Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

14. januar 2016*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige kontrakter — direktiv 2004/18/EF — finansiel og økonomisk formåen — teknisk og/eller faglig formåen — artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3 — udbudsbetingelser, som indeholder en forpligtelse for tilbudsgiveren til at indgå en samarbejdsaftale med eller til at oprette et interessentskab med de enheder, hvis formåen denne gør gældende«

I sag C-234/14,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Augstākā tiesa (Republikken Letlands øverste domstol) ved afgørelse af 23. april 2014, indgået til Domstolen den 12. maj 2014, i sagen:

»Ostas celtnieks« SIA

mod

Talsu novada pašvaldība

Iepirkumu uzraudzības birojs,

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af Domstolens vicepræsident, A. Tizzano (refererende dommer), som fungerende formand for første Afdeling, og dommerne F. Biltgen, E. Levits, M. Berger og S. Rodin,

generaladvokat: M. Wathelet

justitssekretær: fuldmægtig I. Illéssy,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 16. april 2015,

efter at der er afgivet indlæg af:

— »Ostas celtnieks« SIA ved J. Ešenvalds, advokāts

— den lettiske regering ved I. Kalniņš og L. Skolmeistare, som befuldmægtigede

— den græske regering ved K. Georgiadis og S. Lekkou, som befuldmægtigede

— Europa-Kommissionen ved A. Tokár og A. Sauka, som befuldmægtigede,

* Processprog: lettisk.

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 4. juni 2015,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

2 Denne anmodning er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem »Ostas celtnieks« SIA (herefter »Ostas celtnieks«) på den ene side og Talsu novada pašvaldība (den lokale myndighed i departementet Talsi) og Iepirkumu uzraudzības birojs (kontoret for kontrol med offentlige kontrakter) på den anden side vedrørende de i udbudsbetingelserne fastsatte krav om en udbudsprocedure med henblik på indgåelse af en offentlig bygge- og anlægskontrakt.

Retsforskrifter

EU-retten

3 32. betragtning til direktiv 2009/48 har følgende ordlyd:

»For at gøre det lettere for små og mellemstore virksomheder at deltage i offentlige udbud bør der fastsættes bestemmelser om underentreprise.«

4 Direktivets artikel 7 fastsætter de beløb, fra hvilke reglerne om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, som er reguleret af direktivet, finder anvendelse. For offentlige bygge- og anlægskontrakter fastsætter nævnte direktivs artikel 7, litra c), en tærskelværdi på 5 186 000 EUR.

5 I artikel 44 i det samme direktiv bestemmes følgende:

»1. Kontrakter tildeles [...], efter at de ordregivende myndigheder har undersøgt, om de økonomiske aktører, der ikke er udelukket [...], 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 [...]

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.

[...]«

6 Artikel 47, stk. 2, i direktiv 2004/18 med overskriften »Økonomisk og finansiel formåen« er affattet således:

»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. Aktøren skal i så fald godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders forpligtelser i så henseende.«

7 Artikel 48 i dette direktiv med overskriften »Teknisk og/eller faglig formåen« bestemmer i stk. 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. [Han] 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.«

Lettisk ret

8 Det fremgår af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at en tilbudsgiver i henhold til artikel 41, stk. 3 (»økonomisk og finansiel formåen«), og artikel 42, stk. 3 (»teknisk og/eller faglig formåen«) i lov om offentlige kontrakter (Publisko iepirkumu likums, *Latvijas Vēstnesis*, 2006, nr. 65), som gennemførte direktiv 2004/18 i lettisk ret, kan basere sig på andre økonomiske aktørers formåen uanset den juridiske karakter af de forbindelser, som tilbudsgiveren har med disse, når det er nødvendigt for kontraktens udførelse. Tilbudsgiveren skal i så fald bevise over for den ordregivende myndighed, at han råder over de nødvendige midler, ved at fremlægge erklæringer eller aftaler om udførelse af kontrakten fra disse økonomiske aktører.

9 Den grundlæggende lovgivning vedrørende samarbejdsaftaler er omfattet af kapitel 16 i den borgerlige lovbog, mens bestemmelserne om oprettelsen og funktionen af økonomiske aktørers interessentskaber fremgår af handelslovens kapitel 9.

