



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Ottende Afdeling)

10. november 2022*

»Præjudiciel forelæggelse – offentligt system til udlejning og deling af el-køretøjer – sondring mellem begreberne »koncession på tjenesteydelser« og »offentlige indkøbskontrakter« – direktiv 2014/23/EU – artikel 5, nr. 1), litra b) – artikel 20, stk. 4 – begrebet »blandede kontrakter« – artikel 8 – fastsættelse af værdien af en koncession på tjenesteydelser – kriterier – artikel 27 – artikel 38 – direktiv 2014/24/EU – artikel 2, stk. 1, nr. 5) og 8) – gennemførelsesforordning (EU) 2015/1986 – bilag XXI – mulighed for at pålægge en betingelse vedrørende registrering af en erhvervsaktivitet, der er fastsat i national ret – ikke muligt at pålægge alle medlemmerne af en midlertidig virksomhedssammenslutning denne betingelse – forordning (EF) nr. 2195/2002 – artikel 1, stk. 1 – forpligtelse til udelukkende at henvise til det »fælles glossar for offentlige kontrakter« i koncessionsdokumenterne – forordning (EF) nr. 1893/2006 – artikel 1, stk. 2 – manglende mulighed for at henvise til NACE Rev.2-nomenklaturen i koncessionsdokumenterne«

i sag C-486/21,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (det nationale klagenævn for offentlige udbud, Slovenien) ved afgørelse af 2. august 2021, indgæet til Domstolen den 9. august 2021, i sagen:

SHARENGO najem in zakup vozil d.o.o.

mod

Mestna Občina Ljubljana,

har

DOMSTOLEN (Ottende Afdeling),

sammensat af dommerne N. Piçarra, som fungerende afdelingsformand, N. Jääskinen og M. Gavalec (refererende dommer),

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

* Processprog: slovensk.

efter at der er afgivet indlæg af:

- Mestna občina Ljubljana ved advokat R. Kokalj,
- den tjekkiske regering ved L. Halajová, M. Smolek og J. Vlácil, som befuldmægtigede,
- den østrigske regering ved A. Posch, som befuldmægtiget,
- Europa-Kommissionen ved U. Babovič, M. Kocjan, A. Kraner, P. Ondrúšek og G. Wils, som befuldmægtigede,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 3, stk. 1, artikel 5, nr. 1), litra b), artikel 8, stk. 1 og 2, og artikel 38, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU (EUT 2014, L 94, s. 1) af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1), som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2019/1827 af 30. oktober 2019 (EUT 2019, L 279, s. 23) (herefter »direktiv 2014/23«), og artikel 2, stk. 1, nr. 5) og 9), artikel 3, stk. 4, tredje afsnit, artikel 4, litra b) og c), artikel 18, stk. 1, og artikel 58, stk. 1 og 2, 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 2014, L 94, s. 65), som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2019/1828 af 30. oktober 2019 (EUT 2019, L 279, s. 25) (herefter »direktiv 2014/24«), af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) af 5. november 2002 om det fælles glossar for offentlige kontrakter (CPV) (EFT 2002, L 340, s. 1), af bilag I til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1893/2006 af 20. december 2006 om oprettelse af den statistiske nomenklatur for økonomiske aktiviteter NACE rev. 2 og om ændring af Rådets forordning (EØF) nr. 3037/90 og visse EF-forordninger om bestemte statistiske områder (EUT 2006, L 393, s. 1) og af bilag XXI til Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2015/1986 af 11. november 2015 om standardformularer til brug ved offentliggørelse af bekendtgørelser i forbindelse med offentlige udbud og om ophævelse af forordning (EU) nr. 842/2011 (EUT 2015, L 296, s. 1, og berigtiget i EUT 2017, L 172, s. 36).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem SHARENGO najem in zakup vozil, d.o.o. (herefter »SHARENGO«) og Mestna Občina Ljubljana (Ljubljana kommune, Slovenien) vedrørende sidstnævntes offentliggørelse af et udbud med henblik på at udvælge en koncessionshaver til gennemførelse af et projekt vedrørende oprettelse og drift af et offentligt system til udlejning og deling af el-køretøjer på denne kommunes område.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2014/23

3 1., 4., 8. og 20. betragtning til direktiv 2014/23 har følgende ordlyd:

»(1) Der findes ikke klare regler på EU-plan for tildeling af koncessionskontrakter. Det skaber juridisk usikkerhed og barrierer for den frie udveksling af tjenesteydelser og fører til konkurrenceforvridning, der hindrer det indre marked i at fungere tilfredsstillende. Som følge heraf fortaber de økonomiske aktører, især små og mellemstore virksomheder (»SMV'er«), deres rettigheder på det indre marked og går glip af vigtige forretningsmuligheder, og de offentlige myndigheder har ikke altid mulighed for at anvende offentlige midler således, at EU-borgerne får gavn af tjenesteydelser af høj kvalitet til fordelagtige priser. En passende, afbalanceret og fleksibel retlig ramme for tildeling af koncessioner vil kunne sikre effektiv og ikkediskriminerende adgang til markedet for alle Unionens økonomiske aktører og retssikkerhed og dermed fremme offentlige investeringer i infrastrukturer og strategiske tjenesteydelser for borgerne. En sådan retlig ramme vil desuden give økonomiske aktører større retssikkerhed og kan være et grundlag for og et redskab til at gøre de internationale markeder for offentlige udbud mere åbne og styrke den internationale samhandel. Der bør lægges særlig vægt på at forbedre SMV'ers mulighed for at få adgang til Unionens koncessionsmarkeder.

[...]

(4) Tildelingen af koncessioner på offentlige bygge- og anlægsarbejder er i øjeblikket underlagt de grundlæggende regler 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 (EUT 2004, L 134, s. 114)], hvorimod tildelingen af tjenesteydelseskoncessioner med en grænseoverskridende interesse er underlagt principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. Der er risiko for, at denne situation skaber retsusikkerhed som følge af de nationale lovgiveres forskellige fortolkninger af principperne i traktaten og fører til, at der er store forskelle i medlemsstaternes lovgivninger. Dette har Den Europæiske Unions Domstols omfattende retspraksis bekræftet, selv om den dog kun delvis har behandlet bestemte aspekter af koncessionskontraktens tildeling.

[...]

(8) For koncessioner af en bestemt værdi eller derover er det hensigtsmæssigt at fastlægge en minimumssamordning af nationale procedurer for tildeling af sådanne kontrakter på grundlag af principperne i TEUF for at sikre åbning af koncessionerne for konkurrence og sørge for en passende grad af retssikkerhed. Disse koordineringsbestemmelser bør ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå førnævnte mål og for at sikre en vis fleksibilitet. Det

bør stå medlemsstaterne frit for at supplere eller videreudvikle disse bestemmelser, hvis de finder det formålstjenligt for navnlig at sikre bedre overensstemmelse med førnævnte principper.

[...]

- (18) Vanskeligheder ved fortolkningen af begrebet »koncession« og »offentlig kontrakt« har ført til vedvarende retlig usikkerhed blandt aktørerne og har givet anledning til talrige domme fra Den Europæiske Unions Domstol. Definitionen af begrebet »koncession« bør derfor præciseres, især ved at henvise til begrebet driftsrisiko. Hovedkendetegnet ved en koncession, nemlig retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, indebærer altid at der overføres en driftsrisiko af økonomisk karakter til koncessionshaver, hvilket indebærer en mulighed for, at denne ikke tjener sine investeringer og omkostninger til driften af det tildelte bygge- og anlægsarbejde eller de tildelte tjenesteydelser ind igen under normale driftsbetingelser, også selv om en del af risikoen bæres af den ordregivende myndighed eller ordregivende enhed. Anvendelsen af særlige regler for tildeling af koncessioner ville ikke være berettiget, hvis den ordregivende myndighed eller ordregivende enhed friholdt den økonomiske aktør for mulige tab ved at garantere en minimumsindtægt, der er lige så stor som eller større end den økonomiske aktørs investeringer og omkostninger i forbindelse med opfyldelsen af kontrakten. Samtidig bør det præciseres, at bestemte ordninger, som udelukkende betales af en ordregivende myndighed eller enhed, bør anses for at være koncessioner, når genindtjeningen af investeringer og omkostninger, som aktøren har afholdt ved udførelsen af bygge- eller anlægsarbejdet eller leveringen af tjenesteydelsen, afhænger af den konkrete efterspørgsel efter eller leveringen af tjenesteydelsen eller varen.

[...]

- (20) En driftsrisiko bør udspringe af faktorer, der ligger uden for parternes kontrol. En risiko af den slags, der er forbundet med dårlig forvaltning, den økonomiske aktørs misligholdelse af kontrakten eller tilfælde af force majeure, er ikke afgørende for klassificeringen som koncession, eftersom disse risici findes i enhver kontrakt, uanset om det drejer sig om en offentlig udbudskontrakt eller en koncession. Ved en driftsrisiko bør forstås risikoen for eksponering for markedets omskiftelighed, der kan bestå i enten en efterspørgsels- eller en udbudsrisiko eller i både en efterspørgsels- og en udbudsrisiko. Efterspørgselsrisiko skal forstås som risikoen på faktisk efterspørgsel efter de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, som er kontraktens genstand. Udbudsrisiko skal forstås som risikoen ved leveringen af bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der er genstand for kontrakten, navnlig risikoen for at leveringen af tjenesteydelserne ikke vil matche efterspørgslen. Med henblik på vurdering af driftsrisikoen bør der tages hensyn til nettonutidsværdien af alle koncessionshaverens investeringer, omkostninger og indtægter på en konsekvent og ensartet måde.

[...]

- (52) For at undgå markedsafskærmning og konkurrencebegrænsning bør koncessionens varighed begrænses. Desuden vil koncessioner af meget lang varighed kunne føre til en afskærmning af markedet og kan dermed hindre den frie bevægelighed for tjenesteydelser og den frie etableringsret. En sådan varighed kan dog være berettiget, hvis den er nødvendig for at give koncessionshaveren mulighed for at tjene de planlagte investeringer

til gennemførelse af koncessionen ind igen samt for at opnå et afkast af den investerede kapital. For koncessioner af en varighed på mere end fem år bør varigheden derfor begrænses til den periode, der anslås at være nødvendig, for at koncessionshaveren kan tjene de foretagne investeringer i driften af bygge- og anlægsarbejderne eller tjenesteydelserne ind igen sammen med et afkast af den investerede kapital under normale driftsbetingelser, idet der tages hensyn til specifikke kontraktuelle mål, som koncessionshaveren har fastlagt for at opfylde kravene om f.eks. pris og kvalitet for samtlige brugere. Den anslåede værdi bør være gældende på tidspunktet for tildelingen af koncessionen. Den bør kunne omfatte de oprindelige og yderligere investeringer, der skønnes nødvendige for at drive koncessionen, navnlig udgifter til infrastruktur, ophavsret, patenter, udstyr, logistik, leje, uddannelse af personale og startomkostninger. Koncessionens maksimale varighed bør angives i koncessionsdokumenterne, medmindre varighed anvendes som et kriterium for tildeling af kontrakten. Ordregivende myndigheder og ordregivende enheder bør altid kunne tildele en koncession for en periode, der er kortere end den tid, der er nødvendig for at indtjene investeringerne, forudsat at den dermed forbundne erstatning ikke fjerner driftsrisikoen.«

4 Dette direktivs artikel 1 med overskriften »Genstand og anvendelsesområde« bestemmer:

»1. I dette direktiv fastsættes reglerne for ordregivende myndigheders og ordregivende enheders udbudsprocedurer gennem en koncession, hvis værdi anslås ikke at være mindre end tærsklerne fastsat i artikel 8.

