



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
M. WATHELET  
fremsat den 4. juni 2015<sup>1</sup>

**Sag C-234/14**

**Ostas celtnieks SIA  
mod  
Talsu novada pašvaldība,  
Iepirkumu uzraudzības birojs**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Augstākā tiesa (Letland))

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige kontrakter — direktiv 2004/18/EF — artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3 — økonomisk aktør, som gør andre enheders formåen gældende — forpligtelse til at indgå en samarbejdsaftale med disse andre enheder eller til at oprette et interessentskab — klausul om tilbudsgiverens og andre enheders individuelle og solidariske ansvar«

### I – Indledning

1. Den anmodning om en præjudiciel afgørelse, der blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 12. maj 2014, indgår i en tvist mellem Ostas celtnieks SIA (herefter »Ostas celtnieks«) på den ene side og Talsu novada pašvaldība (den lokale myndighed i departementet Talsi, herefter »myndigheden«) og Iepirkumu uzraudzības birojs (kontoret for kontrol med offentlige kontrakter, herefter »kontoret«) på den anden side.

2. Myndigheden har lanceret en offentlig udbudsprocedure vedrørende forbedring af vejinfrastrukturen for at forbedre adgangen til Talsi. Af udbudsbetingelserne for det udbud, som myndigheden iværksatte, fremgik det bl.a., at når en tilbudsgiver gør andre enheders formåen gældende, skal denne inden indgåelsen af kontrakten indgå en samarbejdsaftale med disse enheder eller oprettet et interessentskab. Partnerskabsaftalen skal bl.a. fastsætte tilbudsgiverens og de øvrige enheders individuelle og solidariske ansvar.

3. Ostas celtnieks har bestridt lovligheden af disse udbudsbetingelser.

4. Denne anmodning om en 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<sup>2</sup>. Den forelæggende ret har nærmere bestemt spurgt, om dette direktiv er til hinder for, at der i udbudsbetingelserne indsættes krav som dem, der er tale om i hovedsagen.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EUT L 134, s. 114 og berigtigelse i EUT L 351, s. 44.

## II – Retsforskrifter

### A – EU-retten

5. Følgende fremgår af 45. betragtning til direktiv 2004/18:

»Dette direktiv giver medlemsstaterne mulighed for at indføre enten officielle lister over entreprenører, leverandører eller tjenesteydere eller attestering, der foretages af offentligretlige eller privatretlige organer, og sådanne lister og sådan attestering har virkninger i forbindelse med tilbudsgivning i en anden medlemsstat. Der skal i forbindelse med de officielle lister over godkendte økonomiske aktører tages hensyn til Domstolens praksis, hvis en økonomisk aktør, der indgår i en koncern, påberåber sig økonomisk, finansiel eller teknisk formåen, der er til stede hos andre virksomheder i koncernen, til støtte for sin anmodning om optagelse på en liste. Det påhviler i så fald den økonomiske aktør at bevise, at han rent faktisk råder over sådanne midler i hele den periode, hvor optagelsen er gyldig. En medlemsstat kan således med henblik på en sådan optagelse fastsætte de krav, der skal opfyldes, og kan navnlig, f.eks. hvis aktøren påberåber sig finansiel formåen, der er til stede hos en anden virksomhed i koncernen, kræve, at denne virksomhed om nødvendigt hæfter solidarisk.«

6. Artikel 4, stk. 2, i direktiv 2004/18 bestemmer følgende:

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

7. Direktivets artikel 25 bestemmer:

»I udbudsbetingelserne kan den ordregivende myndighed 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 til tredjemand, samt hvilke underentreprenører han foreslår.

Denne angivelse berører ikke den økonomiske aktørs ansvar som hovedmand.«

8. I direktivets artikel 26 bestemmes det:

»De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse er forenelige med [EU]-retten og de er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn.«

9. Følgende fremgår af direktivets artikel 44:

»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.