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

10 Som det fremgår af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, iværksatte den lokale myndighed i departementet Talsi i november 2011 en udbudsprocedure med henblik på indgåelse af en offentlig bygge- og anlægskontrakt vedrørende forbedring af vejinfrastrukturen for at forbedre adgangen til byen Talsi (herefter »den pågældende kontrakt«).

11 Følgende fremgik af udbudsbetingelsernes punkt 9.5 vedrørende denne procedure:

»[...] såfremt tilbudsgiver baserer sig på andre økonomiske aktørers formåen, skal denne anføre, hvilke økonomiske aktører det drejer sig om, og føre bevis for, at han har de nødvendige midler. Såfremt det besluttes at tildele denne tilbudsgiver kontrakten, skal denne indgå en samarbejdsaftale med disse aktører inden afgørelsen om tildeling og sende denne til den ordregivende myndighed. [Denne aftale] skal omfatte:

1) en bestemmelse, hvorved fastslås, at hver part er individuelt og solidarisk ansvarlig for udførelsen af den pågældende kontrakt

2) en angivelse af den økonomiske aktør, der er hovedmand, og som har fuldmagt til at underskrive den offentlige kontrakt og lede udførelsen heraf

3) en beskrivelse af den del af bygge- og anlægsarbejdet, som det påhviler hver af deltagerne at udføre

4) en angivelse af den del af bygge- og anlægsarbejdet, som hver deltager skal udføre, udtrykt i procent.

Indgåelsen af samarbejdsaftalen kan erstattes af oprettelsen af et interessentskab.«

12 Ostas celtnieks anfægtede navnlig punkt 9.5 over for kontoret for kontrol med offentlige kontrakter. Med afgørelse af 13. februar 2012 forkastede sidstnævnte imidlertid de af Ostas celtnieks fremførte argumenter til støtte for klagen, idet den fastslog, at den ordregivende myndighed i henhold til nævnte punkts ordlyd med rette havde fastsat den måde, hvorpå tilbudsgiver var forpligtet til at bevise, at han havde de nødvendige ressourcer til at gennemføre den pågældende kontrakt.

13 Ostas celtnieks anlagde sag til prøvelse af denne afgørelse ved Administratīvā rajona tiesa (forvaltningsdomstol i første instans), der ved afgørelse af 7. maj 2013 gav Ostas celtnieks medhold. Denne domstol bemærkede særligt i sin afgørelse, at det med hensyn til udbudsbetingelsernes punkt 9.5 hverken fremgår af loven om offentlige kontrakter eller af direktiv 2004/18, at den ordregivende myndighed kan pålægge en tilbudsgiver en forpligtelse til at erklære sig parat til at indgå en samarbejdsaftale med andre enheder, hvis formåen denne gør gældende til at gennemføre den pågældende kontrakt, og kræve, at denne tilbudsgiver indgår en sådan aftale eller opretter et interessentskab med dem.

14 Den lokale myndighed i departementet Talsi og kontoret for kontrol med offentlige kontrakter har iværksat kassationsanker til prøvelse af denne afgørelse ved Augstākā tiesa (øverste domstol). Til støtte for deres kassationsanker har disse myndigheder bl.a. gjort gældende, at de i udbudsbetingelsernes punkt 9.5 fastsatte krav var berettigede for at nedbringe risikoen for manglende opfyldelse af den pågældende kontrakt.

15 Den forelæggende ret er i det væsentlige af den opfattelse, at den ordregivende myndighed med henblik på indgåelse af en offentlig kontrakt skal kunne efterprøve tilbudsgivers formåen til at udføre den pågældende kontrakt. Den er ikke desto mindre i tvivl om, hvorvidt direktiv 2004/18 med henblik herpå giver den ordregivende myndighed beføjelse til at pålægge tilbudsgivere at indgå en samarbejdsaftale eller stifte et selskab med de andre entreprenører, hvis formåen tilbudsgiverne gør gældende til støtte for deres egen ansøgning, eller om disse tilbudsgivere frit kan vælge, hvordan de vil forbinde disse andre entreprenørers deltagelse til gennemførelsen af kontrakten.

