

K E N D E L S E

om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen

Balmung Medical Handel GmbH
(advokat Rikke Munk Rye Andersen og
advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

mod

Region Nordjylland,
Region Midtjylland,
Region Syddanmark og
Region Sjælland
(erhvervsjuridisk rådgiver Malene Gry-Jensen, København)

Intervenient:
Becton Dickinson Denmark A/S
(advokat Anders Worsøe og
advokat Ea Meyer, København)

1. Klagenævnet for Udbud behandler en klage, der er indbragt af Balmung Medical Handel GmbH mod Region Nordjylland, Region Midtjylland, Region Syddanmark og Region Sjælland.
2. Udfaldet af sagen beror blandt andet på en fortolkning af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, EU-tidende 2014 L 94, s. 65-242 (herefter ”udbudsdirektivet”).

3. Klagenævnet for Udbud har besluttet at udsætte sagen med henblik på præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen i medfør af artikel 267 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (EUF-traktaten).

Sagens omstændigheder og forløb

4. Klagen er indgivet af Balmung Medical Handel GmbH (herefter ”Balmung”) mod Region Nordjylland, Region Midtjylland, Region Syddanmark og Region Sjælland (herefter ”Regionerne”).
5. Klagen vedrører et offentligt udbud, som Regionerne iværksatte ved udbudsbekendtgørelse nr. S 154/2024 af 7. august 2024, af en rammeaftale opdelt i 41 fireårige delaftaler om indkøb af sprøjter og kanyler.
6. Af udbudsbekendtgørelsen fremgår det af pkt. 5.1.10 ved de enkelte delaftaler, at delaftalerne vil blive tildelt på baggrund af tildelingskriterierne ”Økonomi” (vægtet 40 %), ”Kvalitet” (vægtet 50 %) og ”Bæredygtighed” (vægtet 10 %).
7. Af udbudsmaterialet, der var udfærdiget på dansk, fremgår blandt andet af udbudsbetingelsernes pkt. 12.4.1, der henviser til kontraktbilag 2B, at tilbudsgiverne som en del af tilbudsafgivelsen for hver delkontrakt og for hvert tilbudte produkt i tilbudslisten (Kontraktbilag 3, kolonne Q og R) skulle svare ”JA” eller ”NEJ” til følgende konkurrencekrav:
 - a) ”Det vægtes positivt, hvis fremstillingen af produktet/produkterne er foretaget af en virksomhed, der er certificeret i henhold til ISO14001, EMAS eller tilsvarende”og
 - b) ”Det vægtes positivt, hvis fremstillingen af produktet/produkterne er foretaget af en virksomhed der har en officielt Science Based Target initiatives godkendt klima målsætning eller tilsvarende”.
8. Af udbudsbetingelsernes pkt. 12.4.1 fremgår videre, at tilbudsgivers svar indgår i den samlede evaluering af tildelingskriteriet ”Bæredygtighed”, og at evalueringen og tildelingen af point for begge konkurrencekrav (a) og b)) sker ved omregning af den samlede vægtede andel i procent af afgivet ”JA”-svar.

9. Det vil sige, at jo højere en procentdel af de tilbudte varer, hvor tilbudsgiveren kan svare "JA" til, at fremstillingen af produktet/produkterne er foretaget af en virksomhed, der er certificeret i henhold til ISO14001, EMAS eller tilsvarende, og "JA" til, at fremstillingen af produktet/produkterne er foretaget af en virksomhed, der har en officielt Science Based Target initiatives-godkendt klimamålsætning eller tilsvarende, jo bedre bliver tilbuddet vurderet.
10. Udbudsmaterialet indeholder endvidere et udkast til kontrakt, hvoraf det i pkt. 7.1.1 under overskriften "Miljøindsats" fremgår, at leverandøren i forbindelse med gennemførelsen af kontrakten skal respektere og overholde gældende nationale og internationale love og regler vedrørende miljøbeskyttelse. Det fremgår endvidere:

"Hensynet til miljøet og bestræbelserne på fortsat at forbedre Kundens [dvs. Regionernes] miljøindsats vægtes højt. Leverandøren skal i forbindelse med gennemførelsen af Kontrakten arbejde målrettet med et effektivt miljøstyringssystem, f.eks. ISO14001 eller tilsvarende, og Leverandøren skal til stadighed udbygge virksomhedens miljøindsats.

Leverandøren skal aktivt medvirke til fortsatte forbedringer af miljø, teknologi og økonomi i forbindelse med Kontrakten, herunder ved at mindske energi- og materialeforbrug mest muligt.

Leverandøren skal sørge for at afhjælpe såvel miljø- som arbejdsmiljøproblemer i Produktets livscyklus, f.eks. ved Produktets, og dets emballages, udformning, materiale og vægt."

