



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Ottende Afdeling)

10. november 2022*

»Præjudiciel forelæggelse – fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter – direktiv 2014/24/EU – tildeling af kontrakter – artikel 2, stk. 1, nr. 10) – begrebet »økonomisk aktør« – interessentskab uden status som juridisk person omfattet – artikel 19, stk. 2, og artikel 63 – fælles virksomhed eller udnyttelse af kapaciteten hos de samarbejdende personers andre enheder – artikel 59, stk. 1 – forpligtelse til at fremlægge et eller flere fælles europæiske udbudsdokumenter (ESPD) – formålet med ESPD«

I sag C-631/21,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, *Gerechtshof 's-Hertogenbosch* (appeldomstolen i 's-Hertogenbosch, Nederlandene) ved afgørelse af 5. oktober 2021, indgået til Domstolen den 14. oktober 2021, i sagen

Taxi Horn Tours BV

mod

gemeente Weert,

gemeente Nederweert,

Touringcars VOF,

har

DOMSTOLEN (Ottende Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M. Safjan, og dommerne N. Jääskinen og M. Gavalec (refererende dommer),

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

* Processprog: nederlandsk.

efter at der er afgivet indlæg af:

- Taxi Horn Tours BV ved advocaat L.C. van den Berg,
- gemeente Weert og gemeente Nederweert ved advocaat N.A.D. Groot,
- den nederlandske regering ved M.K. Bulterman et M.H.S. Gijzen, som befuldmægtigede,
- Europa-Kommissionen ved P. Ondrůšek 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 2, 19, 59 og 63 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) og af Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) (EUT 2016, L 3, s. 16).
- 2 Denne anmodning er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Taxi Horn Tours BV og gemeente Weert, gemeente Nederweert (Weert kommune og Nederweert kommune, Nederlandene) (herefter samlet »kommunerne«) og Touringcars VOF vedrørende kommunernes tildeling af en offentlig kontrakt om bustransport til sidstnævnte.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2014/24

- 3 14., 15. og 21. betragtning til direktiv 2014/24 har følgende ordlyd:
 - »(14) Det bør præciseres, at begrebet »økonomiske aktører« bør fortolkes i bred forstand, så det omfatter alle personer og/eller enheder, som tilbyder udførelse af arbejder samt levering af varer eller tjenesteydelser på markedet, uanset hvilken retlig form de har valgt at arbejde under. Således bør selskaber, filialer, datterselskaber, interessentskaber, kooperative selskaber, selskaber med begrænset ansvar, universiteter, offentlige eller private, og andre former for enheder end fysiske personer falde ind under begrebet økonomisk aktør, uanset om de er »juridiske personer« i enhver forbindelse.

(15) Det bør præciseres, at sammenslutninger af økonomiske aktører, herunder hvis de har sluttet sig sammen i en midlertidig sammenslutning, kan deltage i tildelingsprocedurer uden at være nødt til at antage en bestemt retlig form. I det omfang det er nødvendigt, f.eks. hvis der er krav om solidarisk hæftelse, kan en bestemt form være påkrævet, når sådanne sammenslutninger tildeles kontrakten. [...]

[...]

(21) Offentlige kontrakter, der tildeles af ordregivende myndigheder inden for sektorerne vand- og energiforsyning samt transport og posttjenester, og som er omfattet af anvendelsesområdet for disse aktiviteter, er omfattet 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)]. Kontrakter, der tildeles af ordregivende myndigheder inden for rammerne af deres drift af sø- og flodtransport og kystnær transport, er dog omfattet af det foreliggende direktivs anvendelsesområde.«

4 Dette direktivs artikel 2 med overskriften »Definitioner« bestemmer:

»1. I dette direktiv forstås ved:

[...]

10) »økonomisk aktør«: enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller enheder, herunder enhver midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder og levering af varer eller tjenesteydelser på markedet

[...]«

5 Det nævnte direktivs artikel 18 med overskriften »Udbudsprincipper« bestemmer i stk. 1, første afsnit:

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

6 Det samme direktivs artikel 19 med overskriften »Økonomiske aktører« fastsætter følgende i stk. 2:

»Sammenslutninger af økonomiske aktører, herunder midlertidige sammenslutninger, kan deltage i udbudsprocedurer. De ordregivende myndigheder 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 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 58, forudsat at dette er objektivt begrundet og er forholdsmæssigt. Medlemsstaterne kan indføre standardbetingelser for, hvordan sammenslutninger af økonomiske operatører skal opfylde disse krav.

[...]«

7 Artikel 59 i direktiv 2014/24 med overskriften »Fælles europæisk udbudsdokument« bestemmer følgende i stk. 1:

»På tidspunktet for indsendelse af ansøgninger om deltagelse eller af tilbud accepterer de ordregivende myndigheder det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD), der består af en ajourført egenerklæring som foreløbigt bevis i stedet for certifikater, der er udstedt af offentlige myndigheder eller tredjemand, til bekræftelse af, at den relevante økonomiske aktør opfylder en af de følgende betingelser:

- a) der er ikke tale om en af de i artikel 57 omhandlede situationer, hvor økonomiske aktører vil eller kan blive udelukket
- b) aktøren opfylder de relevante udvælgelseskriterier, som er opstillet i henhold til artikel 58
- c) aktøren opfylder, hvor det er relevant, de objektive regler og kriterier, som er opstillet i henhold til artikel 65.

Såfremt en økonomisk aktør baserer sig på andre enheders kapacitet i medfør af artikel 63, skal ESPD også indeholde de oplysninger, der er nævnt i nærværende stykkes første afsnit vedrørende disse enheder.