2. Dette direktiv finder anvendelse på af koncessioner på bygge- og anlægsarbejder eller på tjenesteydelser tildelt økonomiske aktører af:

a) ordregivende myndigheder

[...]«

5 Det pågældende direktivs artikel 3 med overskriften »Princippet om ligebehandling, ikkediskrimination og gennemsigtighed« har følgende ordlyd:

»1. De ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

Koncessionstildelingsproceduren, herunder den anslåede værdi, udformes ikke med det formål at udelukke denne fra direktivets anvendelsesområde eller uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller visse bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser eller stille dem mindre gunstigt.

[...]«

6 Artikel 5 i direktiv 2014/23 med overskriften »Definitioner« fastsætter:

»I dette direktiv forstås ved: [...]

1. »koncessioner«: koncessioner på bygge- og anlægsarbejder eller på tjenesteydelser som defineret i litra a) og b):

[...]

b) »koncession på tjenesteydelser«: en gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås skriftligt, hvorved en eller flere ordregivende myndigheder eller kontraherende enheder overdrager ansvaret for levering og forvaltning af tjenesteydelser, som ikke omfatter de i litra a) omhandlede bygge- og anlægsarbejder, til en eller flere økonomiske aktører, hvor vederlaget for denne overdragelse enten udelukkende består i retten til at udnytte de tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten, eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

Tildeling af en koncession på bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser indebærer, at der overføres en driftsrisiko til koncessionshaver ved udnyttelsen af disse bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, som omfatter en efterspørgsels- eller en udbudsrisiko eller begge dele. Koncessionshaveren anses for at påtage sig driftsrisikoen, hvis han under normale driftsbetingelser ikke er garanteret at tjene de foretagne investeringer og de afholdte omkostninger i forbindelse med driften af de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der er genstand for koncessionen, ind igen. Den del af risikoen, der overføres til koncessionshaveren, indebærer en reel eksponering for markedets omskiftelighed således, at ethvert potentielt anslået tab, som koncessionshaveren måtte lide, ikke blot er rent nominelt eller ubetydeligt.

[...]«

7 Følgende fremgår af dette direktivs artikel 8, der har overskriften »Tærskler og metoder til beregning af den anslåede koncessionsværdi«:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på koncessioner, hvis værdi er mindst 5 350 000 EUR.

2. Værdien af en koncession er koncessionshaverens samlede omsætning i kontraktens løbetid, eksklusiv moms, som anslået af den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed, som vederlag for bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser, herunder varer, der skal leveres i forbindelse med udførelsen af koncessionen.

[...]

3. Koncessionens anslåede værdi beregnes efter en objektiv metode, der beskrives nærmere i koncessionsdokumenterne. Ved beregningen af koncessionens anslåede værdi skal de ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder i givet fald navnlig tage hensyn til:

a) værdien af enhver form for optioner og eventuelle forlængelser af koncessionens varighed

b) indtægter fra betaling af gebyrer og bøder fra brugerne af bygge- og anlægsarbejderne eller tjenesteydelserne ud over dem, der opkræves på vegne af den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed

c) betalinger eller finansielle fordele i enhver form, der foretages af den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed eller af en anden offentlig myndighed til koncessionshaveren, herunder kompensation for opfyldelse af en offentlig serviceforpligtelse og offentlige investeringstilskud

[...]«

8 Direktivets artikel 18 med overskriften »Koncessionens varighed« bestemmer:

»1. Koncessioner har en begrænset varighed. Denne varighed vurderes af den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed ud fra de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, som skal udføres.

2. For koncessioner, der varer mere end fem år, må koncessionens maksimale varighed ikke overstige den tid, der anslås at være nødvendig, for at koncessionshaveren kan tjene de foretagne investeringer i driften af bygge- og anlægsarbejderne eller tjenesteydelserne ind igen sammen med et afkast på den investerede kapital, idet der tages hensyn til, hvilke investeringer der kræves, for at opnå de specifikke kontraktuelle mål.

De investeringer, der tages hensyn til med henblik på udregningen, omfatter både de oprindelige investeringer og eventuelt yderligere investeringer under koncessionens levetid.«

9 Samme direktivs artikel 20 med overskriften »blandede kontrakter« foreskriver:

»[...]

2. Hvis de forskellige dele af en given kontrakt objektivt kan adskilles, finder stk. 3 og 4 anvendelse. Hvis de forskellige dele af en given kontrakt objektivt ikke kan adskilles, finder stk. 5 anvendelse.

[...]

I tilfælde af kontrakter, der skal dække flere aktiviteter, og hvor en af disse aktiviteter er omfattet enten af bilag II i dette direktiv eller af [Europa-Parlamentets og Rådets] direktiv 2014/25/EU [af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (EUT 2014, L 94, s. 243)], fastlægges de gældende bestemmelser i overensstemmelse med henholdsvis artikel 22 i dette direktiv og artikel 6 i direktiv [2014/25].

[...]

4. I forbindelse med blandede kontrakter, der både indeholder elementer af koncessioner og elementer af offentlige kontrakter omfattet af direktiv [2014/24] eller kontrakter dækket af direktiv [2014/25], tildeles den blendede kontrakt i overensstemmelse med henholdsvis direktiv [2014/24] eller direktiv [2014/25].

[...]«

10 Artikel 26 i direktiv 2014/23 med overskriften »Økonomiske aktører« bestemmer i stk. 2:

»Sammenslutninger af økonomiske aktører, herunder midlertidige sammenslutninger, kan deltage i koncessionstildelingsprocedurer. De ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder må ikke kræve, at de skal have en bestemt retlig form, for at de kan afgive et tilbud eller ansøge om deltagelse.

Om nødvendigt kan ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder i udbudsdokumenterne præcisere, hvordan sammenslutninger af økonomiske aktører skal opfylde kravene med hensyn til økonomisk og finansiel formåen eller teknisk og faglig formåen, jf. artikel 38, forudsat at dette er objektivt begrundet og forholdsmæssigt. Medlemsstaterne kan indføre standardbetingelser for,

hvordan sammenslutninger af økonomiske operatører skal opfylde disse krav. Enhver betingelse for sådanne sammenslutninger af økonomiske operatørers udførelse af en koncession, der er forskellig fra dem, der pålægges individuelle deltagere, skal også være objektivt begrundet og være forholdsmæssig.«

- 11 Direktivets artikel 27 med overskriften »Nomenklaturer« fastsætter følgende i stk. 1:
»Alle referencer til nomenklaturer i forbindelse med tildeling af koncessioner er baseret på »det fælles glossar for offentlige kontrakter« (CPV) som vedtaget ved forordning [nr. 2195/2002].«
- 12 Direktivets artikel 31 med overskriften »Koncessionsbekendtgørelser« bestemmer i stk. 2:
»Koncessionsbekendtgørelser skal indeholde de i bilag V omhandlede oplysninger og eventuelle andre oplysninger, som den ordregivende myndighed henholdsvis ordregiveren måtte finde hensigtsmæssige i henhold til standardformularerne.«
- 13 I bilag V til samme direktiv med overskriften »Oplysninger, der skal angives i koncessionsbekendtgørelser, som omhandlet i artikel 31« anføres følgende:
»[...]»
4. Beskrivelse af koncessionen: arbejdets art og omfang, tjenesteydelsernes art og omfang, omfang eller vejledende værdi og, hvor det er muligt, kontraktens varighed. Når koncessionen er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance. I givet fald beskrivelse af løsningsmuligheder.
5. CPV-koder. Når koncessionen er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance.
[...]
7. Betingelser for deltagelse, herunder:
[...]
- b) i givet fald angivelse af, om udførelsen af tjenesteydelsen ved lov eller administrativ bestemmelse er forbeholdt en bestemt profession; henvisning til den pågældende lov eller administrative bestemmelse
- c) en liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier, hvor det er relevant; eventuelle specifikke minimumstærskelkrav; angivelse af krævede oplysninger (egenerklæringer, dokumentation).«
- 14 Artikel 37 i direktiv 2014/23 med overskriften »Proceduremæssige garantier« bestemmer:
»[...]»
2. Den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed forelægger:
- a) i koncessionsbekendtgørelsen en beskrivelse af koncessionen og af betingelserne for deltagelse

b) i koncessionsbekendtgørelsen, i opfordringen til at afgive tilbud eller i andre koncessionsdokumenter en beskrivelse af tildelingskriterierne og eventuelt de minimumskrav, der skal opfyldes.

[...]

4. Den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed meddeler alle deltagere en beskrivelse af den påtænkte tilrettelæggelse af proceduren og en vejledende gennemførelsesfrist. Ændringer meddeles alle deltagere, og hvis de vedrører elementer, der er indeholdt i koncessionsbekendtgørelsen, orienteres alle økonomiske aktører herom.

[...]«

15 Direktivets artikel 38 med overskriften »Udvælgelse og kvalitativ vurdering af ansøgere« fastsætter:

»1. De ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder kontrollerer betingelserne for deltagelse vedrørende ansøgernes eller tilbudsgivernes faglige og tekniske formåen samt finansielle og økonomiske situation på grundlag af egenerklæringer, reference eller referencer, der skal fremlægges som bevis i overensstemmelse med kravene i koncessionsbekendtgørelsen, som skal være ikkediskriminerende og stå i et rimeligt forhold til genstanden for koncessionen. Betingelserne for deltagelse skal være relaterede og stå i et rimeligt forhold til behovet for at sikre, at koncessionshaveren er i stand til at gennemføre koncessionen under hensyntagen til genstanden for koncessionen og målet om at sikre en reel konkurrence.

2. For at overholde betingelserne for deltagelse som fastsat i stk. 1 kan en økonomisk aktør om nødvendigt og i forbindelse med en bestemt koncession basere sig på andre enheders formåen, uanset den juridiske karakter af sine forbindelser med dem. Hvis en økonomisk aktør ønsker at basere sig på andre enheders kapaciteter, skal den godtgøre over for den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed, at den i hele koncessionsperioden råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge et tilsagn herom fra disse enheder. Hvad angår finansiell formåen, kan den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed kræve, at den økonomiske aktør og disse enheder i fællesskab bærer ansvaret for kontraktens udførelse.

3. En sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i artikel 26 kan på samme vilkår basere sig på sammenslutningens deltageres formåen eller andre enheders deltageres formåen.