11. Af udkastet til kontrakt fremgår det endvidere under pkt. 19 "Underleverandører mv.":

"Ansaret for korrekt opfyldelse af Kontrakten påhviler Leverandøren, således at Leverandøren hæfter for Produkter fra underleverandører på ganske samme måde som for sine egne forhold. Leverandøren er til opfyldelsen af Kontrakten berettiget til at anvende underleverandører, som er oplyst ved indgåelsen af Kontrakten, men ansaret for korrekt opfyldelse af Leverancen påhviler Leverandøren fuldt ud. Hvis Leverandøren i kontraktperioden ønsker at anvende underleverandører eller udskifte underleverandører, skal Kunden give skriftligt samtykke hertil. Kunden kan ikke nægte at give samtykke uden saglig grund."

12. Under udbuddet afgav Balmung tilbud på delaftale 5, 6, 8, 9, 20, 26, 27, 28, 29, 30 og 36. Balmung opnåede ved evalueringen af de afgivne tilbud højest mulige pointscore for kriteriet "Bæredygtighed".
13. Den 7. februar 2025 meddelte Regionerne med en nærmere angivet begrundelse, at Balmung ikke var blevet tildelt delaftalerne 5, 6, 8, 9, 28, 29 og 36.
14. Den 24. februar 2025 indgav Balmung klage til Klagenævnet for Udbud med anmodning om, at klagen blev tillagt opsættende virkning. Den 25. marts 2025 besluttede Klagenævnet for Udbud ikke at tillægge klagen opsættende virkning.
15. Under klagesagen har Balmung i relation til de spørgsmål, som Klagenævnet for Udbud ønsker afklaret med denne forelæggelse, blandt andet nedlagt påstand om, at klagenævnet skal fastslå, at Regionerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i den danske udbudslovs § 2, stk. 1, og i strid med den danske udbudslovs §§ 162 og 163 ved at anvende kriteriet "Bæredygtighed", uagtet at dette kriterie ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da kriteriet, som det er udformet, vedrører tilbudsgivernes almindelige egnethed og dermed ikke er forbundet med kontraktens genstand.
16. Under henvisning hertil har Balmung nedlagt påstand om, at Klagenævnet for Udbud skal annullere Regionernes beslutninger om tildeling af delaftalerne 5, 6, 28, 29 og 36.

De relevante danske regler

17. Udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU) er implementeret i dansk ret ved lov nr. 1564 af 15. december 2015 med senere ændringer (herefter "udbudsloven"), som senest er bekendtgjort ved lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025.
18. Af udbudsloven fremgår blandt andet følgende bestemmelser:

"[Afsnit I]

Kapitel 1. Formål og generelle principper mv.

...

Generelle principper

§ 2. En ordregiver skal ved offentlige indkøb i henhold til afsnit II-IV overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

...

[Afsnit II]

Kapitel 11. Udelukkelse, egnethed og udvælgelse

...

Krav til ansøgere eller tilbudsgiveres egnethed

§ 140. En ordregiver kan fastsætte krav til ansøgere eller tilbudsgiveres egnethed i forhold til

- 1) udøvelse af det pågældende erhverv, jf. § 141,
- 2) økonomisk og finansiel formåen, jf. § 142, eller
- 3) teknisk og faglig formåen, jf. § 143.

Stk. 2. ... Ordregiveren kan kun anvende de minimumskrav til egnethed, der er relevante for at sikre, at ansøgere eller tilbudsgivere er egnede til at udøve det pågældende erhverv og har økonomisk og finansiell samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt.

...

Kapitel 12. Dokumentation angående udelukkelse, minimumskrav til egnethed og udvælgelse

...

Kvalitetssikringsstandards og miljøledelsesstandards

...

§ 158. En ordregiver kan kræve, at en ansøger eller en tilbudsgiver fremlægger certifikater udstedt af uafhængige organer til bekræftelse af, at ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder bestemte miljøledelsessystemer eller miljøledelsesstandards. Kræver ordregiveren opfyldelse af bestemte miljøledelsessystemer eller miljøledelsesstandards, skal ordregiveren henvise til EU-ordningen for miljøledelse og miljørevision (EMAS), jf. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1221/2009, eller til andre anerkendte miljøledelsessystemer i henhold til artikel 45 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1221/2009 eller andre miljøledelsesstandards, der er baseret på de relevante europæiske eller internationale standarder udstedt af godkendte organer.

...

Kapitel 13. Fremgangsmåde ved tildeling af kontrakter

...

Kriterier for tildeling af kontrakter

§ 161. En ordregiver skal tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

§ 162. En ordregiver skal identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af et af følgende tildelingskriterier:

- 1) Pris,
- 2) omkostninger eller
- 3) bedste forhold mellem pris og kvalitet.

...

Stk. 3. Ved tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. stk. 1, nr. 3, vurderes tilbuddet på grundlag af underkriterier som for eksempel kvalitative, miljømæssige og sociale aspekter. Underkriterier kan omfatte

- 1) kvalitet, herunder teknisk værdi, æstetiske og funktionsmæssige karakteristika, tilgængelighed, design for samtlige brugere, sociale, miljømæssige og innovative karakteristika og handel og betingelserne herfor,

...

§ 163. Anvender en ordregiver underkriterier, skal disse være forbundet med kontraktens genstand.

Stk. 2. Underkriterier er forbundet med kontraktens genstand, når de relaterer sig til de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus, herunder faktorer, der indgår i

- 1) den specifikke proces med fremstilling eller levering af eller handel med de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser eller
- 2) en specifik proces for en anden fase i deres livscyklus.

