Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. JÄÄSKINEN
fremsat den 8. september 2015 [1]

Sag C-324/14

PARTNER Apelski Dariusz
mod
Zarząd Oczyszczania Miasta

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Krajowa Izba Odwoławcza (Polen))

»Offentlige udbud — direktiv 2004/18/EF — artikel 48, stk. 3 — økonomiske aktørers tekniske og/eller faglige formåen — tilbudsgivere, der »i givet fald« baserer sig på andre enheders formåen — karakteren af forbindelserne mellem tilbudsgiver og disse andre enheder — form og omfang af anvendelsen af andre enheders formåen — oplysninger, der kræves i udbudsbekendtgørelsen — relevans af direktiv 2014/24/EU for fortolkningen af direktiv 2004/18/EF«

I – **Indledning**

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse fra Krajowa Izba Odwoławcza (det nationale appelkammer) vedrører to retlige spørgsmål, der er relevante for bestemmelserne vedrørende offentlige udbud, og et tredje, der mere bredt omhandler spørgsmålet om, hvorvidt et direktiv, der ratione temporis endnu ikke er trådt i kraft i den relevante periode, og hvis gennemførelsesfrist endnu ikke er udløbet, kan bruges som rettesnor for fortolkningen af et direktiv, som det i sidste ende vil erstatte.

2. Nærmere bestemt udelukkede Zarząd Oczyszczania Miasta (den kommunale rengøringstjeneste, herefter »den ordregivende myndighed«), en organisationsenhed i hovedstaden Warszawa, PARTNER Dariusz Apelski (herefter »PARTNER«) fra udbudsproceduren vedrørende tildeling af en offentlig kontrakt på mekanisk renholdelse af vejene i Warszawa. Det gjorde den, fordi den ikke var sikker på, at PARTNER ville gennemføre kontrakten korrekt, eftersom en del af selskabets tilbud omfattede tjenesteydelser, der skulle leveres af en tredjepart, der var beliggende i en anden og relativt afsidesliggende polsk by.

3. I den første gruppe af spørgsmål, som Krajowa Izba Odwoławcza har forelagt, anmodes Domstolen nærmere bestemt, hvis ikke udelukkende, om at vurdere omfanget af det bevis, der kræves fra en økonomisk aktør, når denne baserer sig på »andre enheders formåen« i forbindelse med en bestemt kontrakt i henhold til artikel 48, stk. 3, i 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 [2].

1 — Originalsprog: engelsk.
2 — EUT L 134, s. 114.

Disse spørgsmål omfatter forespørgsler vedrørende indholdet af udbudsbekendtgørelsen og præcisering af tilbuddet. Den anden gruppe af spørgsmål vedrører de omstændigheder, hvorunder en elektronisk auktion, der allerede er gennemført af en ordregivende myndighed, skal erklæres ugyldig på grund af uregelmæssigheder i udbudsproceduren.

4. Endelig anmodes Domstolen med det sidste spørgsmål om at vurdere, om Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF[3] kan bruges som rettesnor for fortolkningen af direktiv 2004/18 med henblik på at afgøre den foreliggende tvist, selv om direktiv 2014/24 endnu ikke var trådt i kraft på datoen for offentliggørelsen af udbudsproceduren.

II – **Retsforskrifter**

A – *Direktiv 2004/18*

5. Artikel 2 i direktiv 2004/18 med overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter« bestemmer, at »[d]e ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde«.

6. Artikel 44 i direktiv 2004/18 med overskriften »Egnethedsundersøgelse og udvælgelse af deltagere, tildeling af kontrakter« bestemmer:

»1. Kontrakter tildeles på grundlag af kriterierne i artikel 53 og 55 under hensyn til artikel 24, efter at de ordregivende myndigheder har undersøgt, om de økonomiske aktører, der ikke er udelukket i henhold til artikel 45 og 46, er egnede; en sådan egnethedsundersøgelse udføres i overensstemmelse med kriterierne om økonomisk og finansiel formåen, faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i artikel 47-52 og om nødvendigt i overensstemmelse med de ikke-diskriminerende regler og kriterier, der er nævnt i stk. 3.

2. De ordregivende myndigheder kan kræve minimumskriterier for egnethed, som ansøgere og tilbudsgivere i overensstemmelse med artikel 47 og 48 skal opfylde.

Omfanget af de i artikel 47 og 48 omhandlede oplysninger samt de minimumskriterier for egnethed, der kræves i forbindelse med en bestemt kontrakt, skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand.

Disse minimumskriterier anføres i udbudsbetingelserne.

[…]«

7. Artikel 48 i direktiv 2004/18 har overskriften »Teknisk og/eller faglig formåen« og bestemmer:

»1. De økonomiske aktørers tekniske og/eller faglige formåen vurderes og efterprøves i overensstemmelse med stk. 2 og 3.

2. De økonomiske aktørers tekniske formåen kan godtgøres på en eller flere af følgende måder, afhængigt af arten, mængden eller betydningen og anvendelsen af bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne:

a) i) […]

3 — EUT L 94, s. 65.

ii) forelæggelse af en liste over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter samt den offentlige eller private modtager.

[…]

3. En økonomisk aktør kan i givet fald og for en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders formåen uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem aktøren selv og disse enheder. Den skal i så fald godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han råder over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens udførelse, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders tilsagn om at stille de nødvendige ressourcer til rådighed for den økonomiske aktør.

[…]«

8. Artikel 51 i direktiv 2004/18 med overskriften »Supplerende dokumenter og oplysninger« bestemmer, at den »ordregivende myndighed kan anmode de økonomiske aktører om at supplere eller uddybe den i medfør af artikel 45-50 forelagte dokumentation«.

9. Artikel 54 i direktiv 2004/18 har overskriften »Anvendelse af elektronisk auktion« og bestemmer:

»1. Medlemsstaterne kan give de ordregivende myndigheder mulighed for at gøre brug af elektroniske auktioner.

[…]

4. Før de ordregivende myndigheder afholder den elektroniske auktion, foretager de en første fuldstændig vurdering af tilbuddene efter det eller de tildelingskriterier og den vægtning heraf, der er fastlagt.

Alle de tilbudsgivere, der har afgivet antagelige tilbud, opfordres samtidig elektronisk til at fremlægge nye priser og/eller nye værdier; […]

[…]

8. Efter afslutningen af den elektroniske auktion tildeler de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med artikel 53 kontrakten på baggrund af resultaterne af den elektroniske auktion.

