtliga tilldelningskriterier, även sådana som inte har så stor betydelse för den upphandlande myndigheten, utan inskränkning uppfylla villkoren för de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Ovannämnda principer ska enligt fast rättspraxis beaktas i varje skede av upphandlingsförfarandet. [61]

53 — Skäl 46 första och andra styckena i direktiv 2004/18.

54 — Se i detta avseende punkt 56 ovan i förevarande förslag till avgörande.

55 — Se i detta avseende punkt 28 ovan i förevarande förslag till avgörande.

56 — Vid tilldelningen av det omtvistade offentliga varukontraktet var 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) tillämplig. Den ersattes av rådets förordning (EG) nr 834/2007 av den 28 juni 2007 om ekologisk produktion och märkning av ekologiska produkter och om upphävande av förordning (EEG) nr 2092/91 (EUT L 189, s. 1).

57 — Se punkt 27 ovan i förevarande förslag till avgörande.

58 — Skäl 46 första och fjärde stycket i direktiv 2004/18.

59 — Skäl 2 i direktiv 2004/18.

60 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Beentjes (fotnot 12 ovan), punkt 29, dom av den 26 september 2000 i mål C-225/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-7445), punkt 50, domen i målet Concordia Bus Finland (fotnot 12 ovan), punkterna 63 och 64, och domen i målet EVN och Wienstrom (fotnot 20 ovan), punkt 69.

61 — Se i detta avseende, från olika områden inom lagstiftningen om offentlig upphandling, dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043), punkt 54, av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl. (REG 2002, s. I-11617), punkt 93, domen i målet EVN och Wienstrom (fotnot 20 ovan), punkt 56, och domen i målet ATI EAC (fotnot 44 ovan), punkt 22.

124. Det kan således fastställas att artikel 53.1 a i direktiv 2004/18 har åsidosatts. Talan ska bifallas i den del som avser den tredje anmärkningen.

*C – Den andra anmärkningen: Påståendet om hänvisning till inköp ur hållbarhetssynpunkt och företagens sociala ansvar som upphandlingskriterium*

125. Kommissionens andra anmärkning grundar sig på artiklarna 2, 44.2, 48.1 och 48.2 i direktiv 2004/18, i vilka dels den upphandlingsrättsliga principen om öppenhet (artikel 2), dels villkor för den upphandlande myndighetens kontroll av företagens kapacitet (artiklarna 44 och 48) föreskrivs. Enligt kommissionens uppfattning har dessa bestämmelser åsidosatts genom att provinsen Noord-Holland använt kriterier och krävt bevisning som enligt kommissionen helt allmänt avsåg potentiella anbudsgivares inköp ur hållbarhetssynpunkt och företagens sociala ansvar.

126. Denna anmärkning avser rubriken 4.4.4 i förfrågningsunderlaget i vilket provinsen Noord-Holland av potentiella anbudsgivare kräver att de ska uppfylla ”kriterierna avseende inköp ur hållbarhetssynpunkt och företagens sociala ansvar”. Under samma rubrik uppmanas dessutom anbudsgivarna att precisera på vilket sätt de uppfyller ”kriterierna avseende inköp ur hållbarhetssynpunkt och företagens sociala ansvar” samt ange huruvida de bidrar dels till att ”förbättra kaffemarknaden ur hållbarhetssynpunkt, dels till en miljötekniskt, socialt och ekonomiskt ansvarig kaffeproduktion”. [62]

1. Den första delen av den andra anmärkningen: Påståendet om otillåtna krav på bevisningen avseende anbudsgivarens tekniska kapacitet (artikel 48.1 jämförd med artikel 2 i direktiv 2004/18)

127. Den första delen av den andra anmärkningen avser särskilt kraven på bevisning avseende anbudsgivarens tekniska kapacitet. Kommissionen har gjort gällande att provinsen Noord-Holland i förfrågningsunderlaget med sina överväganden beträffande potentiella anbudsgivares inköp ur hållbarhetssynpunkt och företagens sociala ansvar har gått utanför den snäva ram som fastställs i artikel 48 i direktiv 2004/18 för bedömning och kontroll av en ekonomisk aktörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

128. Såsom emellertid Nederländerna med rätta påpekat grundar sig denna del av den andra anmärkningen på en felaktig tolkning av rubriken 4.4.4 i förfrågningsunderlaget. De krav som har ställts där på potentiella anbudsgivare avser nämligen inte deras tekniska eller yrkesmässiga kapacitet. Det rör sig däremot, såsom redan framgår av rubriken 4.4.4, om ”kvalitetskrav” med avseende på de tjänster som ska tillhandahållas.

