



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
A.M. COLLINS
fremsat den 7. marts 2024¹

Sag C-652/22

**Kolin Inšaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş.
mod
Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave,
procesdeltagere:
HŽ Infrastruktura d.o.o.,
Strabag AG,
Strabag d.o.o.,
Strabag Rail a.s.**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Visoki upravni sud Republike Hrvatske
(appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Kroatien))

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige udbud inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester – direktiv 2014/25/EU – artikel 43 – adgang for økonomiske aktører, der er etableret i et tredjeland, som ikke har indgået en international aftale med Unionen om offentlige udbud – afgivelse af bud – en tilbudsgivers mulighed for at fremlægge yderligere dokumentation for sine tekniske og faglige kvalifikationer efter udløbet af fristen for afgivelse af bud – princippet om ligebehandling«

I. Indledning

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, der er fremsat af Visoki upravni sud Republike Hrvatske (appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Kroatien), giver Domstolen mulighed for at klarlægge, under hvilke omstændigheder de ordregivende myndigheder kan anmode tilbudsgiverne om berigtigelser eller præciseringer efter udløbet af fristen for afgivelse af bud. Inden Domstolen udnytter denne mulighed, skal den imidlertid først tage stilling til to retsspørgsmål, der vedrører formaliteten med hensyn til den præjudicielle forelæggelse. Har økonomiske aktører, der er etableret i tredjelands, med hvilke Unionen ikke har indgået en international aftale om offentlige udbud², ret til at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter inden for EU? Kan medlemsstaterne i bekræftende fald fastsætte betingelserne for disse økonomiske aktørers deltagelse, eller tilkommer det alene Unionen at træffe afgørelse herom?

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – Herefter »økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelands«.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2014/25/EU

2. 27. betragtning til 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/EF³ lyder således:

»Ved Rådets afgørelse 94/800/EF [...]»⁴ godkendtes navnlig Verdenshandelsorganisationens aftale om offentlige udbud (»GPA-aftalen«). GPA-aftalen har til formål at opstille en multilateral ramme af afbalancerede rettigheder og forpligtelser i forbindelse med offentlige kontrakter med henblik på at liberalisere og skabe vækst i verdenshandelen. For så vidt angår de kontrakter, der er omfattet af bilag 3, 4 og 5 samt de almindelige bemærkninger til Den Europæiske Unions appendiks I til GPA-aftalen og af andre relevante internationale aftaler, som Unionen er bundet af, bør ordregivende enheder opfylde forpligtelserne i henhold til disse aftaler ved at anvende dette direktiv over for økonomiske aktører fra tredjelande, der har undertegnet disse aftaler.«

3. Artikel 36 i direktiv 2014/25 med overskriften »Udbudsprincipper« bestemmer i stk. 1:

»Ordregivende enheder overholder principperne om ligebehandling og ikkeforskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

[...]«

4. Artikel 43 i direktiv 2014/25 med overskriften »Betingelser vedrørende GPA-aftalen om offentlige udbud og andre internationale aftaler« har følgende ordlyd:

»I det omfang de er omfattet af bilag 3, 4 og 5 samt de almindelige bemærkninger til Den Europæiske Unions appendiks I til GPA-aftalen om offentlige udbud og i de øvrige internationale aftaler, som Unionen er bundet af, indrømmer ordregivende enheder som defineret i artikel 4, stk. 1, litra a), bygge- og anlægsarbejder, varer, tjenesteydelser og økonomiske aktører fra parter, der har tiltrådt disse aftaler, en behandling, der ikke er mindre gunstig end den behandling, der indrømmes sådanne bygge- og anlægsarbejder, leverancer, tjenesteydelser og økonomiske aktører fra Unionen.«

5. Artikel 76, stk. 4, i direktiv 2014/25 fastsætter:

»Når de oplysninger eller dokumenter, som de økonomiske aktører skal indsende, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter, kan ordregivende enheder, medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning, der gennemfører dette direktiv, anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentationen inden for en passende frist,

³ – EUT 2014, L 94, s. 243.

