



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 28. januar 2021¹

Sag C-6/20

**Sotsiaalministeerium
mod
Innove SA
Procesdeltager:
Rahandusministeerium**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tallinna Ringkonnakohus (appeldomstolen i Tallinn, Estland))

»Præjudiciel forelæggelse – direktiv 2004/18/EF – offentlige kontrakter – kriterier for kvalitativ udvælgelse – artikel 2 – ligebehandling og ikke-forskelsbehandling – artikel 26 – betingelser vedrørende kontraktens udførelse – artikel 46 – ret til at udøve det pågældende erhverv, som er opnået i en anden medlemsstat – forordning (EF) nr. 852/2004 – fødevarehygiejne – artikel 6 – krav om autorisation fra eller registrering hos den nationale fødevaremyndighed i det land, hvor den virksomhed, hvorfra leveringen gennemføres, befinder sig – tidspunktet for fremlæggelsen af autorisationen eller registreringen for den ordregivende myndighed«

1. Når der er fastsat særlige betingelser vedrørende gennemførelsen af en offentlig kontrakt, bestemmer lovgivningen i Estland, at en tilbudsgiver skal godtgøre, at den pågældende opfylder disse betingelser ved *på tidspunktet for afgivelsen af tilbuddet* at fremlægge autorisationer udstedt af myndighederne i det pågældende land eller dokumentation for, at den pågældende er registreret i det relevante register, idet tilbudsgiveren ellers vil blive udelukket.

2. I 2015 og 2017 bekendtgjorde det estiske socialministerium udbudsprocedurer med henblik på tildeling af to kontrakter vedrørende levering af fødevarer til dårligt stillede personer. Ved afgivelsen af deres tilbud skulle tilbudsgiverne godtgøre, at de havde opnået autorisation fra den kompetente myndighed i Estland, eller at de fremgik af de relevante nationale registre.

3. Enheden Innove SA, som varetager forvaltningen af støtte, der finansieres med EU-midler², og finansministeriet var uenige med socialministeriet med hensyn til spørgsmålet om disse betingelsers forenelighed med EU-retten. Eftersom denne uenighed ikke blev afklaret administrativt, henvendte socialministeriet sig under påberåbelse af forordning (EF) nr. 852/2004³ til de estiske domstole for at anfægte Innoves afgørelse, som var i strid med socialministeriets opfattelse.

1 – Originalsprog: spansk.

2 – Ifølge de oplysninger, som den estiske regering har fremsendt som svar på et spørgsmål fra Domstolen, var Innove indtil den 31.3.2020 den nationale »gennemførelsesenhed« under program 14.1.1, »Den Europæiske Fond for Bistand til de Socialt Dårligst Stillede – indkøb og distribution af fødevarer«. Det fremgår af flere passager i forelæggelsesafgørelsen, at de leveringer af fødevarer, der var genstand for kontrakterne, var medfinansieret under Den Europæiske Unions strukturfonde.

3 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 29.4.2004 om fødevarehygiejne (EUT 2004, L 139, s. 1).

4. Der er opstået en tvist⁴ vedrørende kontraktvilkårene, og den ret, for hvilken tvisten er indbragt, har forelagt en anmodning om præjudiciel afgørelse, som Domstolen skal besvare. Domstolen skal nærmere bestemt undersøge: a) om pligten til at fremlægge nationale autorisationer eller dokumentation for registrering i registrene sammen med tilbuddene udgør en hindring for tilbudsgivernes lige muligheder og fri konkurrence med hensyn til offentlige kontrakter, og b) om direktiv 2004/18/EF⁵ kan fortolkes i overensstemmelse med kravene i forordning nr. 852/2004.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2004/18

5. Artikel 2 (»principper for indgåelse af kontrakter«) bestemmer:

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«

6. Artikel 26 (»betingelser vedrørende kontraktens udførelse«) er affattet således:

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

7. Artikel 46 (»retten til at udøve det pågældende erhverv«) foreskriver:

»Økonomiske aktører, der ønsker at deltage i en offentlig kontrakt, kan anmodes om at godtgøre, at de er optaget i det faglige register eller handelsregistret, eller om at afgive en erklæring under ed eller at fremlægge en attest som angivet i bilag IX A for offentlige bygge- og anlægskontrakter, i bilag IX B for offentlige vareindkøbskontrakter og i bilag IX C for offentlige tjenesteydelseskontrakter, og som foreskrevet i den medlemsstat, hvor de er etableret.

Hvis ansøgere eller tilbudsgivere i forbindelse med indgåelsen af offentlige tjenesteydelseskontrakter skal have en bestemt autorisation eller være medlem af en bestemt organisation for i deres hjemland at kunne udføre den pågældende tjenesteydelse, kan den ordregivende myndighed kræve bevis for denne autorisation eller dette medlemskab.«

2. Forordning nr. 852/2004

8. Artikel 2 (»definitioner«) bestemmer:

»1. I denne forordning forstås ved:

4 – Tvisten kan kvalificeres som *atypisk*, da det ikke fremgår, at nogen af de økonomiske aktører, som har deltaget, eller som kunne deltage i udbuddet, har anfægtet udbudsbetingelserne eller det endelige resultat af udbudsproceduren. Såvel sagsøgeren som de sagsøgte er organer under den estiske regering, som i deres indlæg til Domstolen har tilsluttet sig socialministeriets synspunkt og anfægtet Innoves og finansministeriets synspunkter. Sidstnævnte gjorde ved retten i første instans gældende, at den korrekte procedure med henblik på at løse tvisten mellem de pågældende organer var proceduren i »§ 3 og § 4 i Perioodi 2014-2020 struktuuritoetus seadus (lov om strukturstøtte for perioden 2014-2020) og § 101 i Vabariigi Valitsuse seadus (lov om republikkens regering)«.

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

[...]

c) »virksomhed«: enhver enhed inden for en fødevarevirksomhed

[...]«

9. Artikel 6 (»offentlig kontrol, registrering og autorisation«) fastsætter:

»1. Ledere af fødevarevirksomheder skal samarbejde med de kompetente myndigheder i overensstemmelse med anden gældende EF-lovgivning eller, i mangel heraf, med national lovgivning.

2. Ledere af fødevarevirksomheder skal navnlig give den relevante kompetente myndighed meddelelse på den måde, som myndigheden kræver, om alle virksomheder, som de er ansvarlige for, og som udfører enten produktion, forarbejdning eller distribution af fødevarer, med henblik på registrering af de pågældende virksomheder.

Ledere af fødevarevirksomheder skal også sørge for, at den kompetente myndighed altid har ajourførte oplysninger om virksomhederne, blandt andet ved at give meddelelse om enhver væsentlig ændring i aktiviteterne og enhver virksomhedslukning.

3. Ledere af fødevarevirksomheder skal imidlertid sørge for, at virksomheder autoriseres af den kompetente myndighed efter mindst et kontrolbesøg på stedet, når autorisation kræves i henhold til:

a) den nationale lovgivning i den medlemsstat, hvor virksomheden er beliggende

b) forordning (EF) nr. 853/2004

eller

c) en afgørelse vedtaget af Kommissionen. Denne foranstaltning, der har til formål at ændre ikke-væsentlige bestemmelser i denne forordning vedtages efter forskriftsproceduren med kontrol i artikel 14, stk. 3.

Medlemsstater, der i henhold til den nationale lovgivning kræver autorisation af visse virksomheder, der er beliggende på deres område, jf. litra a), underretter Kommissionen og de øvrige medlemsstater om de relevante nationale bestemmelser«⁶.

