Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 1 december 2016 [1]

Mål C-298/15

UAB ”Borta”

(begäran om förhandsavgörande från Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen i Litauen))

”Offentlig upphandling — Kvalitativa urvalskriterier — Krav på att den anbudsgivare som tilldelas kontraktet ska utföra ’det huvudsakliga arbetet’ själv — Bevis på yrkesmässig kapacitet — Anbud som lämnats av en grupp av aktörer — Kravet att varje parts bidrag ska stå i proportion till dess bidrag som bevis på yrkesmässig kapacitet — Upphandlingsförfarande — Ändring av kravspecifikationerna under förfarandet — Principerna om likabehandling och insyn”

1. Denna begäran om förhandsavgörande från Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen i Litauen) avser en kravspecifikation i samband med offentlig upphandling av en byggentreprenad för att bygga en kaj i Klaipeda hamn (Litauen). Den aktuella specifikationen innehåller bestämmelser som reglerar anbud som lämnats av parter som deltar i en gemensam verksamhet. Enligt dessa bestämmelser krävs det att varje part ska *utföra* en andel av kontraktet motsvarande partens bidrag till att styrka partnerskapets yrkeserfarenhet vid *tilldelningen* av det offentliga kontraktet. Den hänskjutande domstolen är osäker på huruvida ett sådant krav är förenligt med bestämmelserna om sammanslagning av yrkesmässig kapacitet enligt unionens lagstiftning om offentlig upphandling. Eftersom den omtvistade specifikationen blev känd först flera veckor efter det att anbudsinfordran hade offentliggjorts, vill den hänskjutande domstolen även få klarhet i huruvida (och i så fall under vilka omständigheter) upphandlande myndigheter får ändra kravspecifikationerna under upphandlingsförfarandet. Den har även på eget initiativ tagit upp frågan huruvida unionens lagstiftning om offentlig upphandling utgör hinder för en bestämmelse i litauisk rätt som förbjuder att ”det huvudsakliga arbetet” läggs ut på underentreprenad i samband med offentliga byggentreprenadkontrakt.

2. Det uppstår inledningsvis ett problem vad beträffar EU-domstolens behörighet att besvara dessa frågor. Den hänskjutande domstolen har uttryckt sina betänkligheter inom ramen för direktiv 2004/17/EG. [2] Det är dock ostridigt att det uppskattade värdet på det aktuella offentliga kontraktet inte når upp till det relevanta tröskelvärdet och att nämnda direktiv därför inte är tillämpligt i målet vid den nationella domstolen. Har detta direktiv blivit direkt och ovillkorligt tillämpligt på kontraktet genom litauisk lagstiftning? Om så är fallet, följer det av fast rättspraxis att EU-domstolen har behörighet att tolka de relevanta bestämmelserna i detta direktiv. Om det aktuella

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, 2004, s. 1). Den relevanta versionen av detta direktiv är den som ändrades senast genom kommissionens förordning (EU) nr 1336/2013 av den 13 december 2013 (EUT L 335, 2013, s. 17).

kontraktet är av ett klart gränsöverskridande intresse, ska tilldelningen av detta kontrakt i stället omfattas av de grundläggande reglerna och allmänna principerna i FEUF (särskilt principerna om fri rörlighet i artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF) och det är då EU-domstolens skyldighet att ge den hänskjutande domstolen användbar vägledning på grundval därav.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3. I skäl 9 i direktiv 2004/17 anges följande:

”I syfte att säkerställa att de offentliga kontrakt som tilldelas av enheter som bedriver verksamhet på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster öppnas för konkurrens, är det lämpligt att utarbeta bestämmelser för samordning inom gemenskapen när det gäller offentliga kontrakt över ett visst värde. En sådan samordning bör bygga på de krav som följer av artiklarna 14, 28 och 49 i EG-fördraget och artikel 97 i Euratomfördraget, nämligen principen om likabehandling av vilken principen om icke-diskriminering endast utgör en särskild form, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen samt principen om öppenhet. Med beaktande av karaktären hos de områden som berörs av en sådan samordning bör det genom denna samordning skapas en ram för god affärssed som medger största möjliga flexibilitet men som samtidigt slår vakt om de nämnda principerna.

…”

4. I skäl 43 anges att det bör fastställas bestämmelser om underleverantörer för att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling av kontrakt.

5. I artikel 10 föreskrivs att ”[u]pphandlande enheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet sätt”.

6. I artikel 11.2 anges följande:

”Grupper av ekonomiska aktörer får lämna anbud eller anmäla sig som anbudssökande. De upphandlande enheterna får inte kräva att sådana grupper skall anta en viss juridisk form för att få lämna ett anbud eller en anbudsansökan, men de får kräva att den utsedda gruppen skall anta en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet skall kunna fullgöras på ett godtagbart sätt.”

7. I artikel 37 (”Underentreprenad”) föreskrivs följande:

”I förfrågningsunderlaget får en upphandlande enhet begära eller kan åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås. En sådan angivelse skall inte påverka frågan om den ekonomiska aktörens ansvar som huvudman.”

8. Enligt artikel 38 (”Villkor för fullgörande av kontrakt”) gäller följande:

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

9. I artikel 53 (”Kvalificeringssystem”) föreskrivs särskilt följande:

”1. Upphandlande enheter som så önskar får upprätta och förvalta ett kvalificeringssystem för ekonomiska aktörer.

…

2. Ett system enligt punkt 1 kan omfatta flera kvalificeringsfaser.

Det skall förvaltas på grundval av objektiva kriterier och regler som fastställs av den upphandlande enheten.

…

5. När de kriterier och regler för kvalificering som avses i punkt 2 innefattar krav rörande ekonomiska aktörernas tekniska förmåga och/eller yrkeskunnande kan dessa vid behov åberopa andra enheters förmåga, oavsett vilka juridiska band som finns mellan de ekonomiska aktörerna och dessa enheter. De skall då kunna bevisa för den upphandlande enheten att de kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna under hela den period då kvalificeringssystemet är giltigt, t.ex. genom att tillhandahålla ett åtagande från enheterna i fråga om att de kommer att ställa de nödvändiga resurserna till marknadsaktörens förfogande.

På samma villkor kan en grupp av ekonomiska aktörer enligt artikel 11 åberopa förmågan hos deltagarna i gruppen eller andra enheter.

…”

Litauisk rätt

10. I artikel 2.29 i Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Republiken Litauens lag om offentlig upphandling) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling) definieras en leverantör i allmänna ordalag som varje ekonomisk aktör, oavsett om det är en fysisk person, en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person, övriga organisationer eller delar därav, eller en grupp av sådana personer, som kan tillhandahålla, eller tillhandahåller, varor, tjänster eller byggentreprenader.

11. Enligt artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling ska det i upphandlingsdokumenten krävas att sökanden eller anbudsgivaren i sitt anbud specificerar vilka underleverantörer som föreslås. Det kan krävas att anbudsgivaren specificerar hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på dessa underleverantörer. När underleverantörer anlitas för att utföra en byggentreprenad ska dock det huvudsakliga arbetet, såsom det har angetts av den upphandlande myndigheten, utföras av leverantören.

12. Enligt artikel 27.4 i lagen om offentlig upphandling får den upphandlande myndigheten på eget initiativ, när som helst före utgången av tidsfristen för att lämna in anbud, förtydliga upphandlingsdokumenten.

