Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 1. december 2016 [1]

**Sag C-298/15**

**UAB »Borta«**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol))

»Offentlige kontrakter — kvalitative udvælgelseskriterier — krav om, at den tilbudsgiver, hvis bud antages, selv skal udføre »hovedentreprisen« — godtgørelse af faglig kapacitet — bud afgivet af en gruppe af aktører — krav om, at hver partners bidrag skal være proportionalt med dennes bidrag i forbindelse med godtgørelsen af faglig kapacitet — udbudsprocedure — ændring af udbudsbetingelser under proceduren — ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet«

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse fra Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) vedrører udbudsbetingelser i forbindelse med indgåelse af en offentlig bygge- og anlægskontrakt om opførelse af en kaj i havnen Klaipėda (Litauen). De pågældende udbudsbetingelser indeholder bestemmelser om bud afgivet af partnere i en fælles aktivitet. I henhold hertil skal hver partner *udføre* en andel af kontrakten svarende til dennes bidrag i forbindelse med godtgørelsen af partnerskabets faglige erfaring på tidspunktet for *tildelingen* af den offentlige kontrakt. Den forelæggende ret nærer tvivl med hensyn til, om et sådant krav er foreneligt med reglerne om sammenlægning af faglig kapacitet i henhold til de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter. Eftersom de omtvistede udbudsbetingelser først blev offentliggjort flere uger efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, ønsker den forelæggende ret også oplyst, om (og i givet fald under hvilke omstændigheder) ordregivende myndigheder må ændre udbudsbetingelser under udbudsproceduren. Den rejser også af egen drift spørgsmålet, om EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter er til hinder for en bestemmelse i litauisk ret, hvorefter det er forbudt at give »hovedentreprisen« i underentreprise i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter.

2. Der opstår indledningsvis et problem med hensyn til Domstolens kompetence til at besvare disse spørgsmål. Den forelæggende ret har givet udtryk for sin betænkelighed inden for rammerne af direktiv 2004/17/EF [2]. Det er imidlertid ubestridt, at den anslåede værdi af den omhandlede offentlige kontrakt ikke når op på den relevante tærskelværdi, og at dette direktiv derfor ikke finder anvendelse i hovedsagen. Er det pågældende direktiv blevet gjort anvendeligt på direkte og ubetinget vis i litauisk ret? Hvis det er tilfældet, er det fast retspraksis, at Domstolen har kompetence til at fortolke de relevante bestemmelser i dette direktiv. Hvis den omhandlede kontrakt alternativt frembyder en klar

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«) (EUT 2004, L 134, s. 1). Den relevante affattelse af dette direktiv er senest ændret ved Kommissionens forordning (EU) nr. 1336/2013 af 13.12.2013 (EUT 2013, L 335, s. 17).

grænseoverskridende interesse, vil indgåelsen heraf være omfattet af de grundlæggende regler og generelle principper i TEUF (navnlig principperne om fri bevægelighed i artikel 49 TEUF og 56 TEUF), og det er så Domstolens opgave at give den forelæggende ret nyttige oplysninger på dette grundlag.

## Retsforskrifter

*EU-retten*

3. Niende betragtning til direktiv 2004/17 har følgende ordlyd:

»For at sikre øget konkurrence ved offentlige kontrakter indgået af enheder inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester bør der udarbejdes bestemmelser om fællesskabssamordning ved kontrakter over en vis værdi. Denne samordning sker på grundlag af kravene i EF-traktatens artikel 14, 28 og 49 og Euratomtraktatens artikel 97, nemlig princippet om ligebehandling, som princippet om ikke-forskelsbehandling blot er en særlig udformning af, princippet om gensidig anerkendelse, princippet om proportionalitet samt princippet om gennemsigtighed. I betragtning af karakteren af de sektorer, der berøres af en sådan samordning, bør denne samordning, samtidig med at den sikrer anvendelsen af nævnte principper, danne grundlag for loyal handelspraksis og være så fleksibel som muligt.«

4. Det fremgår af 43. betragtning, at der bør fastsættes bestemmelser om underentreprise for at gøre det lettere for små og mellemstore virksomheder at deltage i offentlige udbud.

5. Artikel 10 bestemmer, at »[o]rdregiverne overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af virksomheder og handler på en gennemsigtig måde«.

6. I artikel 11, stk. 2, hedder det:

»Sammenslutninger af økonomiske aktører kan være tilbudsgivere eller ansøgere. I forbindelse med afgivelse af et tilbud eller indgivelse af en ansøgning om deltagelse kan ordregiverne ikke kræve, at sammenslutninger af økonomiske aktører antager en bestemt retlig form, men den udvalgte sammenslutning kan være nødsaget til at antage en bestemt retlig form, når den har fået tildelt kontrakten, i det omfang det er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende opfyldelse af denne.«

7. Artikel 37 (»Underentreprise«) bestemmer:

»I udbudsbetingelserne kan ordregiveren anmode eller af en medlemsstat forpligtes til at anmode tilbudsgiveren om i tilbuddet at angive, hvor stor en del af kontrakten han har til hensigt at give i underentreprise til tredjemand, og hvilke underentreprenører han foreslår. Denne angivelse berører ikke de økonomiske aktørers ansvar som hovedmand.«

8. I artikel 38 (»Betingelser vedrørende kontraktens udførelse«) bestemmes:

»Ordregiverne kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse betingelser er i overensstemmelse med [EU-]retten og er nævnt i den bekendtgørelse, der anvendes til iværksættelse af udbud, eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn.«

9. Artikel 53 (»Kvalifikationsordninger«) bestemmer navnlig:

»1. Ordregiverne kan, hvis de ønsker det, oprette og anvende en kvalifikationsordning for de økonomiske aktører.

[…]

2. Den i stk. 1 omhandlede ordning kan omfatte flere kvalifikationstrin.

Den anvendes på grundlag af objektive kriterier og regler, som fastlægges af ordregiveren.

[…]

5. Hvis de kvalifikationskriterier og -regler, der er omhandlet i stk. 2, omfatter krav til den økonomiske aktørs tekniske og/eller faglige formåen, kan den i givet fald basere sig på andre enheders kapacitet uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem den selv og disse enheder. Den skal i så fald godtgøre over for ordregiveren, at den råder over disse ressourcer i hele kvalitetsordningens gyldighedsperiode, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders tilsagn om at stille de nødvendige ressourcer til rådighed for den økonomiske aktør.

En sammenslutning af økonomiske aktører, jf. artikel 11, kan på samme vilkår basere sig på kapaciteten hos sammenslutningens deltagere eller andre enheders kapacitet.

[…]«

*Litauisk ret*

10. Artikel 2, stk. 29, i Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (herefter »loven om offentlige indkøb«) indeholder en generel definition af en leverandør som enhver erhvervsdrivende, uanset om det er en fysisk person, en privat juridisk person, en offentlig juridisk person, andre organisationer eller dele heraf, eller en sammenslutning af sådanne personer, som kan udbyde eller udbyder varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejde.

11. I henhold til artikel 24, stk. 5, i loven om offentlige indkøb kræves det i udbudsdokumenterne, at kandidaten eller tilbudsgiveren i sit bud specificerer enhver foreslået underentreprenør og kan kræves, at den andel af kontrakten, som det påtænkes at lægge ud til disse underentreprenører i underentreprise, specificeres. Hvis underentreprenører imidlertid får til opgave at opfylde en bygge- og anlægskontrakt, skal hovedentreprisen som specificeret af den ordregivende myndighed udføres af leverandøren.