6 – Litra b) og c) i stk. 3 blev affattet i overensstemmelse med henholdsvis Berigtigelse til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 852/2004 af 29.4.2004 om fødevarehygiejne (EUT 2004, L 226, s. 3) og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 219/2009 af 11.3.2009 (EUT 2009, L 87, s. 109).

B. Estisk ret

*1. Riigihangete seadus*⁷

10. Det bestemmes i § 39, stk. 1:

»Den ordregivende myndighed skal efterprøve, om tilbudsgiverens eller ansøgerens økonomiske og finansielle formåen samt tekniske og faglige formåen opfylder de i udbudsbekendtgørelsen fastsatte betingelser vedrørende kvalifikation. Betingelserne vedrørende kvalifikation skal være tilstrækkelige til at godtgøre, at tilbudsgiveren eller ansøgeren er i stand til at gennemføre den offentlige kontrakt, og relevante og forholdsmæssige med hensyn til karakteren og mængden af samt formålet med de varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, der er genstand for den offentlige kontrakt«.

11. § 41, stk. 3, fastsætter:

»Når lovgiver fastsætter specifikke krav med henblik på en aktivitet, der skal udføres på grundlag af den offentlige kontrakt, anfører den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen de specifikke krav, der skal opfyldes, samt hvilke registreringer og driftsautorisationer der er nødvendige med henblik på tilbudsgiverens eller ansøgerens kvalifikation. Med henblik på efterprøvelsen af, om de specifikke krav, der er fastsat ved lov, er opfyldt, kræver den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen, at tilbudsgiveren eller ansøgeren godtgør, at den pågældende råder over en driftsautorisation eller en registrering eller opfylder ethvert andet specifikt krav eller dokumenterer, at den pågældende er medlem af en kompetent organisation i overensstemmelse med lovgivningen i den stat, hvor den pågældende er etableret, medmindre den ordregivende myndighed kan indhente denne dokumentation uden større udgifter ved at konsultere offentligt tilgængelige oplysninger i en database. Hvis tilbudsgiveren eller ansøgeren ikke råder over en driftsautorisation eller en registrering, eller hvis den pågældende ikke er medlem af den kompetente organisation i overensstemmelse med lovgivningen i den stat, hvor den pågældende er etableret, udelukker den ordregivende myndighed den pågældende«.

*2. Toiduseadus*⁸

12. § 8 (»pligt til at råde over en autorisation«) bestemmer:

»(1) Den økonomiske aktør skal være indehaver af en driftsautorisation med henblik på at drive virksomhed i fødevarersektoren med hensyn til følgende virksomheder:

- 1) en virksomhed som omhandlet i artikel 6, stk. 3, litra b) og c), i forordning [nr. 852/2004]
- 2) en virksomhed, hvis aktiviteter vedrørende primærprodukter af animalsk oprindelse ikke indebærer ændringer af deres form eller af deres oprindelige kendetegn, medmindre der er tale om en virksomhed, hvis formål er primærproduktion af disse produkter, og hvor producenten udfører dermed forbundne aktiviteter som omhandlet i forordning [nr. 852/2004]
- 3) en virksomhed, hvis aktiviteter vedrørende primærprodukter af ikke-animalsk oprindelse indebærer ændringer af deres form eller af deres oprindelige kendetegn, medmindre der er tale om en virksomhed, der er omhandlet i kapitel III i bilag II til forordning [nr. 852/2004]

⁷ – Lov om offentlige indkøb (herefter »RHS«) i den affattelse, der var gældende indtil den 31.8.2017 (RT I af 25.10.2016, 20).

⁸ – Lov om fødevarer (herefter »ToiduS«) (RT I 1999, 30, 415).

- 4) en virksomhed, hvor der forarbejdes fødevarer, navnlig tilberedning eller indpakning heraf, medmindre der er tale om indpakning af primærprodukter af ikke-dyrisk oprindelse, eller hvis der er tale om en virksomhed, der er omhandlet i kapitel III i bilag II til forordning [nr. 852/2004]
- 5) en virksomhed, hvis aktiviteter vedrører fødevarer af dyrisk oprindelse, som distribuerer disse produkter til en anden aktør, og som er omfattet af kapitel III i bilag II til forordning [nr. 852/2004]
- 6) en virksomhed, hvor der opbevares fødevarer, som for at sikre fødevaresikkerheden skal opbevares ved en anden temperatur end omgivelsestemperaturen
- 7) en virksomhed, der beskæftiger sig med detailhandel, navnlig med fødevarer, der skal opbevares ved en anden temperatur end omgivelsestemperaturen for at sikre fødevaresikkerheden, medmindre der er tale om en virksomhed, der er omhandlet i kapitel III i bilag II til forordning [nr. 852/2004]

[...]

(2) Driftsautorisationen giver den økonomiske aktør ret til at påbegynde udøvelsen og udviklingen af en økonomisk aktivitet i virksomheden eller i den del af virksomheden, som fremgår af driftsautorisationen.

(3) Den på området ansvarlige minister fastlægger ved en bekendtgørelse en detaljeret liste over de driftsområder og fødevarekategorier, med hensyn til hvilke aktøren skal være i besiddelse af en driftsautorisation.«

13. § 10 har følgende ordlyd:

»Den økonomiske aktør gives en driftsautorisation, hvis den pågældendes virksomhed eller den virksomhed, som den pågældende benytter til sin fødevarevirksomhed, opfylder kravene i [forordning nr. 852/2004 og nr. 853/2004 samt] i andre relevante bestemmelser om fødevarer.«

II. De faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

14. I 2015 og 2017 bekendtgjorde Estlands socialministerium to åbne udbud vedrørende offentlige kontrakter (nr. 157505 og 189564), hvis formål var levering af »fødevarehjælp til de dårligst stillede personer«. De to udbud oversteg hver fire mio. EUR⁹ i værdi.

15. I henhold til bekendtgørelse nr. 157505 skulle tilbudsgiverne råde over en autorisation fra Veterinaar- ja Toiduamet (veterinær- og fødevaremyndigheden, herefter »VTA«) og forelægge en bekræftelse på dette samt autorisationsnummeret.

16. Betingelserne vedrørende kontrakt nr. 157505 blev ændret under udbudsproceduren, således at det var tilstrækkeligt, at tilbudsgiverne indsendte en erklæring om overholdelse af oplysnings- og autorisationspligten i henhold til ToiduS. Det samme blev besluttet med hensyn til kontrakt nr. 189564.

⁹ – Der foreligger ikke oplysninger om, hvornår proceduren i 2017 blev indledt, men den forelæggende ret har ikke antydnet, at det er muligt, at Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18 (EUT 2014, L 94, s. 65) finder anvendelse.

17. Som følge af disse to procedurer blev der indgået rammeaftaler med tre tilbudsgivere. I sidste ende blev selskabet Sanitex OÜ (det estiske datterselskab til UAB Sanitex, det i Litauen hjemmehørende moderselskab) tildelt kontrakten, da selskabet havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud i det *miniudbud*, som blev gennemført inden for rammerne af rammeaftalerne.

18. De indkøb, der blev foretaget i henhold til kontrakterne, vedrørte fødevarer fra Estland, Letland og Litauen samt fra andre lande i Den Europæiske Union.

19. Under udførelsen af sine opgaver afviste Innove ved en »afgørelse om finansiel korrektion« af 30. oktober 2018¹⁰ betalingsanmodningerne (på i alt 463 291,55 EUR), som socialministeriet havde indsendt i forbindelse med de pågældende kontrakter.

20. Afgørelsen om finansiel korrektion støttede sig på den omstændighed, at socialministeriet ikke havde opfyldt sin pligt til at overholde RHS¹¹.