[...]«

Direktiv 2014/24

16 Artikel 1 i direktiv 2014/24 med overskriften »Genstand og anvendelsesområde« bestemmer:

»1. I dette direktiv fastsættes reglerne for ordregivende myndigheders udbudsprocedurer med hensyn til offentlige kontrakter samt projektkonkurrencer, hvis værdi anslås ikke at være mindre end tærsklerne fastsat i artikel 4.

2. Udbud i henhold til dette direktiv omfatter en eller flere ordregivende myndigheders anskaffelse ved hjælp af en offentlig kontrakt af bygge- og anlægsarbejder, varer eller

tjenesteydelser fra økonomiske aktører valgt af de ordregivende myndigheder, uanset om bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne er beregnet til et offentligt formål.

[...]«

17 Direktivets artikel 2 med overskriften »Definitioner« fastsætter:

»1. I dette direktiv forstås ved: [...]

[...]

5. »offentlige kontrakter«: gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser

[...]

8. »offentlige vareindkøbskontrakter«: offentlige kontrakter, som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer[; e]n offentlig vareindkøbskontrakt kan accessorisk omfatte monterings- og installationsarbejde

9. »offentlige tjenesteydelseskontrakter«: offentlige kontrakter, der vedrører levering af tjenesteydelser, bortset fra de i nr. 6) nævnte 9.

[...]«

18 Under overskriften »Blandede udbud« fastsætter direktivets artikel 3 følgende:

»[...]

4. I forbindelse med kontrakter, der både vedrører udbud, der er omfattet af dette direktiv, og udbud, der ikke er omfattet af dette direktiv, kan de ordregivende myndigheder vælge at tildele særskilte kontrakter for de særskilte dele eller tildele en enkelt kontrakt. Når de ordregivende myndigheder vælger at tildele særskilte kontrakter for særskilte dele, træffes afgørelsen om, hvilken retlig ordning der skal gælde for hver af de særskilte kontrakter, på grundlag af kendetegnene ved den pågældende særskilte del.

Når de ordregivende myndigheder vælger at tildele en enkelt kontrakt, finder dette direktiv, medmindre andet bestemmes i artikel 16, anvendelse for den deraf følgende blandede kontrakt, uanset værdien af de dele, der ellers ville falde ind under en anden retlig ordning, og uanset hvilken retlig ordning disse dele ellers ville have været underlagt.

I forbindelse med blandede kontrakter, der indeholder elementer af kontrakter vedrørende varer, bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser og af koncessioner, tildeles den blandede kontrakt i henhold til dette direktiv, forudsat at den anslåede værdi af den del af kontrakten, der udgør en kontrakt som omfattet af dette direktiv, beregnet i overensstemmelse med artikel 5, svarer til eller overstiger tærsklerne i artikel 4.

[...]«

19 Samme direktivs artikel 4 med overskriften »Tærskelværdier« bestemmer i stk. 1:

»Dette direktiv gælder for udbud, hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger følgende tærskler:

[...]

b) 139 000 EUR for offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter, der tildeles af statslige myndigheder, samt projektkonkurrencer, der afholdes af disse myndigheder. Når offentlige vareindkøbskontrakter tildeles af ordregivende myndigheder, der opererer på forsvarsområdet, gælder denne tærskel kun for kontrakter vedrørende varer omfattet af bilag III.

c) 214 000 EUR for offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter, der tildeles af ikkestatslige myndigheder, samt projektkonkurrencer, der afholdes af disse myndigheder [...]

[...]«

20 Artikel 18 i direktiv 2014/24 fastsætter »[u]dbudsprincipper«.

21 Direktivets artikel 23 med overskriften »Nomenklaturer« bestemmer i stk. 1:

»Alle referencer til nomenklaturer i forbindelse med offentlige udbud er baseret på »det fælles glossar for offentlige kontrakter« (CPV)« som vedtaget ved forordning [nr. 2195/2002].«

22 Artikel 51 i direktiv 2014/24 med overskriften »Udarbejdelse og offentliggørelse af bekendtgørelser og meddelelser« foreskriver i stk. 1, første afsnit:

»De i artikel 48, 49 og 50 omhandlede bekendtgørelser skal indeholde de oplysninger, der er anført i bilag V, i form af standardformularer, herunder standardformularer til korrigerede afgørelser.«

23 Bilag V til dette direktiv med overskriften »Oplysninger, der skal angives i bekendtgørelser og meddelelser« indeholder en del C vedrørende »[o]plysninger, der skal angives i udbudsbekendtgørelser (jf. artikel 49)«, hvoraf fremgår:

»[...]

7. Beskrivelse af kontrakten: arbejdets art og omfang, arten og mængden eller værdien af værdi af de varer, der skal leveres, tjenesteydelsernes art og omfang. Når kontrakten er opdelt i delleverancer, anføres disse oplysninger for hver delleverance. I givet fald beskrivelse af løsningsmuligheder.

[...]«

24 Under overskriften »Udvælgelseskriterier« bestemmer det pågældende direktivs artikel 58, stk. 1 og 2:

»1. Udvælgelseskriterier kan omhandle

a) egnethed til at udøve det pågældende erhverv

- b) økonomisk og finansiel formåen
- c) teknisk og faglig formåen.

De ordregivende myndigheder må kun pålægge økonomiske aktører de kriterier, der henvises til i stk. 2, 3 og 4, som krav for deltagelse. De begrænser kravene for deltagelse til de krav, der er relevante for at sikre, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har juridisk og finansiel kapacitet samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt. Alle krav skal være relaterede og stå i forhold til kontraktens genstand.

2. Hvad angår egnethed til at udøve det pågældende erhverv, kan de ordregivende myndigheder kræve, at økonomiske aktører er optaget i et fagligt register eller handelsregister i den medlemsstat, hvor de har hjemsted, jf. bilag XI, eller at de overholder alle andre krav i dette bilag.

Hvis økonomiske aktører i forbindelse med udbudsprocedurer for tjenesteydelser 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.«

25 I bilag XI til det samme direktiv med overskriften »Registre« anføres:

»De relevante faglige registre og handelsregistre samt erklæringer og attester for hver medlemsstat er:

- [...]
- i Slovenien: »sodni register« og »obrtni register«
- [...]

Gennemførelsesforordning 2015/1986

26 Artikel 4 i gennemførelsesforordning 2015/1986 fastsætter:

»Når ordregivende myndigheder og ordregivende enheder offentliggør de bekendtgørelser, der er omhandlet i artikel 31, 32 og 43 i direktiv 2014/23/EU, i *Den Europæiske Unions Tidende*, skal de anvende standardformularerne i denne forordnings bilag XI, XVII, XX, XXI og XXII.«

27 Standardformularen i bilag II, punkt II.1.1) til II.1.4), II.2.1), II.2.2) og II.2.4) til denne gennemførelsesforordning pålægger den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen at præcisere henholdsvis kontraktens betegnelse, hoved-CPV-koden, kontrakttypen, en kort beskrivelse, den(de) supplerende CPV-kode(r) og beskrivelsen af ydelserne.

28 Bilag XXI til den pågældende gennemførelsesforordning indeholder en standardformular, der vedrører »[k]oncessionsbekendtgørelser« som omhandlet i direktiv 2014/23, hvori punkt III.1.1 har følgende ordlyd:

»[e]gnethed til at udøve en erhvervsaktivitet, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregistre:

[l]iste over og kort beskrivelse af vilkår, angivelse af oplysninger og den krævede dokumentation«.

Forordning nr. 2195/2002

29 Første og tredje betragtning til forordning nr. 2195/2002 har følgende ordlyd:

»(1) Det forhold, at der anvendes forskellige nomenklaturer, skader åbenheden og gennemsigtigheden i europæiske offentlige kontrakter. Det indvirker på kvaliteten og fristerne for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelser således, at de økonomiske aktørers adgang til offentlige kontrakter reelt begrænses.

[...]

(3) De referencer, der anvendes af de ordregivende myndigheder og andre ordregivere til beskrivelse af kontraktens genstand, bør fremover samles i et fælles klassifikationssystem for offentlige kontrakter.«

30 Artikel 1, stk. 1 og 2, i forordning nr. 2195/2002 bestemmer:

»1. Der indføres et fælles klassifikationssystem for offentlige kontrakter, nemlig det fælles glossar for offentlige kontrakter (Common Procurement Vocabulary – CPV).

2. CPV-glossaret findes i bilag I.

Forordning nr. 1893/2006

31 Artikel 1 i forordning nr. 1893/2006 med overskriften »Genstand og anvendelsesområde« bestemmer:

»1. Ved denne forordning indføres en fælles statistisk nomenklatur for økonomiske aktiviteter i [Unionen], herefter benævnt »NACE rev. 2«. Denne nomenklatur sikrer, at [Unionens] nomenklaturer svarer til den økonomiske virkelighed og øger sammenligneligheden mellem medlemsstaternes, [Unionens] og internationale nomenklaturer og dermed medlemsstaternes, [Unionens] og internationale statistikker.

2. Denne forordning gælder udelukkende for nomenklaturens anvendelse til statistiske formål.«

Slovensk ret

- 32 Zakon o nekaterih koncesijskih pogodbah (lov om visse koncessionskontrakter) (Uradni list RS, nr. 9/2019) i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, regulerer visse koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser med en anslået værdi eksklusivt moms, der er højere eller lig med den, der er fastsat i artikel 8, stk. 1, i direktiv 2014/23.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 33 Ljubljana kommune besluttede i 2020 at indlede en procedure for tildeling af en koncession til at oprette og drive en tjenesteydelse vedrørende leje og deling af el-køretøjer på kommunens område. Projektets samlede værdi blev anslået til 14 989 000 EUR eksklusivt moms, idet den private partners finansielle indskud blev vurderet til 14 570 000 EUR eksklusivt moms og kommunens indskud til 36 000 EUR eksklusivt moms.
- 34 Den private partners finansielle indskud skulle opdeles på følgende måde: eksisterende vognpark af el-køretøjer: 5 000 000 EUR, eksisterende teknologi: 1 500 000 EUR, personale og udvikling: 1 400 000 EUR, køb af nye el-køretøjer i koncessionens løbetid: 6 250 000 EUR, anlæg af parkeringspladser: 180 000 EUR, oprettelse af ladestationer: 240 000 EUR.
- 35 Dokumenterne vedrørende den pågældende kontrakt anvender hoved-CPV-koden 60100000. Endvidere er det under overskriften »Koncessionsgiverens og koncessionshaverens indskud« fastsat, at »[p]rovenuet fra de afgifter, der opkræves for parkeringspladser og ladestationer samt parkeringsafgifter, skal anses for koncessionsgiverens bidrag til gennemførelsen af projektet«.
- 36 I sine »Instrukser for afgivelse af bud« anførte Ljubljana kommune med henblik på at beskrive »koncessionsforholdets genstand« i øvrigt, at gennemførelsen af projektet vedrørende oprettelse og forvaltning af et offentligt system til udlejning og deling af el-køretøjer omfattede:
- »a) gennemførelse af de nødvendige investeringer ved oprettelsen af et offentligt system til udlejning og deling af el-køretøjer på [Ljubljanas kommunes] område, herunder:
- oprettelse af en vognpark på mindst 200 el-køretøjer til oprettelse af et offentligt system udlejning og deling af el-køretøjer[...]
 - udformning af et offentligt net af arealer til lån af køretøjer og stationer til opladning af el-køretøjer [...]
 - etablering af en moderne og brugervenlig IT-løsning for at sikre tjenesteydelsen udlejning og deling af el-køretøjer
- b) levering af tjenesteydelsen udlejning og deling af el-køretøjer [...], herunder oprettelse af et centraliseret system til udlejning og deling af el-køretøjer, som gør det muligt at følge og overvåge og projektets gennemførelse, herunder navnlig:
- forpligtelsen til at sikre og forvalte en vognpark, der er fuldt ud funktionsdygtig, hvilket navnlig omfatter regelmæssige eftersyn og reparationer i tilfælde af trafikuheld, indregistrering, forsikring og andre driftsomkostninger ved normal brug af køretøjerne[;]