[...]«

10. I artikel 47, stk. 2 og 3, bestemmes det:

»2. 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.

3. En sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i artikel 4 kan på samme vilkår basere sig på sammenslutningens deltageres formåen eller andre enheders deltageres formåen.«

11. I direktivets artikel 48, stk. 3 og 4, bestemmes det:

»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.

4. En sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i artikel 4 kan på samme vilkår basere sig på sammenslutningens deltageres formåen eller andre enheders formåen.«

## B – *National ret*

12. Med lov om offentlige kontrakter (Publisko iepirkumu likums, Latvijas Vēstnesis, 2006, nr. 65 (3433)) gennemføres direktiv 2004/18 i lettisk ret.

13. Det fremgår af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at denne lov i artikel 41 (»Økonomisk og finansiel formåen«), stk. 3, og artikel 42 (»Teknisk og/eller faglig formåen«), stk. 3, bestemmer, at en tilbudsgiver 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<sup>3</sup>.

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

3 — Det skal bemærkes, at tvisten i hovedsagen ikke vedrører overensstemmelsen af bestemmelserne i national ret med EU-retten. Ostas celtņiks har kun bestridt lovligheden af nogle af betingelserne i de pågældende udbudsbetingelser; jf. punkt 16-18 i dette forslag til afgørelse. Efter et spørgsmål fra retsformand Tizzano under retsmødet oplyste den lettiske regering endvidere Domstolen om, at den kontrakt, der var tale om i hovedsagen, var en kontrakt om arbejder til en værdi af ca. 3 mio. EUR, et beløb, som er lavere end det beløb, der i direktivet er fastsat som loft for denne type kontrakt [jf. artikel 7, litra c), i direktiv 2004/18]. Den lettiske regering præciserede dog, at direktiv 2004/18 i henhold til lettisk lovgivning finder anvendelse også på arbejder til et beløb som det, der er tale om i forbindelse med nævnte kontrakt.

### III – De faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

15. Myndigheden iværksatte en offentlig udbudsprocedure med henblik på forbedring af vejinfrastrukturen.

16. Følgende fremgår af punkt 9.5 i udbudsbetingelserne, der blev godkendt den 29. november 2011:

»[...] 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 besluttet at tildele denne tilbudsgiver kontrakten, skal denne indgå en samarbejdsaftale med disse aktører inden afgørelsen om tildeling og sende denne til den ordregivende myndighed.«

17. Ifølge den forelæggende ret skal samarbejdsaftalen 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.«

18. Ostas celtnieks anfægtede over for kontoret flere af kravene i udbudsbetingelserne, særlig punkt 9.5.

19. Med afgørelse af 13. februar 2012 imødekom kontoret Ostas celtnieks på forskellige punkter, men det forkastede indsigelserne vedrørende udbudsbetingelsernes punkt 9.5. Kontoret bemærkede, at den ordregivende myndighed med dette punkt rent faktisk havde angivet, hvordan en tilbudsgiver kunne bevise over for ordregiveren, at denne i hele kontraktperioden råder over de nødvendige midler, som denne oplyser.

20. Ostas celtnieks indbragte sagen for Administratīvā rajona tiesa (distriktsforvaltningsretten) med påstand om, at kontorets afgørelse var delvist ulovlig på flere punkter, særlig i tilknytning til punkt 9.5 i udbudsbetingelserne.

21. Med afgørelse af 7. maj 2013 fastslog Administratīvā rajona tiesa, at udbudsbetingelsernes punkt 9.5 var delvist ulovligt.

22. Ifølge denne ret fremgår det hverken af den lettiske lov 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, og kræve, at tilbudsgiveren indgår en sådan aftale eller opretter et interessentskab med dem. Ifølge Administratīvā rajona tiesa kan en økonomisk aktør i forbindelse med en bestemt kontrakt benytte sig af andre enheders formåen, uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem dem.