21. Innove var af den opfattelse, at de to offentlige kontrakter var omfattet af udvælgelseskriterier, som medførte en urimelig begrænsning af kredsen af tilbudsgivere, navnlig de udenlandske. Den urimelige begrænsning bestod i, at tilbudsgiverne blev afkrævet en autorisation fra den estiske myndighed henholdsvis opfyldelse af registreringspligten i Estland.

22. Efter Innoves opfattelse forhindrede muligheden for, at udenlandske tilbudsgivere kunne opfylde de pågældende betingelser ved at støtte sig til en anden persons midler eller ved at afgive et tilbud i fællesskab med en person, som opfyldte betingelserne, ikke, at kredsen af tilbudsgivere blev begrænset uforholdsmæssigt, idet disse tilbudsgivere blev afholdt fra at deltage i udbuddet.

23. Socialministeriet gjorde (fakultativ) indsigelse mod afgørelsen om finansiel korrektion, hvilken indsigelse blev afvist af Innove den 25. januar 2019.

24. Socialministeriet iværksatte appel til prøvelse af denne afgørelse om afslag ved Tallinna Halduskohus (forvaltningsdomstolen i Tallinn, Estland) med påstand om, at denne afgørelse blev erklæret ugyldig. Socialministeriet gjorde i det væsentlige følgende gældende:

- Udbudsbekendtgørelserne var lovlige, idet de ikke gav socialministeriet nogen skønsmæssig ved afgørelsen af, i hvilken fase af proceduren kravet om autorisation skal opfyldes.
- De specifikke krav var lovlige og i overensstemmelse med de i artikel 6 i forordning nr. 852/2004 fastsatte krav til registrering og autorisation.
- I den anfægtede afgørelse gøres det uretmæssigt gældende, at den ordregivende myndighed ikke kunne forlange en autorisation til drift i henhold til artikel 46 i direktiv 2004/18. Da det gælder fysisk håndtering af fødevarer i Estland, skal ordremodtageren eller det lager, som den pågældende benytter i forbindelse med kontrakter eller under-kontrakter, råde over en autorisation til drift fra VTA. Der sker ikke gensidig anerkendelse i medlemsstaterne af autorisationer til håndtering af fødevarer.
- Den ordregivende myndighed havde ikke mulighed for at erklære en tilbudsgiver kvalificeret, hvis den pågældende kun havde en autorisation til drift fra det land, hvor den pågældende er etableret. Tilbudsgiveren havde desuden tilstrækkelig tid til autorisationsproceduren.

10 – Herefter »afgørelse om finansiel korrektion«.

11 – Denne pligt stammede fra Perioodi 2014-2020 struktuuriotetuse seadus (lov om strukturstøtte for perioden 2014-2020).

25. Innove nedlagde påstand om frifindelse og gjorde følgende gældende:

- Selv om den ordregivende myndighed ved en ordlydsfortolkning af RHS' § 41, stk. 3, kan forlange af tilbudsgiveren, at den pågældende for at godtgøre opfyldelsen af de specifikke krav skal forelægge den efter estisk ret krævede autorisation eller registrering, skal dette krav fortolkes ud fra de relevante EU-retsakter (navnlig direktiv 2004/18) og ud fra retspraksis.
- Betingelsen om, at tilbudsgiverne skulle opfylde de specifikke krav i estisk ret allerede ved afgivelsen af tilbuddet, er ikke i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, som er fastsat i RHS' § 3, nr. 3.
- Det fremgår af Domstolens praksis, at princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne er til hinder for at indføre betingelser for deltagelse i et udbud, som kræver kendskab til praksis i den stat, hvor den ordregivende myndighed er etableret¹².
- I betragtning af den omtvistede betingelse burde det være blevet kontrolleret, om tilbudsgivere, der tidligere havde leveret tjenesteydelser i en anden medlemsstat, og tilbudsgivere, som tidligere havde haft med fødevarer at gøre i Estland, befandt sig i samme situation.

26. Finansministeriet intervenerede i sagen til støtte for Innoves synspunkt. Efter finansministeriets opfattelse var udvælgelseskriterierne i udbudsbekendtgørelsen urimeligt restriktive. Finansministeriet anførte navnlig, at:

- Udenlandske tilbudsgivere, hvis virksomhed ikke finder sted i Estland, skal opfylde kravene i den stat, hvor de opererer, og er under tilsyn af den kompetente myndighed i den stat, hvor de har deres hjemsted.
- Kravet om registrering og autorisation er et EU-retligt krav, som gælder i hele Unionen.
- Den ordregivende myndighed burde – for at begrænsningen skulle være rimelig over for de udenlandske tilbudsgivere og samtidig give den ordregivende myndighed sikkerhed for, at der ikke var tale om en ulovlig aktør – have tilladt forelæggelse af en ligeværdig autorisation eller attest udstedt af den udenlandske tilbudsgivers etableringsstat eller en anden kompetent myndighed. Først i forbindelse med udførelsen af kontrakten burde den ordregivende myndighed have forlangt af en udenlandsk tilbudsgiver, at den pågældende skulle opfylde de krav i estisk ret, som er nødvendige for at udføre kontrakten.

27. Ved dom af 22. maj 2019 frifandt Tallinna Halduskohus (forvaltningsdomstolen i Tallinn, Estland) sagsøgte, idet den pågældende domstol nærmere bestemt fastslog følgende:

1. Den omtvistede betingelse fører til forskelsbehandling af udenlandske tilbudsgivere, som, da de ikke tidligere har opereret i Estland, på tidspunktet for afgivelsen af tilbuddet ikke kan opfylde registrerings- og autorisationspligten.
2. Estiske tilbudsgivere, som tidligere har opnået erfaring med at drive virksomhed i Estland, står i en bedre position i forhold til andre økonomiske aktører med lignende erfaring i andre EU-medlemsstater¹³.

12 – Innove henviste i denne henseende til dom af 14.12.2016, Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, præmis 42), og af 2.6.2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 45, 46 og 51).

13 – Tallinna Halduskohus (forvaltningsdomstolen i Tallinn) henviste til *Offentlige udbud – Vejledning til praktikere* fra Kommissionen (https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_da.pdf). Den nuværende udgave indeholder bl.a. følgende eksempel på et diskriminerende udvælgelseskriterium, nærmere bestemt forpligtelsen til, »at faglige kvalifikationer/certifikater allerede er anerkendt i den ordregivende myndigheds land på tidspunktet for afgivelse af bud, da det ville have været vanskeligt for udenlandske tilbudsgivere at opfylde dette krav med så kort en frist«.

3. Tilbudsgiverens pligt til sideløbende med udarbejdelsen af tilbuddet at ansøge om en autorisation til udøvelse af fødevarevirksomhed er uforholdsmæssig.
4. Ansøgningen om autorisation i henhold til ToiduS indebærer navnlig meddelelse om en konkret aktivitet, der er omfattet af autorisationen, og angivelse af kapaciteten. På tidspunktet for afgivelsen af tilbuddet er disse oplysninger for det første ikke tilgængelige, da tilbudsgiveren endnu ikke ved, om den pågældendes tilbud vil blive udvalgt, eller hvilke mængder, den pågældende skal tage højde for. Formålet med denne lov er for det andet ikke at ansøge om en autorisation til hypotetiske aktiviteter, og desuden er det ikke muligt at ansøge om en autorisation på grund af tidsfristen.