Stk. 3. Stk. 2 gælder, selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af indkøbs materielle indhold.

§ 164. En ordregiver skal fastsætte kriterier for tildeling, der er gennemsigtige, og kriterierne må ikke give ordregiveren ubetinget valgfrihed mellem tilbuddene. Kriterierne skal sikre mulighed for effektiv konkurrence om kontrakten og skal være ledsaget af specifikationer, der giver mulighed for en effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger med henblik på at vurdere, i hvilket omfang tilbuddene opfylder kriterierne for tildeling.

...

Kapitel 15. Kontraktens gennemførelse

Betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse

§ 176. En ordregiver kan fastsætte særlige betingelser for gennemførelsen af en kontrakt. Betingelserne skal være forbundet med kontraktens genstand, jf. § 163, og skal anføres i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Betingelserne kan omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn.

...”

De EU-retlige regler

19. Af udbudsdirektivets indledende betragtninger fremgår blandt andet:

”(92) De ordregivende myndigheder bør i forbindelse med vurderingen af det bedste forhold mellem pris og kvalitet fastlægge de økonomiske og kvalitative kriterier, der knytter sig til kontraktens genstand, som de vil anvende i den forbindelse. Disse kriterier bør dermed gøre det muligt at foretage en sammenlignende vurdering af de enkelte tilbud i forhold til kontraktens genstand som defineret i de tekniske specifikationer. For så vidt angår det bedste forhold mellem pris og kvalitet indeholder dette direktiv en ikkeudtømmende liste over mulige tildelingskriterier, der omfatter miljømæssige og sociale aspekter. Ordregivende myndigheder bør tilskyndes til at vælge tildelingskriterier, der giver dem mulighed for at opnå bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser af høj kvalitet, og som bedst svarer til deres behov.

De valgte tildelingskriterier bør ikke give den ordregivende myndighed ubegrænset valgfrihed, og de bør sikre muligheden for effektiv og fair konkurrence og skal være ledsaget af ordninger, der muliggør effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger.

...

(97) Med henblik på bedre at integrere sociale og miljømæssige hensyn i udbudsprocedurerne bør ordregivende myndigheder endvidere have lov

til at anvende tildelingskriterier eller vilkår for gennemførelse af kontrakten for bygge- eller anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold den offentlige kontrakt, for så vidt angår alle aspekter og ethvert trin i deres livscyklus lige fra ekstraktion af råmaterialer til produkterne til tidspunktet for bortskaffelse af produktet, herunder faktorer, der indgår i den specifikke proces med fremstilling og levering af samt handel og betingelserne herfor med de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser eller en specifik proces på et senere tidspunkt i deres livscyklus, også selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af deres materielle indhold. Kriterier og vilkår vedrørende en sådan produktions- eller leveringsproces er for eksempel, at fremstillingen af de indkøbte varer ikke har omfattet giftige kemikalier, eller at de indkøbte tjenesteydelser leveres ved hjælp af energieffektive maskiner. I overensstemmelse med Den Europæiske Unions Domstols retspraksis omfatter dette også tildelingskriterier eller vilkår for gennemførelse af kontrakten for så vidt angår levering eller brug af fairtradeprodukter i gennemførelsen af den kontrakt, der skal tildeles. Kriterier og vilkår i forbindelse med handel og betingelserne herfor kan f.eks. henvise til det forhold, at det pågældende produkt oprindeligt er et fairtradeprodukt, herunder krav om betaling af en minimumspris og en højere pris til producenterne. Vilkårene for gennemførelsen af en kontrakt for så vidt angår miljømæssige hensyn kan for eksempel omfatte levering, emballering og bortskaffelse af produkter, og med hensyn til bygge- og anlægskontrakter samt tjenesteydelseskontrakter, affaldsminimering eller ressourceeffektivitet.

Betingelsen for en forbindelse med kontraktens genstand udelukker dog kriterier og vilkår vedrørende en virksomheds generelle politik, som ikke kan betragtes som en faktor, der karakteriserer den specifikke proces med fremstilling eller levering af indkøbte bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser. Ordregivende myndigheder bør derfor ikke kunne kræve, at tilbudsgivere har en gældende virksomhedspolitik for socialt eller miljømæssigt ansvar.”

20. Af udbudsdirektivets bestemmelser fremgår blandt andet:

”KAPITEL II
Generelle regler

Artikel 18

Udbudsprincipper

1. De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde. ...

...

KAPITEL III *Procedureforløb*

...

Underafdeling 1 **Kriterier for kvalitativ udvælgelse**

...

Artikel 58

Udvælgelseskriterier

1. Udvælgelseskriterier kan omhandle

- a) egnethed til at udøve det pågældende erhverv
- b) økonomisk og finansiell formåen
- c) teknisk og faglig formåen.

De ordregivende myndigheder må kun pålægge økonomiske aktører de kriterier, der henvises til i stk. 2, 3 og 4, som krav for deltagelse. De begrænser kravene for deltagelse til de krav, der er relevante for at sikre, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har juridisk og finansiell kapacitet samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt. Alle krav skal være relaterede og stå i forhold til kontraktens genstand.