23. Myndigheden og kontoret indgav kassationsanker til prøvelse af denne afgørelse ved den forelæggende ret. De gjorde heri gældende, at udbudsbetingelsernes punkt 9.5 var berettigede for at nedbringe risikoen for manglende opfyldelse af kontrakten, for den ordregivende myndighed har, når der ikke findes en forpligtelse til at indgå en aftale, ikke mulighed for at kontrollere, at kontrakten opfyldes i overensstemmelse med det afgivne bud, og at de entreprenører, hvis formåen tilbudsgiveren gør gældende, ikke trækker deres tilsagn tilbage.

24. Ifølge myndigheden og kontoret vedrører udtrykket »uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem dem«<sup>4</sup>, de forbindelser, der generelt findes mellem en tilbudsgiver og en entreprenør, hvis formåen denne gør gældende. De mener, at det ikke fremgår af den lettiske lov om offentlige kontrakter, hvordan tilbudsgiveren kan bevise over for den ordregivende myndighed, at denne råder over de nødvendige ressourcer, og at dette således overlades til den ordregivende myndigheds skøn.

25. De er ligeledes af den opfattelse, at eftersom bestemmelserne i direktiv 2004/18 blev gennemført i lettisk ret med den lettiske lov om offentlige kontrakter, skal der ligeledes tages hensyn til fortolkningen af direktivets bestemmelser i Domstolens retspraksis. De har ligeledes gjort gældende, at Domstolen i domme *Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133)* og *Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636)* fastslog, at en ordregivende myndighed for at nedbringe risiciene mest muligt skal kontrollere, at tilbudsgiverne råder over de nødvendige ressourcer.

26. Den forelæggende ret har gjort gældende, at det fremgår af adskillige af Domstolens domme, at den ordregivende myndighed skal kontrollere underleverandørernes kapacitet til at udføre kontrakten<sup>5</sup>.

27. Den har bl.a. bemærket, at Domstolen i præmis 33 i dom *Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646)* fastslog, »at direktiv 2004/18 giver mulighed for at kumulere flere økonomiske aktørers formåen med henblik på at opfylde de minimumskrav for formåen, som den ordregivende myndighed har fastsat, for så vidt som det over for denne bevises, at ansøgeren eller tilbudsgiveren, som baserer sig på formåen hos en eller flere andre enheder, rent faktisk disponerer over disse enheders midler, der er nødvendige for at gennemføre kontrakten«.

28. Ifølge den forelæggende ret ikke blot kan, men skal den ordregivende myndighed kontrollere tilbudsgiverens kapacitet til at udføre kontrakten. Den er dog af den opfattelse, at der mangler en klar afgørelse af spørgsmålet om, hvorvidt den ordregivende myndighed kan beslutte, at de eneste godkendte procedurer til at skaffe sig supplerende kapacitet består i at oprette en bestemt form for selskab sammen eller i at indgå en samarbejdsaftale, eller om den bydende virksomhed frit kan vælge, hvordan den vil samle sin kapacitet.

29. Augstākā tiesa har derfor 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?«

4 — Jf. artikel 41 (»Økonomisk og finansiel formåen«), stk. 3, og artikel 42 (»Teknisk og/eller faglig formåen«), stk. 3, i den lettiske lov om offentlige kontrakter samt artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18.

5 — Jf. bl.a. domme *Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133, præmis 16)* og *Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, præmis 28 og 29)*.

#### IV – Retsforhandlingerne ved Domstolen

30. Den lettiske og den græske regering samt Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg. Ostas celtnieks, den lettiske regering samt Kommissionen har ligeledes afgivet mundtlige indlæg under retsmødet den 16. april 2015.

#### V – Analyse

##### A – Indledende bemærkninger

31. Det skal bemærkes, at mens det spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet Domstolen, ikke nævner nogen konkret bestemmelse i direktiv 2004/18, henvises der i selve anmodningen om en præjudiciel afgørelse til direktivets artikel 25 (»Underentreprise«), 26 (»Betingelser vedrørende kontraktens udførelse«), 47 (»Økonomisk og finansiel formåen«), 48 (»Teknisk og/eller faglig formåen«) og til 45. betragtning hertil.