28. Socialministeriet har iværksat appel til prøvelse af dommen i første instans ved Tallinna Ringkonnakohus (appeldomstolen i Tallinn, Estland), som i sin forelæggelsesafgørelse bl.a. har anført følgende betragtninger:

1. Tvisten drejer sig om spørgsmålet, om det var realistisk at opstille en betingelse for deltagelse i udbudsproceduren, hvorefter en tilbudsgiver allerede skal råde over en autorisation udstedt af en estisk myndighed i overensstemmelse med ToiduS, eller den pågældende skal have opfyldt sin registreringspligt i Estland.
2. Sådanne betingelser, som fremgår af forordning nr. 852/2004, indføres med henblik på at sikre fødevarer sikkerheden. Eftersom kravene om en attest eller autorisation fra den kompetente myndighed med henblik på påbegyndelse af virksomhedsdrift i en anden medlemsstat end oprindelsesstaten ikke er fuldstændigt harmoniseret, kan en økonomisk aktør ikke støtte sig på en autorisation udstedt af den pågældendes oprindelsesstat, men skal derimod opnå en ny autorisation eller registrering i den medlemsstat, hvor virksomheden skal udøves.
3. Såfremt tilbudsgiveren er kvalificeret på grundlag af løftet om at ansøge om en driftsautorisation eller registrering, kan kontraktens udførelse bringes i fare, hvis den pågældende ikke opfylder denne forpligtelse eller ikke kan udøve sin virksomhed i overensstemmelse med autorisations- eller registreringskravene. I så fald må den ordregivende myndighed gennemføre en ny udbudsprocedure.
4. Det er afgørende at fastslå, om det af hensyn til fødevarer sikkerheden og opnåelsen af de offentlige kontraktens mål er begrundet at pålægge udenlandske tilbudsgivere en begrænsning, hvorefter de forud for afgivelsen af tilbuddet enten skal ansøge om den krævede autorisation eller registrering eller afgive et tilbud i fællesskab med en allerede autoriseret eller i Estland registreret virksomhed.
5. Selv om et sådant krav kan være uforholdsmæssigt med hensyn til udenlandske tilbudsgivere, er fortolkningen af artikel 46 i direktiv 2004/18 ikke tilstrækkelig klar, og der er desuden tale om en bestemmelse, som Domstolen endnu ikke har haft lejlighed til at fortolke.

29. På denne baggrund har Tallinna Ringkonnakohus (appeldomstolen i Tallinn) forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal artikel 2 og 46 i [...] direktiv nr. 2004/18[...] fortolkes således, at de er til hinder for nationale bestemmelser – som § 41, stk. 3, i [RHS] – hvorefter den ordregivende myndighed, når der ved lov er fastlagt specifikke krav for de aktiviteter, der skal udføres på grundlag af en offentlig kontrakt, skal oplyse i udbudsmaterialet, hvilke registreringer eller autorisationer der er nødvendige for tilbudsgiverens kvalifikation, med henblik på kontrollen af, om de særlige lovbestemte krav er opfyldt i udbudsbekendtgørelsen, skal forlange forelæggelse af dokumentation for autorisationen eller registreringen og afvise tilbudsgiveren som ikke kvalificeret, hvis den pågældende ikke har den relevante autorisation eller registrering?

- 2) Skal artikel 2 og 46 i [...] direktiv nr. 2004/18[...] fortolkes således, at de er til hinder for, at den ordregivende myndighed i forbindelse med en kontrakt om indkøb af fødevarehjælp, som overstiger den internationale grænseværdi, fastlægger et udvælgelseskriterium for tilbudsgiverne, hvorefter alle tilbudsgivere uanset deres tidligere aktivitetssted allerede ved afgivelsen af tilbuddene skal råde over en autorisation eller registrering i det land, hvor fødevarehjælpen ydes, selv om tilbudsgiveren ikke tidligere har været aktiv i den pågældende medlemsstat?
- 3) Såfremt det ovenstående spørgsmål besvares bekræftende:
 - 1) Skal artikel 2 og 46 i [...] direktiv nr. 2004/18[...] anses for bestemmelser, som er så klare, at princippet om den berettigede forventning ikke kan gøres gældende heroverfor?
 - 2) Skal artikel 2 og 46 i [...] direktiv nr. 2004/18[...] fortolkes således, at en situation, hvor den ordregivende myndighed i forbindelse med et offentligt udbud vedrørende fødevarehjælp i overensstemmelse med fødevareloven forlanger af tilbudsgiverne, at de allerede på tidspunktet for afgivelsen af tilbuddet råder over en autorisation, kan anses for en åbenbar tilsidesættelse af de gældende bestemmelser, forsømmelighed eller misbrug, som er til hinder for, at princippet om den berettigede forventning kan gøres gældende?»

III. Retsforhandlingerne for Domstolen

30. Forelæggelsesafgørelsen indgik til Domstolen den 7. januar 2020.

31. Den estiske regering og Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg. De ovennævnte aktører samt Riigi Tugiteenuste Keskus (center for statsstøttetjenester, Estland), som er det organ, der delvist har overtaget Innoves funktioner, besvarede Domstolens spørgsmål skriftligt i stedet for et retsmøde.

IV. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

32. Som Domstolen har anmodet om, vil jeg blot behandle de to første præjudicielle spørgsmål.

33. Den forelæggende rets tvivl drejer sig i det væsentlige om, hvorvidt artikel 2 og 46 i direktiv 2004/18 er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter den ordregivende myndighed med henblik på tilbudsgivernes kvalifikation pålægger de omtvistede betingelser i forbindelse med to offentlige kontrakter om indkøb og distribution af fødevarehjælp til de dårligst stillede personer.

34. Ved hjælp af disse betingelser krævede den ordregivende myndighed, at tilbudsgivere samtidig med afgivelsen af deres tilbud skulle forelægge dokumentation for, at de havde en autorisation i Estland, eller at de var registreret i dette land. Ifølge den estiske regering er der tale om krav, der følger af RHS' § 41, stk. 3¹⁴.

35. Dette krav indgik i udbudsbetingelserne vedrørende kontrakt nr. 157505, og det fremgik, at tilbudsgivere skulle have den nævnte autorisation i Estland, samt at de skulle forelægge en bekræftelse på dette samt autorisationsnummeret sammen med deres tilbud. Denne betingelse blev imidlertid lempet, idet det blev accepteret, at tilbudsgivere blot indsendte en erklæring om overholdelse af oplysnings- og autorisationspligten. I forbindelse med kontrakt nr. 189564 var det fra begyndelsen tilstrækkeligt, at sidstnævnte betingelse var opfyldt.

14 – Punkt 10 i den estiske regerings skriftlige indlæg.

36. Det fremgår af parternes indlæg og forelæggelsesafgørelsen, at den ordregivende myndighed herved forsøgte at tilpasse sig artikel 6 i forordning nr. 852/2004: Den ordregivende myndighed krævede indledningsvist den i stk. 3 nævnte autorisation og stillede sig efterfølgende tilfreds med at kræve de mindre strenge krav i stk. 2 opfyldt, som er begrænset til en række rapporteringsforpligtelser.

37. Som det nærmere vil fremgå nedenfor, er udgangspunktet for disse to bestemmelser i artikel 6 i forordning nr. 852/2004, at fødevareaktører skal have en virksomhed i den stat, hvor den kompetente myndighed udøver sine offentlige funktioner.

38. I denne forbindelse fremgår det, at den ordregivende myndighed krævede, at en tilbudsgiver havde en virksomhed i Estland (samt autorisationer til drift, eller at tilbudsgiveren var registreret i de relevante registre i dette land).