[...] [k]oncessionshaveren er desuden forpligtet til regelmæssigt at modernisere vognparken efter en ordning, der fastsættes i kontrakten

- forpligtelsen til at sikre og drive et net af arealer til lån af køretøjer og ladestandere til el-køretøjer, forpligtelsen til regelmæssigt at vedligeholde dem og forpligtelsen til at sikre driftsdygtige ladestandere på anlægget på de betingelser og efter den ordning, der er fastsat i kontrakten

- sikring af en passende støtteordning for brugerne.

[...]

Koncessionshaverens hovedforpligtelser:

- [...]

- I løbet af den af kontrakten omfattede periode påtager forhandleren sig alle tekniske, teknologiske og finansielle risici i forbindelse med gennemførelsen af investeringsforanstaltningerne og andre risici og påtager sig leveringen af tjenesteydelsen udlejning og deling af el-køretøjer, herunder risikoen med hensyn til rentabiliteten af de foretagne investeringer. Koncessionshaveren bærer også risikoen for, at det oprettede system er tilgængeligt og disponibelt, samt risikoen forbundet med efterspørgslen.

- [...]«

- 37 Det fremgår ligeledes af disse instrukser, at det i hovedsagen omhandlede projekt har til formål at beskytte miljøet og styrke den bæredygtige udvikling, bl.a. ved at vedtage koncepter for bæredygtig mobilitet. De pågældende instrukser fastsætter endelig som »udelukkelsesgrunde« en forpligtelse for en ansøger til at blive registreret for i henhold til den nationale normklassifikation af aktiviteter at kunne udøve aktivitet 77 110 (udlejning og leasing af biler og lette motorkøretøjer) (herefter »aktivitet 77 110«), idet det præciseres, at hver af parterne skal opfylde betingelsen i tilfælde af tilbud afgivet i partnerskab.
- 38 Den 17., 18. og 19. februar 2021 stillede SHARENGO via portalen for offentlige udbud en række spørgsmål vedrørende udbudsproceduren og gjorde opmærksom på, at visse af Ljubljana kommunes krav var i strid med den slovenske lovgivning om offentligt-privat partnerskab og lovgivningen om offentlige kontrakter.
- 39 Den 19. februar 2021 og således før udløbet af den frist, som kommunen havde til at besvare disse spørgsmål, indgav SHARENGO en klage til den pågældende kommune. Selskabet gjorde bl.a. gældende, at eftersom kontraktens genstand omfatter gennemførelse af investeringer, der ikke er direkte forbundet med udleje og deling af el-køretøjer, var kravet om, at alle partnere skal være registreret for aktiviteten 77 110, uforholdsmæssigt og diskriminerende. Et sådant krav begrænser konkurrencen og forhindrer et samarbejde med partnere, der er etableret i udlandet. SHARENGO fremsatte en begæring om annullation af de forskellige betingelser, kriterier og krav og subsidiært af hele udbudsproceduren.
- 40 Ved afgørelse af 2. marts 2021 afslog kommunen Ljubljana denne klage med den begrundelse, at den var fremsat for tidligt.

- 41 SHARENGO's spørgsmål fik desto mindre Ljubljana kommune til at præcisere, at kravet om at være optaget i aktiviteten 77 110 skal opfyldes af ansøgeren, og at det i tilfælde af tilbud afgivet i et partnerskab skal opfyldes af hver af parterne, idet indgåelsen af partnerskabsaftalen indebærer et solidarisk ansvar imellem dem. Derimod behøver de øvrige økonomiske aktører, der er omfattet af ansøgerens erklæring, ikke at opfylde betingelsen. Hvis de erhvervsdrivende ikke er optaget i Republikken Sloveniens handels- eller virksomhedsregister, skal koncessionsgiveren endvidere tage hensyn til den klassificering, der ifølge sin beskrivelse svarer til kontraktens genstand.
- 42 Efter at have afslået SHARENGO's klage var Ljubljana kommune forpligtet til at fremsende den til behandling ved Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (det nationale klagenævn for offentlige udbud, Slovenien), hvilket den gjorde den 8. marts 2021.
- 43 På dette sidstnævntes opfordring oplyste Ljubljana kommune i en skrivelse af 7. april 2021 for det første, at loven om visse koncessionskontrakter ikke fandt anvendelse, fordi tærsklen for dens anvendelse ikke var nået, idet koncessionens anslåede værdi var 3 108 103 EUR eksklusive moms. Kommunen erlægger endvidere ikke direkte en modydelse for udnyttelsen af koncessionen. Den begrænser sig således til dels at give afkald på parkeringsafgifter på de parkeringsarealer, der skal benyttes til den i hovedsagen omhandlede tjenesteydelse, og hvis beløb andrager 3 430 328 EUR eksklusive moms, dels at afholde udgifterne til regelmæssig vedligeholdelse af disse arealer til en anslået værdi på 84 375 EUR eksklusive moms. Endelig har kommunen indtægter fra årsafgifter for parkeringsarealer til en anslået værdi af 345 000 EUR eksklusive moms og afgifter for ladestationer til en anslået værdi af 62 000 EUR eksklusive moms. For det andet er kommunen Ljubljanas mål at etablere en tjenesteydelse vedrørende udlejning og deling af el-køretøjer og ikke at erhverve en vare. For det tredje fandt kommunen, henset til den fastsatte risikofordeling, at den valgte CPV-kode, der vedrører udlejning af varer, kunne være vildledende. Et system til deling af el-køretøjer går nemlig ud over den blotte udlejning af et el-køretøj og omfatter en komplet funktionsydelse i forbindelse med delingsystemet, som indholdsmæssigt og begrebsmæssigt er bredere end den blotte udlejning af et køretøj.
- 44 Indledningsvis har Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (det nationale klagenævn for offentlige udbud) anført, at Domstolen i dom af 8. juni 2017, Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431, præmis 34-38), og af 10. september 2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685), har anerkendt, at den er en »national ret« som omhandlet i artikel 267 TEUF. Den forelæggende ret har tilføjet, at når klagen, som det er tilfældet i hovedsagen, vedrører udbudsbetingelserne, som ud over selve udbudsbetingelserne omfatter dokumentationen vedrørende tildelingen af kontrakten eller koncessionen, træffer den afgørelse som »national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres«, som omhandlet i artikel 267, stk. 3, TEUF.
- 45 I det foreliggende tilfælde afhænger den forelæggende rets kompetence til at afgøre tvisten i hovedsagen af, om det fremtidige kontraktforhold mellem kommunen og den økonomiske aktør kan kvalificeres som en »koncession på tjenesteydelser« som omhandlet i artikel 5, nr. 1), litra b), i direktiv 2014/23 eller som en »offentlig kontrakt« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24.
- 46 I dette perspektiv er den forelæggende ret af den opfattelse, at den står over for tre vanskeligheder med hensyn til fortolkningen af EU-retten.

- 47 For det første ønsker den oplyst, hvorledes den anslåede værdi af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser skal fastlægges. Den forelæggende ret har i denne forbindelse anført, at Ljubljana kommune var af den opfattelse, at den private partners finansielle indskud beløber sig til 14 570 000 EUR eksklusive moms, mens dens eget indskud beløber sig til 36 000 EUR eksklusive moms. Denne vurdering er imidlertid urigtig, eftersom kommunen, således som det fremgår af denne doms præmis 43, har anerkendt, at dens indskud beløber sig til 3 108 103 EUR eksklusive moms. Kommunens investering overstiger følgelig de tærskler, der er fastsat i artikel 4, litra b) og c), i direktiv 2014/24, men ikke den tærskel på 5 350 000 EUR, der er fastsat i artikel 8, stk. 1, i direktiv 2014/23.
- 48 På dette grundlag er det, eftersom den anslåede værdi af den private partners finansielle indskud er på 14 570 000 EUR eksklusive moms, logisk, at indtægterne fra sidstnævnte, som søger at opnå et overskud ved gennemførelsen af projektet, beløber sig til mindst 14 977 000 EUR eksklusive moms for at dække alle investeringer og betaling af årsafgifter for parkeringspladser og årsafgifter for ladestationer. Selv om investeringen på 5 000 000 EUR eksklusive moms i den eksisterende vognpark med el-køretøjer skulle udelukkes fra denne beregning, ville den private partners indskud i givet fald være højere end tærsklen på 5 350 000 EUR eksklusive moms.
- 49 For det andet ønsker den forelæggende ret oplyst, dels om det i hovedsagen omhandlede projekt har til formål at forsyne Ljubljana kommune med leveringer eller betro leveringen og forvaltningen af tjenesteydelserne til dens medkontrahent, dels om den af den ordregivende myndighed valgte CPV-kode i dokumentationen for kontrakten eller i koncessionen kan have betydning for kvalificeringen af en kontrakt.
- 50 Eftersom det fremtidige kontraktforhold mellem kommunen og den økonomiske aktør synes at forbinde både elementer i en offentlig vareindkøbskontrakt som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 8), i direktiv 2014/24 og elementer i en koncession på tjenesteydelser som omhandlet i artikel 5, nr. 1), litra b), i direktiv 2014/23, er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt dette fremtidige kontraktforhold skal kvalificeres som en »blandet kontrakt« som omhandlet i artikel 3, stk. 4, tredje afsnit, i direktiv 2014/24.
- 51 For det tredje ønsker den forelæggende ret oplyst, om Ljubljana kommune har mulighed for at kræve, at hver af parterne opfylder betingelsen om registrering af aktiviteten 77 110 uden at overtræde artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23 eller artikel 58, stk. 1 og 2, i direktiv 2014/24, sammenholdt med proportionalitetsprincippet, ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling. Dette krav medfører bl.a., at en erhvervsdrivende først kan påbegynde sin virksomhed efter at have ladet sig registrere hos Agencija Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve (Republikken Sloveniens organ for offentlige juridiske fortegnelser og relaterede tjenester) i Republikken Sloveniens handelsregister.
- 52 Den forelæggende ret har i denne forbindelse påpeget, at mens artikel 58, stk. 1 og 2, i direktiv 2014/24 gør det muligt for den ordregivende myndighed at kræve, at de økonomiske aktører optages i et af de faglige registre eller handelsregistre, som føres i etableringsmedlemsstaten, nævnes begrebet »det pågældende erhverv« ikke i direktiv 2014/23. Denne tavshed i direktivets artikel 38, stk. 1, kan lige så vel fortolkes som et forbud for den ordregivende myndighed mod at fastsætte en betingelse vedrørende det pågældende erhverv som en stiltiende bemyndigelse til at fastsætte en sådan betingelse. Denne sidstnævnte fortolkning synes i øvrigt at være bekræftet af punkt 7, litra c), i bilag V til det nævnte direktiv og af punkt III.1.1 i bilag XXI til gennemførelsesforordning 2015/1986.