De ordregivende myndigheder må ikke misbruge en elektronisk auktion eller anvende den på en måde, der kan forhindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, eller på en måde, der kan ændre kontraktens genstand, således som den er udbudt ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen og fastlagt i udbudsbetingelserne.«

B – *Direktiv 2014/24*

10. Artikel 63 i direktiv 2014/24 har overskriften »Udnyttelse af andre enheders kapacitet« og bestemmer:

»1. Med hensyn til kriterierne vedrørende økonomisk og finansiel formåen i henhold til artikel 58, stk. 3, og kriterierne vedrørende teknisk og faglig formåen i henhold til artikel 58, stk. 4, kan økonomiske aktører i givet fald og i forbindelse med en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders kapacitet, uanset den juridiske karakter af forbindelserne med dem. Med hensyn til kriterier vedrørende de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer, jf. bilag XII, del II, litra f), eller vedrørende den relevante faglige erfaring, kan økonomiske aktører dog kun basere sig på andre

enheders kapacitet, når sidstnævnte skal udføre de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, for hvilke disse kapaciteter kræves. Hvis en økonomisk aktør ønsker at basere sig på andre enheders kapaciteter, skal den godtgøre over for den ordregivende myndighed, at den råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge et tilsagn fra disse enheder i denne forbindelse.

[…]

2. I forbindelse med bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter eller monterings- og installationsarbejde under en vareindkøbskontrakt kan de ordregivende myndigheder kræve, at visse centrale opgaver udføres direkte af tilbudsgiveren selv […]«

11. Artikel 90, stk. 1, i direktiv 2014/24 har overskriften »Gennemførelse og overgangsbestemmelser« og bestemmer, at »[m]edlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest den 18. april 2016. De tilsender straks Kommissionen disse love og bestemmelser«. I henhold til artikel 93 trådte direktiv 2014/24 i kraft på tyvendedagen efter offentliggørelsen i Den Europæiske Unions Tidende, der fandt sted den 28. marts 2014.

III – **De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de forelagte spørgsmål**

12. Den ordregivende myndighed gennemførte en udbudsprocedure vedrørende tildeling af en offentlig kontrakt på »omfattende mekanisk renholdelse af vejene i hovedstaden Warszawa i vinter- og sommersæsonen 2014-2017 – Etape I«. Udbuddet blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* af 24. december 2013, idet kontraktens værdi oversteg den såkaldte EU-tærskelværdi. Den ordregivende myndighed opdelte kontraktens genstand i otte dele, som omfattede bestemte kvarterer i Warszawa, og tillod tilbud på dele af kontrakten, idet der ikke blev sat noget loft over antallet af dele, som en økonomisk aktør kunne byde på. Den ordregivende myndighed gennemførte et offentligt udbud og kunne således afholde en elektronisk auktion i forbindelse med udbudsproceduren.

13. Renholdelse om vinteren består i forebyggelse og afhjælpning af glatte veje ved grusning og rydning af veje til kørende trafik i kategorierne statsveje, regionsveje, kredsveje og kommuneveje, som byens offentlige transportmidler kører på. Renholdelse om sommeren består i fejning og vådrengøring af vejene. Ifølge udbudsbetingelserne skulle de økonomiske aktører dokumentere, at de inden for de sidste tre år før udløbet af fristen for at afgive tilbud eller – hvis den hidtidige virksomhed har eksisteret i kortere tid – i den pågældende tid havde udført eller var ved at udføre vinterrydningsarbejde til en ordreværdi på mindst 1 000 000 PLN.

14. Den ordregivende myndighed gjorde opmærksom på, at man ved vurderingen af, om denne forudsætning var opfyldt, kun ville medtage ydelser, hvor der til forebyggelse og afhjælpning af glatte veje blev anvendt en såkaldt vådsaltningsmetode [4]. Den ordregivende myndighed gjorde også opmærksom på, at den økonomiske aktør, hvis han afgav tilbud på mere end en del af kontrakten, skulle dokumentere udførelse af tilsvarende ydelser med en tilsvarende højere ordreværdi, det vil sige 1 000 000 PLN gange det antal dele af kontrakten, der blev afgivet tilbud på. En økonomisk aktør, som havde afgivet tilbud på otte dele af kontrakten, skulle således dokumentere udførelse af tilsvarende ydelser til en værdi af mindst 8 000 000 PLN [5].

4 — Dvs. med anvendelse af natriumklorid eller en blanding af natriumklorid og kalciumklorid, som under udstrøningen blev fugtet og blev til en saltopløsning.

5 — Ifølge forelæggelsesafgørelsen havde den ordregivende myndighed i retsmødet ved den forelæggende ret anført, at man havde vurderet opfyldelsen af denne forudsætning ved at lægge værdierne af alle fremlagte og anerkendte ordrer sammen og derefter dividere med 1 000 000, idet man herved nåede frem til det antal dele af kontrakten, med hensyn til hvilket den enkelte økonomiske aktør havde opfyldt kravet.

15. PARTNER havde i sit tilbud vedlagt en liste over 14 tjenesteydelser, hvoraf 12 var baseret på selskabets egen erfaring og to på erfaringen hos PUM Sp. z o.o. (herefter »PUM«), en virksomhed med hjemsted i Grudziądz (omkring 227 km fra Warszawa) som en anden enhed, hvis formåen PARTNER baserede sig på. PARTNER vedlagde i sit tilbud et tilsagn fra PUM om »at stille de nødvendige ressourcer til rådighed«. Heraf fremgik også arten af de ressourcer, der blev stillet til rådighed, nemlig rådgivning, herunder bl.a. uddannelse af den økonomiske aktørs medarbejdere, og konsulentydelser til den økonomiske aktør, herunder støtte til at løse problemer, som kunne opstå i forbindelse med udførelsen af kontrakten.

16. Efter at den ordregivende myndighed den 11. marts 2014 havde oplyst PARTNER om, at den ikke fandt, at den økonomiske aktør havde de nødvendige ressourcer til at udføre kontrakten, svarede PARTNER den 18. marts 2014, at såfremt den ordregivende myndighed fandt den fremlagte erfaring utilstrækkelig, skulle selskabets øvrige erfaring medregnes i følgende rækkefølge: del V, I, II, III, VIII, IV, VII og VI. Selskabet gjorde i denne forbindelse gældende, at når en økonomisk aktør afgiver tilbud på flere dele af en kontrakt, kan dette tilbud betragtes særskilt for hver af disse dele. Derfor kan en udelukkelse af en økonomisk aktør og en afvisning af hans tilbud ikke gælde for hele kontrakten, men kun for de enkelte dele, med hensyn til hvilke den økonomiske aktør ikke havde opfyldt kriterierne.

17. Den ordregivende myndighed medregnede ikke PARTNER's delvise erfaring og udelukkede selskabet fra udbudsproceduren i henhold til artikel 24, stk. 2, nr. 4, i Ustawa PZP (lov om offentlige kontrakter) [6] på grund af manglende dokumentation for, at det opfyldte kriterierne for at deltage i udbudsproceduren for så vidt angik hver enkelt del af kontrakten. Den ordregivende myndighed konstaterede, at det i betragtning af arbejdets særlige karakter, det nødvendige kendskab til byens topografi, de krævede tidsnormer for opnåelse af de fastsatte standarder for renholdelse af vejene om vinteren osv. ikke var muligt at opfylde den forpligtelse, som fremgik af den gennemførte udbudsprocedure, uden at PUM personligt deltog i udførelsen af kontrakten. Den ordregivende myndighed tilrettelagde derefter en elektronisk auktion, som PARTNER ikke blev indbudt til.