39. Selv om forelæggelsesafgørelsen ikke redegør nærmere for udbudskriterierne, kan de omtvistede betingelser imidlertid undersøges ud fra et andet perspektiv, hvis udbudsbetingelserne faktisk gjorde det muligt at tilbyde levering af fødevarer fra virksomheder uden for Estland¹⁵.

40. I så fald kan forordning (EF) nr. 178/2002¹⁶, hvis hovedformål er at sikre den frie bevægelighed for sikre og sunde fødevarer i EU, være relevant. Dette formål er ligeledes et af formålene med forordning nr. 852/2004, som førnævnte forordning er forbundet med¹⁷.

41. Hvis det i udbudsbetingelserne ikke krævedes, at tilbudsgiverne havde en virksomhed i Estland, må det lægges til grund, at tilbuddene fra de pågældende økonomiske aktører kunne basere sig på en levering af fødevarer fra uden for dette lands grænser, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve¹⁸.

42. Hvis udbudsbetingelserne derimod krævede, at alle tilbudsgivere skulle have en virksomhed i Estland, hvorfra leveringen af fødevarer skulle gennemføres¹⁹, må det vurderes, om et sådant krav var behørigt begrundet, og, såfremt dette var tilfældet, om det ikke gik ud over, hvad der var nødvendigt for at nå de forfulgte mål. Dette er endnu et spørgsmål, som det tilkommer den forelæggende ret at behandle.

43. Hvis den forelæggende ret i sidstnævnte tilfælde var af den opfattelse, at kravet om at have en virksomhed i Estland ikke var begrundet, eller at det var uforholdsmæssigt, kan socialministeriet have tilsidesat artikel 2 i direktiv 2004/18 ved at forskelsbehandle aktører med hjemsted i andre medlemsstater, som ikke havde en sådan virksomhed.

44. Nedenstående betragtninger forudsætter, at de kontraktlige dokumenter implicit eller eksplicit krævede, at tilbudsgiverne skulle have en virksomhed i Estland, hvilket fører til en undersøgelse af anvendelsen af artikel 6, stk. 2 og 3, i forordning nr. 852/2004, sammenholdt med direktiv 2004/18.

15 – Kommissionen har i sit skriftlige indlæg (punkt 2) fremhævet, at »det ikke tydeligt fremgår af anmodningen om præjudiciel afgørelse, hvorfor det er nødvendigt at have en virksomhed, der befinder sig i Estland«.

16 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 28.1.2002 om generelle principper og krav i fødevarerlovgivningen, om oprettelse af Den Europæiske Fødevaresikkerhedsautoritet og om procedurer vedrørende fødevaresikkerhed (EFT 2002, L 31, s. 1).

17 – Jf. især 16., 17, og 20. betragtning til forordning nr. 852/2004.

18 – Den estiske regerings svar på Domstolens spørgsmål giver anledning til yderligere forvirring herom. Den estiske regering har anført (punkt 10), at »den ordregivende myndighed havde udtænkt leveringen af tjenesteydelser på baggrund af en model for udøvelse af fødevarevirksomhed, som sandsynligvis kræver en virksomhed på det nationale område. Den ordregivende myndighed har anført, at det, selv om den ikke har lagt dette til grund, og der ikke er afgivet tilbud i denne retning, ikke fuldstændig kan udelukkes, selv om det ville være usandsynligt, at en tilbudsgiver i sin økonomiske og operationelle model angav en anden form for levering af tjenesteydelser, dvs. *uden at den pågældende havde en virksomhed på det nationale område*«. Min fremhævelse.

19 – Ifølge forelæggelsesafgørelsen (præmis 3) gjorde socialministeriet for retten i første instans gældende, at »det ikke er muligt at udføre kontrakten uden at anvende et anlæg til midlertidig opbevaring eller et transportmiddel, der befinder sig i Estland. Eftersom den valgte tilbudsgiver ikke kan udføre kontrakten uden at opbevare fødevarerne, har den pågældende status som en fødevarevirksomhed«.

B. Det første og det andet præjudicielle spørgsmål

45. Det er efter min opfattelse hensigtsmæssigt at besvare begge spørgsmål samlet, da de er forbundne. Mit svar består af tre trin: tilbudsgivernes kvalifikation, b) kravet om, at tilbudsgiverne skal have en virksomhed i Estland til håndtering af fødevarer, og c) gyldigheden af de omtvistede betingelser, hvis de gør sig gældende under udførelsen af kontrakten og ikke ved udbuddets begyndelse.

1. Tilbudsgivernes kvalifikation

46. Det gentages i forelæggelsesafgørelsen, at de betingelser, som tvisten drejer sig om, vedrørte tilbudsgivernes »kvalifikation«. Den estiske regering har bekræftet dette, idet den har fremhævet, at »de er knyttet til tilbudsgiverens person og kan sidestilles med en betingelse for kvalifikation«²⁰.

47. Dette fremgår klart af det første præjudicielle spørgsmål: De nationale bestemmelser kræver, at den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen anfører de »registreringer eller autorisationer der er nødvendige« for tilbudsgiverens *kvalifikation*. Hvis en tilbudsgiver ved afgivelsen af tilbud ikke godtgjorde sin autorisation eller registrering, betegnede den ordregivende myndighed den pågældende som *ikke kvalificeret* (og afviste dermed den pågældende).

48. Det andet præjudicielle spørgsmål er affattet på en tilsvarende måde: Her ønskes det oplyst, om artikel 2 og 46 i direktiv 2004/18 er til hinder for, at den ordregivende myndighed som betingelse for tilbudsgivernes *kvalifikation* kræver, at disse »uanset deres tidligere aktivitetssted [...] ved afgivelsen af tilbuddene skal råde over en autorisation eller registrering i det land, hvor fødevarerhjælpen ydes«.

49. Således fremgår det, at begge spørgsmål henviser til artikel 46 i direktiv 2004/18. I henhold til dette direktivs artikel 44 skal der ved undersøgelsen af *egnetheden* af de økonomiske aktører, der deltager i udbudsprocedurerne, ses bort fra de aktører, der er udelukket i henhold til det pågældende direktivs artikel 46 (og artikel 45).

50. Artikel 46 i direktiv 2004/18 omhandler imidlertid blot »retten til at udøve det pågældende erhverv«, som de pågældende økonomiske aktører skal have. Der er tale om en subjektiv ret, der er forbundet med den erhvervsmæssige *status* for den økonomiske aktør, der ønsker at deltage i udbudsproceduren. Det kan således forlanges, at en sådan aktør godtgør sin ret til at udøve det pågældende erhverv ved at fremlægge de i artikel 46 anførte dokumenter.

51. Undersøgelsen af artikel 46 i direktiv 2004/18, sammenholdt med 42. betragtning til det pågældende direktiv²¹, viser, at der i forbindelse med udvælgelsen af tilbudsgivere gælder et princip om gensidig anerkendelse med henblik på godtgørelse af retten til at udøve det pågældende erhverv:

- Det fremgår af bestemmelsens første afsnit, at alle økonomiske aktører, der ønsker at deltage i en offentlig kontrakt, kan anmodes om at godtgøre, »at de er optaget i det faglige register eller handelsregistret, eller om at afgive en erklæring under ed eller at fremlægge en attest [...] som foreskrevet i den medlemsstat, hvor de er etableret«.

²⁰ – Punkt 12 i den estiske regerings skriftlige indlæg.