13. I artikel 32.3 i lagen om offentlig upphandling anges att om det är nödvändigt i ett visst anbudssammanhang får en leverantör åberopa andra ekonomiska aktörers kapacitet, oavsett arten av leverantörens rättsliga förhållande till dem. I sådant fall ska leverantören bevisa för den upphandlande myndigheten att dessa resurser kommer att finnas tillgängliga för leverantören för att kunna fullgöra kontraktet. En grupp av ekonomiska aktörer får på samma villkor åberopa kapaciteten hos deltagarna i gruppen eller hos andra ekonomiska aktörer.

Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna

14. Den 2 april 2014 offentliggjorde VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (den statliga hamnmyndigheten i Klaipėda) (nedan kallad hamnmyndigheten), som är ett litauiskt offentligt företag, en öppen anbudsinfordran för ”Byggnadsarbete avseende ’Ombyggnad av kajerna nr 67 och nr 68. Fas I’”. Denna anbudsinfordran offentliggjordes även i *Europeiska unionens officiella tidning* den 5 april 2014. [3]

15. Punkt 3.2.1 i kravspecifikationerna innehöll följande krav: ”Leverantörers genomsnittliga årliga arbetsvolym avseende det huvudsakliga byggnads- och installationsarbetet (uppförande av eller ombyggnad av hamnkaj) under de senaste fem åren eller under perioden från det att leverantören registrerades (för det fall att leverantören har varit verksam under en kortare tid än fem år) ska motsvara ett värde på minst 5 000 000 LTL (1 448 100,09 euro), exklusive mervärdesskatt”.

16. Enligt punkt 4.2.3 i kravspecifikationerna skulle varje anbud ”specificera förpliktelserna som de parter som deltar i ett avtal om gemensam verksamhet har gällande fullgörandet av kontraktet, samt dessa förpliktelsers procentuella andel, och ange att denna fördelning av tjänstevolymen endast gäller för parterna och inte skapar några förpliktelser för kunden (den upphandlande myndigheten)”.

17. I den ursprungliga versionen av punkt 4.3 i kravspecifikationerna föreskrevs följande:

”Om anbudet har lämnats in av leverantörer som är verksamma enligt ett avtal om gemensam verksamhet, ska kraven i [punkt 3.2.1] uppfyllas av minst en part som deltar i den gemensamma verksamheten eller av alla parter som är verksamma enligt avtalet om gemensam verksamhet beaktade tillsammans. … I enlighet med artikel 24.5 i [lagen om offentlig upphandling] fastslår [hamnmyndigheten] att det huvudsakliga arbetet utgörs av punkt 1.2.8 i avsnittet om byggnadsarbete i mängdförteckningen och att detta arbete därmed ska utföras av leverantören själv.” [4]

18. Den 24 april 2014 utfärdade hamnmyndigheten, på eget initiativ, en första ändring av punkt 4.3 i kravspecifikationerna. I den nya versionen, vilken offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning*, föreskrevs särskilt att om anbudet lämnades in av leverantörer som var verksamma enligt ett avtal om gemensam verksamhet, måste varje part som deltar i den gemensamma verksamheten uppfylla minst 50 procent av kravet i punkt 3.2.1. Till följd av denna ändring förlängde hamnmyndigheten tidsfristen för att lämna in anbud.

19. Den 3 maj 2014 ifrågasatte Borta UAB, ett aktiebolag bildat enligt litauisk rätt, denna omskrivning genom klagomål till hamnmyndigheten. Till följd därav ändrade hamnmyndigheten, genom beslut av den 9 maj 2014, punkt 4.3 i kravspecifikationerna en andra gång. [5] Den nya (och slutliga) versionen av denna punkt hade följande lydelse:

”Om anbudet har lämnats in av leverantörer som är verksamma enligt ett avtal om gemensam verksamhet, ska kraven i punkt 3.2.1 … uppfyllas av minst en part som deltar i den gemensamma verksamheten eller av alla parter som är verksamma enligt avtalet om gemensam verksamhet beaktade tillsammans. En parts bidrag (utförd arbetsvolym) enligt avtalet om gemensam verksamhet ska stå i proportion till dess bidrag till uppfyllandet av kravet enligt punkt 3.2.1 … och till den arbetsvolym

3 — EUT 2014/S 68–117458.

4 — Den hänskjutande domstolen har förklarat att det huvudsakliga arbetet består bland annat i att bygga en räfflad stålvägg som stöds av balk- och stolpställningar.

5 — Samtidigt gjorde den upphandlande myndigheten på eget initiativ en liten omformulering av punkt 4.2.3 i kravspecifikationerna. Den ändringen av kravspecifikationen är dock inte i fråga i målet vid den nationella domstolen.

som vederbörande faktiskt kommer att utföra om anbudet godtas (kontraktets fullgörande).[6] … I enlighet med artikel 24.5 i [lagen om offentlig upphandling] fastslår [hamnmyndigheten] att det huvudsakliga arbetet utgörs av punkt 1.2.8 i avsnittet om byggnadsarbete i mängdförteckningen och att detta arbete därmed ska utföras av leverantören själv."

20. Till följd av denna sista ändring, vilken offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning*, förlängdes tidsfristen för att lämna in anbud en andra gång och fastställdes till den 12 juni 2014.

21. Borta lämnade ett anbud den 12 juni 2014, i vilket bolaget erbjöd sig att utföra byggentreprenaden för ett belopp i LTL motsvarande cirka 4 761 460 euro. Det var det dyraste anbudet.[7]

22. Borta ifrågasatte dock den slutliga versionen av punkt 4.3 i kravspecifikationerna genom klagomål till hamnmyndigheten och väckte, efter det att detta klagomål avslagits, talan vid Klaipėdos apygardos teismas (Klaipėdas regionala domstol). Denna domstol ogillade talan den 18 augusti 2014. Borta överklagade det avgörandet till Lietuvos apeliacinis teismas (Appellationsdomstolen i Litauen), som ogillade överklagandet den 13 november 2014. Båda domstolarna fann i huvudsak att den omtvistade kravspecifikationen var motiverad av kontraktsinnehållets art och dess betydelse för allmänintresset, och att det solidariska ansvaret mellan parter som deltar i avtal om gemensam verksamhet gentemot hamnmyndigheten, i sig självt, inte garanterade ett framgångsrikt fullgörande av det offentliga upphandlingskontraktet. De godtog inte heller påståendet att de på varandra följande ändringarna av anbudsspecifikationerna var olagliga, eftersom artikel 27.4 i lagen om offentlig upphandling uttryckligen gav hamnmyndigheten rätt att förtydliga dessa specifikationer.

23. Borta överklagade den dom som avkunnades av Lietuvos apeliacinis teismas (Appellationsdomstolen i Litauen) till Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen i Litauen), vilken vilandeförklarade målet och hänsköt en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen avseende följande frågor:

"1) Ska artiklarna 37, 38, 53 och 54 i direktiv 2004/17, tillsammans eller var för sig (men utan inskränkning till att endast omfatta dessa bestämmelser), förstås och tolkas så, att

   a) de utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken, i de fall underleverantörer fått erbjudande om att fullgöra ett byggentreprenadkontrakt, det huvudsakliga arbetet, såsom detta har fastställts av den upphandlande myndigheten, ska utföras av leverantören,[8]

   b) de utgör hinder för ett system, som fastställts i upphandlingsdokumenten, för att kumulera leverantörernas yrkesmässiga kapacitet, såsom det som den upphandlande myndigheten har specificerat i den omtvistade kravspecifikationen, vilket kräver att den del som avser den yrkesmässiga kapaciteten hos den berörda ekonomiska aktören (en part som deltar i en gemensam verksamhet) motsvarar den del av det specifika arbete som vederbörande faktiskt kommer att utföra i enlighet med det offentliga upphandlingskontraktet?