⁴ – Rådets afgørelse af 22.12.1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguay-rundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence (EFT 1994, L 336, s. 1).

hvis sådanne anmodninger fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.«

6. Artikel 86 i direktiv 2014/25 med overskriften »Forbindelserne med tredjelande med hensyn til bygge- og anlægskontrakter, indkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter« bestemmer:

»1. Medlemsstaterne underretter Kommissionen, hvis deres virksomheder støder på og indrapporterer generelle vanskeligheder af retlig eller faktisk art i forbindelse med at få tildelt tjenesteydelseskontrakter i tredjelande.

2. Kommissionen aflægger senest den 18. april 2019, og derefter regelmæssigt, rapport til Rådet om, hvilke fremskridt der gøres med liberaliseringen af tjenesteydelsesaftaler i tredjelande, og hvorledes det går med forhandlingerne med disse lande om dette spørgsmål, bl.a. i Verdenshandelsorganisationen (WTO).

3. Kommissionen skal ved at rette henvendelse til det pågældende tredjeland bestræbe sig på at rette op på en situation, hvor den enten på grundlag af de rapporter, der er omhandlet i stk. 2, eller på grundlag af andre oplysninger konstaterer, at et tredjeland ved tildelingen af tjenesteydelseskontrakter:

- a) ikke giver EU-virksomheder samme faktiske adgang som den, Unionen giver virksomheder fra det pågældende land
- b) ikke giver EU-virksomheder national behandling eller de samme konkurrencemæssige muligheder som nationale virksomheder, eller
- c) giver virksomheder fra andre tredjelande en gunstigere behandling end EU-virksomheder.

4. Medlemsstaterne underretter Kommissionen, hvis deres virksomheder støder på og indrapporterer vanskeligheder af retlig eller faktisk art, der skyldes manglende overholdelse af de internationale arbejdsmarkedsregler som fastsat i bilag XIV i forbindelse med virksomhedernes forsøg på at opnå kontrakter i tredjelande.

5. I de i stk. 3 og 4 anførte tilfælde kan Kommissionen til enhver tid foreslå Rådet at vedtage en gennemførelsesretsakt om i en periode, der fastsættes i nævnte gennemførelsesretsakt, at suspendere eller begrænse tildelingen af tjenesteydelseskontrakter til:

- a) virksomheder, der er underlagt det pågældende tredjelands lovgivning
- b) virksomheder, der er tilknyttet de i litra a) anførte virksomheder, og som har deres hjemsted i Unionen men ikke har nogen reel og løbende forbindelse med en medlemsstats økonomi
- c) virksomheder, der afgiver tilbud, hvis genstand er tjenesteydelser, der har deres oprindelse i det pågældende tredjeland.

Rådet træffer snarest muligt afgørelse med kvalificeret flertal.

Kommissionen kan foreslå disse foranstaltninger på eget initiativ eller på anmodning af en medlemsstat.

6. Denne artikel berører ikke Unionens forpligtelser over for tredjelande i henhold til internationale aftaler om offentlige udbud, navnlig inden for rammerne af WTO.«

2. Direktiv 2014/24/EU

7. Artikel 59 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF⁵ med overskriften »Fælles europæisk udbudsdokument« fastsætter:

»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) [D]er er ikke tale om en af de i artikel 57 omhandlede situationer, hvor økonomiske aktører vil eller kan blive udelukket.
- b) [A]ktøren opfylder de relevante udvælgelseskriterier, som er opstillet i henhold til artikel 58.
- c) [A]ktøren 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.

[...]

4. En ordregivende myndighed kan når som helst i løbet af proceduren anmode tilbudsgiverne og ansøgerne om at fremlægge hele eller en del af de krævede supplerende dokumenter, hvis dette er nødvendigt for at sikre, at proceduren gennemføres korrekt.