12. I henhold til artikel 27, stk. 4, kan den ordregivende myndighed af egen drift og på ethvert tidspunkt forud for fristen for afgivelse af bud afklare udbudsdokumenterne.

13. Det fremgår af artikel 32, stk. 3, at en leverandør, hvis det er nødvendigt i den specifikke udbudssammenhæng, kan basere sig på andre økonomiske aktørers kapacitet, uanset arten af leverandørens retlige forhold til dem. Leverandøren skal i så fald over for den ordregivende myndighed bevise, at disse ressourcer vil være til rådighed for leverandøren ved kontraktens udførelse. En sammenslutning af økonomiske aktører kan under de samme betingelser basere sig på kapaciteten hos sammenslutningens medlemmer eller hos andre økonomiske aktører.

## Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

14. Den 2. april 2014 offentliggjorde VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (den statslige havnemyndighed i Klaipėda, herefter »havnemyndigheden«), en litauisk offentlig virksomhed, en offentlig udbudsbekendtgørelse vedrørende »Bygge- og anlægsarbejde vedrørende »Ombygning af kaj nr. 67 og 68. Fase 1««. Denne udbudsbekendtgørelse blev også offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 5. april 2014 [3].

15. Udbudsbetingelsernes punkt 3.2.1 indeholdt følgende krav: »Leverandørers gennemsnitlige årlige arbejdsmængde vedrørende hovedentreprisen og installationsarbejde (opførelse eller ombygning af kaj i havnen) i de seneste fem år eller i det tidsrum, leverandøren har været registreret (i det tilfælde, hvor leverandøren har drevet virksomhed i mindre end fem år), skal svare til en værdi på mindst 5 000 000 LTL (1 448 100,09 EUR), eksklusive moms.«

16. I henhold til udbudsbetingelsernes punkt 4.2.3 skulle ethvert bud »specificere forpligtelserne for de partnere, der driver virksomhed i henhold til en aftale om fælles aktivitet for så vidt angår kontraktens gennemførelse, sammen med disse forpligtelsers procentvise fordeling, og det skal anføres, at denne opdeling af tjenesteydelsesmængden kun gælder for partnerne og ikke skaber nogen forpligtelser for kunden (den ordregivende myndighed)«.

17. Det oprindelige punkt 4.3 i udbudsbetingelserne bestemte følgende:

»Hvis buddet afgives af leverandører, der driver virksomhed i henhold til en aftale om fælles aktivitet, skal kravene i [punkt 3.2.1] være opfyldt af mindst en af partnerne i den fælles virksomhed eller af alle de partnere, der driver virksomhed i henhold til aftalen om fælles aktivitet, samlet set. […] I medfør af artikel 24, stk. 5, i [loven om offentlige indkøb] anfører [havnemyndigheden], at hovedentreprisen består af punkt 1.2.8 i mængdefortegnelsens afsnit om byggearbejde, og denne entreprise skal derfor udføres af leverandøren selv« [4].

18. Havnemyndigheden udsendte af egen drift en første ændring af udbudsbetingelsernes punkt 4.3 den 24. april 2014. I denne nye udgave, der blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*, var det navnlig fastsat, at hvis buddet blev afgivet af leverandører, der drev virksomhed i henhold til en aftale om fælles aktivitet, skulle hver partner i den fælles virksomhed opfylde mindst 50% af kravet i punkt 3.2.1. Som følge af denne ændring forlængede havnemyndigheden fristen for afgivelse af bud.

19. Den 3. maj 2014 indgav UAB Borta, et aktieselskab stiftet i henhold til litauisk ret, klage til havnemyndigheden over denne omdefinering. Som følge heraf ændrede havnemyndigheden ved afgørelse af 9. maj 2014 for anden gang udbudsbetingelsernes punkt 4.3 [5]. Den nye (og endelige) udgave af dette punkt fastsatte følgende:

»Hvis buddet afgives af leverandører, der driver virksomhed i henhold til en aftale om fælles aktivitet, skal kravene i punkt 3.2.1 […] være opfyldt af mindst en af partnerne i den fælles virksomhed eller af alle de partnere, der driver virksomhed i henhold til aftalen om fælles aktivitet, samlet set. En partners bidrag (mængden af udført arbejde) i henhold til aftalen om fælles aktivitet skal være proportionalt med dennes bidrag til gennemførelsen af kravet i henhold til […] punkt 3.2.1 og til den

3 — EUT 2014/S 68-117458.

4 — Den forelæggende ret har forklaret, at denne hovedentreprise bl.a. består i opførelse af en rillet stålvæg støttet af positionelle dragere.

5 — Samtidig foretog den ordregivende myndighed af egen drift en lettere omformulering af udbudsbetingelsernes punkt 4.2.3. Denne ændring af udbudsbetingelserne er imidlertid ikke omtvistet i hovedsagen.

arbejdsmængde, der faktisk vil blive udført i tilfælde af et bud, der accepteres (gennemførelse af kontrakten) [6]. […] I medfør af artikel 24, stk. 5, i [loven om offentlige indkøb] anfører [havnemyndigheden], at hovedentreprisen består af punkt 1.2.8 i mængdefortegnelsens afsnit om byggearbejde, og denne entreprise skal derfor udføres af leverandøren selv.«

20. Som følge af denne sidste ændring, der blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*, blev fristen for afgivelse af bud forlænget for anden gang og fastsat til den 12. juni 2014.

21. Borta afgav et bud den 12. juni 2014, hvori selskabet tilbød at udføre arbejdet for et beløb i LTL svarende til ca. 4 761 460 EUR. Det var det dyreste bud[7].

22. Borta indgav imidlertid klage til havnemyndigheden over den endelige udgave af udbudsbetingelsernes punkt 4.3 og anlagde sag ved Klaipėdos apygardos teismas (regionalretten i Klaipėda), efter at klagen var blevet forkastet. Regionalretten i Klaipėda frifandt havnemyndigheden den 18. august 2014. Borta iværksatte appel af denne afgørelse til Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appeldomstol), som stadfæstede afgørelsen den 13. november 2014. Begge retter fandt i det væsentlige, at de omtvistede udbudsbetingelser var berettigede på grund af kontraktens art og betydning for den offentlige interesse, og at det fælles ansvar og den solidariske hæftelse for partnere i en fælles aktivitet over for havnemyndigheden ikke i sig selv garanterede en succesfuld gennemførelse af den offentlige indkøbskontrakt. De forkastede også påstanden om, at på hinanden følgende ændringer af udbudsbetingelserne var ulovlige, da artikel 27, stk. 4, i loven om offentlige indkøb udtrykkeligt gav havnemyndigheden ret til at afklare disse udbudsbetingelser.

23. Borta iværksatte kassationsanke af dommen afsagt af Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appeldomstol) ved Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol), som har udsat sagen og anmoder om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»1) Skal bestemmelserne i artikel 37, 38, 53 og 54 i direktiv 2004/17 forstås og fortolkes, enten samlet eller hver for sig (dog ikke begrænset til disse bestemmelser), således, at

a) de er til hinder for en national regel, hvorefter hovedentreprisen som identificeret af den ordregivende myndighed i et tilfælde, hvor underentreprenører har fået til opgave at udføre en bygge- og anlægskontrakt, skal udføres af leverandøren [8]

b) de er til hinder for en ordning, der er fastsat i udbudsdokumenterne, hvor leverandørers faglige kapacitet kumuleres således som specificeret af den ordregivende myndighed i de omtvistede udbudsbetingelser, der kræver, at den del, som udgør den relevante økonomiske aktørs (partner i en fælles aktivitet) faglige kapacitet, skal svare til den del af den specifikke entreprise, som denne faktisk skal udføre i henhold til den offentlige indkøbskontrakt?