2) Ska artiklarna 10, 46 och 47 i direktiv 2004/17, tillsammans eller var för sig (men utan inskränkning till att endast omfatta dessa bestämmelser), förstås och tolkas så, att

   a) principen om likabehandling av leverantörer och principen om insyn inte åsidosätts i de fall då den upphandlande myndigheten

      — i förväg, i upphandlingsdokumenten, ger en allmän möjlighet att kumulera leverantörernas yrkesmässiga kapacitet, men inte anger hur detta val ska gå till,

6 — Jag kommer att benämna det sistnämnda kravet som "kravet på överensstämmelse". "Arbetsvolymen" mäts antagligen i pengar.

7 — Anbudet från den anbudsgivare som tilldelades kontraktet uppgick till ett belopp i LTL motsvarande cirka 3 168 400 euro.

8 — I beslutet om hänskjutande anges att den hänskjutande domstolen har tagit upp denna fråga "på eget initiativ" för att skydda allmänintresset.

— därefter, under det offentliga upphandlingsförfarandet, närmare definierar kraven som styr värderingen av leverantörernas kvalifikationer genom att fastställa vissa begränsningar för att kumulera leverantörernas yrkesmässiga kapacitet,

— på grund av den mer detaljerade definitionen av kvalifikationskravens innehåll, förlänger tidsfristen för inlämnande av anbud och offentliggör förlängningen i [*Europeiska unionens] officiella tidning*,

b) en begränsning av möjligheten att kumulera leverantörers kapacitet inte klart behöver anges i förväg om den särskilda karaktären hos den upphandlande myndighetens verksamheter och särdragen hos det offentliga upphandlingskontraktet rättfärdigar en sådan begränsning och gör den förutsebar?”

24. Hamnmyndigheten, den litauiska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Dessa parter och Borta yttrade sig vid den muntliga förhandlingen den 1 juni 2016.

Bedömning

Inledande anmärkningar

25. Den litauiska regeringen gjorde vid förhandlingen gällande att den nya regeln om underentreprenad i artikel 79.3 i direktiv 2014/25/EU[9] införlivades genom artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling före utgången av den föreskrivna fristen för att införliva direktivet och att EU-domstolen följaktligen borde pröva denna begäran om förhandsavgörande enbart mot bakgrund av nämnda direktiv.[10] Hamnmyndigheten intog en liknande ståndpunkt. Kommissionen hävdade däremot att direktiv 2014/25 inte kunde beaktas. För det första antogs artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling innan direktivet antogs. För det andra hade Litauen underlåtit att underrätta kommissionen om de bestämmelser varigenom direktiv 2014/25 införlivades med litauisk rätt.

26. Enligt fast rättspraxis är det tillämpliga direktivet i princip det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av ett offentligt kontrakt. Bestämmelserna i ett direktiv är däremot *inte* tillämpliga om dess införlivandefrist löpte ut efter denna tidpunkt.[11]

27. Direktiv 2004/17 upphävdes genom direktiv 2014/25 med verkan från den 18 april 2016. Det är därför inte tillämpligt på målet vid den nationella domstolen, i vilket anbudsinfordran offentliggjordes den 2 april 2014. Som domstolen nyligen slog fast med avseende på direktiv 2014/24, om detta direktiv tillämpades före utgången av tidsfristen för direktivets införlivande, skulle det innebära att

9 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17 (EUT L 94, 2014, s. 243). I denna bestämmelse föreskrivs följande: ”När det gäller kontrakt avseende byggentreprenader, tjänstekontrakt och monterings- och installationsarbeten inom ramen för ett varukontrakt, får den upphandlande enheten kräva att vissa kritiska uppgifter ska utföras direkt av anbudsgivaren eller om anbud lämnas in av en grupp av ekonomiska aktörer i enlighet med artikel 37.2, en deltagare i gruppen.” En liknande regel föreskrivs i artikel 63.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

10 — Det framgår av den litauiska regeringens skriftliga yttrande att direktiv 2014/25 vid den aktuella tidpunkten ännu inte hade införlivats fullt ut med litauisk rätt.

11 — Dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 31 och där angiven rättspraxis), och dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 83).

inte bara medlemsstaterna, utan även upphandlande myndigheter och ekonomiska aktörer, hindrades från att dra nytta av en tillräcklig tidsfrist för att anpassa sig till de nya bestämmelser som införs genom detta direktiv.[12] Att göra det skulle enligt min mening även strida mot rättssäkerhetsprincipen.[13] Detsamma gäller analogt direktiv 2014/25.

28. Vidare är det ostridigt att värdet på det aktuella kontraktet (vilket antagligen kan uppskattas med hänvisning till det dyraste anbud som lämnades, det vill säga beloppet i LTL motsvarande 4 761 459,72 euro) understiger tröskelvärdet på 5 186 000 euro som vid den aktuella tidpunkten var fastställt för byggentreprenadkontrakt i artikel 16 b i direktiv 2004/17. Som den hänskjutande domstolen har påpekat omfattas således inte det aktuella offentliga kontraktet av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17.

29. Den hänskjutande domstolen har dock hävdat att EU-domstolen har behörighet att besvara tolkningsfrågorna. För det första hade hamnmyndigheten klart för avsikt att anse att anbudsinfordran hade internationell räckvidd genom att offentliggöra den och de senare ändringarna av kravspecifikationerna i *Europeiska unionens officiella tidning*. Detta bekräftas av den omständigheten att två företag som inte var litauiska lämnade anbud. Den hänskjutande domstolen har även i huvudsak uppgett att den litauiska lagstiftaren, vid införlivandet av direktiv 2004/17 med lagen om offentlig upphandling, beslutade att tillämpa vissa bestämmelser som föreskrivs i detta direktiv på upphandlingsförfaranden som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

30. Vid förhandlingen tillade den litauiska regeringen att det enligt litauisk rätt krävs att de upphandlande myndigheterna väljer förfarande när de anordnar ett förfarande för tilldelning av ett kontrakt vars uppskattade värde understiger det relevanta tröskelvärdet. De kan besluta att antingen tillämpa det förenklade förfarandet enligt nationell rätt för sådana kontrakt eller det förfarande som är tillämpligt på offentliga kontrakt över det relevanta tröskelvärdet. I det sistnämnda fallet skulle, med tillämpning av den unionslagstiftning som var i kraft vid den aktuella tiden, bestämmelserna i – beroende på föremålet för det offentliga kontraktet – direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18/EG[14] ha blivit bindande för den upphandlande myndigheten. De nationella domstolarna skulle även vara skyldiga att tillämpa dem.