- 53 Den forelæggende ret har ligeledes bemærket, at Ljubljana kommune ikke har krævet, at betingelsen om deltagelse i »det pågældende erhverv« skal opfyldes af de erhvervsdrivende økonomiske operatører, der befinder sig i et underordningsforhold, såsom underentreprenører, men udelukkende af de økonomiske aktører, der befinder sig i et koordineringsforhold, i lighed med medlemmerne af en sammenslutning af økonomiske aktører, med den begrundelse, at disse er bundet af et solidarisk ansvar. Et sådant krav ville imidlertid være afskrækkende for erhvervsdrivende, som ikke er registreret for at kunne udøve aktiviteten 77 110, eller tilsvarende aktiviteter i klasse 77.11 i NACE rev. 2-nomenklaturen som omhandlet i forordning nr. 1893/2006, men som ønsker at indgå i et samarbejde med en eller flere andre økonomiske aktører, der er bemyndiget til at udøve denne aktivitet.
- 54 Det er på denne baggrund, at Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (det nationale klagenævn for offentlige udbud) har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål, idet det præciseres, at det andet til det syvende spørgsmål hviler på den forudsætning, at direktiv 2014/23 finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, og at det ottende, det tiende og det ellefte spørgsmål kun forelægges subsidiært, såfremt Domstolen konkluderer, at direktiv 2014/24 finder anvendelse:
- »1) Skal [forordning nr. 2195/2002] fortolkes således, at udlejning af køretøjer til personbefordring uden chauffør ikke er omfattet af gruppe 601 fra det fælles CPV-glossar, men af gruppe 341 fra det fælles CPV-glossar, med tilføjelsen af kode PA01-7 Leje fra det supplerende CPV-glossar for at fuldstændiggøre beskrivelsen, og ikke påvirkes af kode PB04-7 Uden chauffør fra det supplerende CPV-glossar, således at det følger af en sammenholdende læsning af koderne i gruppe 341 fra det fælles CPV-glossar og kode PA01-7 Leje fra det supplerende CPV-glossar, at udlejning af køretøjer til personbefordring uden chauffør skal anses for at være en kontrakt for levering af varer og ikke levering af tjenesteydelser, med den konsekvens, at såfremt hovedbestanddelen i den økonomiske aktørs investering i gennemførelse af projektet til oprettelse af et offentligt system til udlejning og deling af el-køretøjer består i levering af el-køretøjer, og hvis endvidere denne investering er større end den ordregivende myndigheds investering i gennemførelse af projektet, er elementet »tjenesteydelser« i artikel 5, stk. 1, litra b), i [direktiv 2014/23] ikke opfyldt, således at kontrakten for gennemførelsen af dette projekt ikke udgør en koncession på tjenesteydelser som omhandlet i artikel 5, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/23?
- 2) Skal begrebet »levering og forvaltning af tjenesteydelser« i artikel 5, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/23/EU fortolkes således, at
- a) begrebet »levering [...] af tjenesteydelser« i artikel 5, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/23[...] har samme betydning som begrebet »levering af tjenesteydelser« i artikel 2, stk. 1, nr. 9), i [direktiv 2014/24] hvorfor begrebet »levering [...] af tjenesteydelser« i artikel 5, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/23[...] betyder, at den økonomiske aktør i tilfælde af oprettelsen af et offentligt system til udlejning og deling af el-køretøjer leverer tjenesteydelser relaterede til udlejning og deling af el-køretøjer og gennemfører aktiviteter, som går videre end udlejning og deling af el-køretøjer,
- og
- b) begrebet »forvaltning af tjenesteydelser« i artikel 5, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/23[...] betyder, at en økonomisk aktør udøver »retten til at udnytte [tjenesteydelserne]« som omhandlet længere nede i artikel 5, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/23/EU, og at denne forvaltning genererer indtægter, hvorfor begrebet »forvaltning af tjenesteydelser« i artikel 5, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/23/EU betyder, at en økonomisk aktør i tilfælde af

oprettelsen af et offentligt system til udlejning og deling af el-køretøjer – henset til levering af tjenesteydelser, som er omfattet af udlejning og deling af el-køretøjer, og gennemførelse af aktiviteter, der går videre end udlejning og deling af el-køretøjer – har ret til at opkræve betaling fra brugerne for levering af tjenesteydelser og ikke har pligt til at betale parkeringsafgifter eller omkostninger for rutinevedligeholdelse af parkeringsarealerne til kommunen, og følgelig at forvaltningen lovligt kan generere indtægter på dette grundlag?

- 3) Skal begrebet »koncessionshaverens samlede omsætning i kontraktens løbetid, eksklusiv moms, som anslået af den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed, som vederlag for [...] tjenesteydelser [...], der skal leveres i forbindelse med udførelsen af koncessionen«, i artikel 8, stk. 2, første afsnit, i direktiv 2014/23[...] fortolkes således, at »koncessionshaverens samlede omsætning« også omfatter betalinger foretaget af brugerne til koncessionshaveren, med den konsekvens, at disse betalinger skal medregnes i »vederlag for [...] tjenesteydelser [...], der skal leveres i forbindelse med udførelsen af koncessionen«?
- 4) Skal artikel 8, stk. 1, i direktiv 2014/23[...] fortolkes således, at direktiv 2014/23[...] finder anvendelse, når værdien af investeringer eller værdien af investeringer og omkostninger, som den økonomiske aktør afholder inden for rammerne af en koncession på tjenesteydelser, eller som den økonomiske aktør og den ordregivende myndighed afholder inden for rammerne af en koncession på tjenesteydelser, (klart) overstiger 5 350 000 EUR, eksklusive moms?
- 5) Skal artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23[...] fortolkes således, at den ordregivende myndighed kan pålægge en betingelse for deltagelse vedrørende erhvervsaktiviteten og kræve, at de økonomiske aktører fremlægger bevis for opfyldelsen af en sådan betingelse, herunder i overensstemmelse med gennemførelsesforordning [2015/1986], som i bilag XXI gengiver en koncessionsbekendtgørelse (standardformular 24), der også indeholder Del III.1.1 Egnethed til at udøve en erhvervsaktivitet, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregistre?
- 6) Såfremt det femte spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23[...], sammenholdt med ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling ifølge artikel 3, stk. 1, i [dette direktiv], da fortolkes således, at den ordregivende myndighed for at fastsætte betingelsen for deltagelse vedrørende erhvervsaktiviteten kan henvise til den nationale NACE-kode 77 110 vedrørende beskrivelsen af aktiviteten i form af udlejning og leasing af biler og lette motorkøretøjer, som har samme betydning som det, der er fastsat i forordning [nr. 1893/2006], bilag I, NACE REV. 2, klasse 77.11 udlejning og leasing af biler og lette motorkøretøjer?
- 7) Såfremt det femte spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23[...], navnlig for så vidt angår den del, hvor den henviser til proportionalitetskravet, sammenholdt med ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling ifølge artikel 3, stk. 1, i [dette direktiv], da fortolkes således, at den ordregivende myndighed kan kræve, at betingelsen vedrørende optagelse i registre for at kunne udøve aktiviteten i form af udlejning og leasing af biler og lette motorkøretøjer er opfyldt af hver enkelt partner?
- 8) Skal artikel 2, stk. 1, nr. 8), i direktiv 2014/24 fortolkes således, at der er tale om en offentlig vareindkøbskontrakt, når en grundlæggende del af det fremtidige kontraktforhold mellem kommunen og den økonomiske aktør (afhængigt af værdien af den økonomiske aktørs investering) er knyttet til udlejning og deling af el-køretøjer bestemt til brugerne af et offentligt system til udlejning og deling af el-køretøjer, hvor kommunen ikke direkte

investerer i gennemførelsen af projektet til oprettelse af et offentligt system til udlejning og deling af el-køretøjer gennem betaling af en pengesum til den økonomiske aktør, men indirekte, ved at give afkald på parkeringsafgifter i en periode på 20 år og ved at levere rutinevedligeholdelse af parkeringsarealerne, og når denne investerings samlede værdi overstiger tærskelværdien fastsat i artikel 4, litra b) eller c), i [direktiv 2014/24], men kommunens aktuelle investering (i en væsentlig grad) er lavere end såvel den økonomiske aktørs samlede investering i projektet til oprettelse af et offentligt system til udlejning og deling af el-køretøjer som den økonomiske aktørs investering i den del af projektet, som vedrører el-køretøjer, uafhængigt af, at brugerne betaler den økonomiske aktør for brug af el-køretøjer, og at det er brugernes efterspørgsel, der afgør, om den økonomiske aktør opnår indtægter i et omfang, som viser, at oprettelsen af et offentligt system til udlejning og deling af el-køretøjer er finansielt succesfuldt, hvorfor den økonomiske aktør påtager sig driftsrisikoen forbundet med gennemførelsen af projektet, hvilket kendetegner en koncession på tjenesteydelser som omhandlet i artikel 5, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/23[...], og ikke en offentlig kontrakt som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24[...]?