2) Skal bestemmelserne i artikel 10, 46 og 47 i direktiv 2004/17 forstås og fortolkes, enten samlet eller hver for sig (dog ikke begrænset til disse bestemmelser), således, at

a) principperne om ligebehandling af leverandører og gennemsigtighed ikke er tilsidesat i et tilfælde, hvor den ordregivende myndighed:

— på forhånd i udbudsdokumenterne fastlægger en generel mulighed for at kumulere leverandørers faglige kapacitet, men ikke fastsætter ordningen for gennemførelse af denne mulighed

6 — Jeg vil benævne sidstnævnte krav som det »overensstemmende krav«. »Arbejdsmængden« må formodes at blive målt i penge.

7 — Den tilbudsgivers bud, der blev antaget, udgjorde et beløb i LTL svarende til ca. 3 168 400 EUR.

8 — Forelæggelsesafgørelsen angiver, at retten har rejst spørgsmålet »af egen drift« med henblik på beskyttelse af den offentlige interesse.

— efterfølgende under udbudsproceduren mere detaljeret definerer de krav, som regulerer bedømmelsen af leverandørernes kvalifikationer, ved at opstille visse begrænsninger for kumulationen af leverandørers faglige kapacitet

— forlænger fristen for afgivelse af bud på grund af den mere detaljerede definition af kvalifikationskravenes indhold og offentliggør denne forlængelse i [*Den Europæiske Unions] Tidende*?

b) en begrænsning for kumulationen af leverandørers kapacitet ikke skal være klart angivet på forhånd, hvis den særlige karakter af den ordregivende myndigheds virksomhed og de særlige forhold i den offentlige indkøbskontrakt gør en sådan begrænsning forudsigelig og berettiget?

24. Havnemyndigheden, den litauiske regering og Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg. De samme parter og Borta har afgivet mundtlige indlæg under retsmødet den 1. juni 2016.

## Bedømmelse

### *Indledende bemærkninger*

25. Den litauiske regering har under retsmødet gjort gældende, at artikel 24, stk. 5, i loven om offentlige indkøb gennemførte den nye regel om underentreprise i artikel 79, stk. 3, i direktiv 2014/25/EU[9] inden udløbet af fristen for gennemførelse af dette direktiv, og at Domstolen derfor kun bør undersøge den foreliggende forelæggelse i forhold til dette direktiv[10]. Havnemyndigheden har indtaget et tilsvarende standpunkt. Kommissionen har derimod gjort gældende, at direktiv 2014/25 ikke kunne tages i betragtning. For det første blev artikel 24, stk. 5, i loven om offentlige indkøb vedtaget, inden direktivet blev vedtaget. For det andet havde Litauen undladt at underrette Kommissionen om foranstaltningerne til gennemførelse af direktiv 2014/25 i litauisk ret.

26. Ifølge fast retspraksis er det direktiv, der skal anvendes, principielt det direktiv, der er gældende på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger, hvilken procedure der skal følges, og endeligt afgør, hvorvidt der eksisterer en forpligtelse til at foretage et forudgående udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig kontrakt. Derimod finder bestemmelserne i et direktiv, hvor gennemførelsesfristen er udløbet efter dette tidspunkt, *ikke* anvendelse[11].

9 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (EUT 2014, L 94, s. 243). Denne bestemmelse har følgende ordlyd: »I forbindelse med bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter eller monterings- og installationsarbejde under en vareindkøbskontrakt kan de ordregivende enheder kræve, at visse centrale opgaver udføres direkte af tilbudsgiveren selv eller, hvis et tilbud indgives af en sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i artikel 37, stk. 2, af en deltager i den pågældende sammenslutning.« En lignende regel er fastsat i artikel 63, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

10 — Det fremgår af den litauiske regerings skriftlige indlæg, at direktiv 2014/25 ikke var gennemført fuldt ud i litauisk ret på tidspunktet for de faktiske omstændigheder.

11 — Dom af 10.7.2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis), og af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 83).

27. Direktiv 2014/25 ophævede direktiv 2004/17 med virkning fra den 18. april 2016. Det finder derfor ikke anvendelse i hovedsagen, hvor udbudsbekendtgørelsen blev offentliggjort den 2. april 2014. Som Domstolen for nylig har fastslået i forbindelse med direktiv 2014/24, ville anvendelsen af dette direktiv, før fristen for dets gennemførelse er udløbet, forhindre ikke blot medlemsstaterne, men også ordregivende myndigheder og økonomiske operatører i at have en tilstrækkelig lang frist til at tilpasse sig de ved direktivet indførte nye bestemmelser [12]. Efter min opfattelse ville dette også stride imod princippet om retssikkerhed [13]. Det samme gælder analogt for direktiv 2014/25.

28. Dernæst er det ubestridt, at værdien af den omhandlede kontrakt (som formentlig kan vurderes på grundlag af det dyreste bud, der blev afgivet, dvs. beløbet i LTL svarende til 4 761 459,72 EUR) er lavere end den tærskelværdi på 5 186 000 EUR, der på tidspunktet for de faktiske omstændigheder var fastsat for bygge- og anlægskontrakter i artikel 16, litra b), i direktiv 2004/17. Som den forelæggende ret har bemærket, er den omhandlede offentlige kontrakt således ikke omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/17.

29. Den forelæggende ret har imidlertid anført, at Domstolen har kompetence til at besvare de forelagte spørgsmål. For det første havde havnemyndigheden tydeligvis til hensigt at anse udbudsbekendtgørelsen for at have en international rækkevidde ved at offentliggøre den og de efterfølgende ændringer af udbudsbetingelserne i *Den Europæiske Unions Tidende*. Dette bekræftes af, at to ikke-litauiske virksomheder afgav bud. Den forelæggende ret har også i det væsentlige anført, at den litauiske lovgiver ved gennemførelsen af direktiv 2004/17 i loven om offentlige indkøb besluttede at anvende visse regler i dette direktiv på udbudsprocedurer, der ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde.

30. Under retsmødet har den litauiske regering tilføjet, at ordregivende myndigheder i henhold til litauisk ret skal foretage et procedurevalg, når de iværksætter en udbudsprocedure i forbindelse med en kontrakt, hvis anslåede værdi er lavere end den relevante tærskelværdi. De kan vælge at anvende enten den forenklede procedure i henhold til national ret for sådanne kontrakter eller den procedure, der finder anvendelse på offentlige kontrakter over den relevante tærskelværdi. I sidstnævnte tilfælde og i henhold til den EU-lovgivning, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, var bestemmelserne i – afhængigt af den offentlige kontrakts genstand – direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18/EF [14] blevet bindende for den ordregivende myndighed. De nationale retter havde også været forpligtet til at anvende dem.

31. Under visse omstændigheder er en situations rent nationale karakter ikke til hinder for, at Domstolen besvarer et spørgsmål, der er forelagt den i henhold til artikel 267 TEUF [15]. Dette er navnlig tilfældet, såfremt den nationale lovgivning kræver, at den forelæggende ret tillægger en borger i den medlemsstat, hvor den pågældende ret er beliggende, de samme rettigheder som dem, en borger fra en anden medlemsstat i en tilsvarende situation ville kunne gøre gældende i henhold til EU-retten, eller såfremt anmodningen om en præjudiciel afgørelse vedrører EU-retlige bestemmelser, hvortil der henvises i en medlemsstats nationale lovgivning, med henblik på en fastlæggelse af de regler, der finder anvendelse på rent nationale forhold i medlemsstaten [16].