²¹ –

»I forbindelse med krav om dokumentation af særlige kvalifikationer for at kunne deltage i en udbudsprocedure eller i en projektkonkurrence om tjenesteydelser anvendes de relevante fællesskabsbestemmelser om gensidig anerkendelse af eksamensbeviser, certifikater eller anden dokumentation for formelle kvalifikationer.«

- Det anføres i samme retning i bestemmelsens andet afsnit, dog kun i forbindelse med indgåelsen af offentlige tjenesteydelseskontrakter, at »[h]vis ansøgere eller tilbudsgivere [...] skal have en bestemt autorisation eller være medlem af en bestemt organisation for i deres hjemland at kunne udføre den pågældende tjenesteydelse, kan den ordregivende myndighed kræve bevis for denne autorisation eller dette medlemskab«.

52. Det fremgår af disse bestemmelser, at en tilbudsgiver kan dokumentere sine kvalifikationer (subjektive egnethed til at udføre en offentlig kontrakt) ved at henvise til dokumenter fra de kompetente myndigheder i den medlemsstat, hvor den pågældende er etableret.

53. Andre bestemmelser i direktiv 2004/18, der befinder sig i samme afdeling, som omhandler »kriterier for kvalitativ udvælgelse«, går i samme retning:

- I henhold til artikel 48, stk. 2, litra d), kan en økonomisk aktør godtgøre sin tekniske og faglige formåen ved at fremsende den ordregivende myndighed i den medlemsstat, hvor den offentlige kontrakt skal udføres, dokumenter udarbejdet af de kompetente myndigheder i den medlemsstat, hvor den pågældende er etableret.
- Artikel 49 indeholder den samme retningslinje i forbindelse med overholdelsen af »kvalitetssikringsstandarder«.
- Det følger af artikel 52, stk. 3, at »[e]n af et kompetent organ attesteret optagelse på en officiel liste eller attesten udstedt af attesteringsorganet [kun] udgør [...] en formodning om kvalifikation for andre medlemsstaters ordregivende myndigheder« i forhold til bl.a. samme direktivs artikel 46. Artikel 52, stk. 5, andet afsnit, kræver, at de ordregivende myndigheder »anerkender tilsvarende attester fra organer i andre medlemsstater«.

54. Ovenstående positive bestemmelser styrkes af visse begrænsninger, som de ordregivende myndigheder er underlagt. Nærmere bestemt:

- Artikel 52, stk. 4, i direktiv 2004/18, er til hinder for, »[d]e oplysninger, der kan udledes af optagelsen på de officielle lister eller attesteringen [som nævnt i stk. 3], kan [...] drages i tvivl uden begrundelse«.
- I forbindelse med »optagelse af økonomiske aktører fra andre medlemsstater på en officiel liste eller attesting af sådanne foretaget af de [kompetente] organer« forbyder artikel 52, stk. 5, i direktiv 2004/18 i særlig grad, at »der [...] kræves andre beviser eller erklæringer end dem, der kræves af nationale leverandører«, idet det tilføjes, at »[e]n sådan optagelse eller attesting [ikke] kan [...] pålægges de økonomiske aktører fra andre medlemsstater med henblik på deres deltagelse i en udbudsprocedure«.

55. Ved vurderingen af retten til at udøve det pågældende erhverv for en tilbudsgiver fra en anden medlemsstat kræver artikel 46 i direktiv 2004/18 således, at den pågældende ligestilles med en national tilbudsgiver med en tilsvarende ret.

56. Når en tilbudsgiver viser, at den pågældende har den relevante kvalifikation i en anden medlemsstat, på en af de måder, der er fastlagt i direktiv 2004/18, bør godtgørelsen af denne omstændighed være tilstrækkelig til, at den ordregivende myndighed anser kravet om, at den pågældende skal have ret til at udøve det pågældende erhverv, for opfyldt.

57. Artikel 46 i direktiv 2004/18 skal sammenfattende fortolkes således, at en ordregivende myndighed som et kriterium for kvalifikation (dvs. kvalitativ kvalifikation) ikke kan kræve opnåelse af en registrering eller autorisation i den medlemsstat, hvor kontrakterne udføres, når tilbudsgiveren allerede har en lignende ret i den medlemsstat, hvor den pågældende er etableret.

58. For så vidt som de udbudsbetingelser, der er genstand for denne tvist (og eventuelt de nationale bestemmelser, som disse udbudsbetingelser hviler på), med henblik på at undersøge egnetheden for tilbudsgivere, der har opnået en ret i en anden medlemsstat, kræver opnåelse af en *ny*, tilsvarende ret i Estland, overholder de ikke artikel 46 i direktiv 2004/18.

59. På denne baggrund må det afgøres, om anvendelsen af forordning nr. 852/2004 kan berøre denne fortolkning af artikel 46 i direktiv 2004/18. Dette kan være tilfældet, hvis de betingelser, som tilbudsgiverne er underlagt, ikke berører deres (subjektive) *kvalifikation* som bemyndigede økonomiske aktører, men snarere deres konkrete tilstedeværelse, ved hjælp af en bestemt virksomhed, i den stat, hvis ordregivende myndighed har opstillet de pågældende betingelser.

60. Den estiske regering har henvist til forordning nr. 852/2004 [artikel 6, stk. 3, litra a)] med henblik på at påberåbe sig retten til at kræve, at tilbudsgiverne har en »autorisation til *opbevaring* af fødevarer«. Den estiske regering har nærmere bestemt anført, at den økonomiske aktør skal »være i besiddelse af en autorisation til drift i fødevarerektoren *med hensyn til den virksomhed, hvor der opbevares fødevarer*, som [...] skal opbevares ved en anden temperatur end omgivelsestemperaturen«²².

2. Kravet om, at tilbudsgivere skal have en virksomhed i Estland til håndtering af fødevarer

61. Som nævnt må det på grund af manglen på nærmere oplysninger i forelæggelsesafgørelsen lægges til grund, at de kontraktlige dokumenter krævede, at tilbudsgiverne havde en virksomhed i Estland.

62. Artikel 6 i forordning nr. 852/2004 er baseret på en territorial tilknytning mellem den virksomhed, hvor fødevareraktiviteten udøves, og den medlemsstat, hvor denne virksomhed befinder sig.

63. I kraft af denne territoriale tilknytning må den myndighed, der er kompetent med henblik på kontrollen med produktionen, forarbejdningen og distributionen af fødevarer med hensyn til den pågældende virksomhed nødvendigvis være den kompetente myndighed i den medlemsstat, hvor virksomheden befinder sig.

64. Det følger af denne regel, at pligten til at have en virksomhed, der er autoriseret eller registreret i Estland, også omfatter fødevareraktiviteter, der i en anden medlemsstat har opnået ret til at udøve det pågældende erhverv. Kun på denne måde sikres det, at *kontrollen med den aktivitet, der udføres i den virksomhed*, der befinder sig i Estland, udføres af dette lands myndigheder.

65. Kravet om, at virksomheder, som i en medlemsstat råder over virksomheder med henblik på produktion, forarbejdning og distribution af fødevarer, skal være registreret i den pågældende medlemsstat eller råde over en autorisation fra dens myndigheder, er således principielt i overensstemmelse med EU-retten.

66. Problemerne opstår, når denne regel skal forenes med de EU-retlige bestemmelser om offentlige udbud. Det fremgår af sidstnævnte bestemmelser, at den ordregivende myndighed:

- på den ene side skal fjerne begrænsningerne for konkurrencen og overholde »principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører« (artikel 2 i direktiv 2004/18) og sikre, at de grundlæggende rettigheder i EUF-traktaten overholdes
- på den anden side ikke kan se bort fra de øvrige bindende EU-retlige bestemmelser: For så vidt som det er relevant her, bestemmelser på området for offentlig sundhed og, nærmere bestemt, på området for fødevarerhygiejne. Det fremgår af sjette betragtning til direktiv 2004/18, at »[d]ette

22 – Punkt 19 i den estiske regerings skriftlige indlæg. Min fremhævelse.

direktiv [...] ikke [er] til hinder for, at der indføres eller anvendes foranstaltninger, som er nødvendige for at beskytte [...] sundheden [og] menneskers [...] liv [...], forudsat at disse foranstaltninger er i overensstemmelse med traktaten«.