- 9) Skal artikel 3, stk. 4, tredje afsnit, i direktiv 2014/24[...] fortolkes således, at bestemmelsen udgør retsgrundlaget for anvendelsen af ordningen i direktiv 2014/24[...] i forbindelse med tildeling af en fremtidig kontrakt mellem kommunen og den økonomiske aktør vedrørende projektet til oprettelse af et offentligt system til udlejning og deling af el-køretøjer, fordi denne kontrakt skal anses for at være en blandet kontrakt, der indeholder elementer af offentlige kontrakter vedrørende varer og tjenesteydelser og af tjenesteydelseskoncessioner, eftersom værdien af kommunens investering i gennemførelse af dette projekt overstiger værdien fastsat i artikel 4, litra c), i direktiv 2014/24[...]?
- 10) Skal artikel 58, stk. 1 og 2, i direktiv 2014/24[...], sammenholdt med ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling ifølge artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24[...], fortolkes således, at den ordregivende myndighed for at definere betingelsen for deltagelse vedrørende erhvervsaktiviteten kan henvise til den nationale NACE-kode 77 110 vedrørende beskrivelsen af aktiviteten i form af udlejning og leasing af biler og lette motorkøretøjer, som har samme betydning som det, der er fastsat i forordning [nr.] 1893/2006, bilag I, NACE REV. 2, klasse 77.11 udlejning og leasing af biler og lette motorkøretøjer?
- 11) Skal artikel 58, stk. 1, i direktiv 2014/24[...], navnlig for så vidt angår den del, hvor den henviser til proportionalitetskravet, og artikel 58, stk. 2, i direktiv 2014/24[...], sammenholdt med ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling og proportionalitetsprincippet ifølge artikel 18, stk. 1, i [det pågældende direktiv], fortolkes således, at den ordregivende myndighed kan kræve, at betingelsen vedrørende optagelse i registre for at kunne udøve aktiviteten i form af udlejning og leasing af biler og lette motorkøretøjer er opfyldt af hver enkelt partner?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første, det andet, det ottende og det niende spørgsmål

- 55 Med det første, det andet, det ottende og det niende spørgsmål, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 5, nr. 1), litra b), i direktiv 2014/23 skal fortolkes således, at der foreligger en »koncession på tjenesteydelser«, når en ordregivende

myndighed ønsker at overdrage oprettelsen og forvaltningen af en tjenesteydelse, der består i udlejning og deling af el-køretøjer til en økonomisk aktør, hvis finansielle indskud hovedsageligt er bestemt til erhvervelse af disse køretøjer, og hvori indtægterne fra denne økonomiske aktør hovedsageligt stammer fra afgifter, der skal betales af brugerne af denne tjenesteydelse.

- 56 Med disse spørgsmål ønsker den forelæggende ret en præcisering af sondringen mellem begreberne koncession og offentlig kontrakt, eftersom deres respektive anvendelsesområder kan overlappe hinanden. Dette er i øvrigt et af de formål, der forfølges med direktiv 2014/23, og, hvis 18. betragtning anfører, at direktivet tilsigter at give en præciserende definition af begrebet »koncession«.
- 57 I denne henseende er både begrebet »offentlig kontrakt« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 og begrebet »koncession« som omhandlet i artikel 5, nr. 1), litra b), i direktiv 2014/23 selvstændige EU-retlige begreber og skal derfor fortolkes ensartet på Unionens område. Det følger heraf, at den retlige kvalificering, der følger af en medlemsstats lovgivning, ikke er relevant ved afgørelsen af, om denne kontrakt falder inden for anvendelsesområdet for det ene eller det andet af disse direktiver, og at spørgsmålet, om en kontrakt skal kvalificeres som en koncession eller en offentlig kontrakt, udelukkende skal vurderes efter EU-retten (jf. i denne retning dom af 18.1.2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, præmis 40, af 18.7.2007, Kommissionen mod Italien, C-382/05, EU:C:2007:445, præmis 31, og af 10.11.2011, Norma-A og Dekom, C-348/10, EU:C:2011:721, præmis 40).
- 58 I artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 defineres »offentlige kontrakter« som »gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser«. Endvidere fastsætter direktivet i artikel 1, stk. 2, at »[u]dbud [...] omfatter en eller flere ordregivende myndigheders anskaffelse ved hjælp af en offentlig kontrakt af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser fra økonomiske aktører valgt af de ordregivende myndigheder, uanset om bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne er beregnet til et offentligt formål«.
- 59 Hvad angår begrebet »koncession på tjenesteydelser« er dette defineret i artikel 5, nr. 1), litra b), i direktiv 2014/23 som »en gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås skriftligt, hvorved en eller flere ordregivende myndigheder eller kontraherende enheder overdrager ansvaret for levering og forvaltning af tjenesteydelser, som ikke omfatter de i litra a) omhandlede bygge- og anlægsarbejder, til en eller flere økonomiske aktører, hvor vederlaget for denne overdragelse enten udelukkende består i retten til at udnytte de tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten, eller i denne ret sammen med betaling af en pris«. Følgelig, og således som det præciseres i andet afsnit af nævnte nr. 1), indebærer »[t]ildeling af en koncession på bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser[...], at der overføres en driftsrisiko til koncessionshaver ved udnyttelsen af disse bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, som omfatter en efterspørgsels- eller en udbudsrisiko eller begge dele. Koncessionshaveren anses for at påtage sig driftsrisikoen, hvis han under normale driftsbetingelser ikke er garanteret at tjene de foretagne investeringer og de afholdte omkostninger i forbindelse med driften af de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der er genstand for koncessionen, ind igen. Den del af risikoen, der overføres til koncessionshaveren, indebærer en reel eksponering for markedets omskiftelighed således, at ethvert potentielt anslået tab, som koncessionshaveren måtte lide, ikke blot er rent nominelt eller ubetydeligt«.

- 60 Det følger af en sammenligning af disse definitioner, at en koncession på tjenesteydelser adskiller sig fra en offentlig kontrakt ved at tildele koncessionshaveren retten til eventuelt sammen med betaling af en pris at udnytte de tjenesteydelser, der er genstand for koncessionen, idet koncessionshaveren inden for rammerne af den indgåede kontrakt råder over en vis økonomisk frihed til at fastsætte betingelserne for udnyttelsen af den ret, som koncessionshaveren har fået tildelt, og samtidig påtager sig den risiko, der er forbundet med udnyttelsen af de pågældende tjenesteydelser (jf. i denne retning dom af 14.7.2016, *Promoimpresa m.fl.*, C-458/14 og C-67/15, EU:C:2016:558, præmis 46).
- 61 Med forbehold for, således som det er fastsat i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2014/23, at den anslåede værdi af en koncession ikke er mindre end de tærskler, der er fastsat i direktivets artikel 8, er den blotte overførsel til koncessionshaveren af den risiko, der er forbundet med udnyttelsen af tjenesteydelser, derfor tilstrækkelig til at udgøre en koncession på tjenesteydelser som omhandlet i det pågældende direktivs artikel 5, nr. 1), litra b). Det er i denne forbindelse uden betydning, at den økonomiske aktørs finansielle indskud ikke er det samme som den ordregivende myndigheds finansielle indskud.
- 62 I det foreliggende tilfælde ønsker Ljubljana kommune, således som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, på ingen måde at beskytte koncessionshaveren mod enhver tabsrisiko. Kommunen anførte ganske vist for det første, at den ikke ville opkræve et beløb svarende til parkeringsafgifter på de parkeringsarealer, som vil blive anvendt til tjenesteydelsen udlejning og deling af el-køretøjer, og for det andet, at kommunen ville afholde udgifterne til regelmæssig vedligeholdelse af parkeringsarealer, der stilles til rådighed for den økonomiske aktør.
- 63 Når dette er sagt, fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at den ordregivende myndigheds bidrag, der er nævnt i den foregående præmis, ikke fjerner driftsrisikoen for den økonomiske aktør. Det følger heraf, at sidstnævnte kun kan tjene de foretagne investeringer og omkostningerne til driften af den i hovedsagen omhandlede tjenesteydelse ind igen, hvis han oppebærer betydelige indtægter fra betaling af afgifter fra brugerne af tjenesteydelsen.
- 64 Den omstændighed, at den erhvervsdrivendes finansielle indskud hovedsageligt er knyttet til anskaffelsen af el-køretøjer, kan i øvrigt ikke føre til, at den af Ljubljana kommune påtænkte plan om et system for udlejning og deling af el-køretøjer kan opfattes som en »blandet kontrakt« som omhandlet i artikel 20 i direktiv 2014/23.
- 65 Direktivets artikel 20, stk. 4, sammenholdt med denne artikels stk. 2, fastsætter ganske vist, at i forbindelse med blandede kontrakter, der både indeholder elementer af koncessioner og andre elementer, der kan udskilles, af offentlige kontrakter, som er omfattet af direktiv 2014/24/EU, skal den blandede kontrakt tildeles i overensstemmelse med direktiv 2014/24. For at artikel 20, stk. 4, i direktiv 2014/23 kan finde anvendelse, er det imidlertid stadig nødvendigt at fastslå, at der foreligger en offentlig kontrakt som omhandlet i direktiv 2014/24.
- 66 Som anført i denne doms præmis 58 følger det imidlertid af artikel 1, stk. 2, i direktiv 2014/24, at en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt omfatter en eller flere ordregivende myndigheders anskaffelse ved hjælp af en offentlig kontrakt af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser. Hvad angår artikel 2, stk. 1, nr. 8), definerer direktivet »offentlige vareindkøbskontrakter« som »offentlige kontrakter, som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer«.

- 67 Det følger heraf, at den ordregivende myndighed, der foranstalter en offentlig vareindkøbskontrakt, selv ønsker at drage fordel af de varer, som den har købt, leaset eller lejet.
- 68 Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, ønsker Ljubljana kommune i tvisten i hovedsagen ikke at erhverve el-køretøjer. Kommunen har tværtimod til hensigt at betro en økonomisk aktør udnyttelsen af en tjenesteydelse, der gør det muligt for tredjemand at udleje køretøjer, uden at have ansvaret for disse køretøjer eller at leje køretøjer til eget brug. Som det fremgår af de instrukser, der er nævnt i denne doms præmis 36, har dette system mere generelt til formål at bidrage til at mindske miljøskader, der forårsages af vejtrafik, og at fremme en bæredygtig udvikling af Ljubljana kommune, bl.a. ved at vedtage et koncept om bæredygtig mobilitet. For så vidt som el-køretøjer forekommer uadskillelige fra selve koncessionen på tjenesteydelser, følger det desuden af artikel 8, stk. 2, i direktiv 2014/23, at disse køretøjer skal anses for levering i tilknytning til de koncessionerede tjenesteydelser.
- 69 Under disse omstændigheder, og med forbehold af den efterprøvelse, som det tilkommer den forelæggende ret at foretage, er det ikke muligt at fastslå, at der foreligger en offentlig vareindkøbskontrakt som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 8), i direktiv 2014/24.
- 70 Endelig bemærkes, at kvalificeringen af en kontrakt som en koncession som omhandlet i artikel 5, nr. 1), i direktiv 2014/23 eller en offentlig kontrakt som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 ikke kan følge af den ordregivende myndigheds valg af de CPV-koder, der er nævnt i dokumentationen for kontrakten eller i koncessionen, bl.a. i bilag V til disse to direktiver. Forpligtelsen til at anvende CPV-koder i henhold til forordning nr. 2195/2002 er nemlig blot en konsekvens af, at direktiv 2014/23 eller direktiv 2014/24 finder anvendelse, således som det fremgår af henholdsvis artikel 27 i det førstnævnte direktiv og artikel 23 i det sidstnævnte direktiv.
- 71 Det er følgelig først efter at have fastslået, at en procedure om indgåelse af en koncessionskontrakt er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2014/23, eller at en udbudsprocedure henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2014/24, at en ordregivende myndighed er forpligtet til at identificere den eller de relevante CPV-koder.
- 72 På dette grundlag udgør CPV-koderne, selv om de har til formål at gøre det lettere for de økonomiske aktører at få kendskab til udbudsbekendtgørelserne inden for deres sektor, kun et af elementerne i beskrivelsen af kontraktens genstand, og dette så meget desto mere som klassifikationen i forordning nr. 2195/2002 kan vise sig at være mangelfuld eller forældet, navnlig henset til den teknologiske udvikling.
- 73 Den omstændighed, at der angives en forkert CPV-kode, er således principielt uden betydning. Det ville imidlertid forholde sig anderledes, hvis en sådan fejl udgjorde et indicium for den ordregivende myndigheds ønske om at skade en eller visse økonomiske aktørers interesser og dermed fordreje konkurrencen. Et sådant tilfælde er nemlig omfattet af artikel 3, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2014/23.
- 74 Henset til ovenstående betragtninger skal det første, det andet, det ottende og det niende spørgsmål besvares med, at artikel 5, nr. 1), litra b), i direktiv 2014/23 skal fortolkes således, at der foreligger en »koncession på tjenesteydelser«, når en ordregivende myndighed ønsker at overdrage oprettelsen og forvaltningen af en tjenesteydelse i form af udlejning og deling af el-køretøjer til en økonomisk aktør, hvis finansielle indskud hovedsageligt er bestemt til erhvervelse af disse køretøjer, og hvori indtægterne fra denne økonomiske aktør hovedsageligt

stammer fra afgifter, der skal betales af brugerne af denne tjenesteydelse, eftersom disse kendetegn kan godtgøre, at den risiko, der er forbundet med udnyttelsen af de koncessionerede tjenesteydelser, er blevet overført til den pågældende økonomiske aktør.