32. Det fremgår endvidere af forelæggelsesafgørelsen, at tvisten i hovedsagen kun vedrører punkt 9.5 i de omtvistede udbudsbetingelser, der bestemmer, at såfremt en tilbudsgiver gør andre enheders formåen gældende, skal denne anføre disse enheder og godtgøre over for den ordregivende myndighed, at tilbudsgiveren råder over de nødvendige ressourcer til opfyldelse af kontrakten ved at fremlægge et tilsagn fra disse enheder om at indgå en samarbejdsaftale<sup>6</sup> eller om sammen med tilbudsgiveren at oprette et interessentskab inden tildelingen af kontrakten.

33. Med det spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt for Domstolen ønskes der således efter min opfattelse oplyst, om artikel 47, stk. 2, i direktiv 2004/18 (om den finansielle og økonomiske formåen hos de økonomiske aktører, der deltager i udbudsproceduren) og direktivets artikel 48, stk. 3, (om disse aktørers tekniske og/eller faglige formåen) er til hinder for en bestemmelse i udbudsbetingelserne, der pålægger en tilbudsgiver, der gør andre enheders formåen gældende, en forpligtelse til at indgå en samarbejdsaftale eller oprette et interessentskab med dem, inden tildelingen af kontrakten.

34. Ifølge Kommissionen giver formuleringen af dette punkt i udbudsbetingelserne imidlertid anledning til at mene, at den specifikke bestemmelse om indgåelse af en samarbejdsaftale eller oprettelse af et interessentskab blot vedrører fasen efter udvælgelsen og forud for tildelingen af kontrakten, og kun vedrører den udvalgte tilbudsgiver, som den ordregivende myndighed påtænker at tildele kontrakten. Denne specifikke bestemmelse er således i overensstemmelse med betingelserne vedrørende kontraktens udførelse, sådan som de er defineret i artikel 26 i direktiv 2004/18.

35. Kravene i punkt 9.5 i udbudsbetingelserne vedrører med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse heraf efter min opfattelse de minimumskriterier dels vedrørende den finansielle og økonomiske formåen dels vedrørende den tekniske og/eller faglige formåen, som den ordregivende myndighed kræver i henhold til artikel 44, stk. 2, samt artikel 47 og 48 i direktiv 2004/18, og som en tilbudsgiver skal opfylde for, at dennes tilbud kan tages i betragtning<sup>7</sup>, og ikke betingelser vedrørende kontraktens udførelse i henhold til direktivets artikel 26. Mens de ordregivende myndigheder i medfør af artikel 26 kan opstille særlige kriterier i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, fremgår

6 — Den lettiske regering har bemærket, at »et samarbejde består i, at to eller flere personer samarbejder på grundlag af en samarbejdsaftale med det formål at nå fælles mål ved hjælp af fælles ressourcer eller fælles midler. Artikel 2257 i den lettiske civillovbog vedrører spørgsmålet om fordeling af ansvaret mellem deltagerne i et samarbejde og bestemmer, at de forpligtelser, som et samarbejde indgår, forpligter alle medlemmerne af samarbejdet solidarisk over for tredjeparter«.

7 — Jf. analogt hermed dom Kommissionen mod Nederlandene (C-368/10, EU:C:2012:284, præmis 103 og 104). Det ser med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse heraf således ud til, at punkt 9.5 bl.a. henviser til kravene i bilag 1 til udbudsbetingelserne med titlen »Det finansielle bud« og bilag 2 med titlen »Kvalifikation«.

det dog af de eksempler på betingelser vedrørende kontraktens udførelse, der nævnes, dvs. at de »navnlig [kan] handle om sociale hensyn eller miljøhensyn«<sup>8</sup>, at denne artikel ikke vedrører tilbudsgiverens finansielle og økonomiske formåen eller tekniske og/eller faglige formåen i forbindelse med kontraktens udførelse, idet disse kriterier er omhandlet i artikel 44, stk. 2, samt artikel 47 og 48 i direktiv 2004/18.