ESPD består af en formel erklæring fra den økonomiske aktør om, at den relevante udelukkelsesgrund ikke gælder, og/eller at udvælgelseskriteriet er opfyldt, og giver relevante oplysninger som krævet af den ordregivende myndighed. ESPD angiver derudover den offentlige myndighed eller tredjemand, der er ansvarlig for at udarbejde det supplerende dokument, og de indeholder en formel erklæring med den hensigt, at den økonomiske aktør på anmodning herom og straks kan fremlægge disse supplerende dokumenter.

Såfremt den ordregivende myndighed kan skaffe de supplerende dokumenter direkte gennem adgang til en database i henhold til stk. 5, indeholder ESPD ligeledes de oplysninger, der kræves til dette formål, såsom databasens internetadresse, enhver form for identifikationsoplysninger og, hvor det er relevant, den nødvendige samtykkeerklæring.

Økonomiske aktører kan genbruge et ESPD, der allerede har været benyttet i en tidligere udbudsprocedure, forudsat at de kan bekræfte, at oplysningerne deri fortsat er korrekte.«

8 Det nævnte direktivs artikel 63 med overskriften »Udnyttelse af andre enheders kapacitet« bestemmer følgende i stk. 1:

»Med hensyn til kriterierne vedrørende økonomisk og finansiel formåen i henhold til artikel 58, stk. 3, og kriterierne vedrørende teknisk og faglig formåen i henhold til artikel 58, stk. 4, kan økonomiske aktører i givet fald og i forbindelse med en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders kapacitet, uanset den retlige karakter af forbindelserne med dem. Med hensyn til kriterier vedrørende de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer, jf. bilag XII, del II, litra f), eller vedrørende den relevante faglige erfaring, kan økonomiske aktører dog kun basere sig på andre enheders kapacitet, når sidstnævnte skal udføre de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, for hvilke disse kapaciteter kræves. Hvis en økonomisk aktør ønsker at basere sig på andre enheders kapaciteter, skal den godtgøre over for den ordregivende myndighed, at den råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge et tilsagn fra disse enheder i denne forbindelse.

Den ordregivende myndighed kontrollerer i henhold til artikel 59, 60 og 61, om de enheder, hvis kapacitet den økonomiske aktør agter at basere sig på, opfylder de relevante udvælgelseskriterier, og om der foreligger udelukkelsesgrunde, jf. artikel 57. Den ordregivende myndighed skal kræve, at den økonomiske aktør erstatter en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium, eller med hensyn til hvilken der foreligger udelukkelsesgrunde. Den ordregivende myndighed kan kræve, eller kan blive underlagt et krav fra medlemsstaten om at kræve, at den økonomiske aktør udskifter en enhed, med hensyn til hvilken der foreligger ikkeobligatoriske udelukkelsesgrunde.

Såfremt en økonomisk aktør baserer sig på andre enheders kapacitet med hensyn til kriterierne vedrørende økonomisk og finansiel formåen, kan den ordregivende myndighed kræve, at den økonomiske aktør og de pågældende enheder hæfter solidarisk for kontraktens gennemførelse.

En sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i artikel 19, stk. 2, kan på samme vilkår basere sig på sammenslutningens deltageres formåen eller andre enheders deltageres formåen.«

Direktiv 2014/25

- 9 Artikel 11 i direktiv 2014/25 med overskriften »Transporttjenester« har følgende ordlyd:

»Dette direktiv gælder for tilrådighedsstillelse eller drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel.

For transporttydelser anses et net for at bestå, hvis driften foregår på betingelser, f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat.«

Gennemførelsesforordning 2016/7

- 10 Følgende fremgår af første betragtning til gennemførelsesforordning 2016/7:

»Et af de væsentligste formål med direktiv [2014/24] og [2014/25] er at mindske den administrative byrde for ordregivende myndigheder, ordregivende enheder og økonomiske aktører, ikke mindst små og mellemstore virksomheder. Et centralt element i denne indsats er det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD). Standardformularen for ESPD bør derfor udformes på en sådan måde, at det ikke er nødvendigt at fremlægge et stort antal certifikater eller andre dokumenter vedrørende udelukkelses- og udvælgelseskriterierne. Standardformularen bør med samme målsætning for øje også indeholde relevante oplysninger om enheder, hvis kapacitet en økonomisk aktør baserer sig på, således at disse oplysninger kan verificeres samtidig med verifikationen af den økonomiske hovedaktør og på samme vilkår.«

- 11 I bilag 1 til denne forordning med overskriften »Vejledning« anføres følgende:

»ESPD er en egenerklæring fra økonomiske aktører som foreløbigt bevis i stedet for certifikater, der er udstedt af offentlige myndigheder eller tredjemand. I henhold til artikel 59 i direktiv [2014/24] er det en formel erklæring fra den økonomiske aktør om, at denne ikke befinder sig i en af de situationer, hvor økonomiske aktører vil eller kan blive udelukket, at denne opfylder de relevante udvælgelseskriterier, og at denne, hvor det er relevant, opfylder de objektive regler og kriterier, som er opstillet med henblik på begrænsning af antallet af i øvrigt kvalificerede ansøgere, som opfordres til at deltage. Formålet er at mindske den administrative byrde som følge af kravet om at fremlægge et stort antal certifikater eller andre dokumenter forbundet med udelukkelses- og udvælgelseskriterier.

[...]