31. Under vissa förutsättningar utgör en situations rent inhemska karaktär inte något hinder för att domstolen besvarar en fråga som har ställts till den enligt artikel 267 FEUF.[15] Så är särskilt fallet om den hänskjutande domstolen enligt nationell rätt är skyldig att tillerkänna medborgare i den medlemsstat där nämnda domstol är belägen samma rättigheter som dem som medborgare i andra medlemsstater, som befinner sig i samma situation, har enligt unionsrätten, eller om begäran om förhandsavgörande avser unionsrättsliga bestämmelser till vilka det hänvisas i en medlemsstats nationella rätt för att fastställa vilka regler som är tillämpliga på en rent inhemsk situation i denna stat.[16]

32. Vad beträffar den sistnämnda situationen, omfattar domstolens behörighet frågor avseende unionsbestämmelser när de faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen inte omfattas av unionsrättens tillämpningsområde, men när dessa bestämmelser har blivit tillämpliga *på ett direkt och ovillkorligt sätt* genom nationell rätt, i syfte att säkerställa att inhemska situationer och

12 — Dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14 (EU:C:2016:214, punkt 86).

13 — Se, analogt, dom av den 15 oktober 2009, Hochtief och Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, punkt 29 och där angiven rättspraxis). Se även dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrike (C-337/98, EU:C:2000:543, punkt 40).

14 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

15 — Se, bland annat, beslut av den 3 juli 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, punkt 38).

16 — Se, bland annat, beslut av den 3 juli 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, punkt 39 och där angiven rättspraxis), och dom av den 12 maj 2016, Security Service m.fl. (C-692/15–C-694/15, EU:C:2016:344, punkt 27).

situationer som regleras av unionsrätten behandlas på samma sätt.[17] Det föreligger nämligen ett unionsintresse av att – för att i framtiden förhindra skilda tolkningar – de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från unionsrätten tolkas på ett enhetligt sätt när regleringen i en nationell lagstiftning av situationer som inte omfattas av den aktuella unionsrättsakten anpassats till den reglering som har valts i denna rättsakt. Syftet med detta är att säkerställa att inhemska situationer och situationer som regleras av unionsrätten behandlas på samma sätt, oberoende av de omständigheter under vilka de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från unionsrätten ska tillämpas.[18]

33. I förevarande fall finns det dock inte tillräckligt exakta uppgifter som tyder på att de nämnda unionsbestämmelserna har ”blivit tillämpliga på ett direkt och ovillkorligt sätt genom nationell rätt” i syfte att säkerställa att inhemska situationer och situationer som regleras av unionsrätten omfattas av samma bestämmelser.[19] I synnerhet har varken den hänskjutande domstolen eller den litauiska regeringen, gentemot EU-domstolen, identifierat någon särskild bestämmelse i litauisk rätt som gör att direktiv 2004/17 på ett direkt och ovillkorligt sätt är tillämpligt på offentliga kontrakt med ett värde som understiger det relevanta tröskelvärde som fastställs i artikel 16 i direktivet.[20] Jag drar därför slutsatsen att domstolen saknar behörighet att tolka direktiv 2004/17 inom ramen för det nu aktuella målet.

34. Tolkningsfrågorna avser enbart en tolkning av direktiv 2004/17. För att kunna ge ett användbart svar till den nationella domstol som har ställt en tolkningsfråga kan dock domstolen vara tvungen att beakta unionsrättsliga bestämmelser som den nationella domstolen inte har nämnt i sin begäran om förhandsavgörande.[21]

35. Det är därför nödvändigt att undersöka huruvida domstolen har behörighet att besvara tolkningsfrågorna på grundval av de allmänna principerna i FEUF, särskilt principen om likabehandling och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn. Detta förutsätter, enligt fast rättspraxis, att det aktuella kontraktet är av ett klart gränsöverskridande intresse, särskilt mot bakgrund av dess betydelse och platsen där det ska utföras.[22] Frågan huruvida det föreligger ett sådant gränsöverskridande intresse ska bedömas mot bakgrund av samtliga relevanta kriterier, såsom uppdragets ekonomiska betydelse, inom vilket geografiskt område uppdraget ska genomföras eller de tekniska aspekterna av uppdraget, varvid det aktuella upphandlingskontraktets särdrag ska beaktas.[23]

17 — Dom av den 22 december 2008, Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758, punkt 21 och där angiven rättspraxis), och dom av den 18 december 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 23).

18 — Dom av den 7 november 2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

19 — Se, bland annat, dom av den 18 oktober 2012, Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638, punkt 51). I sin dom av den 14 januari 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, punkterna 19–21), gick domstolen med på att tolka direktiv 2004/18 med beaktande av särskilt den lettiska regeringens påstående om att den lettiska lagen om offentlig upphandling var tillämplig på entreprenadkontrakt som hade ett lägre värde än det tröskelvärde som fastställs i direktiv 2004/18. Domstolen förklarade sig emellertid endast behörig att besvara tolkningsfrågan ”med förbehåll för den prövning som den hänskjutande domstolen ska företa i detta hänseende”.

20 — Se, analogt, dom av den 18 december 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 25).

21 — Se, bland annat, dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 24 och där angiven rättspraxis), och dom av den 16 april 2015, SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 17 och där angiven rättspraxis).

22 — Se, bland annat dom av den 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:817, punkt 23), dom av den 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 24), och dom av den 18 december 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 27).

23 — Se senast dom av den 14 juli 2016, Promoimpresa m.fl. (C-458/14 och C-67/15, EU:C:2016:558, punkt 66 och där angiven rättspraxis). Se även mitt förslag till avgörande i målet kommission/Finland (C-195/04, EU:C:2007:28, punkt 55).

36. Domstolen har redan slagit fast att förekomsten av ett gränsöverskridande intresse kan fastslås särskilt på grundval av det betydande värdet av det aktuella kontraktet i kombination med den plats där byggentreprenaden ska utföras eller kontraktets tekniska aspekter. [24] Ett byggentreprenadkontrakt kan således vara av ett gränsöverskridande intresse på grund av dess uppskattade värde, i kombination med dess tekniska beskaffenhet eller det förhållandet att entreprenaden ska utföras på en plats som är lämplig för att locka till sig utländska näringsidkare. [25]

37. Domstolen överlåter ibland på den nationella domstolen att undersöka huruvida det föreligger ett gränsöverskridande intresse. [26] I förevarande fall har dock domstolen tillgång till tillräckligt med uppgifter för att kunna dra slutsatsen att det aktuella offentliga kontraktet faktiskt är av ett sådant gränsöverskridande intresse. För det första är kontraktets uppskattade värde betydande. [27] Vidare är Klaipeda hamn en av de större hamnarna i Östersjön. Uppförandet av sådana hamnkajer som det aktuella upphandlingsförfarandet avser kräver dessutom hög teknisk kompetens som bara ett begränsat antal företag kan antas ha. Att det aktuella offentliga kontraktet lockar till sig utländska näringsidkare bekräftas slutligen av den omständigheten att två företag som inte var litauiska lämnade anbud, [28] varav det ena slutligen tilldelades kontraktet.

38. Tolkningsfrågorna ska därför prövas mot bakgrund av de allmänna principerna om insyn och likabehandling som följer av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, vilka måste iakttas vid tilldelningen av offentliga kontrakt. [29] Eftersom artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF är tillämpliga på ett sådant kontrakt som det som är aktuellt i det nationella målet, är hamnmyndigheten skyldig att iaktta såväl förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet som den skyldighet att lämna insyn som föreskrivs i dessa artiklar. [30]

Begränsningen av underentreprenader i artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling (fråga 1 a)

39. Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 1 a för att få klarhet i huruvida unionsrätten utgör hinder för en sådan bestämmelse som artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling, vilken i fråga om offentliga byggentreprenadkontrakt kräver att anbudsgivaren själv ska utföra ”det huvudsakliga arbetet”, såsom detta har fastställts av den upphandlande myndigheten.