Om det tredje og det fjerde spørgsmål

- 75 Med det tredje og det fjerde spørgsmål, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 8 i direktiv 2014/23 skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed ved afgørelsen af, om tærsklen for anvendelse af dette direktiv er nået, skal vurdere »koncessionshaverens samlede omsætning i kontraktens løbetid, eksklusiv moms«, under hensyntagen til de afgifter, som brugerne betaler til koncessionshaveren, samt til de indskud og omkostninger, som koncessionshaveren og/eller den ordregivende myndighed betaler.
- 76 I henhold til direktivets artikel 8, stk. 1 og 2, finder det anvendelse på koncessioner med en værdi på mindst 5 350 000 EUR, idet det præciseres, at værdien af en koncession er koncessionshaverens samlede omsætning i kontraktens løbetid, eksklusiv moms, som anslået af den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed, som vederlag for bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser, herunder varer, der skal leveres i forbindelse med udførelsen af koncessionen.
- 77 Da omsætningen udgøres af det beløb, der opnås gennem salget af varer og leveringen af tjenesteydelser, omfatter »koncessionshaverens samlede omsætning i kontraktens løbetid, eksklusiv moms«, nødvendigvis de afgifter, som brugerne betaler til koncessionshaveren som modydelse for brugen af de tjenesteydelser, som denne har fået koncessioneret. Samme direktivs artikel 8, stk. 3, litra b), fastsætter i øvrigt klart, at »[v]ed beregningen af koncessionens anslåede værdi, skal de ordregivende myndigheder og de ordregivende enheder i givet fald navnlig tage hensyn til [...] indtægter fra betaling af gebyrer og bøder fra brugerne af bygge- og anlægsarbejderne eller tjenesteydelserne ud over dem, der opkræves på vegne af den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed«.
- 78 Det fremgår endvidere af artikel 8, stk. 3, litra c), i direktiv 2014/23, at der ved denne beregning ligeledes skal tages hensyn til »betalinger eller finansielle fordele i enhver form, der foretages af den ordregivende myndighed [...] til koncessionshaveren«. Sådanne betalinger eller økonomiske fordele nedsætter nemlig i lige så høj grad den investering, som koncessionshaveren skal foretage.
- 79 Ikke desto mindre har »koncessionshaverens samlede omsætning i kontraktens løbetid, eksklusiv moms«, nødvendigvis som sådan en fremadrettet og pr. definition usikker karakter.
- 80 Den ordregivende myndighed kan ligeledes lægge til grund, at den tærskel, der er fastsat for anvendelsen af direktiv 2014/23, er nået, når de investeringer og omkostninger, der skal afholdes af koncessionshaveren alene eller sammen med den ordregivende myndighed, i hele den periode, hvori koncessionskontrakten finder anvendelse, åbenbart overstiger denne tærskelværdi. Hensyntagen til disse investeringer og omkostninger bidrager i øvrigt til at give det skøn over værdien af en koncession, som den ordregivende myndighed skal foretage, en objektiv karakter, således som det kræves i henhold til artikel 8, stk. 3, i direktiv 2014/23.
- 81 Denne fortolkning støttes af direktivets artikel 18, stk. 2. Det fremgår af denne bestemmelse, at for koncessioner, der som i hovedsagen »varer mere end fem år, må koncessionens maksimale varighed ikke overstige den tid, der anslås at være nødvendig, for at koncessionshaveren kan tjene de foretagne investeringer i driften af bygge- og anlægsarbejderne eller tjenesteydelserne ind igen sammen med et afkast på den investerede kapital, idet der tages hensyn til, hvilke

investeringer der kræves, for at opnå de specifikke kontraktuelle mål. De investeringer, der tages hensyn til med henblik på udregningen, omfatter både de oprindelige investeringer og eventuelt yderligere investeringer under koncessionens levetid«.

- 82 Endvidere fremgår det af sidste punktum i 52. betragtning til det nævnte direktiv, som belyser rækkevidden af denne sidstnævnte bestemmelse, at de ordregivende myndigheder »altid bør kunne tildele en koncession for en periode, der er kortere end den tid, der er nødvendig for at indtjene investeringerne, forudsat [at der er fastsat en kompensation, og] at den dermed forbundne erstatning ikke fjerner driftsrisikoen«.
- 83 Det følger heraf, at koncessionshaverens indskud, dvs. den investering, han har foretaget, samt de omkostninger, som han skal afholde under hele koncessionskontraktens løbetid, kan tages i betragtning ved beregningen af koncessionens anslåede værdi.
- 84 Det følger af de ovenstående betragtninger, at artikel 8 i direktiv 2014/23 skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed ved afgørelsen af, om tærsklen for anvendelse af dette direktiv er nået, skal vurdere »koncessionshaverens samlede omsætning i kontraktens løbetid, eksklusiv moms« under hensyntagen til de afgifter, som brugerne betaler til koncessionshaveren, samt til de indskud og omkostninger, som den ordregivende myndighed betaler. Den ordregivende myndighed kan imidlertid ligeledes lægge til grund, at den tærskel, der er fastsat for anvendelsen af direktiv 2014/23, er nået, når de investeringer og omkostninger, der skal afholdes af koncessionshaveren alene eller sammen med den ordregivende myndighed, i hele den periode, hvori koncessionskontrakten finder anvendelse, åbenbart overstiger denne tærskelværdi.

Det femte spørgsmål

- 85 Med det femte spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23, sammenholdt med bilag V, punkt 7, litra b), og fjerde betragtning til dette direktiv samt med artikel 4 i og bilag XXI, punkt III.1.1, til gennemførelsesforordning 2015/1986, skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed i henhold til kriterierne for udvælgelse og kvalitativ vurdering af ansøgerne kan kræve, at de økonomiske aktører optages i et handelsregister eller et fagligt register.
- 86 Det bemærkes, at artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23 i modsætning til artikel 58, stk. 1, i direktiv 2014/24 ikke udtrykkeligt bestemmer, at den ordregivende myndighed som kriterium for deltagelse i en procedure for tildeling af en koncession kan fastsætte udvælgelseskriterier, der vedrører egnetheden til at udøve en erhvervmæssig aktivitet.
- 87 Tavsheden vedrørende dette punkt i artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23 kan imidlertid ikke medføre et forbud mod, at den ordregivende myndighed som kriterium for deltagelse i en procedure for tildeling af en koncession opstiller udvælgelseskriterier, der vedrører evnen til at udøve en erhvervmæssig aktivitet.
- 88 For det første gør det formål om fleksibilitet og smidighed, der ligger til grund for dette direktiv, og som er anført i første og ottende betragtning hertil, det muligt inden for rammerne af direktivet at anlægge en vid fortolkning af begrebet »faglige formåen« som omhandlet i direktivets artikel 38, stk. 1, og at antage, at det omfatter evnen til at udøve en erhvervmæssig aktivitet.

- 89 For det andet fastsættes det i punkt 7, litra b), i bilag V til samme direktiv, der har overskriften »Oplysninger, der skal angives i koncessionsbekendtgørelser, som omhandlet i artikel 31«, at den ordregivende myndighed i givet fald skal angive, »om udførelsen af tjenesteydelsen ved lov eller administrativ bestemmelse er forbeholdt en bestemt profession«. Det kan udledes af denne bestemmelse, at i det tilfælde, hvor leveringen af en tjenesteydelse er forbeholdt et bestemt erhverv, har den ordregivende myndighed ret til at kræve, at den økonomiske aktør skal være optaget i et handelsregister eller et fagligt register.
- 90 For det tredje fastsættes det i bilag XXI, punkt III.1, til gennemførelsesforordning 2015/1986, at den ordregivende myndighed under overskriften »Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger« kan opstille et krav til deltagelsen om »egnethed til at udøve en erhvervsaktivitet, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregistre«.
- 91 I overensstemmelse med princippet om gensidig anerkendelse, der er nævnt i fjerde betragtning til direktiv 2014/23, skal en økonomisk aktør ikke desto mindre kunne bevise, at vedkommende er egnet til at udføre en offentlig kontrakt, ved at henvise til dokumenter, såsom en optagelse i et fagligt register eller handelsregister, udstedt af de kompetente myndigheder i den medlemsstat, hvor tilbudsgiveren er etableret. Dette princip er således til hinder for, at en ordregivende myndighed som et kvalitativt udvælgelseskriterium opstiller et krav om, at en økonomisk aktør skal optages i et handelsregister eller fagligt register i den medlemsstat, hvori koncessionen gennemføres i det tilfælde, hvor denne økonomiske aktør allerede har opnået en tilsvarende optagelse i den medlemsstat, hvor vedkommende er etableret (jf. analogt dom af 20.5.2021, Riigi Tugiteenuste Keskus, C-6/20, EU:C:2021:402, præmis 49 og 55)
- 92 Henset til ovenstående betragtninger skal det femte spørgsmål besvares med, at artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23, sammenholdt med bilag V, punkt 7, litra b), og fjerde betragtning til dette direktiv samt med artikel 4 i og bilag XXI, punkt III.1.1, til gennemførelsesforordning 2015/1986, skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed i henhold til kriterierne for udvælgelse og kvalitativ vurdering af ansøgerne kan kræve, at de økonomiske aktører optages i et handelsregister eller et fagligt register, for så vidt som en økonomisk aktør kan henvise til, at han er optaget i et tilsvarende register i den medlemsstat, hvor vedkommende er etableret.