18. I sin appel til Krajowa Izba Odwoławcza anførte PARTNER, at den ordregivende myndighed havde foretaget en fejlbehæftet undersøgelse og vurdering af tilbuddene. PARTNER gjorde gældende, at den ordregivende myndighed ikke havde meddelt i udbudsbetingelserne, at forudsætningen om besiddelse af faglig viden og erfaring kun kunne opfyldes, hvis den enhed, som stillede den faglige viden og erfaring til rådighed for PARTNER, personligt deltog i udførelsen af kontrakten, og at erfaringen skulle omfatte konkret topografisk kendskab.

19. Krajowa Izba Odwoławcza har herefter anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål i henhold til artikel 267 TEUF.

»1) Skal artikel 48, stk. 3, jf. artikel 2, i [...] direktiv 2004/18 [...] fortolkes således, at bestemmelsen om, at en økonomisk aktør »i givet fald« kan basere sig på andre enheders formåen, omfatter alle tilfælde, hvor den pågældende økonomiske aktør ikke råder over de kvalifikationer, som den offentlige myndighed forlanger, og ønsker at basere sig på andre enheders formåen? Eller skal henvisningen til, at den økonomiske aktør kun »i givet fald« kan basere sig på andre enheders formåen, betragtes som en begrænsning, som betyder, at en sådan henvisning i forbindelse med dokumentation af de økonomiske aktørers kvalifikationer i forbindelse med udbudsproceduren kun er tilladt undtagelsesvis og ikke som regel?

2) Skal artikel 48, stk. 3, jf. artikel 2, i direktiv 2004/18 […] fortolkes således, at den økonomiske aktør, når han baserer sig på andre enheders formåen »uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem aktøren selv og disse enheder« samt »råder over disse enheders

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (lov om offentlige kontrakter) (konsolideret tekst, Dziennik Ustaw af 2013, afsnit 907). Artikel 24, stk. 2, nr. 4, bestemmer: »Udelukket fra udbudsproceduren er endvidere økonomiske aktører, som [...] ikke har dokumenteret, at de opfylder kriterierne for at deltage i proceduren [...].«

ressourcer«, ved udførelsen af kontrakten kan have ingen eller kun meget løse og udefinerede forbindelser til disse enheder, dvs. at han kan udføre kontrakten selvstændigt (uden inddragelse af en anden enhed), eller at en sådan inddragelse kan bestå i »rådgivning«, »konsultation«, »kursus« eller lignende? Eller skal artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 […] fortolkes således, at den enhed, hvis formåen den økonomiske aktør baserer sig på, skal udføre kontrakten faktisk og personligt, i det omfang hans formåen er blevet anført?

3) Skal artikel 48, stk. 3, jf. artikel 2, i direktiv 2004/18 […] fortolkes således, at en økonomisk aktør, som ganske vist råder over egen erfaring, men i et mindre omfang, end han ønsker at oplyse over for den ordregivende myndighed (f.eks. ikke tilstrækkeligt til at kunne byde på udførelsen af hele kontrakten), yderligere kan basere sig på andre enheders formåen for at forbedre sine chancer i udbudsproceduren?

4) Skal artikel 48, stk. 3, jf. artikel 2, i direktiv 2004/18 […] fortolkes således, at den ordregivende myndighed ved bekendtgørelsen af kontrakten eller i udbudsbetingelserne kan (eller sågar skal) fastsætte principperne for, hvordan den økonomiske aktør kan basere sig på andre enheders formåen, f.eks. hvordan den anden enhed skal inddrages i udførelsen af kontrakten, hvordan den økonomiske aktørs og den anden enheds formåen kan kombineres, og om den anden enhed hæfter solidarisk med den økonomiske aktør for korrekt udførelse af kontrakten, i det omfang den økonomiske aktør påberåber sig den anden enheds formåen?

5) Tillader principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18 […], at man påberåber sig en anden enheds formåen i henhold til direktivets artikel 48, stk. 3, idet man i denne forbindelse samler formåen for to eller flere enheder, som med hensyn til deres sagkundskab og erfaring ikke råder over den formåen, som den offentlige myndighed forlanger?

6) Tillader principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18 […], dermed en fortolkning af artikel 44 og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 […], ifølge hvilken de kriterier for deltagelsen i udbudsproceduren, som opstilles af den ordregivende myndighed, kun skal opfyldes formelt med henblik på at deltage i proceduren, uafhængigt af den økonomiske aktørs faktiske kvalifikationer?

7) Tillader principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18 […], at den økonomiske aktør, hvis det er tilladt at byde på en del af kontrakten, efter afgivelsen af tilbuddene, eksempelvis i forbindelse med en supplering eller forklaring af bilagene, oplyser, hvilken del af kontrakten den formåen referer til, som han har angivet som dokumentation for opfyldelsen af kriterierne for at deltage i proceduren?

8) Tillader principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører samt gennemsigtighedsprincippet, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18 […], at en gennemført auktion erklæres for ugyldig, og en elektronisk auktion gentages, hvis den på vigtige områder ikke er gennemført korrekt, herunder hvis ikke alle økonomiske aktører, som har indsendt antagelige tilbud, er blevet opfordret til at deltage?

9) Tillader principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører samt gennemsigtighedsprincippet, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18 […], at kontrakten tildeles en økonomisk aktør, som har fået tildelt kontrakten ved en sådan auktion, uden at denne auktion er blevet gentaget, hvis det ikke kan konstateres, om den ikke medtagne økonomiske aktørs deltagelse ville have ændret resultatet af auktionen?

10) Kan man ved fortolkningen af bestemmelserne i direktiv 2004/18 […] anvende indholdet i bestemmelserne i samt betragtningerne til [...] direktiv 2014/24 [...] – selv om gennemførelsesfristen endnu ikke er udløbet – som rettesnor for fortolkningen, for så vidt som det belyser visse af EU-lovgivers antagelser og hensigter og ikke er i strid med bestemmelserne i direktiv 2004/18 […]?«

20. Skriftlige indlæg blev modtaget fra PARTNER, Remondis sp.z o.o. og MR Road Service sp. Z o.o., som er intervenienter i hovedsagen, den spanske, den lettiske og den polske regering samt Kommissionen. Med undtagelse af den lettiske regering deltog de alle i retsmødet den 7. maj 2015. Det samme gjorde den ordregivende myndighed, selv om den ikke havde indgivet et skriftligt indlæg.