67. Det er efter min opfattelse muligt at overvinde det åbenbare modsætningsforhold²³ mellem de almindelige regler for offentlige kontrakter og de specifikke regler for fødevarerhygiejne. Sidstnævnte skal, når deres overholdelse er obligatorisk, have forrang for førstnævnte, jf. sjette betragtning til direktiv 2004/18. De skal imidlertid anvendes på en måde, der i mindst muligt grad berører de generelle principper i EU-retten om offentlige kontrakter.

68. På dette tidspunkt, hvor det skal undersøges, hvordan de krav, der følger af de specifikke bestemmelser om fødevarerhygiejne (såfremt de, som nævnt, har bindende karakter i henhold til forordning nr. 852/2004), indgår i udbudsproceduren, kan det være hensigtsmæssigt at præcisere, hvornår tilbudsgiveren skal fremlægge autorisationen med hensyn til sin virksomhed eller erklæringen om, at den pågældende er registreret som indehaver heraf.

69. Jeg er således enig med den forelæggende ret, som har anført, at »de krav, der i denne sag er pålagt af hensyn til fødevarer sikkerheden«, er begrundet som »betingelser vedrørende den offentlige kontrakts udførelse«, og at »tvisten blot omhandler spørgsmålet om, hvornår – ved afgivelsen af tilbuddet eller ved kontraktens udførelse – tilbudsgiveren skal opfylde disse betingelser«²⁴.

3. Det tidspunkt, hvor tilbudsgiveren skal godtgøre, at den pågældende råder over en administrativ autorisation med hensyn til sin virksomhed, eller at den pågældende er registreret som dens indehaver

70. Hvis der alene tages hensyn til sikringen af en korrekt udvælgelse af ordremodtageren, kan det ideelle tidspunkt for fremlæggelsen af disse dokumenter være ved afgivelsen af tilbuddene. Dokumentationen for, at en tilbudsgiver har en virksomhed, der råder over de relevante autorisationer eller er registreret i det relevante register, anvendes af den ordregivende myndighed til fra begyndelsen at kontrollere, om den pågældende kan opfylde sine (fremtidige) kontraktlige forpligtelser.

71. I CoNISMa-dommen²⁵ fastslog Domstolen, at harmoniseringen af udbudsdirektiverne også er i den ordregivende myndigheds interesse. Dermed fremhævede Domstolen synspunktet om den offentlige køber, som skal imødekomme almenhedens behov²⁶.

72. Denne dom, samt andre forudgående og efterfølgende domme, fremhævede imidlertid, at »et af formålene med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter er skabe så bred konkurrence som muligt [...], og at det er i fællesskabsrettens interesse at sikre, at det størst mulige antal bydende kan deltage i en udbudsprocedure«²⁷. Dette formål er desuden i den ordregivende myndigheds interesse, som har flere vurderingselementer til rådighed i forbindelse med valget af tilbudsgiver²⁸.

23 – Det er ikke første gang, at Domstolen står i en sådan situation. Domstolen anførte i dom af 8.6.2017, Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431, præmis 79), at »den ordregivende myndighed [...] er undergivet to potentielt modstridende krav. Den skal nemlig iagttage lægemiddellovens artikel 6, som fastsætter et princip om prioriteret forsyning og om national selvforsyning [...]. Samtidigt skal denne ordregivende myndighed i henhold til artikel 2 i direktiv 2004/18 overholde den lige adgang til offentlige indkøb og følgelig sikre, at de økonomiske aktører, der udbyder lægemidler fremstillet af plasma, ikke bliver forskelsbehandlet«. Min fremhævelse.

24 – Forelæggelsesafgørelsens præmis 15.

25 – Dom af 23.12.2009 (C-305/08, EU:C:2009:807).

26 – Den ordregivende myndigheds interesse og effektiviteten i forvaltningen blev taget i betragtning i bl.a. dom af 15.5.2008, SECAP og Santorso (C-147/06 og C-148/06, EU:C:2008:277).

27 – Dom af 23.12.2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, præmis 37).

28 – Ibidem, præmis 37: »[D]enne åbning for videst mulig konkurrence [gælder] ikke kun [...] i forhold til fællesskabsinteressen i varernes og tjenesteydelsernes frie bevægelighed, men ligeledes til den pågældende ordregivende myndigheds egen interesse, som således har et større udvalg hvad angår det mest fordelagtige bud og det bedst egnede til at opfylde den relevante offentligheds behov.«

73. Den estiske regering og Kommissionen har gjort modsatrettede synspunkter gældende om dette punkt.

74. Hvis registrerings- eller autorisationspligten kvalificeres som en betingelse vedrørende udførelsen og ikke som et kriterium for kvalitativ udvælgelse, kan det ifølge den estiske regering forekomme, at den valgte tilbudsgiver i sidste ende ikke er i stand til at udføre kontrakten. En sådan situation vil medføre en større arbejdsbyrde for den ordregivende myndighed og en længere procedure, inden kontrakten kan blive indgået²⁹. Enhver økonomisk aktør har desuden mulighed for at deltage i udbuddet sammen med en enhed, som har opfyldt de forudgående registrerings- og autorisationskrav³⁰.

75. Kommissionen har fremhævet, at ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling skal overholdes i forbindelse med behandlingen af økonomiske aktører³¹. Kommissionen har i modsætning til den estiske regerings synspunkt anført, at pligten til at opnå en autorisation eller registrering som en betingelse for at deltage i udbuddet kun er forenelig med princippet om forbud mod forskelsbehandling og proportionalitetsprincippet, hvis der ikke findes mindre restriktive foranstaltninger. Muligheden for, at autorisations- eller registreringspligten fastsættes som en betingelse vedrørende udførelsen, er netop en af disse mindre restriktive foranstaltninger³².

76. Efter min opfattelse, som i det væsentlige stemmer overens med Kommissionens synspunkt herom, viser den af retten i første instans fremførte argumentation³³ samt førnævnte indlæg fra finansministeriet³⁴ og Innove³⁵, at et krav om autorisation eller registrering i udvælgelsesfasen for fødevarevirksomheder, der ikke er etableret i Estland, medfører en uforholdsmæssig hindring, der begrænser deres adgang til offentlige udbudsprocedurer såsom de i hovedsagen omhandlede, uden at der er en relevant grund til det. Samtidig medfører dette krav en urimelig begrænsning af kredsen af tilbudsgivere, navnlig de udenlandske.

77. En begrænsning med disse kendetegn er kun mulig, hvis det tilsigtede formål »ikke kan opfyldes ved [...] begrænsninger, der er mindre vidtrækkende eller i mindre grad påvirker samhandelen inden for Fællesskabet«³⁶.

78. For at forene kravene i direktiv 2004/18 med behovet for, at virksomheder, der håndterer fødevarer i Estland, råder over en autorisation eller registrering som omhandlet i artikel 6 i forordning nr. 852/2004, kan de omtvistede betingelser pålægges som »særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse« som omhandlet i artikel 26 i direktiv 2004/18.

79. Retspraksis har hæftet sig ved disse særlige betingelser, når de pålægges af »sociale hensyn« og har således rettet opmærksomheden mod nogle af de hensyn, der er omfattet af den åbne ordlyd af artikel 26, sidste punktum, i direktiv 2004/18³⁷. Der er intet til hinder for, at andre områder omfattes, eftersom henvisningen til »sociale hensyn eller miljøhensyn« blot er et eksempel (»navnlig«).