40. Borta ifrågasatte inte lagenligheten av denna begränsning av underentreprenader i sitt överklagande vid den hänskjutande domstolen. Sistnämnda domstol har tagit upp frågan ”på eget initiativ” i allmänhetens intresse. Det står faktiskt inte omedelbart klart huruvida de faktiska omständigheterna i det nationella målet innebär underentreprenad. Ett anbud som lämnas enligt ett avtal om gemensamt partnerskap kan tyda på att samtliga parter blir individuella parter i det offentliga kontraktet med den upphandlande myndigheten, om anbudet antas. En sådan situation innebär inte underentreprenad, som

24 — Dom av den 16 april 2015, SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 20).

25 — Se dom av den 15 maj 2008, SECAP och Santorso (C-147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277, punkt 24), och dom av den 17 november 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, punkt 51).

26 — Se, bland annat, dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, punkt 25), och dom av den 14 november 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

27 — Se, analogt, dom av den 16 april 2015, SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 20).

28 — Se dom av den 15 maj 2008, SECAP och Santorso (C-147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277, punkt 24), och dom av den 17 november 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, punkt 51).

29 — Se, bland annat, dom av den 13 november 2007, kommissionen/Irland (C-507/03, EU:C:2007:676, punkt 26), och dom av den 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 27). Domstolen har många gånger slagit fast att samordningen på unionsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling just avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat (se, exempelvis, dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, punkt 16), dom av den 18 oktober 2001, SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, punkt 32), och dom av den 24 januari 2008, Lianakis m.fl. (C-532/06, EU:C:2008:40, punkt 39).

30 — Se, analogt, dom av den 18 december 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 32 och där angiven rättspraxis).

endast föreligger om (alla eller delar av) kontraktet utförs av tredje man till kontraktet. [31] Omvänt skulle ett avtal om gemensamt partnerskap innebära underentreprenad om endast en av parterna formellt skulle agera som anbudsgivare men kontraktet skulle utföras av samtliga parter eller om de bildade ett samriskföretag, vilket kommer att underteckna kontraktet i stället för parterna själva. Det finns endast begränsad information tillgänglig om det anbud som Borta lämnade och det ankommer inte på EU-domstolen att undersöka huruvida anbudet faktiskt eller potentiellt innebar underentreprenad.

41. Enligt fast rättspraxis kan domstolen inte meddela ett förhandsavgörande avseende en fråga som en nationell domstol har ställt, när det är uppenbart att den av den nationella domstolen begärda tolkningen eller giltighetsbedömningen av en bestämmelse i unionsrätten saknar samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten vid den nationella domstolen. [32] Så är emellertid inte fallet här. Punkt 4.3 i kravspecifikationerna, vilken står i centrum för tvisten i det nationella målet, innehåller en uttrycklig hänvisning till artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling. Mot den bakgrunden är det inte uppenbart att fråga 1 a saknar samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten och frågan kan därför tas upp till sakprövning. [33]

42. Jag övergår nu till prövningen i sak.

43. Det följer av fast rättspraxis att artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF utgör hinder för varje nationell åtgärd som – även om den tillämpas utan åtskillnad med avseende på nationalitet – kan förbjuda eller göra det svårare eller mindre attraktivt för Europeiska unionens medborgare att utöva etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster som de garanteras genom dessa bestämmelser. [34]

44. Vad gäller offentliga kontrakt och etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster, är Europeiska unionen angelägen om att säkerställa att så många anbudsgivare som möjligt deltar i en anbudsinfordran, även då direktiven om offentlig upphandling inte är tillämpliga. [35] Detta ligger i den upphandlande myndighetens eget intresse, vilken således får fler valmöjligheter vad beträffar det mest fördelaktiga anbudet och det anbud som är bäst anpassat efter myndighetens behov. [36] En av huvudfunktionerna med principen om likabehandling av anbudsgivare och den skyldighet att lämna insyn som följer av denna princip är således att säkerställa fri rörlighet för tjänster och att säkerställa att konkurrensen på marknaden för sådana tjänster inte snedvrids i någon medlemsstat. [37]

45. Underentreprenader bidrar till dessa mål, eftersom de troligen uppmuntrar små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling och därigenom ökar antalet möjliga anbudssökande vid tilldelningen av offentliga kontrakt. [38]

46. I förevarande fall begränsar en sådan bestämmelse som artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling klart möjligheten för företag som är etablerade i andra medlemsstat att utöva sina rättigheter enligt artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, eftersom denna bestämmelse, om de lämnar anbud på kontraktet, hindrar dem från att antingen lägga ut hela eller en del av ”det huvudsakliga arbetet”,

31 — Se, vad beträffar denna distinktion, generaladvokaten Jääskinens förslag till avgörande i målet Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2015:558, punkt 22).

32 — Se, bland annat, dom av den 12 maj 2011, Runevič-Vardyn och Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, punkt 33).

33 — Se, analogt, dom av den 12 maj 2011, Runevič-Vardyn och Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, punkt 34).

34 — Dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, punkt 41), och dom av den 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

35 — Se dom av den 23 december 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 37), dom av den 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 29), och dom av den 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 51 och där angiven rättspraxis).

36 — Dom av den 23 december 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

37 — Dom av den 10 oktober 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 28).

38 — Se, analogt, dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 34), och dom av den 14 januari 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, punkt 24). Se även mitt förslag till avgörande i målet Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, punkt 30).

såsom detta har definierats av den upphandlande myndigheten, på underleverantörer eller erbjuda sina egna tjänster som underleverantörer för den delen av kontraktet. Som kommissionen korrekt har påpekat, begränsar därför artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten.

47. En sådan inskränkning kan emellertid vara motiverad under förutsättning att den har ett legitimt mål av allmänintresse och att den iakttar proportionalitetsprincipen, det vill säga att den är ägnad att säkerställa förverkligandet av detta mål och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det. [39]

48. Den litauiska regeringen har förklarat att den aktuella begränsningen av underentreprenader infördes för att göra det enklare för upphandlande myndigheter att skydda sina intressen och säkerställa att byggentreprenader som läggs ut på underleverantörer utförs på ett korrekt sätt. Denna begränsning syftade särskilt till att hantera den vanliga situationen då ekonomiska aktörer deltog i upphandlingsförfaranden med avsikt att, om deras anbud godtogs, lägga ut huvudparten av kontraktet på underleverantörer. Detta resulterade ofta i arbete av lägre kvalitet eller problem vid utförandet av detta. Den litauiska regeringen har dessutom hävdat att artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling överensstämmer med den inom rådet fastställda gemensamma ståndpunkten i liknande frågor, vilken särskilt resulterade i den regel som numera finns i artikel 79.3 i direktiv 2014/25. [40] Vid förhandlingen gjorde hamnmyndigheten i huvudsak gällande att den hade ett legitimt intresse av att säkerställa att sådana offentliga byggentreprenader som dem som är i fråga i det nationella målet, vilka är av strategisk betydelse för den nationella säkerheten, utfördes på ett korrekt sätt.