...

4. Hvad angår teknisk og faglig formåen, kan de ordregivende myndigheder pålægge krav, der sikrer, at de økonomiske aktører besidder de nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer og erfaringer til at gennemføre kontrakten i overensstemmelse med en passende kvalitetsstandard.

...

Artikel 62

Kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder

...

2. Såfremt de ordregivende myndigheder kræver fremlæggelse af certifikater udstedt af uafhængige organer til bekræftelse af, at den økonomiske aktør opfylder bestemte miljøledelsessystemer eller -standards, henviser de til EU-ordningen for miljøledelse og miljørevision (EMAS) eller til andre anerkendte miljøledelsessystemer i henhold til artikel 45 i forordning (EF) nr. 1221/2009 eller andre miljøledelsesstandards, der er baseret på de relevante europæiske eller internationale standarder udstedt af godkendte organer. De anerkender tilsvarende certifikater fra organer i andre medlemsstater.

...

Underafdeling 3 Kontrakttildeling

Artikel 67

Kriterier for tildeling af kontrakter

1. Med forbehold af nationale love eller administrative bestemmelser om prisen på visse varer eller vederlaget for visse tjenesteydelser lægger de ordregivende myndigheder det økonomisk mest fordelagtige tilbud til grund for tildelingen af offentlige kontrakter:

2. Det økonomisk mest fordelagtige tilbud set ud fra den ordregivende myndigheds synspunkt udvælges på grundlag af pris eller omkostninger efter en tilgang baseret på omkostningseffektivitet, såsom en beregning af livscyklusomkostninger i overensstemmelse med artikel 68, og kan omfatte det bedste forhold mellem pris og kvalitet, som skal vurderes på grundlag af kriterier, herunder kvalitative, miljømæssige og/eller sociale aspekter i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt. Disse kriterier kan f.eks. omfatte:

a) kvalitet, herunder teknisk værdi, æstetiske og funktionsmæssige karakteristika, tilgængelighed, udformning for alle brugere, sociale, miljømæssige og innovative karakteristika og handel og betingelserne herfor

...

3. Tildelingskriterier anses som værende forbundet med genstanden for den offentlige kontrakt, såfremt de relaterer sig til de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus, herunder faktorer, der indgår i:

- a) den specifikke proces med fremstilling eller levering af eller handel med de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, eller
- b) en specifik proces for en anden fase i deres livscyklus,

også selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af deres materielle indhold.

4. Tildelingskriterier medfører ikke, at den ordregivende myndighed gives ubegrænset valgfrihed. De skal sikre muligheden for effektiv konkurrence og skal være ledsaget af specifikationer, der giver mulighed for en effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger, med henblik på at vurdere, i hvilket omfang tilbuddene opfylder tildelingskriterierne. I tvivlstilfælde skal de ordregivende myndigheder foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som er forelagt af tilbudsgiverne.

...

KAPITEL IV

Kontraktgennemførelse

Artikel 70

Betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse

De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende gennemførelsen af en kontrakt, hvis de er forbundet med kontraktens genstand som omhandlet i artikel 67, stk. 3, og anført i indkaldelsen af tilbud eller udbudsdokumenterne. Disse betingelser kan omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn.”

Praksis fra EU-Domstolen

- 21. EU-Domstolen har ikke fortolket artikel 67, stk. 3, i udbudsdirektivet, herunder navnlig kravet om forbundethed med kontraktens genstand.
- 22. EU-Domstolen har dog i sin dom af 17. september 2002 i sag C-513/99, *Concordia Bus Finland*, ECLI:EU:C:2002:495, præmis 59 og 64, i sin dom af 4. december 2003 i sag C-448/01, *EVN og Wienstrom*, ECLI:EU:C:2003:651, præmis 33 og 34, og i sin dom af 10. maj 2012 i sag C-368/10, *Kommissionen mod Nederlandene (Max Havelaar)*, ECLI:EU:C:2012:284, præmis 86, fastslået, at tildelingskriterier skal være forbundet med kontraktens genstand.

23. Disse domme vedrører imidlertid alle de tidligere gældende udbudsdirektiver (Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjensteydelsesaftaler, EF-Tidende L 209 af 24. juli 1992, s. 1-24, Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, EF-Tidende L 199 af 9. august 1993, s. 1-53, og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjensteydelsesktrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, EU-Tidende L 134 af 30. april 2004, s. 114–240).
24. Retten har desuden udtalt sig om det tilsvarende krav i artikel 167 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2018/1046 af 18. juli 2018 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget, om ændring af forordning (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 og afgørelse nr. 541/2014/EU og om ophævelse af forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012, EU-tidende L 193 af 30. juli 2018, s. 1 (finansforordningen) i sag T-578/19, Sophia Group mod Parlamentet, ECLI:EU:T:2021:77.