129. Detta bekräftas också av det sammanhang i vilket rubriken 4.4.4 i förfrågningsunderlaget ingår. Avdelning 4.4 i förfrågningsunderlaget har rubriken ”Urvalskrav/minimikrav”, vilket tyder på att det inte enbart rör sig om potentiella anbudsgivares lämplighet (det vill säga om deras kapacitet), som till exempel under rubriken 4.4.3 som avser anbudsgivares erfarenhet, utan även om andra aspekter som bland annat omfattar svaret på den här relevanta frågan hur respektive anbudsgivare avser att uppfylla kraven på hållbarhet och företagens sociala ansvar (rubriken 4.4.4 i förfrågningsunderlaget).

130. Därmed omfattas den omtvistade rubriken 4.4.4 i förfrågningsunderlaget, i motsats till vad kommissionen har hävdat, inte av tillämpningsområdet för artikel 48.1 och 48.2 i direktiv 2004/18 och kan således inte heller bedömas mot bakgrund av denna bestämmelse.

131. För det fall att domstolen trots detta önskar tillämpa nämnda bestämmelse i direktivet utgör denna inte hinder mot ett kontraktsvillkor som rubriken 4.4.4 i förfrågningsunderlaget.

62 — Se punkt 19 ovan i förevarande förslag till avgörande.

132. Det är ostridigt att artikel 48 i direktiv 2004/18 visserligen innehåller en uttömmande förteckning över de bevis avseende teknisk kapacitet som den upphandlande myndigheten kan kräva av ekonomiska aktörer. [63]

133. Med sina kvalitetskrav i rubrik 4.4.4 i förfrågningsunderlaget kunde provinsen Noord-Holland emellertid grunda sig på en av bestämmelserna i artikel 48.2 i direktiv 2004/18, närmare bestämt på led c vilket som bevis på en leverantörs tekniska kapacitet uttryckligen föreskriver en ”beskrivning av ... de metoder som han använder för att säkra kvaliteten”. Nederländerna har med rätta påpekat detta.

134. Därmed är anmärkningen om ett åsidosättande av artikel 48 i direktiv 2004/18 ogrundad.

2. Den andra delen av den andra anmärkningen: Påståendet om att det inte finns något samband mellan kraven på anbudsgivarens lämplighet och föremålet för upphandlingen (artikel 44.2 i direktiv 2004/18)

135. Den andra delen av den andra anmärkningen grundar sig på artikel 44.2 i direktiv 2004/18. I denna bestämmelse föreskrivs huvudsakligen att den upphandlande myndigheten får kräva vissa miniminivåer för potentiella anbudsgivares lämplighet såvida dessa har ett samband med kontraktsföremålet och står i proportion till detta. [64]

136. Kommissionen har gjort gällande att artikel 44.2 i direktiv 2004/18 har åsidosatts eftersom de överväganden som förekommer i förfrågningsunderlaget avseende den potentiella anbudsgivarens inköp ur hållbarhetssynpunkt och företagens sociala ansvar enligt kommissionens uppfattning inte har något samband med föremålet för det här omtvistade offentliga varukontraktet utan i stället avser den ekonomiska aktörens allmänna inköpspolitik.

137. Denna invändning kan inte anses ha vitsordats redan av det skälet att Nederländerna i det administrativa förfarandet relativt halvhjärtat bestridit den. [65] Enligt fast rättspraxis finns det nämligen inte heller någon processuell regel som innebär att en medlemsstat redan under den administrativa delen av ett fördragsbrottsförfarande enligt artikel 258 FEUF måste anföra samtliga argument som den kan använda till sitt försvar. [66] I domstolsförfarandet har i vart fall Nederländerna anfört kraftfulla argument mot anmärkningen avseende ett åsidosättande av artikel 44.2 i direktiv 2004/18.

138. Det finns inte heller grund för anmärkningen avseende ett åsidosättande av artikel 44.2 i direktiv 2004/18 i sak. Dels rör det sig vad gäller den här omtvistade rubriken 4.4.4 i förfrågningsunderlaget, såsom redan nämnts, inte om ett krav på den potentiella anbudsgivarens lämplighet eller tekniska kapacitet, [67] vilket innebär att artikel 44 i direktiv 2004/18 över huvud taget inte är tillämplig, dels kan det inte heller vara tal om att rubriken 4.4.4 i förfrågningsunderlaget inte har ett tillräckligt samband med föremålet för upphandling.

139. Kontraktföremålet var, såvitt är av intresse här, leverans av kaffe, te och övriga ”ingredienser” för kaffeautomater, varvid den upphandlande myndigheten uttryckligen lade vikt vid ”hållbara” produkter som skulle vara å ena sidan ekologiska och å andra sidan rättvisemärkta. Sådana krav syftar, såsom

63 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 februari 1982 i mål 76/81, Transporoute (REG 1982, s. 417; svensk specialutgåva, volym 6, s. 319), punkterna 8, 9 och 15, av den 9 juli 1987 i de förenade målen 27/86-29/86, CEI (REG 1987, s. 3347), punkt 9, och av den 26 april 1994 i mål C-272/91, kommissionen mot Italien (REG 1994, s. I-1409), punkt 35, vilka hänför sig till bestämmelser som är jämförbara med artikel 48 i direktiv 2004/18.