12 — Dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 86).

13 — Jf. analogt dom af 15.10.2009, Hochtief og Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også dom af 5.10.2000, Kommissionen mod Frankrig (C-337/98, EU:C:2000:543, præmis 40).

14 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114).

15 — Jf. bl.a. kendelse af 3.7.2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, præmis 38).

16 — Jf. bl.a. kendelse af 3.7.2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis), og af 12.5.2016, Security Service m.fl. (C-692/15 – C-694/15, EU:C:2016:344, præmis 27).

32. Med hensyn til sidstnævnte situation omfatter Domstolens kompetence spørgsmål vedrørende bestemmelser i EU-retten, hvor de faktiske omstændigheder i hovedsagen ligger uden for EU-rettens anvendelsesområde, men hvor disse bestemmelser er blevet gjort anvendelige på *direkte* og *ubetinget* vis i national ret med henblik på at sikre en ensartet behandling af disse situationer og af de situationer, der er omfattet af den pågældende retsakts anvendelsesområde [17]. Det er bestemt i Unionens interesse, at bestemmelser eller begreber, der er hentet fra EU-retten, fortolkes ensartet, således at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgås, såfremt den i national ret valgte regulering af situationer, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for den pågældende EU-retsakt, er hentet fra nævnte retsakt, for at sikre en ensartet behandling af interne situationer og situationer omfattet af EU-retten, uanset de vilkår, hvorunder de bestemmelser eller begreber, der er hentet fra EU-retten, skal anvendes [18].

33. Den foreliggende sag indeholder imidlertid ikke tilstrækkeligt nøjagtige oplysninger om, at de nævnte bestemmelser i EU-retten er blevet »gjort anvendelige på direkte og ubetinget vis i national ret« med henblik på at sikre, at interne situationer og situationer, der er omfattet af EU-retten, alle er underlagt de samme regler [19]. Navnlig har hverken den forelæggende ret eller den litauiske regering over for Domstolen identificeret nogen specifik bestemmelse i litauisk ret, som på direkte og ubetinget vis gør direktiv 2004/17 anvendeligt på offentlige kontrakter med en lavere værdi end den relevante tærskelværdi, der er fastsat i dette direktivs artikel 16 [20]. Jeg konkluderer derfor, at Domstolen ikke har nogen kompetence til at fortolke direktiv 2004/17 i forbindelse med den foreliggende sag.

34. Med de forelagte spørgsmål anmodes der kun om en fortolkning af direktiv 2004/17. Domstolen kan imidlertid med henblik på at give den nationale ret, som har forelagt den et præjudicielt spørgsmål, et hensigtsmæssigt svar inddrage EU-retlige regler, som den nationale ret ikke har henvist til i sin anmodning om præjudiciel afgørelse [21].

35. Det er derfor nødvendigt at undersøge, om Domstolen har kompetence til at besvare de forelagte spørgsmål på grundlag af de generelle principper i TEUF, navnlig ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet samt det gennemsigtighedskrav, som følger heraf. Dette forudsætter ifølge fast retspraksis, at den omhandlede kontrakt frembyder en klar grænseoverskridende interesse, navnlig henset til dens omfang og opfyldelsesstedet [22]. Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en sådan grænseoverskridende interesse, skal bedømmes på grundlag af samtlige relevante kriterier, såsom kontraktens økonomiske betydning, stedet for dens opfyldelse eller dens tekniske karakter og under hensyn til den pågældende kontrakts særegenheder [23].

17 — Dom af 22.12.2008, Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis), og af 18.12.2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, præmis 23).

18 — Dom af 7.11.2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

19 — Jf. bl.a. dom af 18.10.2012, Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638, præmis 51). I sin dom af 14.1.2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, præmis 19-21), accepterede Domstolen at fortolke direktiv 2004/18 under hensyntagen til navnlig den litauiske regerings anbringende om, at den litauiske lov om offentlige kontrakter fandt anvendelse på kontrakter om arbejder til en værdi, der lå under den i direktiv 2004/18 fastsatte tærskel. Domstolen erklærede sig imidlertid kun kompetent til at besvare det forelagte spørgsmål »med forbehold af den efterprøvelse, som den forelæggende ret skal foretage«.

20 — Jf. analogt dom af 18.12.2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, præmis 25).

21 — Jf. bl.a. dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis), og af 16.4.2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).

22 — Jf. bl.a. dom af 19.12.2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:817, præmis 23), af 10.7.2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, præmis 24), og af 18.12.2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, præmis 27).

23 — Jf. senest dom af 14.7.2016, Promoimpresa m.fl. (C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:558, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også mit forslag til afgørelse Kommissionen mod Finland (C-195/04, EU:C:2007:28, punkt 55).

36. Domstolen har allerede fastslået, at det i givet fald navnlig kan godtgøres, at der foreligger en grænseoverskridende interesse, på grundlag af størrelsen af det beløb, som kræves for den pågældende kontrakt, i kombination med stedet for arbejdernes udførelse og kontraktens tekniske egenskaber [24]. En kontrakt om udførelse af arbejder kan således frembyde en grænseoverskridende interesse på grund af sin anslåede værdi i kombination med sin tekniske karakter eller som følge af, at arbejderne skal udføres på et sted, som kan have interesse for udenlandske erhvervsdrivende [25].

37. Domstolen vil undertiden overlade det til den nationale ret at afgøre, om der foreligger en grænseoverskridende interesse [26]. I den foreliggende sag råder Domstolen over tilstrækkelige oplysninger til at kunne konkludere, at den omhandlede offentlige kontrakt faktisk frembyder en sådan grænseoverskridende interesse. For det første er kontraktens anslåede værdi betydelig [27]. Endvidere er havnen i Klaipėda en af de større havne i Østersøen. Opførelse af en kaj i havnen som den, der er genstand for den omhandlede udbudsprocedure, kræver endvidere høje tekniske kvalifikationer, som kun et begrænset antal virksomheder kan antages at besidde. Endelig bekræftes denne offentlige kontrakts interesse for udenlandske erhvervsdrivende af, at to ikke-litauiske virksomheder afgav bud [28], hvoraf den ene i sidste instans fik tildelt kontrakten.

38. De forelagte spørgsmål skal derfor undersøges på baggrund af de generelle principper om gennemsigtighed og ligebehandling, der følger af artikel 49 TEUF og 56 TEUF, og som skal overholdes i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter [29]. I betragtning af, at artikel 49 TEUF og 56 TEUF finder anvendelse på en kontrakt som den i hovedsagen omhandlede, skal havnemyndigheden overholde forbuddet mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet såvel som gennemsigtighedsforpligtelsen, der er fastsat i disse artikler [30].

*Begrænsningen for underentrepriser i artikel 24, stk. 5, i loven om offentlige indkøb [det første spørgsmål, litra a)]*

39. Med det første spørgsmål, litra a), ønsker den forelæggende ret oplyst, om EU-retten er til hinder for en bestemmelse såsom artikel 24, stk. 5, i loven om offentlige indkøb, hvorefter »hovedentreprisen« som identificeret af den ordregivende myndighed i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter skal udføres af tilbudsgiveren selv.

40. Borta anfægtede ikke lovligheden af denne begrænsning for underentrepriser i sin kassationsanke ved den forelæggende ret. Sidstnævnte har rejst spørgsmålet »af egen drift« i offentlighedens interesse. Det er faktisk ikke umiddelbart klart, om de faktiske omstændigheder i hovedsagen omfatter underentreprise. Et bud, der afgives på grundlag af en aftale om fælles partnerskab, kan indebære, såfremt buddet antages, at alle partnere bliver individuelle partnere i den offentlige kontrakt med den ordregivende myndighed. En sådan situation omfatter ikke underentreprise, som kun forekommer, når

24 — Dom af 16.4.2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, præmis 20).