IV – **Analyse**

A – *Spørgsmål vedrørende udnyttelse af en anden økonomisk aktørs tekniske og faglige formåen (det første, det andet, det tredje, det femte og det sjette spørgsmål)*

21. Ifølge disse spørgsmål, som jeg vil behandle under ét, har den forelæggende ret nærmere bestemt anmodet om retningslinjer for, hvornår en tilbudsgiver i forbindelse med et bud vedrørende en bestemt kontrakt kan basere sig på andre enheders tekniske og/eller faglige formåen. Denne mulighed er omhandlet i artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18. Disse spørgsmål rummer efter min mening grundlæggende tre problemer: 1) En tilbudsgivers ret til at basere sig på andre aktørers formåen for at opfylde udbudskrav vedrørende teknisk og/eller faglig formåen, 2) selve udnyttelsen af en tredjemands formåen og 3) om sådan formåen kan overføres i den forstand, at tilbudsgiver kan basere sig herpå i lyset af det bestemte udbuds karakter og formål. Artikel 2, som omhandler de generelle principper om ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed, er naturligvis relevant for besvarelsen af alle spørgsmålene.

22. Indledningsvis bør forskellen mellem udnyttelse af andre enheders formåen, jf. artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, og underentreprise, jf. direktivets artikel 25, fremhæves. Som påpeget i Spaniens skriftlige indlæg adskiller disse retlige ordninger sig i to henseender. Med hensyn til udnyttelse af en tredjemands formåen integreres denne formåen med tilbudsgiverens inden tildelingen af kontrakten, mens aftaler om underentreprise indgås på tidspunktet for kontraktens udførelse. Underentreprise er dernæst genstand for begrænsninger, der ikke gælder for udnyttelse af tredjemands formåen[7].

1. En økonomisk aktørs ret til at basere sig på andre aktørers formåen

23. For så vidt angår udtrykket »i givet fald« i artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 indebærer det ingen materiel begrænsning af de omstændigheder, hvorunder en økonomisk aktør kan basere sig på en tredjemands ressourcer i forbindelse med tilbud på en offentlig kontrakt.

24. I mit forslag til afgørelse Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130) påpegede jeg, at ordlyden af artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 antyder, at økonomiske aktører har ret til at vælge denne metode til opfyldelse af udvælgelseskriterierne, forudsat at de kan bevise, at de faktisk råder over andre enheders ressourcer, som er nødvendige for at opfylde kontrakten[8]. Denne fortolkning er bedst i overensstemmelse med målet om at sikre videst mulig adgang til at konkurrere om offentlige kontrakter og tilskynde små og mellemstore virksomheders deltagelse.

7 — Artikel 25 i direktiv 2004/18 bestemmer, at den ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne kan anmode eller kan af en medlemsstat forpligtes til at anmode tilbudsgiveren om i tilbuddet at angive, hvilke dele af en kontrakt han har til hensigt at give i underentreprise. I bestemmelsen fastsættes det videre, at dette ikke berører den økonomiske aktørs ansvar som hovedmand.

8 — Ibidem, punkt 24. Jf. navnlig domme Siemens og ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, præmis 46), Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133) og Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636).

25. Domstolen fandt endvidere i sag Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), at karakteren af de retlige forbindelser mellem den økonomiske aktør og en eller flere andre juridiske personer, hvis kapacitet den ønsker at basere sig på, er irrelevant, hvilket senere blev bekræftet i artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 [9].

26. I lyset af Domstolens praksis er der derfor i princippet intet til hinder for, at en tilbudsgiver også baserer sig på andre enheders formåen med henblik på at forbedre sin situation i udbudsproceduren. Dette er dog med forbehold af de begrænsninger, som jeg vil gennemgå i det følgende. Som Kommissionen har påpeget i sit skriftlige indlæg, er det afgørende, at tilbudsgiveren *rent faktisk råder over* andre enheders formåen med henblik på behørig udførelse af kontrakten. Denne »rådighed« kræver ikke en bestemt retlig form.

2. Tilbudsgiverens udnyttelse af en tredjemands formåen i praksis

27. Uanset det ovennævnte skal tilbudsgivere, der baserer sig på andre enheders formåen, over for den ordregivende myndighed bevise, at de rent faktisk råder over denne formåen [10]. Ud fra dette perspektiv bør artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 muligvis betragtes som en bestemmelse, der pålægger et beviskrav, og som pålægger den ordregivende myndighed at vurdere dette bevis. I henhold til artikel 44, stk. 1, i direktiv 2004/18 påhviler det den ordregivende myndighed at udføre en egnethedsundersøgelse af ansøgerne eller tilbudsgiverne i overensstemmelse med kriterierne fastsat i nævnte direktivs artikel 47-52 [11]. Som den ordregivende myndighed og Polen har fremhævet i retsmødet, er en ordregivende myndighed med andre ord forpligtet til at sikre, at den tilbudsgiver, hvis bud antages, rent faktisk kan udføre kontrakten på behørig vis.

28. Bestemmelserne i direktiv 2004/18 vedrørende tredjemands deltagelse i udførelsen af offentlige kontrakter har til formål at undgå situationer, hvor en virksomhed har ret til at få adgang til en kontrakttildeling, selv om vedkommende ikke har de nødvendige ressourcer til at udføre kontrakten. Artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 indebærer derfor, at en ordregivende myndighed ikke kan vurdere det bevis, der fremlægges af en tilbudsgiver, på et udelukkende formelt grundlag i medfør af de forpligtelser, som myndigheden er pålagt. Det kan med andre ord ikke accepteres, at tilbudsgivere henviser til tredjemands formåen, hvis det alene sker med henblik på formelt at opfylde mindstekravene til formåen i udbudsbekendtgørelsen.

3. Mulighed for at overføre teknisk og/eller faglig formåen

29. I dom Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646) fortolkede Domstolen artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, sammenholdt med artikel 44, stk. 2, i direktiv 2004/18, således at de er til hinder for en bestemmelse, der som hovedregel forbyder økonomiske aktører, som deltager i en udbudsprocedure om en offentlig bygge- og anlægskontrakt, at benytte sig af flere virksomheders formåen for den samme kvalifikationskategori. Domstolen bemærkede dog også, at »der findes bygge- og anlægsarbejder, som har særlige kendetegn, der medfører et behov for en vis formåen, som ikke kan opnås ved at samle ringere formåen fra flere økonomiske aktører«, og at den ordregivende myndighed i et sådant tilfælde kan kræve, »at en enkelt økonomisk aktør skal opfylde minimumsniveauet for den pågældende formåen« [12].

9 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Jääskinen Swm Costruzioni og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, punkt 22). Denne holdning er baseret på Domstolens konstateringer i domme Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636) og Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), hvor de retlige forbindelser vedrørte virksomheder i samme koncern. Jf. punkt 20-22 i forslaget til afgørelse.