Økonomiske aktører kan udelukkes fra udbudsproceduren eller blive retsforfulgt i henhold til national ret, hvis der afgives urigtige oplysninger ved udfyldelsen af ESPD eller mere generelt ved meddelelsen af de oplysninger, der kræves til verifikation af, at der ikke foreligger nogen udelukkelsesgrunde, eller af at udvælgelseskriterierne er opfyldt, eller hvis disse oplysninger tilbageholdes, eller de økonomiske aktører ikke er i stand til at fremsende de supplerende dokumenter.

Økonomiske aktører kan genbruge de oplysninger, der er blevet afgivet i et ESPD, som allerede er blevet benyttet i en tidligere udbudsprocedure, forudsat at oplysningerne fortsat er korrekte og relevante. Den nemmeste måde at gøre dette på er ved at indsætte oplysningerne i det nye ESPD ved brug af de rette funktionaliteter til formålet i ovennævnte elektroniske ESPD-tjeneste. Selvfølgelig vil genbrug af oplysninger gennem andre former for kopiering og indsættelse af oplysninger, f.eks. oplysninger lagret i den økonomiske aktørs IT-udstyr (PC'er, tablets, servere osv.), også være mulig.

[...]

Som tidligere nævnt består ESPD af en formel erklæring fra den økonomiske aktør om, at de relevante udelukkelsesgrunde ikke finder anvendelse, at de relevante udvælgelseskriterier er opfyldt, og at denne vil afgive de relevante oplysninger som krævet af den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed.

[...]

En økonomisk aktør, der deltager alene og ikke baserer sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne, skal kun udfylde ét ESPD.

En økonomisk aktør, der deltager alene, men baserer sig på en eller flere andre enheders kapacitet, skal sikre, at den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed modtager vedkommendes eget ESPD sammen med et separat ESPD med de relevante oplysninger [...] for hver af de enheder, som denne baserer sig på.

Endelig, når grupper af økonomiske aktører, herunder midlertidige sammenslutninger, deltager i udbudsproceduren sammen, skal der for hver af de deltagende økonomiske aktører udfyldes et særskilt ESPD med de oplysninger, der kræves i del II-V.

I de tilfælde, hvor mere end én person tilhører en økonomisk aktørs administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan eller har beføjelse til at repræsentere eller kontrollere eller til at træffe beslutninger heri, kan hver person være nødt til at underskrive det samme ESPD, alt afhængigt af nationale bestemmelser, herunder bestemmelser om databeskyttelse.

[...]«

Nederlandsk ret

Lov om offentlige udbud

- 12 Aanbestedingswet (lov om offentlige udbud) af 1. november 2012 (Stb. 2012, nr. 542) i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen (herefter »lov om offentlige udbud«), gennemfører Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT 2004, L 134, s. 1) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114) i nederlandsk ret. Visse emner i denne lov reguleres af Besluit van 11 februari 2013, houdende de regeling van enkele onderwerpen van de Aanbestedingswet 2012 (Aanbestedingsbesluit) (dekret af 11.2.2013 om regulering af visse emner i lov om offentlige udbud af 2012), der bestemmer følgende i artikel 2:

»1. Den i artikel 2.84 [i lov om offentlige udbud] omhandlede egenerklæring skal mindst indeholde følgende oplysninger:

- a. oplysninger vedrørende den ordregivende myndighed eller den specielle sektorbedrift og tildelingsproceduren
- b. oplysninger om den økonomiske aktør
- c. en erklæring angående udelukkelsesgrunde
- d. en erklæring angående de stillede egnethedskrav og en erklæring angående tekniske specifikationer og gennemførelseskrav, der vedrører miljøet
- e. en erklæring angående den måde, som udvælgelseskriterierne opfyldes på
- f. en erklæring angående rigtigheden af den udfyldte egenerklæring og underskriverens kompetence
- g. dato og underskrift.

[...]

3. Formularen eller formularerne for egenerklæringen fastsættes af ministeren.«

- 13 Følgende fremgår af denne lovs artikel 2.52:

»[...]

3. En sammenslutning af økonomiske aktører kan optræde som tilbudsgiver eller som ansøger.
4. En ordregivende myndighed må ikke kræve, at en sammenslutning af økonomiske aktører skal have en bestemt retsform for at indgive bud eller ansøgning om deltagelse.«

- 14 Artikel 2.84 i lov om offentlige udbud fastsætter:
- »1. En egenerklæring er en erklæring fra en økonomisk aktør, hvori denne angiver:
 - a. om udelukkelsesgrunde finder anvendelse på den pågældende
 - b. om den pågældende opfylder egnethedskravene i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsdokumenterne
 - c. om den pågældende opfylder eller vil opfylde de tekniske specifikationer og gennemførelsesbetingelser, der vedrører miljøet og dyrevelfærd, eller som beror på sociale hensyn
 - d. om og på hvilken måde den pågældende opfylder udvælgelseskriterierne.
 - 2. De oplysninger og informationer, der kan kræves i en erklæring, henholdsvis i formularen for denne erklæring, fastsættes ved eller i medfør af en bekendtgørelse.«

- 15 Samme lovs artikel 2.85 har følgende ordlyd:

- »1. Den ordregivende myndighed kræver af en økonomisk aktør, at denne ved sin indgivelse af bud eller ved sin ansøgning om deltagelse med brug af den hertil bestemte formular vedlægger en egenerklæring, hvorved myndigheden skal angive, hvilke oplysninger og informationer der skal angives i egenerklæringen.
- 2. Den ordregivende myndighed kræver ikke af en økonomisk aktør, at denne ved sin indgivelse af bud eller ved sin ansøgning om deltagelse angiver andre data og oplysninger på en anden måde end ved hjælp af egenerklæringen, hvis der kan anmodes om sådanne heri.
- 3. Den ordregivende myndighed kan alene anmode en økonomisk aktør om at vedlægge den pågældende egenerklæring dokumentation, som ikke vedrører de oplysninger og informationer, der kan kræves i egenerklæringen, medmindre der er tale om dokumentation som omhandlet i artikel 2.93, stk. 1, litra a), for så vidt som de er omfattet af den heri omhandlede liste, eller i artikel 2.93, stk. 1, litra b).
- 4. En økonomisk aktør som omhandlet i denne artikels stk. 1 kan indgive en egenerklæring, som allerede er blevet benyttet, forudsat at den pågældende kan bekræfte, at oplysningerne deri fortsat er korrekte.«

Den borgerlige lovbog

- 16 Artikel 7A:1655 i Burgerlijk Wetboek (den borgerlige lovbog) har følgende ordlyd:
- »Et kommanditselskab er en kontrakt, hvorved to eller flere personer forpligter sig til at udføre noget i fællesskab med henblik at opnå den fælles gevinst, der herved opstår.«

Handelsloven

- 17 Artikel 16 i Wetboek van Koophandel (handelsloven) bestemmer:
- »Interessentskabet er et kommanditselskab indgået under et fælles navn med henblik på at udøve en virksomhed.«
- 18 Følgende fremgår af denne lovs artikel 17, stk. 1:
- »Hver selskabsdeltager, medmindre den pågældende er udelukket herfra, er beføjet til at handle i selskabets navn, betale og modtage penge og forpligte selskabet over for tredjemand og tredjemand over for selskabet.«
- 19 Følgende er fastsat i den nævnte lovs artikel 18:
- »I interessentskaber hæfter hver deltager solidarisk for selskabets forpligtelser.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 20 Taxi Horn Tours varetog indtil den 1. august 2019 transporten af grundskolelever inden for rammerne af sportsundervisning (herefter »transport i forbindelse med gymnastikundervisningen«) i henhold til en offentlig kontrakt, som kommunerne havde tildelt det.
- 21 Eftersom kommunerne besluttede ikke at forlænge denne kontrakt, iværksatte de et offentligt EU-udbud vedrørende transport i forbindelse med gymnastikundervisningen i perioden fra den 1. januar 2020 til udgangen af skoleåret 2027/2028. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud.
- 22 I en vejledning vedrørende denne offentlige kontrakt, som kommunerne havde udarbejdet, var det bl.a. fastsat, at en medarbejder, der er beføjet til at repræsentere virksomheden og til at forpligte denne, for at sikre buddets rigtighed og gyldighed skulle underskrive ESPD, buddet og bilagene hertil. Endvidere skulle sammenslutninger af transportvirksomheder, der afgav et bud, angive en kontaktperson. Hvert medlem af en sådan sammenslutning var solidarisk ansvarlig for opfyldelsen af transportaftalen. Endelig specificerede denne vejledning, at buddet skulle være fuldstændigt og bl.a. indeholde et behørigt udfyldt og gyldigt underskrevet ESPD.
- 23 Kommunerne, som havde modtaget to bud, det ene fra Touringcars og det andet fra Taxi Horn Tours, meddelte sidstnævnte, at de havde til hensigt at tildele Touringcars kontrakten.
- 24 Taxi Horn Tours indgav herefter en begæring om foreløbige forholdsregler ved Rechtbank Limburg (retten i første instans i Limburg, Nederlandene) med påstand om dels at afvise Touringcars' bud, dels at tildele selskabet kontrakten.
- 25 Efter at begæringen ikke blev taget til følge ved afgørelse af 12. februar 2020, indgik kommunerne kontrakter om transport i forbindelse med gymnastikundervisningen med Touringcars fra den 1. marts 2020.