36. De forpligtelser, der påhviler en tilbudsgiver, som baserer sig på andre enheders formåen, dels til at godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han råder over de nødvendige ressourcer til kontraktens udførelse, ved at fremlægge tilsagn fra disse enheder om indgåelse af en samarbejdsaftale, dels til at indgå samarbejdsaftaler med disse enheder eller til at oprette interessentskaber med dem inden kontraktens tildeling, hænger endvidere tæt sammen og bør ikke adskilles kunstigt.

37. Disse forpligtelser vedrører tilbudsgiverens økonomiske og finansielle formåen samt den faglige og tekniske formåen, særlig den måde, hvorpå tilbudsgiveren i henhold til artikel 47 og 48 i direktiv 2004/18 skal godtgøre, at han råder over de nødvendige ressourcer til kontraktens opfyldelse, hvis han navnlig benytter sig af underleverandører. Manglende opfyldelse af disse forpligtelser kan medføre udelukkelse fra kontrakttildelingsproceduren.

#### B – Artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18

38. Det kræves ikke i EU-reglerne, at en person, som indgår en kontrakt med en ordregivende myndighed, skal være i stand til direkte at levere den aftalte ydelse med sine egne midler. Det er tilstrækkeligt, at personen er i stand til at få udført den ydelse, der er tale om, ved at stille de garantier, der er nødvendige med hensyn hertil. Det følger dermed af såvel EU-bestemmelserne som Domstolens retspraksis, at enhver person eller enhed, der i betragtning af betingelserne fastsat i udbudsbekendtgørelsen finder sig egnet til at sikre udførelsen af denne kontrakt direkte eller som underleverandør, kan være tilbudsgiver eller ansøger. Denne enheds reelle evne til at opfylde betingelserne fastsat i udbudsbekendtgørelsen vurderes senere i proceduren i henhold til kriterierne fastsat i artikel 44-52 i direktiv 2004/18<sup>9</sup>.

39. »I medfør af artikel 44, stk. 2, første afsnit, i direktiv 2004/18 kan en ordregivende myndighed kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere skal opfylde minimumskriterier for økonomisk og finansiell formåen samt teknisk og faglig formåen i overensstemmelse med direktivets artikel 47 og 48. Den ordregivende myndighed kan i den forbindelse tage hensyn til den *rettighed*, som alle økonomiske aktører i henhold til artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 indrømmes til for en bestemt kontrakt at basere sig på 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 denne kontrakt«<sup>10</sup>.

8 — Jf. i denne retning dom Kommissionen mod Nederlandene (C-368/10, EU:C:2012:284, præmis 76).

9 — Jf. i denne retning dom CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, præmis 41 og 42 og den deri nævnte retspraksis).

10 — Jf. dom Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 28 og 29), min fremhævelse. Ordlyden af artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 kodificerer Domstolens faste retspraksis vedrørende tidligere direktiver om offentlige indkøb. Jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Jääskinen Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, punkt 20).

40. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at mens alle økonomiske aktører har en rettighed til for en bestemt kontrakt at basere sig på andre enheders formåen, skal de godtgøre, at de reelt disponerer over disse sammenslutningers eller virksomheders ressourcer, som de ikke selv ejer, og som er fornødne for aftalens opfyldelse<sup>11</sup>.

41. Den ordregivende myndighed må, som det angives i artikel 44, stk. 1, i direktiv 2004/18, foretage en egnethedsundersøgelse for at 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<sup>12</sup>.

42. Ved denne vurdering er det ikke efter direktiv 2004/18 tilladt hverken på forhånd at udelukke visse former for bevis eller at opstille en formodning for, at tilbudsgiveren råder over de til kontraktens opfyldelse nødvendige midler<sup>13</sup>.