10 — Jf. mit forslag til afgørelse Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, punkt 23).

11 — Dom Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 26). Jf. også dom Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, præmis 28).

12 — Dom Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 35).

30. Problemet i denne sag er dog, om det er muligt at overføre de ressourcer vedrørende teknisk og/eller faglig formåen, der er anført i bekendtgørelsen om indgåede kontrakter. Hvis de ikke kan overføres, opfylder PARTNER ikke kravene for at kunne anses for tilbudsgiver.

31. Mulighed for at overføre teknisk formåen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt teknologi eller knowhow reelt kan overføres fra én økonomisk aktør til en anden gennem eksempelvis konsulentydelser og rådgivning. De skriftlige indlæg omfatter også punkter, der snarere vedrører spørgsmålet om, hvorvidt forskellige enheders formåen af denne type generelt kan tilføjes, hvilket efter min mening er EU-lovgivers hensigt med artikel 48 i direktiv 2004/14. I hovedsagen vedrører tvisten dog spørgsmålet om, hvorvidt PUM's tekniske formåen kunne overføres til PARTNER, uden at førstnævnte økonomiske aktør selv deltog direkte i kontraktens udførelse. Tvisten handler ikke kun om at tilføje formåen svarende til den formåen, PARTNER allerede er i besiddelse af.

32. Meget afhænger af omstændighederne og af kontraktens karakter og genstand. Der findes formåen, som kan overføres. Lad os forestille os en kontrakt, der tildeles af en offentlig sundhedstjeneste, vedrørende screening for en bestemt kræftform ved brug af en standardteknologi, der skal tilbydes en bestemt gruppe mennesker. Lad os videre forestille os, at det i udbudsbetingelserne angives, at resultaterne i tvivlstilfælde skal bekræftes af en specialist med bestemte og vidtgående faglige kvalifikationer. Under sådanne omstændigheder er der intet til hinder for, at en tilbudsgiver baserer sig på en tredjemand, der kan levere den nødvendige ekspertise. Hvis den pågældende kontrakt imidlertid vedrørte screening ved brug af en ny metode, der ikke var standard, kunne den ordregivende myndighed med rimelighed kræve, at tilbudsgiveren selv var i besiddelse af den relevante formåen. Det handler således om de faktiske omstændigheder for kontrakttildelingen.

33. Som allerede nævnt skal der således tages højde for karakteren af den enkelte kontrakt og det behov, der skal opfyldes. Det tilkommer den nationale ret at vurdere dette spørgsmål.

34. Om en ordregivende myndighed kan kræve, at en tredjemand deltager i udførelsen af kontrakten – som den eneste mulighed for at bevise, at den pågældende tilbudsgiver råder over den relevante formåen – skal også vurderes fra sag til sag. Dette afhænger af kontraktens karakter og formål. Der kan efter min mening let opstilles scenarier, hvor den omhandlede forpligtelse er så teknisk vanskelig, at den skal udføres af en tredjemand, som besidder den relevante ekspertise, hvis der henvises til denne formåen, snarere end på grundlag af rådgivning og konsulentydelser fra en sådan enhed, og hvor den omhandlede forpligtelse udføres af tilbudsgiveren selv.

4. Foreløbigt forslag til afgørelse

35. På grundlag af ovennævnte foreslår jeg, at det første, det andet, det tredje, det femte og det sjette spørgsmål besvares som følger: Artikel 44 og artikel 48, stk. 3, jf. artikel 2, i direktiv 2004/18, skal fortolkes således, at udtrykket »i givet fald« ikke indebærer en materiel begrænsning af de omstændigheder, hvorunder en økonomisk aktør kan basere sig på andre enheders formåen med henblik på over for en ordregivende myndighed at bevise, at vedkommende har den nødvendige tekniske og/eller faglige formåen til at udføre en bestemt offentlig kontrakt. Karakteren af de retlige forbindelser mellem den økonomiske aktør og den pågældende tredjemand er ikke relevant, men den økonomiske aktør skal over for den ordregivende myndighed kunne bevise, at vedkommende rent faktisk råder over alle de nødvendige ressourcer til at udføre kontrakten. En tilbudsgiver kan basere sig på andre enheders formåen med henblik på at bevise sin tekniske og/eller faglige formåen med forbehold af de begrænsninger, der følger af karakteren af og formålet med den kontrakt, der skal udføres.

B – *Udbudsbekendtgørelse, udbudsbetingelser og solidarisk hæftelse (det fjerde spørgsmål)*

36. Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne kan (eller sågar skal) fastsætte principperne for, hvordan tilbudsgivere kan basere sig på andre enheders formåen. Kan den ordregivende myndighed mere specifikt angive, hvordan tilbudsgiveren har pligt til at deltage i udførelsen af kontrakten, hvordan den økonomiske aktørs og den anden enheds formåen kan kombineres, og om den anden enhed hæfter solidarisk med den økonomiske aktør for korrekt udførelse af kontrakten, i det omfang den økonomiske aktør påberåber sig den anden enheds formåen?

37. Spanien har i sit skriftlige indlæg anført, at udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne bør omfatte principper for, hvordan en tilbudsgiver kan basere sig på andre enheders formåen, såfremt disse krav er forholdsmæssige og hænger direkte sammen med genstanden for den pågældende kontrakt. Polen har gjort det samme gældende i sit skriftlige indlæg.

38. Jeg vil dog tilslutte mig den holdning, som Kommissionen har givet udtryk for. Den har i sit skriftlige indlæg anført, at tilbudsgivere har ret til at basere sig på andre enheders formåen, og at ordregivende myndigheder derfor ikke må opstille udtrykkelige betingelser, der kan fratage dem denne ret. Det tilkommer tilbudsgiveren at afgøre, hvordan vedkommende vil anvende denne formåen. Kommissionen har med rette tilføjet, at det af praktiske grunde kan være næsten umuligt for den ordregivende myndighed på forhånd at fastsætte betingelser for, hvordan andre enheders formåen kan anvendes. Den kan ikke på forhånd forudsige alle mulige scenarier for anvendelsen af andres formåen. Dette forudsætter naturligvis, at de kriterier, som Domstolen har fastsat i dommen i sagen Swm Costruzioni 2 vedrørende situationer, hvor tilbudsgivere ikke kan basere sig på andre enheders formåen, ikke er opfyldt.

39. Domstolens praksis vedrørende udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne samt *gennemsigtighedsprincippet* er relevant for dette spørgsmål. Gennemsigtighedskravet har som bekendt til formål at sikre, at der ikke er risiko for vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side[13], ligesom den ordregivende myndighed i henhold til ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedskravet ikke kan afvise et bud, som opfylder betingelserne i udbudsbekendtgørelsen, af årsager, som ikke fremgår af denne bekendtgørelse[14]. Artikel 23, stk. 2, i direktiv 2004/18 bestemmer desuden, at »tekniske specifikationer skal give tilbudsgiverne lige muligheder, og de må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for konkurrence med hensyn til offentlige kontrakter«, mens tekniske krav i henhold til artikel 23, stk. 3, litra c), kan omfatte krav til funktionsdygtighed.