16 Augstākā tiesa (øverste domstol) har på denne baggrund besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal bestemmelserne i [...] direktiv 2004/18[...] fortolkes således, at de ikke er til hinder for, at der for at reducere risikoen for, at en kontrakt ikke udføres, i udbudsbetingelserne fastsættes et krav om, at en tilbudsgiver, såfremt en kontrakt tildeles denne tilbudsgiver, der baserer sig på andre økonomiske aktørers formåen, med disse økonomiske aktører, inden kontrakten tildeles, skal indgå en samarbejdsaftale (som i nævnte kontrakt omfatter de konkrete punkter, der er fastsat i udbudsbetingelserne) eller med disse oprette et interessentskab?«

Om det præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

17 Det skal indledningsvis bemærkes, at samtidig med, at den forelæggende ret har lagt til grund, at direktiv 2004/18 finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, indeholder forelæggelsesafgørelsen ingen elementer, der gør det muligt at kontrollere, om den pågældende kontrakts værdi når den i det nævnte direktivs artikel 7, litra c), fastsatte relevante tærskelværdi.

18 Som svar på et spørgsmål stillet af Domstolen under retsmødet har den lettiske regering dog præciseret, at den pågældende kontrakt var en kontrakt om arbejder til en værdi af ca. 3 mio. EUR – et beløb, som er lavere end den førnævnte tærskelværdi.

19 Hertil kommer, at bestemmelserne i loven om offentlige kontrakter ifølge den lettiske regering ligeledes finder anvendelse på kontrakter om arbejder som den pågældende kontrakt til en værdi, der ligger under den i direktiv 2004/18 fastsatte tærskel.

20 Herom bemærkes, som Domstolen allerede har udtalt, at fortolkningen af en EU-retsakts bestemmelser i situationer, der ikke er omfattet af dennes anvendelsesområde, er berettiget, såfremt disse bestemmelser er blevet gjort anvendelige på sådanne situationer af national ret på direkte og ubetinget vis med henblik på at sikre en ensartet behandling af disse situationer og af de situationer, der er omfattet af den pågældende retsakts anvendelsesområde (dom Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

21 Det følger heraf, at det præjudicielle spørgsmål, med forbehold af den efterprøvelse, som den forelæggende ret skal foretage, og for at give den et svar, der er relevant for afgørelsen af tvisten i hovedsagen, skal undersøges.

Om det præjudicielle spørgsmål

22 Med det præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en ordregivende myndighed i forbindelse med en udbudsprocedure med henblik på indgåelse af en offentlig bygge- og anlægskontrakt kan pålægge en tilbudsgiver, der gør andre enheders formåen gældende, en forpligtelse til inden tildelingen af den nævnte kontrakt at indgå en samarbejdsaftale med disse enheder eller at oprette et interessentskab med dem.

23 Det skal med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål bemærkes, at alle økonomiske aktører i henhold til artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 indrømmes en ret til for en bestemt kontrakt at påberåbe sig andre enheders formåen, »uanset hvilken forbindelse der er mellem den økonomiske aktør og disse enheder«, for så vidt som de over for den ordregivende myndighed fører bevis for, at de har de nødvendige midler til at gennemføre kontrakten (jf. i denne retning dom Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 29 og 33).

24 En sådan fortolkning er, som Domstolen allerede har fastslået, i overensstemmelse med formålet om at åbne de offentlige kontrakter for størst mulig konkurrence, som direktiverne på området forfølger ikke alene til fordel for de økonomiske aktører, men ligeledes for de ordregivende myndigheder. Denne fortolkning kan ligeledes lette små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige kontrakter, hvilket ligeledes tilstræbes med direktiv 2004/18, som det fremgår af 32. betragtning hertil (dom Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

25 Når et selskab godtgør sin finansielle og økonomiske samt tekniske og/eller faglige formåen for at få adgang til at deltage i en udbudsprocedure og herved henviser til kapaciteten i sammenslutninger eller virksomheder, som det indirekte eller direkte er knyttet til, uanset hvorledes denne tilknytning juridisk er beskaffen, må det således godtgøre, at det »reelt« disponerer over disse sammenslutningers eller virksomheders ressourcer, som det ikke selv ejer, og som er fornødne for aftalens opfyldelse (jf. i denne retning dom Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).