- 26 Taxi Horn Tours iværksatte appel til prøvelse af denne afgørelse ved Gerechtshof 's-Hertogenbosch (appeldomstolen i 's-Hertogenbosch, Nederlandene), som er den forelæggende ret. Den forelæggende ret har anført, at Touringcars' bud blev afgivet af F, som ligeledes indgav et ESPD på dette selskabs vegne. Spørgsmålet er således, om Touringcars havde tilladelse til at indgive et enkelt ESPD for dette interessentskab, eller om hver selskabsdeltager skulle indgive deres eget ESPD.
- 27 Taxi Horn Tours har i denne forbindelse gjort gældende, at Touringcars er en permanent sammenslutning mellem de to selskabsdeltageres virksomheder og dermed en gruppe af økonomiske aktører. De to selskabsdeltageres handlinger og erklæringer skal derfor vurderes på grundlag af deres eget ESPD.
- 28 Derimod har kommunerne foreslået, at der sondres mellem midlertidige og permanente sammenslutninger. Begrebet »sammenslutning af økonomiske aktører« som omhandlet i EU-retten vedrørende offentlige kontrakter henviser til en midlertidig sammenslutning. Et interessentskab er imidlertid en sammenslutning som omhandlet i 14. betragtning til direktiv 2014/24 og er således ikke en sammenslutning af økonomiske aktører, men i det hele en enkelt økonomisk aktør. Den kontrol, der skal foretages af selskabsdeltagerne, kan desuden efter kommunernes opfattelse foretages på baggrund af del III, afsnit A, i ESPD vedrørende udelukkelsesgrundene, som pålægger økonomiske aktører at angive de begrundelser, som er knyttet til straffedomme.
- 29 Den forelæggende ret har anført, at Touringcars er et interessentskab, der er opført i handelsregistret, og som blev stiftet den 1. januar 2011 på ubestemt tid. Selskabet har 82 ansatte, og dets aktiviteter består af »lejlighedsvis persontransport ad landevej, transport med taxa samt handel med og reparation af personbiler og lette erhvervskøretøjer«. Selskabsdeltagerne i Touringcars er K BV, som har 39 ansatte, og F Touringcars BV, som ikke selv har noget personale. F er direktør for Touringcars med en generel fuldmagt. De to selskabsdeltagere driver deres eget transportfirma. K er direktør for K BV, mens F er befuldmægtiget af K BV, med titel af salgsdirektør. Endelig er F Beheer BV eneste direktør og andelshaver i F Touringcars BV, hvis eneste direktør og andelshaver er F.
- 30 Ved skrivelse af 27. januar 2020 erklærede K, at han i januar 2011 som selvstændigt beføjet enedirektør havde meddelt F fuld fuldmagt til at repræsentere K BV. Siden da har F stået for den samlede drift af dette selskab. På det samme tidspunkt stiftede K BV sammen med F Touringcars BV et interessentskab under navnet »Touringcars VOF«. Inden for dette sidstnævnte selskab afholdte F og K regelmæssige drøftelser, men F var den, der stod for virksomhedens faktiske drift.
- 31 Den forelæggende ret har anført, at et interessentskab, henset til bestemmelserne i handelslovens artikel 16, sammenholdt med den borgerlige lovbogs artikel 7A:1655, er en kontrakt om samarbejde mellem to eller flere personer, der forpligter sig til at udføre noget i fællesskab med henblik på udøvelse af en virksomhed under et fælles navn og med henblik at opnå den fælles gevinst, der herved opstår.
- 32 Den forelæggende ret har endvidere henvist til en dom af 19. april 2019, hvori Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) for det første fastslog, at et interessentskab er et ved aftale indgået retsforhold med henblik på at udøve en virksomhed under fælles navn i en fast samarbejdssammenslutning. Selv om et interessentskab ikke er en juridisk person, har det efter loven og i nederlandsk retspraksis i retsforhold fået tilkendt en vis selvstændighed i forhold til de enkelte selskabsdeltagere. Et interessentskab kan således optræde retligt i eget navn eller erklæres

konkurs i eget navn. For det andet medfører den manglende status som juridisk person, at et interessentskab ikke selvstændigt bærer subjektive rettigheder og forpligtelser. Når en selskabsdeltager handler i interessentskabets navn, handler den pågældende i samtlige deltagers navn (herefter »selskabsdeltagerne«) og forpligter dem alle. En kontrakt med et interessentskab skal derfor anses for en kontrakt med samtlige deltagere i kraft af disses egenskab af selskabsdeltagere. Da handelslovens artikel 18 for det tredje bestemmer, at alle selskabsdeltagere hæfter solidarisk for selskabets forpligtelser, er hver deltager fuldt ansvarlig for alle selskabsdeltageres forpligtelser. For det fjerde kan en kreditor for samtlige selskabsdeltagere gøre sin fordring gældende såvel over for samtlige selskabsdeltagere som separat over for hver enkelt selskabsdeltager. Et selskabs kreditor har således over for hver deltager to samtidige fordringsrettigheder, nemlig en over for samtlige selskabsdeltagere, for hvilken der kan søges fyldestgørelse i selskabets adskilte formue, og en over for selskabsdeltageren personligt, hvor der kan søges fyldestgørelse i denne deltagers privatformue.

- 33 Taxi Horn Tours har gjort gældende, at Touringcars anvender midler, som selskabsdeltagernes egne virksomheder har stillet til rådighed for Touringcars.
- 34 Den forelæggende ret er derfor i tvivl om, hvorvidt efterprøvelsen af en ansøgning i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt fra enheder, der samarbejder fast i en særskilt fælles virksomhed, kan begrænses til den fælles virksomhed alene, eller om den skal omfatte hver af de samarbejdende personer. Det skal derfor afgøres, om en økonomisk aktør kan nøjes med at indgive et enkelt ESPD, når den består af fysiske og/eller juridiske personer.
- 35 Det er på denne baggrund, at Gerechtshof's-Hertogenbosch (appeldomstolen i 's-Hertogenbosch) har besluttet at udsætte sagen og anmode Domstolen om en fortolkning af artikel 2, 19, 59 og 63 i direktiv 2014/24 og af gennemførelsesforordning 2016/7 ved at forelægge den følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Hvis samarbejdende personer (fysiske og/eller juridiske personer) har en fælles virksomhed (i dette tilfælde i form af et interessentskab):
- skal hver af de samarbejdende personer da særskilt indgive et fælles europæisk udbudsdokument; eller
 - skal hver af de samarbejdende personer og deres fælles virksomhed da særskilt indgive et fælles europæisk udbudsdokument; eller
 - er det kun den fælles virksomhed, der behøver at indgive et fælles europæisk udbudsdokument?
- 2) Har det herved nogen betydning:
- om den fælles virksomhed er midlertidig eller ikke midlertidig (permanent);
 - at de samarbejdende personer selv er erhvervsdrivende;
 - at de samarbejdende personer driver en egen virksomhed, der [svarer til] den fælles virksomhed, og som i al fald er aktiv på det samme marked;
 - at den fælles virksomhed ikke er nogen juridisk person;