29 – Punkt 14 i den estiske regerings skriftlige indlæg.

30 – Punkt 15 i den estiske regerings skriftlige indlæg.

31 – Punkt 19 i Kommissionens skriftlige indlæg.

32 – Punkt 20 i Kommissionens skriftlige indlæg.

33 – Punkt 27 i dette forslag til afgørelse.

34 – Punkt 26 i dette forslag til afgørelse.

35 – Punkt 25 i dette forslag til afgørelse.

36 – Dom af 11.9.2008, Kommissionen mod Tyskland (C-141/07, EU:C:2008:492, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

37 – Dom af 18.9.2014, Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235), af 17.11.2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760), og af 27.11.2019, Tedeschi og Consorzio Stabile Istant Service (C-402/18, EU:C:2019:1023).

80. Der er således intet til hinder for, at betingelser vedrørende udførelsen af en kontrakt om levering af fødevarer omfatter de betingelser, der netop stammer fra anvendelsen af EU-rettens eller den pågældende medlemsstats bestemmelser om fødevarehygiejne.

81. Det ville være tilstrækkeligt at kræve, at disse betingelser opfyldes på et efterfølgende tidspunkt og uafhængigt af vurderingen af tilbudsgiverens kvalifikation, hvis ret til at udøve det pågældende erhverv er anerkendt i en anden medlemsstat.

82. På denne måde anvendes ligebehandlingsprincippet sammen med princippet om den størst mulige konkurrence, idet alle tilbudsgivere får en effektiv mulighed for at vinde udbuddet, uden at anvendelsen af de EU-retlige bestemmelser om fødevarehygiejne berøres. I modsat fald indrømmes nationale erhvervsdrivende i fødevaresektoren en uforholdsmæssig stor fordel.

83. Ifølge denne ordning vil aktører, der allerede har en national autorisation, eller som er registreret i registret som virksomheder, der håndterer fødevarer i Estland, kunne fremlægge denne dokumentation sammen med deres tilbud; de øvrige tilbudsgivere vil skulle forpligte sig til at opnå en autorisation eller tilladelse, såfremt de vinder udbuddet.

84. Den estiske regerings indvending (hvis der skal ventes til tidspunktet for kontraktens udførelse, risikerer udbuddet at mislykkes, såfremt den valgte tilbudsgiver i sidste ende ikke opnår autorisationerne eller registreringerne) må utvivlsomt tillægges nogen vægt. Målet om, at udbudsproceduren ikke skal mislykkes, kan imidlertid ikke gives forrang for hovedprincipperne for indgåelse af offentlige kontrakter, navnlig princippet om at sikre tilbudsgiverne lige muligheder uden at opstille ubegrundede hindringer for dem.

85. Der er desuden intet, der tyder på, at en virksomhed, der beskæftiger sig med håndtering af fødevarer som erhverv i en anden medlemsstat, vil have vanskeligheder ved at opnå de nødvendige autorisationer, der gør det muligt for den pågældende at åbne en virksomhed i Estland, hvis den pågældende vinder kontrakten.

86. Procedurene for opnåelse af disse autorisationer skal overholde de generelle kriterier i direktiv 2006/123/EF³⁸, herunder princippet om administrativ forenkling³⁹. Socialministeriet har faktisk anført, at en ikke-estisk tilbudsgiver kan opnå en autorisation eller registrering inden for en kort frist⁴⁰, hvilken tilkendegivelse også kan gøre sig gældende for tidspunktet for kontraktens udførelse.

87. Den estiske regerings argument om muligheden for, at enhver tilbudsgiver, der er etableret i en anden medlemsstat, kan basere sig på en anden virksomheds formåen, som allerede har de relevante autorisationer eller registreringer i Estland, kan heller ikke tiltrædes.

38 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.12.2006 om tjenesteydelser i det indre marked (EUT 2006, L 376, s. 36). Det må tages i betragtning, at begrebet »tjenesteydelser« med henblik på dette direktiv er videre end begrebet »offentlige tjenesteydelsesktrakter« i direktiv 2004/18.

39 – Artikel 5, stk. 1, i direktiv 2006/123 forpligter medlemsstaterne til at undersøge »procedurer og formaliteter i forbindelse med adgangen til at optage og udøve servicevirksomhed. Hvis de procedurer og formaliteter, der undersøges [...], ikke er enkle nok, forenkler medlemsstaterne dem«.

40 – Socialministeriet anførte for Tallinna Halduskohus (forvaltningsdomstolen i Tallinn, Estland), at en tilbudsgiver i betragtning af fristen for at afgive tilbud for et internationalt udbud (mindst 40 dage) og den i ToiduS fastsatte frist for autorisationsproceduren (30 dage) havde tilstrækkelig tid til autorisationsproceduren (punkt 3, tredje afsnit, under overskriften »De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne« i forelæggelsesafgørelsen).

88. I henhold til artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 »indrømmes alle økonomiske aktører [...] en ret til for en bestemt kontrakt at basere sig på andre enheders formåen«⁴¹. Netop idet der er tale om en ret og ikke en pligt, er det ulogisk at pålægge en tilbudsgiver den byrde, det er at basere sig på en anden økonomisk aktørs formåen, når den pågældende på egen hånd er i stand til at forestå kontraktens udførelse⁴².

89. Sammenfattende er en pålæggelse af de omtvistede betingelser for så vidt angår virksomheder, der håndterer fødevarer, som en betingelse vedrørende kontraktens udførelse en mindre begrænsende foranstaltning, som dels sikrer overholdelse af ligebehandlingsprincippet og princippet om størst mulig konkurrence mellem tilbudsgiverne, dels gør det muligt at anvende de generelle og specifikke bindende regler på ensartet vis og dermed undgå konflikter i forbindelse med den effektive anvendelse af EU-retten.

V. Forslag til afgørelse

90. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at de to første spørgsmål fra Tallinna Ringkonnakohus (appeldomstolen i Tallinn, Estland) besvares således:

»Artikel 2 og 46 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 den ordregivende myndighed ikke kan kræve som en betingelse for kvalifikation, at tilbudsgivere eller ansøgere sammen med deres tilbud fremlægger autorisationer eller registreringer i registre udstedt af myndighederne i den medlemsstat, hvor kontrakten udføres, idet den pågældende virksomhed ellers udelukkes, når de pågældende tilbudsgiveres eller ansøgers ret til at udøve det pågældende erhverv er anerkendt i deres egen medlemsstat.

Såfremt det med rimelighed kræves i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, at den valgte tilbudsgiver har en virksomhed i den ordregivende myndigheds medlemsstat, er artikel 2 og 46 i direktiv 2004/18 imidlertid ikke til hinder for, at tilbudsgivere i forbindelse med kontraktens udførelse og med hensyn til den pågældende virksomhed har pligt til at godtgøre, at de har de relevante autorisationer og registreringer i registre udstedt af de myndigheder, der er kompetente med henblik på kontrollen med produktionen, forarbejdningen eller distributionen af fødevarer i den pågældende medlemsstat, i overensstemmelse med artikel 6 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 853/2004 af 29. april 2004 om fødevarehygiejne.«

41 – Dom af 2.6.2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 25).

42 – Dette ville desuden indebære, at virksomheder, der er etableret uden for Estland, ville være afhængige af virksomheder, der allerede er etableret i dette land. Disse sidstnævnte ville atter stå i en bedre position i forhold til førstnævnte.