25 — Jf. dom af 15.5.2008, SECAP og Santorso (C-147/06 og C-148/06, EU:C:2008:277, præmis 24), og af 17.11.2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, præmis 51).

26 — Jf. bl.a. dom af 23.12.2009, Serrantoni og Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, præmis 25), og af 14.11.2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).

27 — Jf. analogt dom af 16.4.2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, præmis 20).

28 — Jf. dom af 15.5.2008, SECAP og Santorso (C-147/06 og C-148/06, EU:C:2008:277, præmis 24), og af 17.11.2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, præmis 51).

29 — Jf. bl.a. dom af 13.11.2007, Kommissionen mod Irland (C-507/03, EU:C:2007:676, præmis 26), og af 10.7.2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, præmis 27). Domstolen har flere gange fastslået, at samordningen på EU-niveau af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter netop har til formål at fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og følgelig tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat (jf. f.eks. dom af 3.10.2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, præmis 16), af 18.10.2001, SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, præmis 32), og af 24.1.2008, Lianakis m.fl. (C-532/06, EU:C:2008:40, præmis 39).

30 — Jf. analogt dom af 18.12.2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).

(hele eller en del af) kontrakten udføres af tredjeparter i kontrakten [31]. Omvendt ville en aftale om fælles partnerskab omfatte underentreprise, hvis kun en af partnerne formelt skulle optræde som tilbudsgiver, men alle udfører kontrakten, eller hvis de opretter et joint venture-selskab, der underskriver kontrakten på vegne af partnerne selv. Der foreligger kun begrænsede oplysninger om det bud, som Borta afgav, og det tilkommer ikke Domstolen at undersøge, om dette bud faktisk eller potentielt omfattede underentreprise.

41. Ifølge fast praksis kan Domstolen ikke træffe afgørelse vedrørende et spørgsmål stillet af en national ret, når den af den nationale ret ønskede fortolkning eller bedømmelse af en EU-retlig regels gyldighed åbenbart savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand [32]. Det er imidlertid ikke tilfældet her. Udbudsbetingelsernes punkt 4.3, som er kernen i tvisten i hovedsagen, indeholder en udtrykkelig henvisning til artikel 24, stk. 5, i loven om offentlige indkøb. På denne baggrund fremgår det ikke, at det første spørgsmål, litra a), åbenbart savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, og spørgsmålet kan derfor antages til realitetsbehandling [33].

42. Jeg vil herefter gå over til sagens realitet.

43. Ifølge fast retspraksis er artikel 49 TEUF og 56 TEUF til hinder for enhver national foranstaltning, som ganske vist finder anvendelse uden forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, men som kan forbyde eller gøre det vanskeligere eller mindre attraktivt for EU-borgerne at udøve den i disse bestemmelser sikrede etableringsfrihed og frie udveksling af tjenesteydelser [34].

44. Med hensyn til offentlige kontrakter og etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser er det i Unionens interesse, at det størst mulige antal bydende kan deltage i en udbudsprocedure, selv i tilfælde, hvor direktiver om offentlige indkøb ikke finder anvendelse [35]. Dette er i den ordregivende myndigheds egen interesse, som således har et større udvalg hvad angår det mest fordelagtige bud og det bedst egnede til at opfylde dens behov [36]. Blandt hovedfunktionerne af princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, er således målet om at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater [37].

45. Underentrepriser bidrager til disse mål, da de kan lette små og mellemstore virksomheders deltagelse i offentlige udbud og derfor øge antallet af potentielle ansøgere ved indgåelsen af offentlige kontrakter [38].

46. I den foreliggende sag begrænser en bestemmelse såsom artikel 24, stk. 5, i loven om offentlige indkøb klart muligheden for, at virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, kan udøve deres rettigheder i henhold til artikel 49 TEUF og 56 TEUF, for så vidt som den er til hinder for, hvis de afgiver bud på kontrakten, at de enten kan give hele eller en del af »hovedentreprisen« som fastlagt af

31 — Jf. med hensyn til denne sondring generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2015:558, punkt 22).

32 — Jf. bl.a. dom af 12.5.2011, Runevič-Vardyn og Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, præmis 33).

33 — Jf. analogt dom af 12.5.2011, Runevič-Vardyn og Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, præmis 34).

34 — Dom af 23.12.2009, Serrantoni og Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, præmis 41), og af 10.7.2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

35 — Jf. dom af 23.12.2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, præmis 37), af 10.7.2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, præmis 29), og af 11.12.2014, Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).

36 — Dom af 23.12.2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, præmis 37 og den deri nævnte praksis).

37 — Dom af 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 28).

38 — Jf. analogt dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 34), og af 14.1.2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, præmis 24). Jf. også mit forlag til afgørelse Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, punkt 30).

den ordregivende myndighed i underentreprise eller foreslå deres egne tjenesteydelser som underentreprenører med hensyn til den pågældende del af kontrakten. Som Kommissionen med rette har anført, begrænser artikel 24, stk. 5, i loven om offentlige indkøb derfor den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden.

47. En sådan restriktion kan dog være begrundet i det omfang, hvor den forfølger et formål af almen interesse og overholder proportionalitetsprincippet, dvs. at den er egnet til at sikre virkeliggørelsen af dette formål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde det [39].

48. Den litauiske regering har forklaret, at den omhandlede begrænsning for underentrepriser blev indført for at gøre det lettere for ordregivende myndigheder at beskytte deres interesser og sikre, at bygge- og anlægsarbejde, der gives i underentreprise, udføres korrekt. Denne begrænsning havde navnlig til formål at håndtere den almindelige situation, hvor økonomiske aktører deltog i udbudsprocedurer med henblik på, hvis deres bud blev antaget, at give hovedparten af kontrakten i underentreprise. Arbejde af lavere kvalitet eller vanskeligheder ved udførelsen heraf var ofte resultatet. Den litauiske regering har endvidere gjort gældende, at artikel 24, stk. 5, i loven om offentlige indkøb er i overensstemmelse med den af Rådet fastlagte fælles holdning om tilsvarende spørgsmål, som navnlig resulterede i den regel, der nu er indeholdt i artikel 79, stk. 3, i direktiv 2014/25 [40]. Under retsmødet har havnemyndigheden i det væsentlige anført, at den havde en legitim interesse i at sikre, at offentligt bygge- og anlægsarbejde som det i hovedsagen omhandlede, der er af strategisk betydning for den nationale sikkerhed, blev udført korrekt.

49. En ordregivende myndighed kan med rette søge at sikre, at en bygge- og anlægskontrakt udføres effektivt og korrekt [41]. Dette gælder navnlig i det tilfælde, hvor det pågældende bygge- og anlægsarbejde anses for at være nødvendigt til beskyttelse af den nationale sikkerhed, der i henhold til artikel 4, stk. 2, TEU hører blandt de centrale statslige funktioner, som Unionen skal respektere [42]. En tilbudsgiver kan således været forpligtet til at godtgøre, at han reelt disponerer over de enheders eller virksomheders ressourcer, som han baserer sig på, men som han ikke selv ejer, og som er fornødne for kontraktens opfyldelse [43]. Den ordregivende myndighed er derfor berettiget til at forbyde anvendelsen af underentreprenører, hvis formåen ikke kunne efterprøves i forbindelse med gennemgangen af tilbuddene og udvælgelsen af tilbudsgiveren til udførelsen af væsentlige dele af kontrakten [44].