- at den fælles virksomhed kan have en formue (adskilt fra selskabsdeltagernes formue), der kan gøres til genstand for regres;
 - om den fælles virksomhed efter national ret er beføjet til at repræsentere de samarbejdende personer ved besvarelsen af spørgsmålene i det fælles europæiske udbudsdokument;
 - at det efter national ret er selskabsdeltagerne i et interessentskab (og således ikke interessentskabet selv), der påtager sig de af kontrakten følgende forpligtelser og hæfter solidarisk for deres opfyldelse?
- 3) Såfremt flere af de ovenfor under 2 nævnte faktorer har betydning, hvorledes forholder disse faktorer sig da til hinanden? Har nogle faktorer større betydning end andre eller i sig selv afgørende betydning?
- 4) Er det korrekt, at der ved en fælles virksomhed i hvert tilfælde kræves et særskilt fælles europæisk udbudsdokument af en samarbejdende person, såfremt der ved kontraktens gennemførelse (også) skal anvendes midler, der tilhører denne persons egen virksomhed (såsom personel og driftsmidler)?
- 5) Skal den fælles virksomhed opfylde bestemte krav for at kunne anses for en enkelt virksomhed? I bekræftende fald, hvilke krav er der tale om?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Formaliteten

- 36 Som det fremgår af 21. betragtning til direktiv 2014/24, er offentlige kontrakter, der tildeles af ordregivende myndigheder inden for sektorerne vand- og energiforsyning samt transport og posttjenester, og som er omfattet af anvendelsesområdet for disse aktiviteter, omfattet af direktiv 2014/25.
- 37 I henhold til dets artikel 11 gælder direktiv 2014/25 bl.a. ligeledes for »tilrådighedsstillelse eller drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med [...] bus [...]«.
- 38 Det skal i denne henseende bemærkes, at hverken forelæggelsesafgørelsen eller de skriftlige indlæg, der er indgivet til Domstolen, gør det muligt at afgøre, om de i denne bestemmelse således opstillede betingelser er opfyldt, og dermed om dette direktiv finder anvendelse på tvisten i hovedsagen.
- 39 Anmodningen om præjudiciel afgørelse skal ikke desto mindre antages til realitetsbehandling, eftersom besvarelsen af de forelagte spørgsmål kan formuleres på identisk vis på grundlag af direktiv 2014/24 eller på grundlag af direktiv 2014/25 (jf. i denne retning dom af 20.9.2018, Rudigier, C-518/17, EU:C:2018:757, præmis 44). 17. og 18. betragtning til samt artikel 2, nr. 6), artikel 37, stk. 2, artikel 79 og artikel 80, stk. 3, i direktiv 2014/25 svarer nemlig i det væsentlige til 14. og 15. betragtning til samt artikel 2, stk. 1, nr. 10), artikel 19, stk. 2, artikel 56, stk. 3, artikel 59, stk. 1, og artikel 63 i direktiv 2014/24.

- 40 Under disse omstændigheder kan den omstændighed, at den forelæggende ret ikke inden forelæggelsen af spørgsmålene for Domstolen, fastslog, hvilket af de to direktiver 2014/24 eller 2014/25 der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, ikke rejse tvivl om den formodning om relevans, som er knyttet til spørgsmål, der forelægges af nationale domstole til præjudiciel afgørelse, og som kun kan afvises i helt særlige tilfælde, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af de EU-retlige bestemmelser i spørgsmålene savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand (jf. i denne retning dom af 15.12.1995, *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, præmis 61, og af 28.11.2018, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità m.fl.*, C-328/17, EU:C:2018:958, præmis 33).

Realiteten

- 41 Med sine spørgsmål, der skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 59, stk. 1, i direktiv 2014/24, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, nr. 10), og artikel 63 i dette direktiv samt med bilag 1 til gennemførelsesforordning 2016/7, skal fortolkes således, at en fælles virksomhed, der, uden at være en juridisk person, har form af et selskab, der er reguleret af en medlemsstats nationale lovgivning og er opført i dennes handelsregister, og som kan anses for at være stiftet både midlertidigt og permanent, og hvori selskabsdeltagerne er aktive på det samme marked som den fælles virksomhed og hæfter solidarisk for opfyldelsen af de forpligtelser, som den har indgået, skal indgive sit eget ESPD og/eller et ESPD for hver selskabsdeltager.

- 42 Det skal indledningsvis bemærkes, at 17.-19. afsnit i bilag 1 til gennemførelsesforordning 2016/7 har følgende ordlyd:

»En økonomisk aktør, der deltager alene og ikke baserer sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne, skal kun udfylde ét ESPD.

En økonomisk aktør, der deltager alene, men baserer sig på en eller flere andre enheders kapacitet, skal sikre, at den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed modtager vedkommendes eget ESPD sammen med et separat ESPD med de relevante oplysninger [...] for hver af de enheder, som denne baserer sig på.

Endelig, når grupper af økonomiske aktører, herunder midlertidige sammenslutninger, deltager i udbudsproceduren sammen, skal der for hver af de deltagende økonomiske aktører udfyldes et særskilt ESPD med de oplysninger, der kræves i del II-V.«

- 43 I denne henseende følger det af artikel 2, stk. 1, nr. 10), i direktiv 2014/24, sammenholdt med 14. betragtning hertil, at begrebet »økonomisk aktør« skal fortolkes bredt, så begrebet bl.a. omfatter alle personer og/eller enheder, som tilbyder levering af tjenesteydelser på markedet, uanset hvilken retlig form de har valgt at arbejde under, uanset om der er tale om juridiske personer eller ej.
- 44 Det følger heraf, at et interessentskab i henhold til nederlandsk ret kan anses for en »økonomisk aktør« som omhandlet i dette direktivs artikel 2, stk. 1, nr. 10).