Parternes anbringender

25. *Balmung* har navnlig gjort gældende, at de tildelingskriterier, som Regionerne har fastsat, hvorefter det vil blive tillagt positiv vægt, 1) at de tilbudte produkter er fremstillet af en virksomhed, der er certificeret i henhold til ISO14001, EMAS eller tilsvarende, og/eller 2) er fremstillet af en virksomhed, der har en officielt Science Based Target initiatives-godkendt klimamålsætning eller tilsvarende, ikke er forbundet med kontraktens genstand, jf. den danske udbudslovs § 163, der implementerer udbudsdirektivets artikel 67. Ved at anvende tildelingskriterierne ved evalueringen af kriteriet ”Bæredygtighed” har Regionerne handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, der implementerer udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1.
26. Selvom standarder for ledelsessystemer og opnåelsen af officielle godkendte klimamålsætninger i sagens natur vil have generel betydning for en virksomheds levering af ydelser, er de ikke egnet som tildelingskriterium, fordi de

ikke har sammenhæng med kontraktens genstand. Konkret er kravene til ISO14001 samt de officielle godkendte klimamålsætninger da også så overordnet formuleret, at der ikke er nogen naturlig sammenhæng til de ydelser, der skal leveres.

27. Dertil kommer, at Regionerne ved evalueringen har lagt vægt på antallet af Ja-besvarelser, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 12.4.1. Der er således ikke tale om, at tilbudsgiverne med udgangspunkt i konkrete tilbudsbeskrivelser har skullet redegøre for, hvordan tilbudsgiverne f.eks. ville sikre, at de leverede produkter blev fremstillet af en virksomhed, der var certificeret i henhold til ISO14001 og/eller havde en officiel godkendt klimamålsætning.
28. ISO14001, EMAS eller tilsvarende samt en officielt Science Based Target initiatives-godkendt klimamålsætning eller tilsvarende kan alene tildeles en virksomhed og vedrører dermed virksomheden som sådan og virksomhedens processer, dvs. en tilbudsgivers almindelige egnethed. Der er derfor i udbudsretlig henseende tale om et egnedetskriterium, der ikke kan indgå i tildelingen af en delkontrakt.
29. Der er derimod ikke tale om, at kriterierne beskriver egenskaberne ved en aktørs specifikke proces vedrørende enkelte og konkrete leverancer.
30. Krav til miljøledelse i form af anvendelsen ISO14001 eller tilsvarende og en officiel Science Based Target initiatives-godkendt klimamålsætning eller tilsvarende mister ikke sin karakter af en beskrivelse af en virksomheds generelle forhold, blot fordi kravet til miljøledelse grundet markedets karakter de facto stilles til tilbudsgiverens underleverandør. Producenten er tilbudsgiverens underleverandør, hvorfor producenten skal sidestilles med tilbudsgiveren.
31. Det er tilbudsgiveren, der er ansvarlig for kontraktens udførelse, uanset om der anvendes underleverandører eller ej. Det er herefter underordnet, om kravet om certificering efter ISO14001 eller tilsvarende og en officiel Science Based Target initiatives-godkendt klimamålsætning eller tilsvarende stilles til tilbudsgiveren som leverandør eller tilbudsgiverens underleverandør, da det i alle tilfælde er tilbudsgiveren, der er ansvarlig for kontraktens udførelse.
32. Dertil kommer, at hvis der skulle være tilbudsgivere, der både er producent og leverandør, vil et krav om certificering efter ISO1400 eller tilsvarende og

en officiel Science Based Target initiatives-godkendt klimamålsætning eller tilsvarende ubestridt vedrøre tilbudsgiverens generelle forhold.

33. *Regionerne* har navnlig gjort gældende, at de tildelingskriterier, som *Regionerne* har fastsat, hvorefter det vil blive tillagt positiv vægt, 1) at de tilbudte produkter er fremstillet af en virksomhed, der er certificeret i henhold til ISO14001, EMAS eller tilsvarende, og/eller 2) er fremstillet af en virksomhed, der har en officielt Science Based Target initiatives-godkendt klimamålsætning eller tilsvarende, efter deres formulering er rettet mod producenten af produkterne og ikke leverandøren, og at det relevante marked for rammeaftalen er markedet for forhandlere (grossister) og ikke producenter, hvorfor kravet ikke angår tilbudsgivers generelle egnethed.
34. Kravene har tilstrækkelig tilknytning til kontraktens genstand, idet en underleverandør (producent), der selv er certificeret efter ISO 14001-standarden, EMAS eller tilsvarende og/eller har en officiel Science Based Target initiatives-valideret klimamålsætning eller tilsvarende, via sin erfaring med struktureret og systematisk arbejde med miljøledelse og sit fokus på målrettet reduktion af drivhusgasemissioner i overensstemmelse med anerkendte klimamål er bedre rustet til at understøtte, at leverandøren kan leve op til sine forpligtelser efter rammeaftalen, herunder særligt forpligtelsen til at sikre en løbende miljøindsats i hele produktets livscyklus. Det forhold, at producenten er certificeret efter ISO 14001-standarden, EMAS eller tilsvarende og/eller har en officiel Science Based Target initiatives-godkendt klimamålsætning eller tilsvarende, udgør dermed et kvalitativt parameter, som har fornøden tilknytning til kontraktens genstand.
35. Kontraktkravene, herunder kravet om at arbejde målrettet med et effektivt miljøstyringssystem, er alene rettet mod leverandøren som den direkte kontraktpart, og det påhviler leverandøren at leve op til dem i hele kontraktperioden. Det er fuldt ud sagligt, når *Regionerne* har tillagt det vægt i vurderingen af kvaliteten af de afgivne tilbud, om en producent, der konkret skal producere produkter omfattet af kontrakten, qua sit allerede etablerede arbejde med miljøledelse og/eller CO₂-målsætninger vil kunne understøtte leverandøren i dennes opfyldelse af sine forpligtelser efter kontrakten. Herved får konkurrencekravene den fornødne tilknytning til kontraktens genstand.
36. Det forhold, at tilbudsgiverne ikke skal redegøre nærmere for, på hvilken måde tilbudsgiverne vil sikre, at de konkrete produkter bliver fremstillet af