Før tildelingen af kontrakten kræver den ordregivende myndighed, bortset fra i forbindelse med kontrakter, der er baseret på rammeaftaler, og sådanne kontrakter er indgået i overensstemmelse med artikel 33, stk. 3, eller artikel 33, stk. 4, litra a), at den tilbudsgiver, som myndigheden har besluttet at tildele kontrakten, fremlægger ajourførte supplerende dokumenter i henhold til artikel 60 og hvis relevant artikel 62. Den ordregivende myndighed kan anmode økonomiske aktører om at supplere eller uddybe de i medfør af artikel 60 og 62 modtagne certifikater.«

⁵ – EUT 2014, L 94, s. 65.

3. Folkeretten

8. Den 12. september 1963 blev aftalen om oprettelse af en associering mellem Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet (herefter »associeringsaftalen«) indgået⁶. Den 23. november 1970 undertegnede Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Tyrkiet en tillægsprotokol (herefter »tillægsprotokollen«)⁷. Selv om disse aftaler ikke indeholder bestemmelser om økonomiske aktørers deltagelse i offentlige udbudsprocedurer, enedes de kontraherende parter i henhold til tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, om at afholde sig fra indbyrdes at indføre nye restriktioner, der hindrer etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.

9. Den 22. december 1995 vedtog Associeringsrådet EF-Tyrkiet, som var blevet oprettet ved associeringsaftalen, afgørelse nr. 1/95 om iværksættelse af slutfasen af toldunionen⁸. Artikel 48 i afgørelse nr. 1/95 bestemmer, at Associeringsrådet så snart som muligt efter denne afgørelses ikrafttrædelsesdato skal fastsætte en dato for indledning af forhandlinger med sigte på en gensidig åbning af de kontraherende parters respektive markeder for offentlige indkøb, hvorefter Associeringsrådet skal tage udviklingen på dette område op til fornyet overvejelse en gang om året.

10. Den 11. april 2000 vedtog Associeringsrådet afgørelse nr. 2/2000 om indledning af forhandlinger om liberalisering af [tjenesteydelser] og en gensidig åbning af markederne for offentlige indkøb mellem Fællesskabet og Tyrkiet⁹. Disse forhandlinger er endnu ikke afsluttet¹⁰. Tyrkiet har i modsætning til Den Europæiske Union ikke tiltrådt GPA-aftalen.

B. Kroatisk ret

11. Artikel 3, nr. 8, i Zakon o javnoj nabavi¹¹ (lov om offentlige udbud) bestemmer:

»Ved økonomisk aktør forstås enhver fysisk eller juridisk person, herunder en filial, og enhver enhed samt enhver sammenslutning af sådanne personer eller enheder, herunder enhver midlertidig sammenslutning heraf, som tilbyder udførelse af eller bygge- og anlægsarbejde eller levering af varer eller tjenesteydelser på markedet.«

12. Artikel 4, stk. 1, i lov om offentlige udbud har følgende ordlyd:

»Ved anvendelsen af denne lov skal den ordregivende myndighed over for alle økonomiske aktører overholde principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om konkurrence, ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed.«

⁶ – EFT 1977, L 361, s. 29.

⁷ – EFT 1977, L 361, s. 60.

⁸ – EFT 1996, L 35, s. 1.

⁹ – EFT 2000, L 138, s. 27.

¹⁰ – Toldsamarbejdsudvalget EF-Tyrkiets afgørelse nr. 1/2006 af 26.9.2006 om gennemførelsesbestemmelser til afgørelse nr. 1/95 truffet af Associeringsrådet EF-Tyrkiet (EUT 2006, L 265, s. 18) indeholder ingen bestemmelser om offentlige udbudsprocedurer.

¹¹ – *Narodne novine* (lovtidende) nr. 120/2016.