- 45 Direktivet anlægger dog også en bred forståelse af begrebet »sammenslutning af økonomiske aktører«. I henhold til ordlyden af det samme direktivs artikel 19, stk. 2, første afsnit, kan sammenslutninger af økonomiske aktører, herunder midlertidige sammenslutninger, deltage i offentlige udbudsprocedurer, og de ordregivende myndigheder må ikke kræve, at de skal have en bestemt retlig form, for at de kan afgive et tilbud eller ansøge om deltagelse.
- 46 Det skal således afgøres, om et interessentskab i henhold til nederlandsk ret skal anses for at være en økonomisk operatør eller en sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i henholdsvis artikel 2, stk. 1, nr. 10), og artikel 19, stk. 2, i direktiv 2014/24.
- 47 I modsætning til det, som kommunerne, den nederlandske regering og Europa-Kommissionen har gjort gældende i deres skriftlige indlæg, kan begrebet »sammenslutning af økonomiske aktører« som omhandlet i dette direktivs artikel 19, stk. 2, i denne henseende ikke begrænses til alene at omfatte midlertidige sammenslutninger og ikke sammenslutninger eller sammenslutninger af virksomheder, der har en permanent karakter. Denne bestemmelse omhandler nemlig »sammenslutninger af økonomiske aktører, herunder midlertidige sammenslutninger«. Det fremgår klart af denne ordlyd, at midlertidige sammenslutninger kun nævnes som eksempler. Begrebet »sammenslutning af økonomiske aktører« kan derfor ikke fortolkes således, at det kun finder anvendelse på midlertidige sammenslutninger. Der skal således ikke sondres mellem sammenslutninger af økonomiske aktører alt efter, om de er af midlertidig eller permanent karakter.
- 48 Det følger desuden af artikel 59, stk. 1, i direktiv 2014/24, at ESPD forfølger tre formål. Dette dokument er nemlig en ajourført egenerklæring som foreløbigt bevis i stedet for certifikater, der er udstedt af offentlige myndigheder eller tredjemand, til bekræftelse af, for det første, at der for den relevante økonomiske aktør ikke er tale om en af de i dette direktivs artikel 57 omhandlede situationer, hvor økonomiske aktører vil eller kan blive udelukket, for det andet, at aktøren opfylder de relevante udvælgelseskriterier, som er opstillet i henhold til det nævnte direktivs artikel 58, og, for det tredje, at aktøren opfylder, hvor det er relevant, de objektive regler og kriterier, som er opstillet i henhold til det samme direktivs artikel 65.
- 49 Et ESPD har således til formål at give den ordregivende myndighed et nøjagtigt og pålideligt billede af situationen for den enkelte økonomiske aktør, som anmoder om at deltage i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, eller som påtænker at afgive bud. Derved konkretiserer ESPD formålet med artikel 57 og 63 i direktiv 2014/24, hvilket er at give den ordregivende myndighed mulighed for at sikre sig hver af tilbudsgivernes integritet og pålidelighed, og følgelig at tillidsforholdet til den pågældende økonomiske aktør ikke brydes (jf. i denne retning dom af 19.6.2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, præmis 29, og af 3.6.2021, Rad Service m.fl., C-210/20, EU:C:2021:445, præmis 35).
- 50 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at blandt de oplysninger, som en økonomisk aktør skal angive i et ESPD, er midler tilhørende selskabsdeltagerne i en fælles virksomhed ikke omfattet. Det er derfor irrelevant, om selskabsdeltagerne i et interessentskab i henhold til nederlandsk ret er aktive på det samme aktivitetsområde eller på det samme marked som dette sidstnævnte selskab, eftersom denne oplysning ikke kan bringes til den ordregivende myndigheds kendskab gennem den fælles virksomheds ESPD.
- 51 Endvidere er den omstændighed, at der foreligger et solidarisk ansvar mellem interessentskabet og selskabsdeltagerne, ikke tilstrækkelig til, at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at de kvalitative udvælgelseskriterier er opfyldt. I forbindelse med undersøgelsen af ansøgningernes

antagelighed foretager den ordregivende myndighed en efterfølgende vurdering for at vurdere, om en tilbudsgiver har de egenskaber, der giver mulighed for en effektiv udførelse af den pågældende kontrakt. Under disse omstændigheder kan den omstændighed, at disse egenskaber ikke er til stede, ikke opvejes af den retlige forbindelse af fremadrettet karakter, hvorefter medlemmerne af et interessentskab er retligt forpligtede til at hæfte solidarisk for et sådant selskabs forpligtelser (kendelse af 30.9.2022, ĒDIENS & KM.LV, C-592/21, ikke trykt i Sml., EU:C:2022:746, præmis 33).