49. En upphandlande myndighet är berättigad att försöka säkerställa att ett offentligt byggentreprenadkontrakt kommer att utföras på ett effektivt och korrekt sätt. [41] Detta gäller särskilt när den aktuella byggentreprenaden anses vara nödvändig för att skydda den nationella säkerheten, vilket enligt artikel 4.2 FEU hör till de väsentliga statliga funktioner som Europeiska unionen ska respektera. [42] En anbudsgivare kan således vara skyldig att visa att vederbörande faktiskt förfogar över resurser hos enheter eller företag som denne kan utnyttja och som den inte själv har, men som är nödvändiga för att fullgöra kontraktet. [43] Följaktligen kan den upphandlande myndigheten förbjuda att underleverantörer anlitas när myndigheten inte har kunnat kontrollera underleverantörernas kapacitet vid undersökningen av anbuden och valet av anbudsgivare som ska utföra de huvudsakliga delarna av kontraktet. [44]

50. Den inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten som artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling medför tycks emellertid inte stå i proportion till det målet.

51. För det första är denna inskränkning tillämplig även när den upphandlande myndigheten faktiskt har möjlighet att kontrollera underleverantörernas tekniska och ekonomiska kapacitet under upphandlingsförfarandet. Ett alternativ till denna inskränkning skulle (exempelvis) ha varit att kräva att huvudentreprenören anger underleverantörerna när denne lämnar sitt anbud och styrker både att den faktiskt kommer att förfoga över dessa underleverantörers resurser som krävs för att fullgöra kontraktet och att dessa underleverantörer är lämpliga att utföra de uppgifter som huvudentreprenören avser att anförtro dem.

39 — Se, bland annat, dom av den 27 oktober 2005, Contse m.fl. (C-234/03, EU:C:2005:644, punkt 25), och dom av den 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 31). Se även, beträffande proportionalitetsprincipen tillämpad som en allmän unionsrättslig princip i samband med offentliga upphandlingsförfaranden som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18, dom av den 22 oktober 2015, Impresa Edilux och SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, punkt 29).

40 — Direktiv 2004/17 innehåller inte någon regel som är jämförbar med den bestämmelsen.

41 — Se, analogt, dom av den 14 juli 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, punkt 34 och där angiven rättspraxis). Se även mitt förslag till avgörande i det målet (EU:C:2015:761, punkt 32 och där angiven rättspraxis).

42 — Frågan huruvida hänsyn till den nationella säkerheten kan motivera en inskränkning av de principer i fördraget som är relevanta i förevarande mål är en annan fråga som inte behöver behandlas här.

43 — Se, analogt, dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

44 — Se, analogt, dom av den 18 mars 2004, Siemens och ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, punkt 45), och dom av den 14 juli 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, punkt 34).

52. För det andra är artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling dessutom både *alltför stelbent* och *alltför vag* för att uppfylla kravet på proportionalitet. Även om de upphandlande myndigheterna tycks ha viss flexibilitet när de för varje kontrakt definierar vad ”det huvudsakliga arbetet” består i, är den begränsning av underentreprenader som följer av denna bestämmelse mycket brett definierad. Den är tillämplig oavsett föremålet för det offentliga byggentreprenadkontraktet och är bindande för upphandlande myndigheter när de ingår varje typ av offentligt byggentreprenadkontrakt, även när de kanske anser att det inte finns något uppenbart skäl för att över huvud taget uppställa en sådan begränsning.

53. Som kommissionen har anfört, skiljer sig begränsningen av underentreprenader i artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling i det avseendet från artikel 79.3 i direktiv 2014/25. Denna bestämmelse ger endast en upphandlande myndighet *möjlighet* att särskilt kräva att vissa *kritiska* uppgifter ska utföras direkt av anbudsgivaren. Upphandlande myndigheter kan således bedöma huruvida en sådan begränsning är lämplig, beroende på omständigheterna. Det följer härav att även om – såsom den litauiska regeringen har gjort gällande – artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling skulle anses ha införlivat artikel 79.3 i direktiv 2014/25 med litauisk rätt,[45] skulle detta införlivande vara felaktigt.

54. Av dessa skäl anser jag att förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, i samband med ett offentligt kontrakt som inte omfattas av direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18, men som är av ett klart gränsöverskridande intresse, utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse som den som föreskrivs i artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling, enligt vilken anbudsgivaren själv måste utföra ”det huvudsakliga arbetet”, såsom detta har fastställts av den upphandlande myndigheten, utan att det är möjligt att lägga ut den delen av kontraktet på underentreprenad.

Lagenligheten av punkt 4.3 i kravspecifikationerna (fråga 1 b)

55. Fråga 1 b avser frågeställningen huruvida unionsrätten utgör hinder för kravspecifikationer som kräver att det, när parterna föreslår att deras yrkesmässiga kapacitet ska kumuleras genom att lämna ett gemensamt anbud, måste föreligga en aritmetisk överensstämmelse mellan den andel av kontraktet som varje part som deltar i den gemensamma verksamheten utför och denna parts bidrag till att uppfylla ett krav på yrkeserfarenhet.

56. I målet vid den nationella domstolen avser punkt 4.3 i kravspecifikationerna tilldelningen av det offentliga kontraktet. Denna specifikation ska tolkas mot bakgrund av punkt 4.2.3 i kravspecifikationerna, vilken kräver att det i anbud som lämnats av parter som deltar i en gemensam verksamhet ska anges vilka förpliktelser (byggentreprenader eller tjänster) som ska utföras av varje part och dessa förpliktelsers procentuella andel. Den upphandlande myndigheten har således, när den undersöker anbuden och väljer ut den anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet, möjlighet att kontrollera att varje part kommer att vara ansvarig för en del av byggentreprenaden eller tjänsterna motsvarande partens bidrag till kravet rörande yrkeserfarenhet i punkt 3.2.1 i kravspecifikationerna.

57. De principer som jag har angett ovan avseende underentreprenader är även relevanta för parter som deltar i en gemensam verksamhet och som lägger samman sin kapacitet.[46]

45 — Se punkt 25 ovan.

46 — Se punkterna 43–45, 47 och 49 i detta förslag till avgörande.

58. Som jag ser det kan ett sådant krav som det som föreskrivs i punkt 4.3 i kravspecifikationerna begränsa flexibiliteten för parter som deltar i en gemensam verksamhet. Det påverkar inte bara det sätt på vilket parterna kommer överens om att dela ansvaret när de lämnar sitt gemensamma anbud, utan hindrar dem även från att ändra varje parts bidrag till byggentreprenadkontraktet i ett senare skede, om de tilldelas kontraktet.

59. Kravet i punkt 4.3 i kravspecifikationerna kan således ha en avskräckande effekt på ekonomiska aktörer som är etablerade i andra medlemsstater. Det kommer att påverka de aktörer som vill etablera sig i den aktuella medlemsstaten genom att inrätta ett fast konsortium, eventuellt bestående av inhemska och utländska företag. Det kommer även att påverka de aktörer som vill erbjuda sina tjänster genom att ansluta sig till konsortier av detta slag som redan bildats, för att enklare kunna delta i offentliga upphandlingsförfaranden som anordnas av upphandlande myndigheter i den medlemsstaten. [47] En sådan specifikation utgör därför en inskränkning i den mening som avses i artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF.

60. Hamnmyndigheten och den litauiska regeringen har i huvudsak hävdat att punkt 4.3 i kravspecifikationerna endast syftar till att säkerställa att varje part som deltar i den gemensamma verksamheten har yrkesmässig kapacitet att utföra den del av det offentliga byggentreprenadkontraktet som vederbörande kommer att ansvara för.