en virksomhed, der var certificeret i henhold til ISO 14001 eller tilsvarende og/eller havde en officiel godkendt klimamålsætning eller tilsvarende, kan ikke i den forbindelse føre til et andet resultat.

37. Det er i den forbindelse uden betydning, om ISO 14001 eller tilsvarende samt en Science Based Target initiatives-godkendt klimamålsætning eller tilsvarende generelt måtte angå tilbudsgivers generelle politik, når konkurrencekravene netop konkret ikke angår tilbudsgiver, men derimod dennes underleverandører.
38. Regionernes fokus på miljø og bæredygtighed udspringer af den fællesregionale strategi for Grønne Hospitaler, hvor der særligt er fokus på CO₂-reduktion og inddragelse af klima- og miljøhensyn i forbindelse med Regionernes indkøb.
39. Ved leverandørens indgåelse af en delkontrakt vil leverandøren være forpligtet til at overholde og opfylde de specifikke miljøkrav i kontrakten. Endvidere vil leverandøren være forpligtet til at etablere og anvende et miljøledelsessystem i forbindelse med gennemførelsen af rammeaftalen. Miljøledelsessystemet vil dermed fungere som et værktøj, der er med til at sikre og understøtte, at miljøkravene i delkontrakten og underliggende bilag efterleves, og at der løbende sikres fokus på forbedringer af miljø, teknologi og økonomi i forbindelse med kontrakten, herunder ved at mindske energi- og materialeforbrug mest muligt og sikre afhjælpning af såvel miljø- som arbejdsmiljøproblemer i produktets livscyklus, f.eks. ved produktets og dets emballages udformning, materiale og vægt, jf. udkast til kontrakt, pkt. 7.1.
40. Det forhold, at producenten af de af rammeaftalen omfattede produkter allerede har et etableret miljøledelsessystem i overensstemmelse med ISO 14001, EMAS eller tilsvarende og/eller arbejder målrettet og systematisk med reduktion af drivhusgasemissioner i overensstemmelse med anerkendte klimamål efter eller tilsvarende, understøtter, at producenten effektivt kan understøtte leverandøren i dennes opfyldelse af sine forpligtelser efter rammeaftalen, herunder i forhold til at sikre løbende forbedringer af leverandørens miljøindsats.
41. At kravene konkret er anvendt som et konkurrenceparameter frem for et kontraktuelt mindstekrav i forhold til de af leverandøren anvendte underleverandører, beror på et hensyn til ikke unødigt at indskrænke konkurrencen. Dette

gælder så meget desto mere, når der som her er tale om et marked karakteriseret af forhandlere af produkter, der produceres af tredjemand.

42. Ordregiver har et ganske vidt skøn ved tilrettelæggelsen af en udbudsproces. Regionernes beslutning om at stille de pågældende krav til bæredygtighed som evalueringskrav og ikke som kontraktuelle mindstekrav ligger i den forbindelse inden for rammerne af dette vide skøn.
43. Et kontraktkrav, hvorefter leverandøren, som den direkte aftalepart, er ansvarlig for korrekt opfyldelse af kontrakten, uanset om der konkret anvendes underleverandører, er ganske sædvanligt. Det forhold, at leverandøren efter kontrakten er ansvarlig for sine underleverandører, er dog uden betydning for karakteren af konkurrencekravene og kan på ingen måde føre til, at producenten skal sidestilles med tilbudsgiver i forhold til vurderingen af lovligheden af de anvendte konkurrencekrav.

De præjudicielle spørgsmål

44. Klagenævnet bemærker, at de ovennævnte bestemmelser i den danske lovgivning efter klagenævnets opfattelse skal fortolkes i overensstemmelse med de bagvedliggende bestemmelser i udbudsdirektivet, som de har til formål at implementere.
45. Den klage, som klagenævnet behandler, rejser spørgsmålet om, hvornår et tildelingskriterium om bæredygtighed kan anses som værende forbundet med kontraktens genstand, jf. udbudslovens § 162 og § 163, der implementerer udbudsdirektivets artikel 67, stk. 2 og 3. I den forbindelse rejser klagen endvidere spørgsmålet om, hvilken betydning det har for vurderingen af tildelingskriteriets lovlighed, at kravet om, at de tilbudte produkter er fremstillet af en virksomhed, der er certificeret i henhold til ISO14001, EMAS eller tilsvarende, og kravet om, at de tilbudte varer er fremstillet af en virksomhed, der har en officielt Science Based Target initiatives-godkendt klimamålsætning eller tilsvarende, er stillet til producenten af de varer, der skal tilbydes, og ikke til selve leverandøren/tilbudsgiveren.
46. EU-Domstolen har i sin dom af 17. september 2002 i sag C-513/99, Concor dia Bus Finland, i sin dom af 4. december 2003 i sag C-448/01, EVN og Wienstrom, og i sin dom af 10. maj 2012 i sag C-368/10, Kommissionen mod

Nederlandene (Max Havelaar), fastslået, at et tildelingskriterium skal være forbundet med kontraktens genstand.