43. Mens det af artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 fremgår, at »f.eks.« fremlæggelse af dokumentation for de andre enheders forpligtelser til at stille de nødvendige midler til rådighed for tilbudsgiveren udgør et acceptabelt bevis, udelukker disse bestemmelser på ingen måde andre beviser<sup>14</sup>.

#### *C – Punkt 9.5 i udbudsbetingelserne*

44. Med forpligtelsen for tilbudsgiveren til at indgå en samarbejdsaftale med de enheder, hvis formåen denne gør gældende, eller til at oprette et interessentskab med dem inden tildelingen af kontrakten, har tilbudsgiveren i henhold til punkt 9.5 i udbudsbetingelserne kun en enkelt mulighed for at godtgøre, at han disponerer over de andre enheders midler.

45. Denne forpligtelse er efter min opfattelse i strid med selve formuleringen af artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, der blot som eksempel nævner et bevismiddel, som en økonomisk aktør kan benytte sig af med henblik på for en bestemt kontrakt at basere sig på andre enheders formåen, hvilket pr. definition ikke pålægger denne at anvende et sådant bevismiddel, men heller ikke udelukker alle andre bevismidler.

46. Med den forpligtelse, som indføres med punkt 9.5 i udbudsbetingelserne, forbydes endog anvendelse af det bevismiddel, der er nævnt i artikel 47 og 48 i direktiv 2004/18.

11 — Jf. i denne retning domme *Holst Italia* (C-176/98, EU:C:1999:593, præmis 29) og *Siemens og ARGE Telekom* (C-314/01, EU:C:2004:159, præmis 43 og 44). Det følger heraf, at bevisbyrden påhviler den tilbudsgiver, der gør tredjeparters formåen gældende. I præmis 35 i dom *Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646) fastslog Domstolen, at »[d]et kan ikke udelukkes, 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. I et sådant tilfælde kan den ordregivende myndighed kræve, at en enkelt økonomisk aktør skal opfylde minimumsniveauet for den pågældende formåen, eller i givet fald at et begrænset antal økonomiske aktører opfylder disse i henhold til artikel 44, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/18, eftersom dette krav er forbundet med og afpasset efter den pågældende kontrakts genstand«. Det følger heraf, at Domstolen accepterer, at der kan være tale om usædvanlige omstændigheder, hvor en tilbudsgivers benyttelse af andre enheders formåen henset til selve den pågældende kontrakts karakter kan begrænses. Det fremgår ikke af anmodningen om en præjudiciel afgørelse, at der skulle være tale om sådanne udsædvanlige omstændigheder i hovedsagen.

12 — Jf. i denne retning dom *Holst Italia* (C-176/98, EU:C:1999:593, præmis 28).

13 — *Ibidem*, præmis 30.

14 —

»Både artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 bestemmer med en næsten identisk ordlyd, at »[e]n økonomisk aktør kan [...] basere sig på andre enheders formåen«. Ordlyden antyder, at det anerkendes, at økonomiske aktører har ret til at vælge denne metode til opfyldelse af udvælgelseskriterierne, forudsat at de kan bevise, at de faktisk råder over de ressourcer fra andre enheder, som er nødvendige for at opfylde kontrakten«. Jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Jääskinen *Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:130, punkt 24).

47. Jeg er endvidere af den opfattelse, at punkt 9.5 i udbudsbetingelserne overtræder proportionalitetsprincippet, idet tilbudsgiveren i henhold til dette punkt kun råder over et enkelt bevismiddel til at godtgøre, at han er kvalificeret og disponerer over de andre enheders midler<sup>15</sup>.