40. Hvis de særlige betingelser, der er fastsat i dom Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 35), opstår, og den ordregivende myndighed *som en betingelse i udbudsproceduren* fastsætter, at minimumsniveauet for formåen skal opfyldes af en enkelt økonomisk aktør, skal myndigheden efter min mening angive dette på forhånd i udbudsbekendtgørelsen og/eller udbudsbetingelserne. Under sådanne omstændigheder kan en tilbudsgiver ikke gøre brug af

13 — Dom SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, præmis 26 og den deri nævnte praksis).

14 — Ibidem., præmis 28.

muligheden for at basere sig på tredjemands formåen i henhold til artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18. Dette er øjensynligt den eneste mulighed for at overholde gennemsigtighedskravet i forbindelse med en undersøgelse af ansøgernes egnethed, fordi potentielle tilbudsgivere ellers ikke vil få oplysning om alle obligatoriske og ubetingede krav vedrørende minimumsniveauet for formåen [15].

41. Dette er dog et andet spørgsmål end vurderingen af, om en tilbudsgiver, der baserer sig på tredjemands formåen, *rent faktisk* opfylder de krav til teknisk og/eller faglig formåen, der er anført i udbudsbekendtgørelsen. Dette forhold kan kun undersøges på grundlag af tilbuddene i forhold til de egnethedskrav, der er anført i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, i overensstemmelse med de kriterier, der er beskrevet ovenfor i forbindelse med det første, det andet, det tredje, det femte og det sjette spørgsmål.

42. Med hensyn til solidarisk hæftelse har Kommissionen i sit skriftlige indlæg påberåbt sig artikel 63, stk. 1, tredje linje, i direktiv 2014/24 som argument til støtte herfor. PARTNER og Spanien har derimod anført, at solidarisk hæftelse ikke kan gøres gældende, fordi det alene er den tilbudsgiver, som har deltaget i udbudsproceduren, der er ansvarlig for kontraktens udførelse, og ikke en tredjemand, hvis formåen vedkommende har baseret sig på.

43. Af de grunde, som jeg anfører i mit svar på det tiende spørgsmål, kan der ikke af direktiv 2014/24 udledes ubetingede regler for anvendelsen af direktiv 2004/18, når de enten ikke findes i direktiv 2004/18 eller pålægger mere detaljerede standarder eller krav end de tilsvarende bestemmelser i dette direktiv. Solidarisk hæftelse kan derfor ikke pålægges inden udløbet af gennemførelsesfristen for direktiv 2014/24.

44. Domstolen bør derfor besvare det fjerde spørgsmål med, at artikel 48, stk. 3, jf. artikel 2, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne skal angive enhver betingelse, der er til hinder for anvendelsen af artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 med henblik på at bevise, at vedkommende opfylder minimumskravene til formåen. Den ordregivende myndighed kan i øvrigt ikke i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne fastsætte udtrykkelige betingelser eller principper for, om og hvordan tilbudsgivere kan basere sig på andre enheders formåen.

C – *Præcisering af tilbuddet (det syvende spørgsmål)*

45. Med det syvende spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, i hvilket omfang den ordregivende myndighed kan indgå i dialog med tilbudsgiveren, eksempelvis i forbindelse med en supplering af eller forklaring på bilagene, efter afgivelsen af tilbuddene, hvis det er tilladt at byde på en del af kontrakten. Jeg minder i den forbindelse om, at den ordregivende myndighed i henhold til artikel 51 i direktiv 2004/18 kan anmode de økonomiske aktører om at supplere eller uddybe den i medfør af artikel 45-50 forelagte dokumentation.

15 — Jf. analogt retspraksis vedrørende tildelingskriterier, eksempelvis dom Kommissionen mod Frankrig (C-299/08, EU:C:2009:769, præmis 41), hvori Domstolen fastslog, at »princippet om ligebehandling og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, [kræver,] at hver kontrakts genstand samt *kriterierne for dens tildeling* defineres klart« (min fremhævelse). Jf. også dom ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl. (C-331/04, EU:C:2005:718, præmis 32), hvor Domstolen fastsatte grænser for tildeling af en bestemt vægt til underkriterierne for kontrakttildeling, og dom Universale-Bau m.fl. (C-470/99, EU:C:2002:746, præmis 100) som fastslog, at den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet skal angive reglerne for afvejning af kriterierne for udvælgelse af de ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud.

46. Domstolen kan efter min mening besvare dette spørgsmål ganske kort. Domstolen har allerede udelukket enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og den ene eller den anden tilbudsgiver. Ordregivende myndigheder må ikke anmode en tilbudsgiver, hvis tilbud ifølge myndigheden er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, om supplerede oplysninger, inden sådanne tilbud afvises [16].

47. Når et tilbud er afgivet, kan det ikke ændres, hverken på tilbudsgiverens initiativ eller den ordregivende myndigheds initiativ [17]. Sidstnævnte kan i undtagelsestilfælde anmode om supplering af oplysninger, såsom en præcisering eller en korrektion af åbenlyse indholdsmæssige fejl, uden at anmode om eller acceptere eventuel ændring af tilbuddet [18].

48. Efter min mening er indgivelse af oplysninger vedrørende prioriteringen af de dele, der er omfattet af et tilbud, efter afgivelsen af tilbud ikke blot en præcisering, men en materiel ændring af tilbuddet. Hvis det accepteres, indebærer det en overtrædelse af principperne om loyal konkurrence. Dette er ikke omfattet af de særlige omstændigheder, hvor præciseringer af tilbud kan tillades.

49. Efter min mening bør det syvende spørgsmål derfor besvares med, at principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, ikke tillader, at en økonomisk aktør, hvis det er tilladt at byde på en del af kontrakten, efter afgivelsen af tilbuddene oplyser, hvilken del af kontrakten den formåen referer til, som han har angivet som dokumentation for opfyldelsen af kriterierne for at deltage i proceduren.

D – *Uregelmæssigheder i elektronisk auktion (det ottende og det niende spørgsmål)*

50. Det ottende og det niende spørgsmål vedrører konsekvenserne med hensyn til kontrakttildeling, når alle egnede tilbudsgivere ikke har fået mulighed for at deltage i en elektronisk auktion.