64 — Se framför allt artikel 44.2 andra stycket i direktiv 2004/18.

65 — Kommissionen har hänvisat till s. 6 i Nederländernas svar på den formella underrättelsen i vilken Nederländerna har medgett att det omtvistade förfrågningsunderlaget ”inte uteslutande var kopplat till kontraktsföremålet”.

66 — Dom av den 16 september 1999 i mål C-414/97, kommissionen mot Spanien (REG 1999, s. I-5585), punkt 19, och domen i målet kommissionen mot Nederländerna (fotnot 27 ovan), punkt 49 i slutet.

67 — Se i detta avseende punkterna 128–130 ovan i förevarande förslag till avgörande.

redan angetts inom ramen för den första anmärkningen, dels till att beskriva produktegenskaperna hos de varor som ska levereras (miljöegenskaper i den mening som avses i artikel 23 i direktiv 2004/18), dels till att beskriva övriga villkor för fullgörande av kontraktet (sociala hänsyn i den mening som avses i artikel 26 i direktiv 2004/18).

140. Eftersom hållbarhet och miljökonsekvenser således har en viktig betydelse för fullgörande av det omtvistade offentliga kontraktet kunde den upphandlande myndigheten inte nekas möjligheten att fråga de potentiella anbudsgivarna på vilket sätt de uppfyllde ”kriterierna avseende inköp ur hållbarhetssynpunkt och företagens sociala ansvar” samt begära att de anger huruvida de bidrog dels till att ”förbättra kaffemarknaden ur hållbarhetssynpunkt, dels till en miljötekniskt, socialt och ekonomiskt ansvarig kaffeproduktion.”

141. Det är helt legitimt för en upphandlande myndighet att begära ett klarläggande av potentiella anbudsgivare med avseende på hur de avser att uppfylla de mål i kontraktet som denna fastställt. I motsats till vad kommissionen har hävdat rör det sig härvid inte i första hand om potentiella anbudsgivares allmänna inköpspolitik utan om deras inköpsmönster med avseende på de varor som konkret ska levereras, det vill säga kaffe, te och övriga ingredienser. [68]

142. Därmed är också anmärkningen avseende ett åsidosättande av artikel 44.2 i direktiv 2004/18 ogrundad.

3. Den tredje delen av den andra anmärkningen: Påståendet om åsidosättande av det allmänna kravet på öppenhet (artikel 2 i direktiv 2004/18)

143. Kommissionen har i den tredje delen av den andra anmärkningen i andra hand gjort gällande ett åsidosättande av det allmänna kravet på öppenhet, såsom det föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2004/18. [69]

144. Denna grundläggande princip i den europeiska lagstiftningen om offentlig upphandling syftar huvudsakligen till att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Den innebär att samtliga villkor och bestämmelser för upphandlingsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i kontraktshandlingarna, på ett klart, precist och entydigt sätt dels för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten ska kunna kontrollera om anbuden från de sistnämnda uppfyller upphandlingskriterierna. [70]

145. Kommissionen har kritiserat att de krav som fastställs under rubrik 4.4.4 i förfrågningsunderlaget är för allmänna och för oklara.

146. Jag delar denna uppfattning. Av det omtvistade avsnittet i förfrågningsunderlaget framgår inte tillräckligt tydligt vilken typ av förtydliganden samt vilken typ av bevis som den upphandlande myndigheten kräver av potentiella anbudsgivare. Den formulering som provinsen Noord-Holland har valt ger inte heller något klart svar på frågan vad som exakt avses därmed när det är tal om ”inköp ur hållbarhetssynpunkt och företagens sociala ansvar” samt om ett bidrag ”dels till att förbättra kaffemarknaden ur hållbarhetssynpunkt, dels till en miljötekniskt, socialt och ekonomiskt ansvarig kaffeproduktion”.

68 — Se i detta avseende mitt resonemang avseende den första och tredje anmärkningen (framför allt punkterna 88 och 109–112 i förevarande förslag till avgörande).

69 — Se även skälen 2 och 39 i direktiv 2004/18.

70 — Domen i målet kommissionen mot CAS Succhi di Frutta (fotnot 19 ovan), punkt 111, se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 oktober 2004 i mål C-340/02, kommissionen mot Frankrike (REG 2004, s. I-9845), punkt 34, och av den 10 december 2009 i mål C-299/08, kommissionen mot Frankrike (REG 2009, s. I-11587), punkt 41, enligt vilka det enligt principen om öppenhet krävs att föremålet för ett offentligt kontrakt liksom dess tilldelningskriterier är klart definierade.