48. Mens målet om at sikre kontraktens udførelse således udgør et legitimt alment formål, går forpligtelsen i punkt 9.5 i udbudsbetingelserne helt klart ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål. Ved at pålægge tilbudsgiveren og de andre enheder, hvis formåen denne gør gældende, en begrænsning baseret på den retlige form, som deres forbindelse antager, som ikke er omhandlet i artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, svarer punkt 9.5 i udbudsbetingelserne til, at en tilbudsgivers ret til at gøre disse enheders formåen gældende og dermed det størst mulige antal tilbudsgivers deltagelse i udbudsprocedurene begrænses betydeligt og ubegrundet<sup>16</sup>, mens det for så vidt angår offentlige kontrakter med hensyn til etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser er i Unionens interesse, at det størst mulige antal bydende kan deltage i en udbudsprocedure<sup>17</sup>.

49. Tilbudsgiverens forpligtelse til med enheder, hvis tekniske og/eller faglige formåen denne f.eks. gør gældende, at indgå en samarbejdsaftale eller oprette et interessentskab inden tildelingen af kontrakten og til i samarbejdsaftalen at medtage en bestemmelse om, at tilbudsgiveren og de andre enheder er individuelt og solidarisk ansvarlige for kontraktens udførelse, uanset hvor stor en del af kontrakten, tilbudsgiveren agter at give i underentreprise, virker helt klart afskrækkende på denne form for økonomisk samarbejde<sup>18</sup>. Det er endog tvivlsomt, om denne foranstaltning rent faktisk vil bidrage til at nå målet om at sikre kontraktens udførelse, for det er vanskeligt at forestille sig, at en virksomhed med den tekniske og faglige formåen, der gøres gældende, vil acceptere et solidarisk finansielt ansvar, når blot en lille del af kontrakten udliciteres til denne virksomhed.

50. Da punkt 9.5 i udbudsbetingelserne f.eks. går ud over en tilbudsgivers ret til i henhold til artikel 25 i direktiv 2004/18 at give en del af arbejdet i underentreprise, begrænser det små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige kontrakter<sup>19</sup>.

#### D – Underentreprise eller grupper af økonomiske aktører

51. Den lettiske regering mener, at de aktører og eventuelle underentreprenører, hvis formåen tilbudsgiveren baserer sig på, ud fra den ordregivende myndigheds synspunkt udgør en gruppe af økonomiske aktører, som potentielt skal opfylde kontrakten. Den har bemærket, at de ordregivende myndigheder i henhold til artikel 4, stk. 2, i direktiv 2004/18 »ikke [kan] kræve, at grupper af økonomiske aktører antager en bestemt retlig form, men den udvalgte gruppe kan være nødsaget til at antage en bestemt retlig form, når den har fået tildelt kontrakten, i det omfang det er nødvendigt for at

15 — Imidlertid må de foranstaltninger, medlemsstaterne har vedtaget, i henhold til proportionalitetsprincippet, der hører til EU-retten almindelige grundsætninger, ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå et legitimt formål. Jf. i denne retning dom Serrantoni og Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

16 — Jf. i denne retning dom CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, præmis 37).

17 — Jf. i denne retning domme Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, præmis 29) og Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 34). »Formålet om at muliggøre den bredest mulige konkurrence gælder ikke kun i forhold til interessen i varernes og tjenesteydelsernes frie bevægelighed, men ligeledes i forhold til den pågældende ordregivende myndigheds egen interesse, som således har et større udvalg hvad angår det mest fordelagtige bud.« Jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Jääskinen Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, punkt 32).

18 — Det skal bemærkes, at artikel 63, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT L 94, s. 65) bestemmer, at »[s]åfremt en økonomisk aktør baserer sig på andre enheders kapacitet med hensyn til kriterierne vedrørende *økonomisk og finansiell formåen*, kan den ordregivende myndighed kræve, at den økonomiske aktør og de pågældende enheder hæfter solidarisk for kontraktens gennemførelse«, min fremhævelse. Det skal dog bemærkes, dels at denne bestemmelse, som medlemsstaterne i henhold til artikel 90 i direktiv 2014/24 skal gennemføre i national ret senest den 18.4.2016, ikke finder anvendelse på tvisten i hovedsagen *ratione temporis*, dels at den udelukkende vedrører omstændigheder, hvor tilbudsgiveren baserer sig på andre enheders formålet for så vidt angår kriterierne vedrørende *økonomisk og finansiell formåen* og ikke kriterierne om teknisk og/eller faglig formåen. Denne bestemmelse kræver endvidere blot, at tilbudsgiveren og de andre enheder hæfter solidarisk for kontraktens udførelse, uden at de som i hovedsagen pålægges en bestemt juridisk samarbejdsform. Det er endvidere logisk, at den solidariske hæftelse kun er knyttet til »økonomisk og finansiell formåen«.