50. Den restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden, som artikel 24, stk. 5, i loven om offentlige indkøb medfører, forekommer ikke at stå i et rimeligt forhold til dette formål.

39 — Jf. bl.a. dom af 27.10.2005, Contse m.fl. (C-234/03, EU:C:2005:644, præmis 25), og af 10.7.2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, præmis 31). Jf. også vedrørende proportionalitetsprincippet anvendt som et almindeligt EU-retligt princip i forbindelse med udbudsprocedurer, der ikke er omfattet af direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18, dom af 22.10.2015, Impresa Edilux og SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, præmis 29).

40 — Direktiv 2004/17 indeholder ingen regel, der kan sammenlignes med denne bestemmelse.

41 — Jf. analogt dom af 14.7.2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også mit forslag til afgørelse i den pågældende sag (EU:C:2015:761, punkt 32 og den deri nævnte retspraksis).

42 — Hvorvidt hensyn til den nationale sikkerhed kunne berettige en restriktion for de traktatprincipper, der er relevante for den foreliggende sag, er et andet spørgsmål, som ikke behøver at blive behandlet her.

43 — Jf. analogt dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

44 — Jf. analogt dom af 18.3.2004, Siemens og ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, præmis 45), og af 14.7.2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, præmis 34).

51. For det første gælder denne restriktion endog i tilfælde, hvor den ordregivende myndighed faktisk er i stand til at efterprøve underentreprenørernes tekniske og økonomiske kapacitet under udbudsproceduren. Et alternativ til denne restriktion havde (eksempelvis) været at kræve, at hovedentreprenøren ved afgivelsen af sit bud identificerer underentreprenører og godtgør, at han både faktisk vil disponere over disse underentreprenørers ressourcer, som er nødvendige for kontraktens opfyldelse, og at disse underentreprenører er egnede til at udføre de opgaver, han har til hensigt at overdrage til dem.

52. For det andet er artikel 24, stk. 5, også både *for usmidig* og *for vag* til at opfylde proportionalitetstesten. Selv om ordregivende myndigheder synes at have fleksibilitet, når de for hver kontrakt fastsætter, hvad der er »hovedentreprisen«, er den begrænsning for underentrepriser, der følger af denne bestemmelse, defineret meget bredt. Den gælder uanset den offentlige bygge- og anlægskontrakts genstand og er bindende for ordregivende myndigheder, når de indgår enhver form for offentlig bygge- og anlægskontrakt, selv hvis de i givet fald er af den opfattelse, at der slet ikke er nogen oplagt grund til at indføre en sådan begrænsning.

53. Som Kommissionen har anført, adskiller begrænsningen for underentrepriser i artikel 24, stk. 5, i loven om offentlige indkøb sig i denne henseende fra artikel 79, stk. 3, i direktiv 2014/25. Denne bestemmelse giver alene en ordregivende myndighed *mulighed for* at kræve, at visse *centrale* opgaver udføres direkte af tilbudsgiveren selv. Ordregivende myndigheder kan således vurdere, om en sådan begrænsning er hensigtsmæssig, afhængigt at omstændighederne. Det følger heraf, at selv hvis – som den litauiske regering har gjort gældende – artikel 24, stk. 5, i loven om offentlige indkøb blev anset for at gennemføre artikel 79, stk. 3, i direktiv 2014/25 i litauisk ret [45], ville denne gennemførelse være ukorrekt.

54. Af disse grunde mener jeg, at forbuddet mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet og gennemsigtighedsforpligtelsen, der følger af artikel 49 TEUF og 56 TEUF, i forbindelse med en offentlig kontrakt, der ikke er omfattet af direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18, men som frembyder en klar grænseoverskridende interesse, er til hinder for en national regel som den, der er fastsat i artikel 24, stk. 5, i loven om offentlige indkøb, hvorefter tilbudsgiveren selv skal udføre »hovedentreprisen« som identificeret af den ordregivende myndighed, uden at det er muligt at give denne del af kontrakten i underentreprise.

*Lovlighed af udbudsbetingelsernes punkt 4.3 [det første spørgsmål, litra b)]*

55. Det første spørgsmål, litra b), drejer sig om, hvorvidt EU-retten er til hinder for udbudsbetingelser, hvorefter der i tilfælde af, at partnere foreslår at kumulere deres faglige kapacitet ved at afgive et fælles bud, skal være en aritmetisk overensstemmelse mellem den andel af kontrakten, som hver partner i den fælles aktivitet udfører, og vedkommendes bidrag til at opfylde en betingelse vedrørende faglig erfaring.

56. I hovedsagen vedrører udbudsbetingelsernes punkt 4.3 indgåelsen af den offentlige kontrakt. Disse udbudsbetingelser skal sammenholdes med udbudsbetingelsernes punkt 4.2.3, hvorefter bud, der afgives af partnere i en fælles aktivitet, skal angive de forpligtelser (bygge- og anlægsarbejde eller tjenesteydelser), der vil blive udført af hver af dem, og disse forpligtelsers procentvise fordeling. Den ordregivende myndighed er således i stand til at efterprøve ved vurderingen af buddene og udvælgelsen af det bud, der antages, at hver partner vil være ansvarlig for en del af arbejdet eller tjenesteydelserne svarende til sit bidrag til kravet vedrørende faglig erfaring i udbudsbetingelsernes punkt 3.2.1.

45 — Jf. punkt 25 ovenfor.

57. De principper, jeg har anført ovenfor vedrørende underentreprise, er ligeledes relevante for partnere i en fælles aktivitet, der sammenlægger deres kapacitet [46].

58. Efter min opfattelse kan et krav som det, der er fastsat i udbudsbetingelsernes punkt 4.3, begrænse fleksibiliteten for partnere i en fælles aktivitet. Det berører ikke alene den måde, hvorpå de aftaler at dele ansvaret på tidspunktet for afgivelsen af det fælles bud, men er også til hinder for, at de kan ændre hver partners bidrag til bygge- og anlægskontrakten på et senere tidspunkt, hvis de får tildelt kontrakten.

59. Kravet i udbudsbetingelsernes punkt 4.3 kan således have en afskrækkende virkning på økonomiske aktører, der er etableret i andre medlemsstater. Det vil berøre aktører, der ønsker at etablere sig i den pågældende medlemsstat ved at oprette en fast virksomhedssammenslutning, som eventuelt består af nationale og udenlandske virksomheder. Det vil også berøre aktører, der ønsker at tilbyde deres tjenester ved at tilslutte sig sådanne sammenslutninger, som allerede er oprettet, for nemmere at kunne deltage i offentlige udbudsprocedurer, som iværksættes af ordregivende myndigheder i denne medlemsstat [47]. Sådanne udbudsbetingelser udgør derfor en restriktion som omhandlet i artikel 49 TEUF og 56 TEUF.

60. Havnemyndigheden og den litauiske regering har i det væsentlige anført, at udbudsbetingelsernes punkt 4.3 alene søger at sikre, at hver partner i den fælles aktivitet har den faglige kapacitet til at udføre den del af bygge- og anlægskontrakten, som vedkommende vil være ansvarlig for.