47. EU-Domstolens dom i sag C-368/10, Kommissionen mod Nederlandene (Max Havelaar), angik imidlertid bestemmelserne i det tidligere udbudsdirektiv (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF), mens EU-Domstolens domme i sagerne C-513/99, Concordia Bus Finland, og C-448/01, EVN og Wienstrom, angik bestemmelserne i udbudsdirektiverne før det (Rådets direktiv 92/50/EØF og Rådets direktiv 93/36/EØF).
48. De relevante bestemmelser for sagens afgørelse blev dog i forhold til de tidligere udbudsdirektiver ændret ved vedtagelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014, hvor det blev tilføjet i ordlyden af bestemmelsen, at bl.a. faktorer, der er involveret i den specifikke produktionsmåde, kan anses for at være forbundet med kontraktens genstand. Dette var på linje med Kommissionens ønske om, at *"Give ordregiverne bedre mulighed for at anvende offentlige indkøb til støtte for fælles samfundsmæssige mål såsom miljøbeskyttelse, bedre ressource- og energieffektivitet, bekæmpelse af klimaændringer, fremme af innovation, beskæftigelse og social integration samt sikring af de bedst mulige betingelser for tilvejebringelse af sociale tjenester af høj kvalitet"*, jf. Kommissionens forslag af 20. december 2011, KOM(2011) 896 endelig, side 2.
49. Udbudsdirektivet indeholder ikke en definition af, hvornår tildelingskriterier skal anses for at være forbundet med kontraktens genstand. I præambelbetragtning nr. 97 er det dog anført, at betingelsen om, at tildelingskriterier skal være forbundet med kontraktens genstand, udelukker kriterier og vilkår vedrørende en virksomheds generelle politik, som ikke kan betragtes som en faktor, der karakteriserer den specifikke proces med fremstilling eller levering af indkøbte bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser.
50. Klagenævnet er i tvivl om, hvad der nærmere skal forstås ved *"en virksomheds generelle politik"*, herunder om det omfatter en virksomheds miljøledelsessystemer- eller standarder, og om det omfatter det forhold, at en virksomhed har en officielt godkendt klimamålsætning.
51. Klagenævnet bemærker hertil, at artikel 62, stk. 2, i udbudsdirektivet forudsætter, at der kan stilles krav om, at tilbudsgiveren opfylder bestemte miljøledelsessystemer og -standarder som en del af den kvalitative udvælgelse.

Ifølge artikel 58, stk. 1, i udbudsdirektivet skal alle krav, der stilles i forbindelse med udvælgelsen være relaterede og stå i forhold til kontraktens genstand. Et krav om, at tilbudsgiveren opfylder bestemte miljøledelsessystemer og -standarder må således opfylde kravet om at være relateret og stå i forhold til kontraktens genstand. Klagenævnet er imidlertid i tvivl om, hvorvidt kravet i artikel 58, stk. 1, om, at krav skal være ”relaterede og stå i forhold til kontraktens genstand”, skal forstås på samme måde som kravet i artikel 67, stk. 2 og 3, om, at kravet skal være ”forbundet med kontraktens genstand”. Klagenævnet er opmærksom på, at artikel 58, stk. 1, jf. artikel 62, og artikel 67, stk. 2 og 3, har forskellige formål, allerede fordi de første vedrører udvælgelseskriterier, mens de sidste vedrører kriterier for tildeling af kontrakter. Klagenævnet er dog også opmærksom på, at ordlyden af bestemmelserne i det danske og engelske udbudsdirektiv har nuanceforskelle, mens ordlyden af bestemmelserne i det franske og tyske udbudsdirektiv forekommer ens.

52. Klagenævnet er endvidere i tvivl om, hvilken betydning det har for vurderingen, at tildelingskriteriet vedrører krav, der stilles til producenten af de tilbudte varer og ikke nødvendigvis til selve leverandøren/tilbudsgiveren. Det forhold, at kravet stilles til producenten, kan efter klagenævnets opfattelse være med til at åbne konkurrencen om kontrakten, hvis alternativet er at stille kravet i forbindelse med udvælgelsen af egnede leverandører/tilbudsgivere.
53. Siden vedtagelse af udbudsdirektivet, og særligt de seneste år, er der i EU vedtaget en række sektorlovgivninger med betydning for bl.a. miljø, klima og udbud. Et eksempel herpå er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2024/1760 af 13. juni 2024 om virksomheders due diligence i forbindelse med bæredygtighed (omtalt som CSDDD), der har til formål at forebygge negative indvirkninger ved miljø og menneskerettigheder i virksomhedernes værdikæder. CSDDD artikel 31 omhandler udbud og angiver:

”Medlemsstaterne sikrer, at opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af de nationale retsregler, der gennemfører dette direktiv, eller deres frivillige gennemførelse betragtes som et miljømæssigt eller socialt aspekt, som de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med direktiv 2014/23/EU, direktiv 2014/24/EU og direktiv 2014/25/EU kan tage hensyn til som en del af tildelingskriterierne for offentlige kontrakter og koncessionskontrakter og som en miljømæssig eller social betingelse, som de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med nævnte direktiver kan fastsætte i forbindelse med opfyldelsen af offentlige kontrakter og koncessionskontrakter.”

54. Artikel 31 i CSDDD indebærer, at visse vilkår vedrørende en virksomheds generelle politik vil kunne anvendes som tildelingskriterier, hvilket udfordrer betydningen af, at et tildelingskriterie omhandlende "en virksomheds generelle politik" ikke skal anses for at være forbundet med kontraktens genstand.
55. Klagenævnet er i tvivl om, i hvilken udstrækning vedtagelsen af det nye udbudsdirektiv og den efterfølgende udvikling med henblik på at sikre opfyldelsen af EUF-traktatens artikel 11 har udvidet mulighederne for at stille krav på grundlag af miljømæssige aspekter.
56. Udbudsdirektivets artikel 70 om kontraktbetingelser stiller ligeledes krav, om at disse skal være forbundet med kontraktens genstand.
57. I forbindelse med klagenævnets behandling af klagen har Regionerne gjort gældende bl.a., at fastsættelsen af tildelingskriterierne vil være med til at understøtte den vindende tilbudsgivers mulighed for at opfylde kontrakten, idet den indklagede part henviser til, at der i den udbudte kontrakt er fastsat som krav, at leverandøren 1) i forbindelse med gennemførelsen af kontrakten skal arbejde målrettet med et effektivt miljøstyringssystem, f.eks. ISO14001 eller tilsvarende, 2) til stadighed skal udbygge virksomhedens miljøindsats, 3) aktivt skal medvirke til fortsatte forbedringer af miljø, teknologi og økonomi i forbindelse med kontrakten, herunder ved at mindske energi- og materialeforbrug mest muligt, og 4) skal sørge for at afhjælpe såvel miljø- som arbejdsmiljøproblemer i produktets livscyklus, f.eks. ved produktets, og dets emballages, udformning, materiale og vægt, og dermed vil kravet om, at tildelingskriterierne har forbindelse med kontrakten, være opfyldt.
58. Den indklagede parts anbringender kan imidlertid kun tages i betragtning, hvis det er lovligt og i overensstemmelse med udbudslovens § 176, som implementerer udbudsdirektivets artikel 70, at stille sådanne krav i kontrakten. Klagenævnet er imidlertid af de samme grunde som anført ovenfor i tvivl om, hvorvidt det er i strid med udbudsdirektivets artikel 70 at stille de nævnte kontraktkrav.

Derfor bestemmes:

59. EU-Domstolen anmodes om at besvare følgende spørgsmål:

- 1.a. Skal udbudsdirektivets artikel 67, stk. 2 og 3, fortolkes således, at bestemmelserne er til hinder for anvendelsen af et kriterium om bæredygtighed for tildeling af kontrakter, hvorefter det tillægges positiv vægt, at producenten af de varer, der tilbydes, er certificeret i henhold til ISO14001, EMAS eller tilsvarende?
- 1.b. Skal udbudsdirektivets artikel 67, stk. 2 og 3, fortolkes således, at bestemmelserne er til hinder for anvendelsen af et kriterium om bæredygtighed for tildeling af kontrakter, hvorefter det tillægges positiv vægt, at producenten af de varer, der tilbydes, har en officielt Science Based Target initiatives-godkendt klimamålsætning eller tilsvarende?
- 2.a. Skal udbudsdirektivets artikel 70 fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for fastsættelsen som kontraktkrav, at leverandøren i forbindelse med gennemførelsen af kontrakten skal arbejde målrettet med et effektivt miljøstyringssystem, f.eks. ISO14001 eller tilsvarende?
- 2.b. Skal udbudsdirektivets artikel 70 fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for fastsættelsen som kontraktkrav, at leverandøren til stadighed skal udbygge virksomhedens miljøindsats?
- 2.c. Skal udbudsdirektivets artikel 70 fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for fastsættelsen som kontraktkrav, at leverandøren aktivt skal medvirke til fortsatte forbedringer af miljø, teknologi og økonomi i forbindelse med kontrakten, herunder ved at mindske energi- og materialeforbrug mest muligt?
- 2.d. Skal udbudsdirektivets artikel 70 fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for fastsættelsen som kontraktkrav, at leverandøren skal sørge for at afhjælpe såvel miljø- som arbejdsmiljøproblemer i produktets livscyklus, f.eks. ved produktets, og dets emballages, udformning, materiale og vægt?

Jakob O. Ebbensgaard