61. Jag har redan angett att målet att säkerställa att ett offentligt kontrakt fullgörs på ett korrekt sätt kan motivera en (icke-diskriminerande) inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten. [48] Parter som handlar enligt ett avtal om gemensam verksamhet kan *kollektivt* uppfylla det eller de krav avseende yrkesmässig kapacitet (däribland yrkeserfarenhet) som har uppställts av den upphandlande myndigheten när de lämnar ett anbud. Detta ger dock inte någon garanti för att varje part därefter faktiskt kommer att anförtros de särskilda uppgifter med avseende på vilka partens yrkesmässiga kapacitet har kontrollerats före tilldelningen av det aktuella kontraktet. Artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF utgör därför i princip inte något hinder mot att en upphandlande myndighet kräver att det i de anbud som lämnas inom ramen för avtal om gemensam verksamhet specificeras hur de olika uppgifterna kommer att fördelas mellan parterna, kontrollerar varje parts kapacitet att utföra de uppgifter som vederbörande kommer att ansvara för och övervakar att varje part, efter tilldelningen av kontraktet, i vederbörlig ordning fullgör de uppgifter med avseende på vilka partens yrkesmässiga kapacitet har styrkts. [49]

62. Punkt 4.3 i de här aktuella kravspecifikationerna är dock inte lämplig för att säkerställa att detta mål uppnås.

63. Denna punkt kräver att det föreligger en aritmetisk överensstämmelse mellan varje parts bidrag till att uppfylla kravet på yrkeserfarenhet i punkt 3.2.1 och ”volymen” (eller värdet i pengar) på de uppgifter som faktiskt utförs av denna part vid fullgörandet av kontraktet.

64. Som kommissionen korrekt har anfört har denna specifikation *inte något samband* med *den specifika byggentreprenad eller de specifika tjänster* som krävs för att fullgöra det aktuella offentliga kontraktet på ett korrekt sätt. Exempelvis kan varje part till ett avtal om gemensam verksamhet kanske styrka att vederbörande har skaffat sig erfarenhet av uppförande eller ombyggnad av hamnkajer under de senaste 5 åren. Parterna uppfyller således kollektivt kravet på yrkeserfarenhet i punkt 3.2.1 i kravspecifikationerna. Var och en av parterna kan dock vara specialiserad på en annan aspekt av uppförandet av hamnkajer, såsom att muddra hamnbassänger, arbete för att lägga grunden, bygga räfflade stålväggar eller tillhandahålla och installera utrustning för hamnkajer. Kravet i punkt 4.3

47 — Se, analogt, dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, punkt 42).

48 — Se punkt 49 i detta förslag till avgörande.

49 — Det bakomliggande skälet är detsamma som i fråga om underentreprenader. Se punkt 49 i detta förslag till avgörande och den rättspraxis som har åberopats analogt i fotnoterna 43 och 44.

hindrar inte att en enskild part utför specifika uppgifter som vederbörande egentligen inte har någon sådan erfarenhet av (även om dessa uppgifter, i aritmetiskt hänseende, kanske överensstämmer med partens bidrag till att uppfylla kravet i punkt 3.2.1 i kravspecifikationerna och således iakttar punkt 4.3 i dessa).

65. Jag anser därför att målet att säkerställa att det offentliga kontraktet fullgörs på ett korrekt sätt, i en sådan situation som den som föreligger i det nationella målet, inte kan motivera den inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten som följer av punkt 4.3 i kravspecifikationerna. Detta gäller i än högre grad eftersom även uppgifter som motsvarar en liten andel av kontraktets totala värde kan vara avgörande för att kontraktet ska fullgöras på ett korrekt sätt. [50]

66. Hamnmyndigheten har hävdat att iakttagande av principerna om likabehandling av anbudsgivare och om insyn kräver att endast yrkesmässig kapacitet som faktiskt kommer att användas för att fullgöra det offentliga kontraktet kan beaktas vid bedömningen av den yrkesmässiga kapaciteten hos enskilda parter som deltar i en gemensam verksamhet.

67. Även om dessa mål är legitima, [51] kan argumentet inte godtas. Som svar på en fråga som domstolen ställde vid förhandlingen, förklarade hamnmyndigheten att kravspecifikationerna inte hindrade att parter som lämnar anbud inom ramen för ett avtal om gemensam verksamhet, på samma sätt som andra anbudsgivare, lägger ut fullgörandet av det offentliga byggentreprenadkontraktet på underentreprenad (med undantag för ”det huvudsakliga arbetet), och att under sådana omständigheter behövde underleverantörernas yrkeserfarenhet *inte* uppges när det gemensamma anbudet lämnades. I motsats till vad hamnmyndigheten har hävdat garanterade därför i själva verket inte kravspecifikationerna i det nationella målet att den yrkesmässiga kapacitet som parterna hade uppgett sig ha när de lämnade ett gemensamt anbud, och som den upphandlande myndigheten hade kontrollerat, faktiskt skulle användas för att utföra det aktuella offentliga byggentreprenadkontraktet.

68. Jag drar därför slutsatsen att förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, i samband med ett offentligt kontrakt vars värde understiger det tröskelvärde som fastställs i direktiv 2004/17 eller direktiv 2004/18, men som är av ett klart gränsöverskridande intresse, utgör hinder för en sådan kravspecifikation som punkt 4.3 i de aktuella kravspecifikationerna, vilken kräver att det, när parterna föreslår att deras yrkesmässiga kapacitet ska kumuleras genom att lämna ett gemensamt anbud, måste föreligga en aritmetisk överensstämmelse mellan den andel av kontraktet som varje part som deltar i den gemensamma verksamheten utför och denna parts bidrag till att uppfylla ett krav på yrkeserfarenhet.

Lagenligheten av ändringarna av punkt 4.3 i kravspecifikationerna under upphandlingsförfarandet (fråga 2)

69. Utgjorde principen om likabehandling och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet som följer av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, och den skyldighet att lämna insyn som följer därav, hinder för hamnmyndigheten att ändra punkt 4.3 i kravspecifikationerna, på det sätt som den gjorde?

50 — Till exempel att göra infrastruktur vattentät.

51 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, punkterna 31 och 32 och där angiven rättspraxis), och dom av den 22 oktober 2015, Impresa Edilux och SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, punkt 36).

70. Domstolens praxis avseende tolkningen av artikel 2 i direktiv 2004/18 ger användbar vägledning för att besvara denna fråga. I denna bestämmelse föreskrivs att ”[u]pphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt”. Denna bestämmelse grundar sig därför på principen om likabehandling, icke-diskrimineringsprincipen och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av FEUF. [52]

71. Domstolen har således slagit fast att både principen om likabehandling och skyldigheten att lämna insyn, som följer av den förstnämnda principen, medför krav på att föremålet för varje kontrakt liksom dess tilldelningskriterier är klart definierade redan från början av upphandlingsförfarandet. [53] Likabehandling kräver att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud. Det innebär att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare. [54] Syftet med skyldigheten att lämna insyn är vidare att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Det innebär att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt dels för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten ska kunna kontrollera om anbuden från de sistnämnda uppfyller upphandlingskriterierna. [55]

72. En upphandlande myndighet får därför inte, ens i form av en rättelse, ändra innehållet i de grundläggande villkoren för upphandlingen, såsom dessa har angetts i förfrågningsunderlaget. Berörda ekonomiska aktörer har nämligen grundat beslutet att förbereda ett anbud eller att avstå från att delta i den aktuella upphandlingen på grundval av dessa villkor. [56]