147. Här skulle en mer noggrann beskrivning av vad provinsen Noord-Holland förväntade sig av de potentiella anbudsgivarna ha varit på sin plats. Provinsen hade till exempel kunnat fråga om det föreligger eventuella avtal om rättvis handel och ekologisk produktion som potentiella anbudsgivare i förekommande fall slutit med distributörerna. Provinsen hade även kunnat uppmana potentiella anbudsgivare att meddela vilka åtgärder dessa vidtagit för att kontrollera att sådana avtal iakttas.

148. Nederländernas anmärkning att flera internationella organisationer har definierat begreppet hållbarhet var inte heller tillräckligt klar för att kunna vederlägga invändningen om avsaknaden av öppenhet.

149. Följaktligen kan ett åsidosättande av artikel 2 i direktiv 2004/18 fastställas. Den tredje delen av kommissionens tredje anmärkning är således välgrundad.

D – *Sammanfattning*

150. Det kan fastställas att upphandlande myndigheter inom ramen för tilldelningsförfaranden enligt direktiv 2004/18 kan ta hänsyn till miljömässiga och sociala intressen, vilket uttryckligen inbegriper en hänvisning i förfrågningsunderlaget till miljömärken och rättvisemärkta varumärken.

151. Den upphandlande myndigheten får emellertid inte kräva att de varor som ska levereras till den ska bära ett konkret varumärke, utan den måste tillåta andra varumärken och även varor utan varumärke, om dessas miljöegenskaper och om de villkor på vilka de framställs och de villkor på vilka handel bedrivs med dem är likvärdiga med de krav som den upphandlande myndigheten ställt.

152. Den upphandlande myndigheten får vid tilldelningen av ett kontrakt inte heller beakta anbudsgivarens allmänna inköpspolitik utan enbart dess inköpsmönster med avseende på de produkter som konkret ska levereras. Om den upphandlande myndigheten kräver upplysningar och bevis av anbudsgivarna om hållbarheten av deras produkter och deras marknadsföringspolitik så måste detta krav ha ett tillräckligt samband med kontraktsföremålet och vara avfattat på ett konkret sätt.

153. Provinsen Noord-Holland har i förevarande fall enbart delvis uppfyllt kraven i dessa bestämmelser. Den har i sitt förfrågningsunderlag avseende det omtvistade offentliga varukontraktet från år 2008 åsidosatt tre unionsrättsliga bestämmelser, nämligen artiklarna 2, 23.6 och 53.1 a i direktiv 2004/18. Däremot kan inget åsidosättande av de övriga bestämmelser som kommissionen åberopat, nämligen artiklarna 23.8, 44.2 samt 48.1 och 48.2 i direktiv 2004/18 fastställas.

## VI – Rättegångskostnader

154. I enlighet med artikel 69.3 i rättegångsreglerna kan domstolen besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin kostnad. Denna bestämmelse är bland annat tillämplig om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter.

155. Mot bakgrund av vad som anförts ovan har kommissionen i förevarande fall vunnit målet såvitt avser den första delen av den första anmärkningen, den tredje delen av den andra anmärkningen och den tredje anmärkningen, men tappat målet såvitt avser den andra delen av den första anmärkningen samt den första och andra delen av den andra anmärkningen.

156. Mot bakgrund av vad som anförts ovan är det enligt min mening rättvist att föreslå att vardera parten ska bära sin rättegångskostnad. [71]

71 — Se, för ett liknande resonemang, till exempel dom av den 29 april 2010 i mål C-160/08, kommissionen mot Tyskland (REU 2010, s. I-3713), punkt 133.

## VII – Förslag till avgörande

157. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen meddelar följande dom:

1) Konungariket Nederländerna har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt fördraget genom att provinsen Noord-Holland år 2008 i en offentlig upphandling av leverans och underhåll av kaffeautomater

   — har föreskrivit att det kaffe och te som ska levereras måste bära varumärket EKO, eller ett varumärke som uppfyller jämförbara kriterier, vilket strider mot artikel 23.6 i direktiv 2004/18,

   — i förfrågningsunderlaget har angett oklara kvalitetskrav för potentiella anbudsgivare med avseende på inköp ur ”hållbarhetssynpunkt och företagens sociala ansvar”, vilket strider mot artikel 2 i direktiv 2004/18, och

   — inom ramen för tilldelningskriterierna har föreskrivit pluspoäng för att de ingredienser som ska levereras bär varumärkena EKO och/eller Max Havelaar eller varumärken som uppfyller identiska kriterier, vilket strider mot artikel 53.1 a i direktiv 2004/18.

2) Talan ogillas i övrigt.

3) Vardera parten ska bära sina rättegångskostnader.