13. Artikel 84 i lov om offentlige udbud har følgende ordlyd:

»Den ordregivende myndighed indrømmer i forbindelse med offentlige udbudsprocedurer økonomiske aktører fra stater, der har tiltrådt aftalen om offentlige udbud (GTA-aftalen) eller andre internationale aftaler, som Unionen er bundet af, en behandling, som ikke er mindre gunstig end den, der indrømmes økonomiske aktører i medlemsstaterne.«

14. Artikel 263, stk. 2, i lov om offentlige udbud bestemmer, at den ordregivende myndighed kan anmode økonomiske aktører om at fuldstændiggøre eller forklare de dokumenter, som de modtager fra dem. Denne lovs artikel 293 er affattet således:

»1. Når de oplysninger eller dokumenter, som de økonomiske aktører skal indsende, er eller synes at være ufuldstændige eller ukorrekte, eller når der mangler visse dokumenter, kan den ordregivende myndighed under overholdelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet anmode de pågældende økonomiske aktører om at supplere, præcisere, uddybe eller indsende de nødvendige oplysninger eller dokumenter inden for en passende frist på mindst fem dage.

2. Når der træffes foranstaltninger i henhold til stk. 1, fører det ikke til forhandlinger om kriterierne for tildeling af den påtænkte kontrakt eller dennes genstand.«

III. Tvisten i hovedsagen, anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen

15. Den 7. september 2020 indledte HŽ Infrastruktura d.o.o. (det kroatiske jernbaneselskab, herefter »HŽ Infrastruktura«) en procedure for tildeling af en kontrakt med henblik på at modernisere jernbaneinfrastrukturen mellem to byer i Kroatien. Det fremgik af udbuddet, at tilbudsgiverne skulle have et minimum af teknisk og faglig formåen. For at opfylde dette udvælgelseskriterium skulle tilbudsgiverne fremlægge en liste over de arbejder, som de havde udført i løbet af de seneste ti år, og en detaljeret beskrivelse af disse arbejder.

16. HŽ Infrastruktura konkluderede, at 6 af de 15 tilbud, der var afgivet, opfyldte udvælgelseskriterierne. Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş. (herefter »Kolin«), der er et selskab med hjemsted i Tyrkiet, havde afgivet et af de udvalgte tilbud. Den 25. januar 2022 tildelte HŽ Infrastruktura den offentlige kontrakt til Strabag AG (herefter »den oprindelige tildelingsafgørelse«).

17. I en klagesag anlagt af Kolin bestemte Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (det nationale klagenævn for offentlige udbud, Kroatien) den 10. marts 2022, at den oprindelige tildelingsafgørelse skulle annulleres. Klagenævnet fandt, at HŽ Infrastruktura ikke havde underbygget sin konklusion om, at Strabag opfyldte kravet om teknisk og faglig formåen. De eneste arbejder, der var nævnt i Strabags tilbud, nemlig dem, som Strabag havde udført på jernbanelinjen fra Pragersko til Hodoš (Slovenien), var ikke i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

18. HŽ Infrastruktura anmodede den 6. april 2022 Strabag om at fremsende en ændret liste over arbejder, ledsaget af relevante attester for tilfredsstillende udførelse. Strabag fremlagde en sådan attest for arbejderne på Pragersko-Hodoš-jernbanelinjen. Selskabet benyttede ligeledes lejligheden til at henvise til og fremlægge attester for arbejder, som det havde udført i forbindelse

med en motorvej i Steyr-dalen (Østrig). Efter at have gennemgået alle disse dokumenter tildelte HŽ Infrastruktura den 28. april 2022 den offentlige kontrakt til Strabag (herefter »den endelige tildelingsafgørelse«).

19. Kolin indgav en klage over den endelige tildelingsafgørelse til Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud) og gjorde i denne forbindelse gældende, at HŽ Infrastruktura ikke kunne opfordre Strabag til at fremlægge yderligere dokumentation for sin tekniske og faglige formåen. Den 15. juni 2022 forkastede Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud) denne klage, eftersom der intet var til hinder for, at HŽ Infrastruktura – selv om henvisningen til arbejderne på Pragersko-Hodoš-jernbanelinjen ikke opfyldte udbudskravet vedrørende teknisk og faglig formåen – i denne sammenhæng tog hensyn til arbejder på motorvejen i Steyr-dalen.