51. Jeg vil indledningsvis nævne, at det følger af artikel 54, stk. 4, andet afsnit i direktiv 2004/18, at »[a]lle de tilbudsgivere, der har afgivet antagelige tilbud, opfordres samtidig elektronisk til at fremlægge nye priser og/eller nye værdier«. Elektroniske auktioner må i henhold til artikel 54, stk. 8, i direktiv 2004/18 ikke misbruges med henblik på at forhindre eller fordreje konkurrencen. Den forelæggende rets spørgsmål omhandler ikke de retsmidler, som de økonomiske aktører kan anvende i forbindelse med ureglementeret elektronisk auktion [19], men den ordregivende myndigheds forpligtelser i henhold til direktiv 2004/18 i en sådan situation.

16 — Dom SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 36 og 37). Direktiv 2004/18 omfatter som bekendt en bestemmelse om konkurrencepræget dialog i tilfælde af særligt komplekse kontrakter (artikel 29) og udbud med forhandling (artikel 30). Disse bestemmelser er dog ikke relevante for den foreliggende sag.

17 — Jf. dom Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 31), hvor Domstolen fastslog, at »[l]igebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen er til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver inden for rammerne af en udbudsprocedure, hvilket i princippet indebærer, at et tilbud ikke kan ændres efter dets afgivelse, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller tilbudsgiverens initiativ. Det følger heraf, at den ordregivende myndighed ikke må anmode en tilbudsgiver, hvis tilbud ifølge myndigheden er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, om supplerede oplysninger«.

18 — Dom SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 40 og 41). Jf. også dom Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 32).

19 — Disse er fastsat i direktiv 89/665/EØF af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EUT L 335, s. 31).

52. Hvis en egnet tilbudsgiver, der opfylder kriterierne i udbudsbekendtgørelsen og de tekniske specifikationer, burde have været opfordret til at deltage i den elektroniske auktion i henhold til artikel 54, stk. 4, i direktiv 2004/18, men ikke blev det, følger det efter min mening af kravet om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling, jf. artikel 2 i direktiv 2004/18, at auktionen bør gentages. Dette gælder uanset, om vedkommendes deltagelse ville have ændret resultatet af auktionen eller ej [20]. Dette betyder, at kontrakten ikke kan tildeles på grundlag af sådanne ulovlige eller ureglementerede elektroniske auktioner.

53. Jeg foreslår derfor, at det ottende og det niende spørgsmål besvares med, at artikel 2 i direktiv 2004/18 kræver, at en elektronisk auktion erklæres ugyldig og gentages, hvis en ansøger, der opfylder betingelserne for deltagelse i kontrakttildelingen, ikke blev opfordret til at deltage i den elektroniske auktion.

E – *Kan direktiv 2014/24 tages i betragtning ved fortolkningen af direktiv 2004/18? (Det tiende spørgsmål)*

54. Den forelæggende ret ønsker med det tiende spørgsmål oplyst, om man ved fortolkningen af bestemmelserne i direktiv 2004/18 kan anvende indholdet i bestemmelserne i samt betragtningerne til direktiv 2014/24 – selv om gennemførelsesfristen endnu ikke er udløbet – som rettesnor, for så vidt som det belyser visse af EU-lovgivers antagelser og hensigter og ikke er i strid med bestemmelserne i direktiv 2004/18.

55. Dette spørgsmål vedrører det forhold, at artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 har overskriften »Udnyttelse af andre enheders kapacitet« og fastsætter regler, der gælder i denne situation, som er mere detaljerede end reglerne i direktiv 2004/18. Artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 bestemmer ligesom artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, at den »retlige karakter« af forbindelserne mellem enhederne er uden betydning. I artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 tilføjes det dog, at når den pågældende økonomiske aktør er afhængig af »uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer« eller »den relevante faglige erfaring«, kan denne kun basere sig på andre enheders kapacitet, når de sidstnævnte skal udføre de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, for hvilke disse kapaciteter kræves. I henhold til artikel 63, stk. 2, i direktiv 2014/24 kan ordregivende myndigheder desuden kræve, at visse centrale opgaver udføres direkte af tilbudsgiveren selv.

56. Det skal som udgangspunkt bemærkes, at den forelæggende rets problem vedrører samspillet *mellem to EU-retsakter*. Retspraksis vedrørende medlemsstaternes forpligtelser i gennemførelsesperioden for et direktiv [21] med hensyn til fortolkning af national ret i den pågældende periode [22] er derfor ikke relevant.

57. Det bemærkes desuden, at Domstolen for nylig har fastslået, at direktiv 2014/24 ikke fandt anvendelse i en sag, hvor det trådte i kraft efter de faktiske omstændigheder i hovedsagen [23]. Dette er i overensstemmelse med Domstolens praksis i forbindelse med overgangsperioden mellem direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [24] og direktiv 2004/18. I en sag, hvor et tilbud var blevet udelukket fra udbudsproceduren inden udløbet af gennemførelsesfristen for direktiv 2004/18, fastslog Domstolen, at det ville »være i strid med retssikkerhedsprincippet at fastlægge, hvilke retsregler der

20 — PARTNER har i retsmødet oplyst, at det ikke blev opfordret til at deltage i den elektroniske auktion med henblik på tildeling af den omhandlede kontrakt.

21 — Jf. eksempelvis nyligt forslag til afgørelse fra generaladvokat Sharpston bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302, punkt 29) med henvisning til domme Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, præmis 45), ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265, præmis 58) og Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl. (C-43/10, EU:C:2012:560, præmis 57).

22 — Ibidem, med henvisning til dom Adeneler m.fl. (C-212/04, EU:C:2006:443, præmis 122 og 123).

23 — Dom Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, præmis 24).

24 — EFT L 199, s. 54.

finder anvendelse på hovedsagen, under henvisning til datoen for kontraktens tildeling« [25]. Den fastslog derfor, at »direktiv 2004/18 ikke finder anvendelse på en beslutning truffet af en ordregivende myndighed ved indgåelsen af en offentlig bygge- og anlægskontrakt før udløbet af gennemførelsesfristen for dette direktiv« [26]. Den forelæggende ret har dog ikke i den foreliggende sag i detaljer forespurgt om forholdet mellem bestemte bestemmelser i de ældre og nye direktiver, men har kun anmodet om generelle retningslinjer.

58. Domstolen har dog ved mindst én lejlighed benyttet både en betragtning til og en bestemmelse i direktiv 2014/24 ved fortolkningen af direktiv 2004/18. Den har dog ikke givet en begrundelse herfor [27].

59. Forholdet mellem to successive EU-retsakter skal med hensyn til fortolkning efter min opfattelse behandles med behørigt hensyn til lovgivers hensigt. Formuleringen af det tiende spørgsmål hjælper dog ikke i den henseende, da det ikke er tydeligt, om der med »visse af EU-lovgivers antagelser og hensigter« henvises til antagelserne og hensigterne i direktiv 2014/24 eller i direktiv 2004/18.