73. Samma principer är tillämpliga när ett kontrakt, som inte regleras av direktiv 2004/18, är av ett klart gränsöverskridande intresse. I domen Enterprise Focused Solutions [57] slog domstolen fast att en upphandlande myndighet efter offentliggörandet av ett meddelande om offentlig upphandling inte kan ändra den tekniska specifikationen för en del av kontraktet, vilket skulle strida mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt skyldigheten att lämna insyn. [58] Detta stämmer överens med andra domar där domstolen har klargjort att principen om likabehandling och skyldigheten att lämna insyn i princip utgör hinder för att ett anbud ändras efter det att det har getts in, vare sig på initiativ av den upphandlande myndigheten eller på initiativ av anbudsgivaren, såvida inte ändringen korrigerar ett uppenbart sakfel eller klargör en detalj i anbudet. [59]

74. I förevarande fall handlade hamnmyndigheten i strid med dessa principer när den två gånger ändrade punkt 4.3 i kravspecifikationerna.

75. För det första kan dessa ändringar, såsom kommissionen har påpekat, inte betraktas som mindre förtydliganden av denna punkt eller som rättelser av ett skrivfel. Den ursprungliga versionen av punkt 4.3 tillät klart att kravet på yrkesmässig kapacitet i punkt 3.2.1 i kravspecifikationerna kunde uppfyllas av minst en part som deltar i den gemensamma verksamheten *eller* av alla parter beaktade tillsammans. Genom de båda ändringarna (den 24 april respektive den 9 maj 2014) infördes begränsningar vad gäller bevisningen för yrkesmässig kapacitet i fråga om gemensamt partnerskap. Dessa begränsningar ingick klart inte i den ursprungliga versionen av denna punkt. Tvärtom ändrade

52 — Dom av den 7 september 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 34).

53 — Dom av den 10 december 2009, kommissionen/Frankrike (C-299/08, EU:C:2009:769, punkt 41), och dom av den 10 maj 2012, kommissionen/Nederländerna (C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 56).

54 — Dom av den 6 november 2014, Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44).

55 — Se, bland annat, dom av den 6 november 2014, Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44 och där angiven rättspraxis); se även dom av den 10 maj 2012, kommissionen/Nederländerna (C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 88).

56 — Dom av den 10 maj 2012, kommissionen/Nederländerna (C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 55).

57 — Dom av den 16 april 2015, SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228).

58 — Dom av den 16 april 2015, SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 29).

59 — Se, bland annat, dom av den 10 oktober 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punkterna 31 och 32).

de själva kärnan i punkt 4.3 i kravspecifikationerna, på grundval av vilken berörda aktörer redan hade fattat beslutet att förbereda ett anbud eller att avstå från att delta i upphandlingen. Av det skälet delar jag inte hamnmyndighetens ståndpunkt att rimligt informerade anbudsgivare kunde förutse de aktuella ändringarna.

76. Vidare har hamnmyndigheten inte anfört något sakligt skäl som kan förklara varför den två gånger gjorde betydande ändringar av punkt 4.3 i kravspecifikationerna efter offentliggörandet av den ursprungliga anbudsinfordran. Även om det slutligen ankommer på den hänskjutande domstolen, som ensam är behörig att bedöma de faktiska omständigheterna, att kontrollera detta, finns det inget i de uppgifter som lämnats till EU-domstolen som tyder på att dessa ändringar blev nödvändiga på grund av en grundläggande förändring, efter det att anbudsinfordran hade offentliggjorts, av de omständigheter under vilka det aktuella offentliga kontraktet skulle tilldelas eller utföras.

77. Det är möjligt att föreställa sig omständigheter då en sådan grundläggande förändring skulle kunna uppstå och då den upphandlande myndigheten skulle ställas inför dilemmat att antingen göra om upphandlingsförfarandet från början eller ändra kravspecifikationerna. Båda lösningarna skulle medföra nackdelar, i form av bortkastade kostnader för de som redan deltog i det ursprungliga anbudsförfarandet. Det skulle uppstå uppenbara problem, särskilt vad beträffar risken för missbruk eller manipulation, behovet av insyn och likabehandling av (potentiella) anbudsgivare och (eventuell) ersättning för (en del av) de bortkastade kostnaderna. Som tur är behöver EU-domstolen inte ta ställning till någon av dessa kniviga frågor i förevarande fall och jag har inte för avsikt att undersöka dem närmare.

78. Med hänsyn till de omständigheter som föreligger i förevarande mål drar jag slutsatsen att förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, utgör hinder för sådana ändringar av kravspecifikationerna som dem som är aktuella i det nationella målet, varigenom det införs begränsningar vad gäller bevisningen för yrkesmässig kapacitet för parter som deltar i en gemensam verksamhet, vilka klart inte fanns med i den ursprungliga versionen av specifikationerna.

79. Denna slutsats påverkas inte av att ändringarna ägde rum innan något anbud hade lämnats eller av det faktum att hamnmyndigheten både offentliggjorde ändringarna i *Europeiska unionens officiella tidning* och förlängde tidsfristen för att lämna in anbud. Som jag har förklarat medförde de på varandra följande ändringarna av punkt 4.3 i kravspecifikationerna som hamnmyndigheten gjorde en väsentlig ändring av de villkor på vilka ett anbud kunde lämnas av de parter som deltar i en gemensam verksamhet, utan något sakligt skäl. [60]

80. Slutligen vill jag framhålla att den analys som jag har lagt fram här följer av den specifika situationen i det nationella målet. Den föregriper därför inte på något sätt bedömningen av hur principen om likabehandling, icke-diskrimineringsprincipen och skyldigheten att lämna insyn som följer av FEUF skulle vara tillämpliga under andra omständigheter.

Förslag till avgörande

81. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som har ställts av Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen i Litauen) enligt följande:

1. Förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, ska i samband med ett offentligt kontrakt som inte omfattas av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

60 — Se punkterna 75 och 76 ovan.

(försörjningsdirektivet) eller av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, men som är av ett klart gränsöverskridande intresse, tolkas så, att de utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse som den som föreskrivs i artikel 24.5 i Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (lagen om offentlig upphandling), enligt vilken anbudsgivaren själv måste utföra ”det huvudsakliga arbetet”, såsom detta har fastställts av den upphandlande myndigheten, utan att det är möjligt att lägga ut den delen av kontraktet på underentreprenad.

2. Förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, utgör – i samma kontext – hinder för en sådan kravspecifikation som punkt 4.3 i de aktuella kravspecifikationerna i det nationella målet, vilken kräver att det, när parterna föreslår att deras yrkesmässiga kapacitet ska kumuleras genom att lämna ett gemensamt anbud, måste föreligga en aritmetisk överensstämmelse mellan den andel av kontraktet som varje part som deltar i den gemensamma verksamheten utför och denna parts bidrag till att uppfylla ett krav på yrkeserfarenhet.

3. Förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet och skyldigheten att lämna insyn, vilka följer av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, utgör hinder för sådana ändringar av kravspecifikationerna som dem som är aktuella i det nationella målet, varigenom det – utan något sakligt skäl – införs begränsningar vad gäller bevisningen för yrkesmässig kapacitet för parter som deltar i en gemensam verksamhet, vilka klart inte fanns med i den ursprungliga versionen av specifikationerna.