61. Jeg har allerede anført, at målet om at sikre, at en offentlig kontrakt udføres korrekt, kan berettige en (ikke-diskriminerende) restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden [48]. Partnere, der driver virksomhed i henhold til en aftale om fælles aktivitet, kan være i stand til *i fællesskab* at opfylde den eller de betingelser vedrørende faglig kapacitet (herunder faglig erfaring), som den ordregivende myndighed har fastsat, når de afgiver et bud. Dette giver imidlertid ingen garanti for, at hver partner derefter faktisk vil få overdraget de specifikke opgaver, med hensyn til hvilke vedkommendes faglige kapacitet er blevet efterprøvet forud for indgåelsen af den pågældende kontrakt. Artikel 49 TEUF og 56 TEUF er derfor i princippet ikke til hinder for, at en ordregivende myndighed kan kræve, at bud, der afgives i henhold til aftaler om fælles aktivitet, skal specificere, hvordan de forskellige opgaver vil blive fordelt blandt partnerne, kan efterprøve hver partners kapacitet til at udføre de opgaver, som vedkommende vil være ansvarlig for, og kan overvåge, at hver partner efter tildelingen af kontrakten behørigt udfører de opgaver, med hensyn til hvilke vedkommendes faglige kapacitet er blevet godtgjort [49].

62. Punkt 4.3 i de her omhandlede udbudsbetingelser er imidlertid ikke egnet til at sikre virkeliggørelsen af det pågældende mål.

63. Dette punkt kræver, at der er en aritmetisk overensstemmelse mellem hver partners bidrag til kravet vedrørende faglig erfaring i punkt 3.2.1 og »mængden« (eller pengeværdien) af opgaver, der faktisk udføres af den pågældende partner ved opfyldelsen af kontrakten.

64. Som Kommissionen med rette har anført, har disse udbudsbetingelser *ingen forbindelse* til de *specifikke bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser*, der er nødvendige for at udføre den omhandlede offentlige kontrakt korrekt. Eksempelvis kunne hver partner, der driver virksomhed i henhold til en aftale om fælles aktivitet, være i stand til at godtgøre, at vedkommende har erhvervet erfaring inden for opførelse eller ombygning af kaj i en havn i de seneste fem år. I fællesskab opfylder

46 — Jf. punkt 43-45, 47 og 49 i dette forslag til afgørelse.

47 — Jf. analogt dom af 23.12.2009, Serrantoni og Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, præmis 42).

48 — Jf. punkt 49 i dette forslag til afgørelse.

49 — Det underliggende rationale er det samme som i forbindelse med underentrepriser. Jf. punkt 49 i dette forslag til afgørelse og analogt den i fodnote 43 og 44 nævnte retspraksis.

partnerne således kravet vedrørende faglig erfaring i udbudsbetingelsernes punkt 3.2.1. Hver af dem kunne imidlertid være specialiseret inden for et andet aspekt af opførelse af kaj i en havn, såsom opmudring af havnebassiner, udførelse af fundamenter, opførelse af rillede stålvægge eller levering og installation af kajudstyr i en havn. Kravet i punkt 4.3 er ikke til hinder for, at en individuel partner kan udføre specifikke opgaver, hvor denne faktisk ikke har en sådan erfaring (selv om disse opgaver aritmetisk kunne svare til vedkommendes bidrag til at opfylde kravet i udbudsbetingelsernes punkt 3.2.1 og således overholde punkt 4.3 deri).

65. Jeg mener derfor ikke, at målet om at sikre, at den offentlige kontrakt udføres korrekt, i en situation som den i hovedsagen kan berettige den restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden, der følger af udbudsbetingelsernes punkt 4.3. Det gælder så meget desto mere, eftersom selv opgaver, der repræsenterer en lille andel af kontraktens samlede værdi, kan være afgørende for dens korrekte udførelse [50].

66. Havnemyndigheden har gjort gældende, at overholdelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og gennemsigtighed kræver, at kun faglig kapacitet, der faktisk vil blive udnyttet til udførelse af den offentlige kontrakt, kan tages i betragtning ved vurderingen af den faglige kapacitet hos individuelle partnere i en fælles aktivitet.

67. Selv om disse mål er legitime [51], kan dette argument ikke tiltrædes. Som svar på et spørgsmål fra Domstolen under retsmødet har havnemyndigheden forklaret, at udbudsbetingelserne ikke var til hinder for, at partnere, der afgav bud i henhold til en aftale om fælles aktivitet, på samme måde som andre tilbudsgivere, gav udførelsen af offentlige bygge- og anlægskontrakter i underentreprise (med undtagelse af »hovedentreprisen«), og at underentreprenørers faglige erfaring under disse omstændigheder *ikke* skulle oplyses ved afgivelse af det fælles bud. I modsætning til det af havnemyndigheden anførte sikrede udbudsbetingelserne i hovedsagen derfor faktisk ikke, at faglig kapacitet, som partnerne oplyste at være i besiddelse af ved afgivelsen af et fælles bud, og som den ordregivende myndighed havde efterprøvet, faktisk ville blive udnyttet til udførelse af den omhandlede offentlige bygge- og anlægskontrakt.

68. Jeg konkluderer derfor, at forbuddet mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet og gennemsigtighedsforpligtelsen, der følger af artikel 49 TEUF og 56 TEUF, i forbindelse med en offentlig kontrakt med en lavere værdi end den tærskelværdi, der er fastsat i direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18, men med en klar grænseoverskridende interesse, er til hinder for udbudsbetingelser såsom punkt 4.3 i de omhandlede udbudsbetingelser, hvorefter der i tilfælde af, at partnere foreslår at kumulere deres faglige kapacitet ved at afgive et fælles bud, skal være en aritmetisk overensstemmelse mellem den andel af kontrakten, som hver partner i den fælles aktivitet udfører, og vedkommendes bidrag til at opfylde en betingelse vedrørende faglig erfaring.

*Lovlighed af ændringerne af udbudsbetingelsernes punkt 4.3 under udbudsproceduren (det andet spørgsmål)*

69. Var ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet, der følger af artikel 49 TEUF og 56 TEUF, samt det gennemsigtighedskrav, som følger heraf, til hinder for, at havnemyndigheden kan ændre udbudsbetingelsernes punkt 4.3, som den gjorde?

50 — F.eks. vandbeskyttelse af infrastruktur.

51 — Jf. i denne henseende dom af 23.12.2009, Serrantoni og Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, præmis 31 og 32 og den deri nævnte retspraksis), og af 22.10.2015, Impresa Edilux og SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, præmis 36).

70. Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af artikel 2 i direktiv 2004/18 indeholder nyttige oplysninger til at besvare dette spørgsmål. I henhold til denne bestemmelse »[overholder] [d]e ordregivende myndigheder […] principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af aktører og handler på en gennemsigtig måde«. Denne bestemmelse er derfor baseret på ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling samt gennemsigtighedsforpligtelsen, som følger af TEUF [52].

71. Domstolen har således fastslået, at både princippet om ligebehandling og gennemsigtighedsforpligtelsen, der følger heraf, kræver, at hver kontrakts genstand samt kriterierne for dens tildeling defineres klart lige fra begyndelsen af procedurerne for indgåelse heraf [53]. Det følger af ligebehandlingsprincippet, at de bydende gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud. Dette indebærer, at de samme betingelser må gælde for alle bydende [54]. Endvidere har gennemsigtighedsforpligtelsen til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side. Det betyder, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, for det første således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde, og for det andet således at den ordregivende myndighed behørigt kan kontrollere, om de bydendes bud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt [55].

72. En ordregivende myndighed kan derfor ikke, end ikke ved rettelser, ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, således som de er blevet formuleret i udbudsbetingelserne, og som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure [56].