60. For mig er det indlysende, at direktiv 2014/24 ikke kan forklare lovgivers hensigter med direktiv 2004/18. Det kan dog udledes af betragtningerne til og bestemmelserne i direktiv 2014/24, at lovgiver med nogle af bestemmelserne havde til hensigt at kodificere retspraksis for anvendelsen af direktiv 2004/18. I sådanne situationer er der intet til hinder for at tage det senere direktiv i betragtning ved fortolkningen af det tidligere. Hvis lovgivers hensigt på den anden side er at fravige bestemmelserne i direktiv 2004/18 eller gældende retspraksis, kan det nye direktiv ikke bruges som rettesnor for fortolkning af det tidligere.

61. I den anden ende af skalaen har den forelæggende ret nævnt et forbehold. Ifølge det tiende spørgsmål kan direktiv 2014/24/EU ikke tages i betragtning, hvis det er »i strid med bestemmelserne i direktiv 2004/18«. Det følger naturligvis af retssikkerhedsprincippet, som forbyder anvendelse med tilbagevirkende kraft af et instrument, der ikke finder anvendelse ratione temporis [28].

62. Kernen i spørgsmålet er dog de bestemmelser i direktiv 2014/24, som uddyber direktiv 2004/18, eller den retspraksis, hvor det anvendes, når der ikke er nogen logisk modsætning mellem retsakterne, og når direktiv 2004/18 intet indeholder om eller er upræcist med hensyn til det pågældende forhold.

63. Det følger efter min mening af retssikkerhedsprincippet, at ubetingede regler eller betingelser baseret på direktiv 2014/24 ikke kan anvendes som »fortolkninger« af direktiv 2004/18 til skade for økonomiske aktører, der deltager i udbudsprocedurer. Hvis lovgivers hensigt med de pågældende bestemmelser i direktiv 2014/24 imidlertid snarere har været at harmonisere den eksisterende ret og retspraksis og ikke at ændre den, er der intet til hinder for, at de anvendes som rettesnor ved fortolkningen af direktiv 2004/18.

25 — Dom Hochtief og Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, præmis 29).

26 — Ibidem, præmis 30. Dette er, vil jeg tilføje, i overensstemmelse med Domstolens domme Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242, præmis 27) og Kommissionen mod Frankrig (C-337/98, EU:C:2000:543, præmis 38 og 39).

27 — Dom Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, præmis 37). Generaladvokat Kokott har endvidere i sit forslag til afgørelse Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2006:410, punkt 50) henvist til en bestemmelse i direktiv 2004/18 med henblik på at bekræfte en fortolkning af direktiv 93/37, selv om førstnævnte endnu ikke var relevant ratione temporis. Domstolen bemærkede dog i sin dom Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31, præmis 61), at den pågældende bestemmelse i direktiv 2004/18 ikke fandt »tidsmæssig anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsagen«. Jf. også bemærkning i forslag til afgørelse fra generaladvokat Wahl i sag Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:291, punkt 40) og dom Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl (C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 8), hvor Domstolen slog fast, at direktiv 2014/24 ikke fandt anvendelse.

28 — Jeg minder her om Domstolens klassiske formulering i dom Fédesa m.fl. (C-331/88, EU:C:1990:391, præmis 45), hvori den fastslog, at »selv om retssikkerhedsprincippet i almindelighed er til hinder for, at en fællesskabsretsakt tillægges gyldighed fra et tidspunkt, der ligger før aktens offentliggørelse, kan dette undtagelsesvist tillades, når det tilstræbte formål fordrer det, og de berørtes berettigede forventning respekteres behørigt«. Disse nødvendige betingelser for tilbagevirkende kraft gør sig ikke gældende i den foreliggende sag.

64. Jeg foreslår derfor, at det tiende spørgsmål besvares med, at det ved fortolkningen af bestemmelserne i direktiv 2004/18 er tilladt at anvende indholdet i bestemmelserne i samt betragtningerne til direktiv 2014/24 – selv om gennemførelsesfristen endnu ikke er udløbet – som rettesnor, for så vidt som det kodificerer retspraksis vedrørende anvendelse af direktiv 2004/18 eller uddyber dette, men hverken er i strid med direktiv 2004/18 eller fastsætter ubetingede regler eller betingelser til skade for økonomiske aktører.

V – **Forslag til afgørelse**

65. På grundlag af ovennævnte foreslår jeg, at Domstolen besvarer Krajowa Izba Odwoławczas spørgsmål som følger:

Det første, det andet, det tredje, det femte og det sjette spørgsmål

Artikel 44 og artikel 48, stk. 3, jf. artikel 2, i 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 skal fortolkes således, at udtrykket »i givet fald« ikke indebærer en materiel begrænsning af de omstændigheder, hvorunder en økonomisk aktør kan basere sig på andre enheders formåen med henblik på over for en ordregivende myndighed at bevise, at vedkommende har den nødvendige tekniske og/eller faglige formåen til at udføre en bestemt offentlig kontrakt. Karakteren af de retlige forbindelser mellem den økonomiske aktør og den pågældende tredjemand er ikke relevant, men den økonomiske aktør skal over for den ordregivende myndighed kunne bevise, at vedkommende rent faktisk råder over alle de nødvendige ressourcer til at udføre kontrakten. En tilbudsgiver kan basere sig på andre enheders formåen med henblik på at bevise sin tekniske og/eller faglige formåen med forbehold af de begrænsninger, der følger af karakteren af og formålet med den kontrakt, der skal udføres.

Det fjerde spørgsmål

Artikel 48, stk. 3, jf. artikel 2, i direktiv 2004/18, fortolkes således, at den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne skal angive enhver betingelse, der er til hinder for anvendelsen af artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 med henblik på at bevise, at vedkommende opfylder minimumskravene til formåen. Den ordregivende myndighed kan i øvrigt ikke i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne fastsætte udtrykkelige betingelser eller principper for, om og hvordan tilbudsgivere kan basere sig på andre enheders formåen.

Det syvende spørgsmål

Principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, tillader ikke, at en økonomisk aktør, hvis det er tilladt at byde på en del af kontrakten, efter afgivelsen af tilbuddene oplyser, hvilken del af kontrakten den formåen referer til, som han har angivet som dokumentation for opfyldelsen af kriterierne for at deltage i proceduren.

Det ottende og det niende spørgsmål

Artikel 2 i direktiv 2004/18 kræver, at en elektronisk auktion erklæres ugyldig og gentages, hvis en ansøger, der opfylder betingelserne for deltagelse i kontrakttildelingen, ikke blev opfordret til at deltage i den elektroniske auktion.

Det tiende spørgsmål

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF kan bruges som rettesnor for fortolkningen af direktiv 2004/18, selv om gennemførelsesfristen for direktiv 2014/24 endnu ikke er udløbet, men kun for så vidt som det kodificerer retspraksis vedrørende anvendelse af direktiv 2004/18 eller uddyber dette og hverken er i strid med direktiv 2004/18 eller fastsætter ubetingede regler eller betingelser til skade for økonomiske aktører.