- 52 For at give den ordregivende myndighed mulighed for at forsikre sig om integriteten er en fælles virksomhed, såsom et interessentskab i henhold til nederlandsk ret, forpligtet til at angive enhver udelukkelsesgrund, som omfatter enhver selskabsdeltager eller enhver person ansat af en af dens selskabsdeltagere, der er medlem af den fælles virksomheds administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan eller har beføjelse til at repræsentere eller kontrollere eller til at træffe beslutninger heri.
- 53 For at godtgøre sin pålidelighed skal en fælles virksomhed, såsom et interessentskab i henhold til nederlandsk ret, i øvrigt kun anses for at have et ønske om at deltage alene i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller afgive et bud, hvis den påviser, at den kan udføre den pågældende kontrakt ved kun at anvende sine egne ansatte og materielle ressourcer – med andre ord de midler, som dens selskabsdeltagere har overført til den i henhold til selskabskontrakten, og som den frit kan råde over. I et sådant tilfælde er det tilstrækkeligt, at dette selskab indgiver sit eget ESPD til den ordregivende myndighed.
- 54 I denne henseende påhviler det den forelæggende ret at efterprøve, i hvilket omfang et sådant selskab, henset til de særlige forhold, som gør sig gældende i forbindelse med dets retlige form som personselskab, samt til de eksisterende forbindelser mellem selskabet selv og selskabsdeltagerne, kan henhøre under denne kategori.
- 55 Hvis et sådant selskab med henblik på udførelsen af en offentlig kontrakt derimod vurderer, at det skal basere sig på selskabsdeltagernes midler, skal det anses for at basere sig på andre enheders kapacitet som omhandlet i artikel 63 i direktiv 2014/24. I så fald skal det nævnte selskab ikke alene indgive sit eget ESPD, men også et for hver selskabsdeltager, hvis kapacitet det agter at basere sig på.
- 56 Som kommunerne, den nederlandske regering og Kommissionen har gjort gældende, fremgår det ganske vist af første betragtning til gennemførelsesforordning 2016/7, at »[e]t af de væsentligste formål med direktiv [2014/24] og [2014/25] er at mindske den administrative byrde for ordregivende myndigheder, ordregivende enheder og økonomiske aktører, ikke mindst små og mellemstore virksomheder. Et centralt element i denne indsats er [...] (ESPD)«.
- 57 Dette formål om mindskelse af den administrative byrde er dog kun et af formålene med disse direktiver. I denne henseende skal det bl.a. forenes med formålet om at begunstige udviklingen af en sund og effektiv konkurrence mellem de virksomheder, der deltager i en procedure vedrørende indgåelse af en offentlig kontrakt, hvilket er selve hovedformålet med EU-bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter, og som bl.a. er beskyttet af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne (jf. i denne retning dom af 11.5.2017, Archus og Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, præmis 25, og af 3.6.2021, Rad Service m.fl., C-210/20, EU:C:2021:445, præmis 43).
- 58 Forpligtelsen for en fælles virksomhed, såsom et interessentskab i henhold til nederlandsk ret, til at fremsende et ESPD for sig selv og et ESPD for hver af dens selskabsdeltagere til den ordregivende myndighed i det tilfælde, hvor den med henblik på udførelsen af en offentlig

kontrakt vurderer, at den skal basere sig på de nævnte selskabsdeltageres midler, kan heller ikke være i strid med proportionalitetsprincippet, der er fastsat ved artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24, for så vidt som, således som det fremgår af såvel artikel 59, stk. 1, sidste afsnit, i direktiv 2014/24, som bilag 1 til gennemførelsesforordning 2016/7, at økonomiske aktører kan indgive et ESPD, der allerede har været benyttet i en tidligere udbudsprocedure, forudsat at de kan bekræfte, at oplysningerne deri fortsat er korrekte og relevante.

- 59 Endelig udgør forpligtelsen for en fælles virksomhed, såsom et interessentskab i henhold til nederlandsk ret, til at fremsende sit eget ESPD og et for hver selskabsdeltager, hvis kapacitet den agter at basere sig på, ganske vist en administrativ byrde, men den kan under ingen omstændigheder sidestilles med en forpligtelse til at ændre dens retlige ordning.
- 60 Henset til ovenstående betragtninger skal de forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 59, stk. 1, i direktiv 2014/24, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, nr. 10), og artikel 63 i dette direktiv samt med bilag 1 til gennemførelsesforordning 2016/7, skal fortolkes således, at en fælles virksomhed, der, uden at være en juridisk person, har form af et selskab, der er reguleret ved en medlemsstats nationale lovgivning og er opført i dennes handelsregister, og som kan anses for at være stiftet både midlertidigt og permanent, og hvori selskabsdeltagerne er aktive på det samme marked som den fælles virksomhed og hæfter solidarisk for opfyldelsen af de forpligtelser, som den har indgået, skal indgive sit eget ESPD, når den agter at deltage alene i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller afgive et bud, hvis den påviser, at den kan udføre den pågældende kontrakt ved kun at anvende sine egne ansatte og materielle ressourcer. Hvis denne fælles virksomhed med henblik på udførelsen af en offentlig kontrakt derimod vurderer, at den skal basere sig på visse selskabsdeltageres midler, skal den anses for at basere sig på andre enheders kapacitet som omhandlet i artikel 63 i direktiv 2014/24 og således ikke alene indgive sit eget ESPD, men også et for hver selskabsdeltager, hvis kapacitet den agter at basere sig på.

Sagsomkostninger

- 61 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:

Artikel 59, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, nr. 10), og artikel 63 i dette direktiv samt med bilag 1 til Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD),

skal fortolkes således, at:

En fælles virksomhed, der, uden at være en juridisk person, har form af et selskab, der er reguleret ved en medlemsstats nationale lovgivning og er opført i dennes handelsregister, og som kan anses for at være stiftet både midlertidigt og permanent, og hvori selskabsdeltagerne er aktive på det samme marked som den fælles virksomhed og hæfter solidarisk for opfyldelsen af de forpligtelser, som den har indgået, skal indgive sit eget

ESPD, når den agter at deltage alene i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller afgive et bud, hvis den påviser, at den kan udføre den pågældende kontrakt ved kun at anvende sine egne ansatte og materielle ressourcer. Hvis denne fælles virksomhed med henblik på udførelsen af en offentlig kontrakt derimod vurderer, at den skal basere sig på visse selskabsdeltageres midler, skal den anses for at basere sig på andre enheders kapacitet som omhandlet i artikel 63 i direktiv 2014/24 og således ikke alene indgive sit eget ESPD, men også et for hver selskabsdeltager, hvis kapacitet den agter at basere sig på.

Underskrifter