Om det sjette spørgsmål

- 93 Med det sjette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23, sammenholdt med dette direktivs artikel 27 og artikel 1 i forordning nr. 2195/2002, skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed, der pålægger de erhvervsdrivende at være optaget i et handelsregister eller fagligt register i en EU-medlemsstat, ikke kan henvise til det fælles glossar for offentlige kontrakter, der udgøres af CPV-koder, men til NACE Rev 2-nomenklaturen, som denne er fastsat i forordning nr. 1893/2006.
- 94 Det bemærkes, at artikel 27 i direktiv 2014/23 bestemmer, at »[a]lle referencer til nomenklaturer i forbindelse med tildeling af koncessioner er baseret på »det fælles glossar for offentlige kontrakter« (CPV) som vedtaget ved [...] forordning [nr. 2195/2002]«.
- 95 Det fremgår endvidere af artikel 1 i forordning nr. 2195/2002, at »[d]er indføres et fælles klassifikationssystem for offentlige kontrakter, nemlig det fælles glossar for offentlige kontrakter (Common Procurement Vocabulary – CPV)«. I denne henseende fremgår det af første og tredje betragtning til denne forordning, at »[d]et forhold, at der anvendes forskellige nomenklaturer, skader åbenheden og gennemsigtigheden i europæiske offentlige kontrakter«, således at »[d]e

referencer, der anvendes af de ordregivende myndigheder og andre ordregivere til beskrivelse af kontraktens genstand, [...] fremover [bør] samles i et fælles klassifikationssystem for offentlige kontrakter«.

- 96 Det følger af en samlet læsning af de bestemmelser, der er nævnt i denne doms præmis 94 og 95, at den ordregivende myndighed er forpligtet til udelukkende at henvise til det fælles glossar for offentlige kontrakter. Det fremgår endvidere af artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 1893/2006, at denne forordning udelukkende gælder for NACE Rev. 2-nomenklaturens anvendelse til statistiske formål.
- 97 Det sjette spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23, sammenholdt med dette direktivs artikel 27 og artikel 1 i forordning nr. 2195/2002, skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at en ordregivende myndighed, der pålægger de erhvervsdrivende at være optaget i en EU-medlemsstats handelsregister eller fagregister, kan henvise ikke til det fælles glossar for offentlige kontrakter, der udgøres af CPV-koder, men til NACE Rev 2-nomenklaturen, som denne er fastsat i forordning nr. 1893/2006.

Om det syvende spørgsmål

- 98 Med det syvende spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 38, stk. 1 og 2, i direktiv 2014/23, sammenholdt med direktivets artikel 26, stk. 2, skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed uden at tilsidesætte det proportionalitetsprincip, der er fastsat ved direktivets artikel 3, stk. 1, første afsnit, kan kræve, at hvert medlem af en midlertidig virksomhedssammenslutning skal være optaget i et handelsregister eller et fagregister for at kunne udøve den aktivitet, der består i udlejning og leasing af biler og lette motorkøretøjer.
- 99 Artikel 38, stk. 2, første punktum, i direktiv 2014/23 fastsætter en ret for en økonomisk aktør til at basere sig på andre enheders kapacitet, uanset den retlige karakter af forbindelserne med disse enheder, med henblik på at opfylde de betingelser for deltagelse vedrørende såvel teknisk og faglig formåen som økonomisk og finansiel formåen, der er fastsat i denne bestemmelses stk. 1 (jf. analogt på området for indgåelse af offentlige kontrakter dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 29 og 33, og af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 150). Endvidere fremgår det af dette stykkes andet punktum, at »[h]vis en økonomisk aktør ønsker at basere sig på andre enheders kapaciteter, skal den godtgøre over for den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed, at den i hele koncessionsperioden råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge et tilsagn herom fra disse enheder«.
- 100 Det fremgår således, at dette direktivs artikel 38 giver en økonomisk aktør et vidt spillerum til at omgive sig af andre enheder, som bl.a. gør det muligt for denne at råde over den formåen, som denne ikke har. I denne henseende kan denne bestemmelse ikke fortolkes således, at den pålægger en økonomisk aktør alene at ansøge om bistand fra enheder, der hver især er egnet til at udøve det samme erhverv. En økonomisk aktør, der benytter sig af andre enheders formåen, søger nemlig enten at øge sin allerede eksisterende kapacitet, der eventuelt er utilstrækkelig mængde- eller kvalitetsmæssigt, eller at skaffe sig kapacitet eller kompetencer, som han ikke råder over.
- 101 Det ville således være uforholdsmæssigt, navnlig i sidstnævnte tilfælde, at kræve, at samtlige medlemmer af en midlertidig virksomhedssammenslutning skal være i stand til at udøve det overdragne erhverv. Det følger nemlig af dette princip, der hører til EU-rettens almindelige grundsætninger, at de regler, som medlemsstaterne eller de ordregivende myndigheder har

vedtaget i forbindelse med gennemførelsen af direktivets bestemmelser, ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de mål, som forfølges med det nævnte direktiv (jf. i denne retning dom af 16.12.2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, præmis 48, og af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 155).

- 102 På denne baggrund bestemmer artikel 26, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2014/23 bl.a., at »[o]m nødvendigt kan ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder i udbudsdokumenterne præcisere, hvordan sammenslutninger af økonomiske aktører skal opfylde kravene med hensyn til økonomisk og finansiel formåen eller teknisk og faglig formåen, jf. artikel 38, forudsat at dette er objektivt begrundet og forholdsmæssigt«.
- 103 I det foreliggende tilfælde indeholder anmodningen om præjudiciel afgørelse imidlertid ingen oplysninger, der antyder, at det i henhold til artikel 26, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2014/23 er nødvendigt og begrundet i objektive og forholdsmæssige hensyn at kræve af hvert medlem af en midlertidig virksomhedssammenslutning, at de skal være optaget i et handelsregister eller fagligt register for at kunne udøve aktiviteten i form af udlejning og leasing af biler og lette motorkøretøjer.
- 104 Under disse omstændigheder skal det syvende spørgsmål besvares med, at artikel 38, stk. 1 og 2, i direktiv 2014/23, sammenholdt med direktivets artikel 26, stk. 2, skal fortolkes således, at en ordregivende myndighed ikke uden at tilsidesætte det proportionalitetsprincip, der er sikret ved direktivets artikel 3, stk. 1, første afsnit, kan kræve, at hvert medlem af en midlertidig virksomhedssammenslutning skal være optaget i et handelsregister eller et fagligt register for at kunne udøve den aktivitet, der består i udlejning og leasing af biler og lette motorkøretøjer.

Om det tiende og det ellefte spørgsmål

- 105 Henset til besvarelsen af det første, det andet, det ottende og det niende spørgsmål er det uforholdsmæssigt at behandle det tiende og det ellefte spørgsmål.

Sagsomkostninger

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

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

- 1) Artikel 5, nr. 1), litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter, som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2019/1827 af 30. oktober 2019,**

skal fortolkes således, at

der foreligger en »koncession på tjenesteydelser«, når en ordregivende myndighed ønsker at overdrage oprettelsen og forvaltningen af en tjenesteydelse, der består i udlejning og deling af el-køretøjer, til en økonomisk aktør, hvis finansielle indskud hovedsageligt er bestemt til erhvervelse af disse køretøjer, og hvori indtægterne fra

denne økonomiske aktør hovedsageligt stammer fra afgifter, der skal betales af brugerne af denne tjenesteydelse, eftersom disse kendetegn kan godtgøre, at den risiko, der er forbundet med udnyttelsen af de koncessionerede tjenesteydelser, er blevet overført til den pågældende økonomiske aktør.

2) Artikel 8 i direktiv 2014/23, som ændret ved den delegerede forordning 2019/1827,

skal fortolkes således, at

den ordregivende myndighed ved afgørelsen af, om tærsklen for anvendelse af dette direktiv er nået, skal vurdere »koncessionshaverens samlede omsætning i kontraktens løbetid, eksklusiv [merværdiafgift (moms)]« under hensyntagen til de afgifter, som brugerne betaler til koncessionshaveren, samt til de indskud og omkostninger, som den ordregivende myndighed betaler. Den ordregivende myndighed kan imidlertid ligeledes lægge til grund, at den tærskel, der er fastsat for anvendelsen af direktiv 2014/23, som ændret ved den delegerede forordning 2019/1827, er nået, når de investeringer og omkostninger, der skal afholdes af koncessionshaveren alene eller sammen med den ordregivende myndighed, i hele den periode, hvori koncessionskontrakten finder anvendelse, åbenbart overstiger denne tærskelværdi.

3) Artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23, som ændret ved den delegerede forordning 2019/1827, sammenholdt med bilag V, punkt 7, litra b), og fjerde betragtning til direktivet samt artikel 4 i og bilag XXI, punkt III.1.1 til Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2015/1986 af 11. november 2015 om standardformularer til brug ved offentliggørelse af bekendtgørelser i forbindelse med offentlige udbud og om ophævelse af forordning (EU) nr. 842/2011,

skal fortolkes således, at

en ordregivende myndighed i henhold til kriterierne for udvælgelse og kvalitativ vurdering af ansøgerne kan kræve, at de økonomiske aktører optages i et handelsregister eller et fagligt register, for så vidt som en økonomisk aktør kan henvise til, at han er optaget i et tilsvarende register i den medlemsstat, hvor vedkommende er etableret.

4) Artikel 38, stk. 1, i direktiv 2014/23, som ændret ved den delegerede forordning 2019/1827, sammenholdt med direktivets artikel 27 og artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2195/2002 af 5. november 2002 om det fælles glossar for offentlige kontrakter (CPV),

skal fortolkes således, at

den er til hinder for, at en ordregivende myndighed, der pålægger de erhvervsdrivende at være optaget i et handelsregister eller et fagligt register i en medlemsstat i Den Europæiske Union, ikke kan henvise til det fælles glossar for offentlige kontrakter (CPV), der udgøres af CPV-koder, men til NACE Rev 2-nomenklaturen, som denne er fastsat i Europa-Parlamentets og Rådets forordning nr. 1893/2006 af 20. december 2006 om oprettelse af den statistiske nomenklatur for økonomiske aktiviteter NACE rev. 2 og om ændring af Rådets forordning (EØF) nr. 3037/90 og visse EF-forordninger om bestemte statistiske områder.

5) Artikel 38, stk. 1 og 2, i direktiv 2014/23, som ændret ved den delegerede forordning 2019/1827, sammenholdt med direktivets artikel 26, stk. 2,

skal fortolkes således, at

en ordregivende myndighed ikke uden at tilsidesætte det proportionalitetsprincip, der er fastsat ved direktivets artikel 3, stk. 1, første afsnit, kan kræve, at hvert medlem af en midlertidig virksomhedssammenslutning skal være optaget i et handelsregister eller et fagligt register for at kunne udøve den aktivitet, der består i udlejning og leasing af biler og lette motorkøretøjer.

Underskrifter