73. De samme principper finder anvendelse, når en kontrakt, der ikke er omfattet af direktiv 2004/18, frembyder en klar grænseoverskridende interesse. I dommen i sagen Enterprise Focused Solutions [57] fastslog Domstolen, at en ordregivende myndighed ikke efter offentliggørelsen af en udbudsbekendtgørelse kan foretage en ændring af den tekniske specifikation vedrørende en del af kontrakten, idet dette ville være i strid med ligebehandlingsprincippet og princippet om ikke-forskelsbehandling samt gennemsigtighedskravet [58]. Dette er i overensstemmelse med andre domme, hvor Domstolen har gjort det klart, at ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen i princippet er til hinder for, at et tilbud kan ændres efter dets afgivelse, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller tilbudsgiverens initiativ, medmindre ændringen korrigerer en åbenlys indholdsmæssig fejl eller præciserer en oplysning vedrørende buddet [59].

74. I den foreliggende sag tilsidesatte havnemyndigheden disse principper ved at ændre udbudsbetingelsernes punkt 4.3 to gange.

75. Som Kommissionen har anført, kan disse ændringer for det første ikke anses for at være mindre præciseringer af dette punkt eller rettelser af en skrivefejl. Det oprindelige punkt 4.3 gav klart mulighed for, at kravet vedrørende faglig kapacitet i udbudsbetingelsernes punkt 3.2.1 kunne opfyldes af mindst en af partnerne i den fælles virksomhed *eller* af alle partnerne samlet set. Begge ændringer (den 24.4.

52 — Dom af 7.9.2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, præmis 34).

53 — Dom af 10.12.2009, Kommissionen mod Frankrig (C-299/08, EU:C:2009:769, præmis 41), og af 10.5.2012, Kommissionen mod Nederlandene (C-368/10, EU:C:2012:284, præmis 56).

54 — Dom af 6.11.2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 44).

55 — Jf. bl.a. dom af 6.11.2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis); jf. også dom af 10.5.2012, Kommissionen mod Nederlandene (C-368/10, EU:C:2012:284, præmis 88).

56 — Dom af 10.5.2012, Kommissionen mod Nederlandene (C-368/10, EU:C:2012:284, præmis 55).

57 — Dom af 16.4.2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228).

58 — Dom af 16.4.2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, præmis 29).

59 — Jf. bl.a. dom af 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 31 og 32).

og den 9.5.2014) indførte begrænsninger vedrørende godtgørelsen af faglig kapacitet i forbindelse med fælles partnerskaber. Disse begrænsninger indgik klart ikke i den oprindelige udgave af dette punkt. Tværtimod ændrede de kernen i udbudsbetingelsernes punkt 4.3, som interesserede erhvervsdrivende med rette allerede baserede sig på for at træffe en beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller at afstå fra at deltage i udbudsproceduren. Jeg er derfor ikke enig i havnemyndighedens argument om, at rimeligt velinformerede tilbudsgivere kunne forudse de pågældende ændringer.

76. Havnemyndigheden har endvidere ikke givet nogen objektiv begrundelse for, hvorfor den to gange foretog betydelige ændringer af udbudsbetingelsernes punkt 4.3 efter offentliggørelsen af den oprindelige udbudsbekendtgørelse. Selv om det i sidste instans tilkommer den forelæggende ret, der som den eneste tager stilling til de faktiske omstændigheder, at efterprøve dette, er der således intet i det materiale, som er til rådighed for Domstolen, der tyder på, at disse ændringer var gjort nødvendige af en grundlæggende ændring af de omstændigheder, hvorunder den omhandlede offentlige kontrakt skulle indgås eller udføres, efter at udbudsbekendtgørelsen var offentliggjort.

77. Det er muligt at forestille sig omstændigheder, hvor en sådan grundlæggende ændring kunne opstå, og hvor den ordregivende myndighed ville blive stillet over for det dilemma enten igen at skulle iværksætte udbudsproceduren fra begyndelsen eller ændre udbudsbetingelserne. Begge løsninger ville være forbundet med ulemper med hensyn til spildte omkostninger for dem, der allerede deltog i den oprindelige udbudsprocedure, og der ville tydeligvis opstå problemer, navnlig med hensyn til risikoen for misbrug eller manipulation, behovet for gennemsigtighed og ligebehandling mellem (potentielle) tilbudsgivere og (en eventuel) godtgørelse af (en del af de) spildte omkostninger. Heldigvis behøver Domstolen ikke at tage stilling til nogen af disse vanskelige spørgsmål i denne forbindelse, og jeg agter derfor ikke at undersøge dem yderligere.

78. På baggrund af omstændighederne i den foreliggende sag konkluderer jeg derfor, at forbuddet mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet og gennemsigtighedsforpligtelsen, der følger af artikel 49 TEUF og 56 TEUF, er til hinder for ændringer af udbudsbetingelser som de i hovedsagen omhandlede, som indfører begrænsninger vedrørende partnere i en fælles aktivitets godtgørelse af faglig kapacitet, som klart ikke indgik i den oprindelige udgave af udbudsbetingelserne.

79. Denne konklusion kan ikke drages i tvivl af, at ændringerne fandt sted, inden der var afgivet noget bud, eller af, at havnemyndigheden både offentliggjorde ændringerne i *Den Europæiske Unions Tidende* og forlængede fristen for afgivelse af bud. Som jeg har forklaret, var havnemyndighedens på hinanden følgende ændringer af udbudsbetingelsernes punkt 4.3 forbundet med en væsentlig ændring af de betingelser, under hvilke et bud kunne afgives af partnere i en fælles aktivitet, uden objektiv begrundelse [60].

80. Afslutningsvis vil jeg påpege, at min analyse i denne forbindelse følger af den specifikke situation i hovedsagen. Den foregriber derfor ikke på nogen måde, hvordan ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling samt gennemsigtighedsforpligtelsen, som følger af TEUF, ville finde anvendelse under andre omstændigheder.

## Forslag til afgørelse

81. I lyset af ovenstående betragtninger mener jeg, at Domstolen bør besvare de af Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) forelagte spørgsmål således:

»1) I forbindelse med en offentlig kontrakt, der ikke er omfattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester

60 — Jf. punkt 75 og 76 ovenfor.

(»forsyningsvirksomhedsdirektivet«) eller Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, men som frembyder en klar grænseoverskridende interesse, må forbuddet mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet og gennemsigtighedsforpligtelsen, der følger af artikel 49 TEUF og 56 TEUF, fortolkes således, at de er til hinder for en national regel som den, der er fastsat i artikel 24, stk. 5, i Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (loven om offentlige indkøb), hvorefter tilbudsgiveren selv skal udføre »hovedentreprisen« som identificeret af den ordregivende myndighed, uden at det er muligt at give denne del af kontrakten i underentreprise.

2) I samme forbindelse er forbuddet mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet og gennemsigtighedsforpligtelsen, der følger af artikel 49 TEUF og 56 TEUF, til hinder for udbudsbetingelser såsom punkt 4.3 i de i hovedsagen omhandlede udbudsbetingelser, hvorefter der i tilfælde af, at partnere agter at kumulere deres faglige kapacitet ved at afgive et fælles bud, skal være en aritmetisk overensstemmelse mellem den andel af kontrakten, som hver partner i den fælles aktivitet udfører, og vedkommendes bidrag til at opfylde en betingelse vedrørende faglig erfaring.

3) Forbuddet mod forskelsbehandling begrundet i nationalitet og gennemsigtighedsforpligtelsen, der følger af artikel 49 TEUF og 56 TEUF, er til hinder for ændringer af udbudsbetingelser som de i hovedsagen omhandlede, som uden objektiv begrundelse indfører begrænsninger vedrørende partnere i en fælles aktivitets godtgørelse af faglig kapacitet, som klart ikke indgik i den oprindelige udgave af udbudsbetingelserne.«