19 — Jf. i denne retning dom Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

sikre en tilfredsstillende opfyldelse af denne«. Den lettiske regering har bemærket, at det fremgår klart af denne bestemmelse, at den ordregivende myndighed for at sikre udførelsen af kontrakten har ret til at anmode gruppen af aktører om at antage en bestemt retlig form. Det er med andre ord lovligt, at punkt 9.5 i udbudsbetingelserne i praksis pålægger de økonomiske aktører, der ønsker at benytte underleverandører<sup>20</sup>, en forpligtelse til at oprette en gruppe af økonomiske aktører med disse.

52. Det skal først og fremmest bemærkes, at forpligtelsen for grupper af økonomiske aktører til at antage en bestemt retlig form, når den har fået tildelt kontrakten, i henhold til artikel 4, stk. 2, i direktiv 2004/18 »i det omfang det er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende opfyldelse af denne«<sup>21</sup>, efter min opfattelse udgør et usædvanligt krav, der kun kan pålægges, når det er objektivt nødvendigt og under overholdelse af proportionalitetsprincippet. Ingen af disse elementer er blevet gjort gældende i den foreliggende sag.

53. Mere grundlæggende kan de ordregivende myndigheder, selv om de i visse tilfælde kan kræve en bestemt retlig form, når kontrakten er blevet tildelt til en gruppe af økonomiske aktører, ikke pålægge tilbudsgiveren og de underleverandører, som denne benytter sig af, at danne en sådan gruppe, for direktiv 2004/18 giver tilbudsgiveren mulighed for enten at give en del af kontrakten i underentreprise til tredjeparter (artikel 25), eller for at gå sammen med andre enheder i en gruppe af økonomiske aktører, som sammen afgiver et tilbud i forbindelse med en bestemt kontrakt (artikel 4, stk. 2).

54. Punkt 9.5 i udbudsbetingelserne knytter disse to betingelser, der tydeligvis er særskilte, sammen<sup>22</sup> og forpligter i det mindste efter den lettiske regerings opfattelse en tilbudsgiver, der benytter underleverandører, til at ændre dette samarbejde til en gruppe af økonomiske aktører.

55. Endelig har en tilbudsgiver, der deltager i udvælgelsesproceduren, i henhold til artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, ret til at vælge den samarbejdsform med de øvrige enheder, der er nødvendig for at opfylde kravene til økonomisk og finansiel formåen.

56. Det følger heraf, at punkt 9.5 fratager artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 deres effektive virkning og anvender bestemmelserne i direktivets artikel 4, stk. 2, ukorrekt.

## VI – Forslag til afgørelse

57. På grundlag af det anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer det af Augstākā tiesa (Letland) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»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 et krav i udbudsbetingelserne, der pålægger en tilbudsgiver, der baserer sig på andre enheders formåen, en forpligtelse til at indgå en samarbejdsaftale med dem eller skabe et interessentskab, inden de får tildelt kontrakten.«

20 — Jf. i denne retning dom Ordine degli Architetti m.fl. (C-399/98, EU:C:2001:401, præmis 90 og 91).

21 — Min fremhævelse.

22 — Jf. i denne retning dom Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, præmis 24). Jf. ligeledes artikel 47, stk. 3, og artikel 48, stk. 4, i direktiv 2004/18.