26 Det bemærkes i denne forbindelse, at det i overensstemmelse med artikel 44, stk. 1, i direktiv 2004/18 påhviler den ordregivende myndighed at foretage en egnethedsundersøgelse af tilbudsgiverens evne til at gennemføre en given kontrakt. Denne gennemgang skal navnlig give den ordregivende myndighed sikkerhed for, at tilbudsgiveren virkelig råder over de ressourcer af enhver art, som han påberåber sig, i den af kontrakten omfattede periode (jf. analogt dom Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, præmis 28).

27 Ved denne vurdering er det ikke efter artikel 47, stk. 2, eller artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 tilladt hverken at opstille en formodning for, at denne tilbudsgiver råder over de ressourcer, der kræves for at gennemføre kontrakten, eller i endnu mindre grad på forhånd at udelukke visse former for bevis (jf. analogt dom Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, præmis 30).

28 Det følger heraf, at tilbudsgiver frit kan vælge dels den juridiske karakter af de forbindelser, som han agter at oprette med de andre enheder, hvis formåen denne gør gældende med henblik på gennemførelsen af en given kontrakt, dels beviset med hensyn til eksistensen af disse forbindelser.

29 Som anført af generaladvokaten i punkt 43 i forslaget til afgørelse, er det udtrykkeligt fastsat i artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, at det kun er som eksempel, at fremlæggelse af dokumentation for de andre enheders forpligtelser til at stille de nødvendige ressourcer til rådighed for tilbudsgiveren til at gennemføre kontrakten udgør et acceptabelt bevis for, at tilbudsgiveren rent faktisk råder over disse ressourcer. Dermed udelukker disse bestemmelser på ingen måde, at tilbudsgiver på anden måde beviser eksistensen af forbindelserne mellem ham og de andre enheder, hvis formåen han gør gældende for at sikre en tilfredsstillende gennemførelse af den kontrakt, som han har budt på.

30 I nærværende sag har den lokale myndighed i departementet Talsi, som ordregivende myndighed, pålagt en tilbudsgiver, dvs. Ostas celtnieks, der gør andre enheders formåen gældende for gennemførelsen af den pågældende kontrakt, at oprette præcise juridiske forbindelser med disse enheder, således at det alene er disse særlige forbindelser, som efter den ordregivende myndigheds opfattelse kan bevise, at tilbudsgiveren rent faktisk råder over de nødvendige ressourcer til at gennemføre denne kontrakt.

31 I henhold til udbudsbetingelsernes punkt 9.5 forpligter den ordregivende myndighed således tilbudsgiveren til at indgå en samarbejdsaftale med disse enheder eller til at oprette et interessentskab med dem inden indgåelsen af den offentlige kontrakt.

32 Udbudsbetingelsernes punkt 9.5 fastsætter derfor kun to måder, hvorpå tilbudsgiver kan bevise, at han råder over de ressourcer, der er nødvendige for den pågældende kontrakts udførelse, og alle andre beviser for de eksisterende juridiske forbindelser mellem denne tilbudsgiver og de enheder, hvis formåen denne gør gældende, lades ude af betragtning.

33 Under disse omstændigheder fører en sådan regel, som er indeholdt i udbudsbetingelsernes punkt 9.5, tydeligvis til, at artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 berøves deres effektive virkning.

34 Henset til det ovenstående skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne vedrørende en udbudsprocedure med henblik på indgåelse af en offentlig kontrakt

pålægger en tilbudsgiver, der gør andre enheders formåen gældende, en forpligtelse til at indgå en samarbejdsaftale med disse enheder, eller til at oprette et interessentskab med dem inden indgåelsen af den offentlige kontrakt.

Sagens omkostninger

35 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Første Afdeling) for ret:

Artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 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 de er til hinder for, at en ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne vedrørende en udbudsprocedure med henblik på indgåelse af en offentlig kontrakt pålægger en tilbudsgiver, der gør andre enheders formåen gældende, en forpligtelse til inden tildelingen af den nævnte kontrakt at indgå en samarbejdsaftale med disse enheder, eller til at oprette et interessentskab med dem.

Underskrifter