20. Kolin anlagde sag ved Visoki upravni sud Republike Hrvatske (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) med påstand om annullation af den endelige tildelingsafgørelse. Visoki upravni sud Republike Hrvatske (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) er af den opfattelse, at HŽ Infrastruktura efter annullationen af den oprindelige tildelingsafgørelse kunne og tilmed skulle anmode Strabag om yderligere dokumentation for de arbejder, som selskabet havde udført på Pragersko-Hodoš-jernbanelinjen. Som Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud) med rette havde fastslået, fremgik det ikke af disse arbejder, at Strabag opfyldte kravet om teknisk og faglig formåen.

21. Visoki upravni sud Republike Hrvatske (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) er imidlertid i tvivl om, hvorvidt Strabag var berettiget til at henvise til arbejder på motorvejen i Steyr-dalen, eftersom disse arbejder ikke var nævnt i selskabets oprindelige bud. Den ønsker oplyst, om Rettens dom i Esaprojekt-sagen¹² ved analogi kan yde vejledning herom¹³. Den har derfor besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Tillader artikel 76 [i direktiv 2014/25], sammenholdt med direktivets artikel 36, at en ordregivende enhed kan tage hensyn til dokumenter, som en tilbudsgiver har fremlagt for første gang efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud, som ikke var indeholdt i det oprindelige tilbud, og som godtgør forhold, som tilbudsgiveren ikke havde angivet i det oprindelige tilbud?
- 2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 76 [i direktiv 2014/25], sammenholdt med direktivets artikel 36, da fortolkes således, at de er til hinder for, at den ordregivende enhed, efter [at] den første tildelingsafgørelse er blevet annulleret, og sagen er blevet hjemvist til den ordregivende enhed med henblik på fornyet gennemgang og evaluering af tilbuddene, kan kræve yderligere dokumenter fra tilbudsgiveren, som godtgør, at betingelserne for deltagelse i udbudsproceduren er opfyldt, og som ikke var indeholdt i det oprindelige tilbud, såsom en liste over udførte arbejder suppleret med en henvisning, der ikke var indeholdt i den oprindelige liste over arbejder, dvs. som ikke var en del af det oprindelige tilbud?

¹² – Dom af 4.5.2017 (C-387/14, EU:C:2017:338, herefter »Esaprojekt-dommen«).

¹³ – Den forelæggende ret har anført, at Esaprojekt-dommen vedrørte fortolkningen af artikel 51 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114) for så vidt angår muligheden for at anmode tilbudsgivere om at fremlægge dokumenter, der supplerer deres bud. Eftersom direktiv 2014/24 ophævede dette direktiv, ønsker den forelæggende ret oplyst, om Domstolens praksis vedrørende direktiv 2004/18 og direktiv 2014/24 kan anvendes analogt på situationer, der er omfattet af direktiv 2014/25.

- 3) Såfremt besvarelsen af det første spørgsmål er bekræftende, skal artikel 76 [i direktiv 2014/25], sammenholdt med direktivets artikel 36, [da] fortolkes således, at de er til hinder for, at den økonomiske aktør, efter at den første tildelingsafgørelse er blevet annulleret, og sagen er blevet hjemvist til den ordregivende enhed med henblik på fornyet gennemgang og evaluering af tilbuddene, for den ordregivende enhed fremlægger dokumenter, som godtgør, at betingelserne for deltagelse i udbudsproceduren er opfyldt, og som ikke var indeholdt i det oprindelige tilbud, såsom en liste over udførte arbejder suppleret med en henvisning, der ikke var indeholdt i den oprindelige liste over arbejder, dvs. som ikke var en del af det oprindelige tilbud?»

22. Kolin, Strabag, HŽ Infrastruktura, Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud), den tjekkiske, den estiske, den franske, den kroatiske og den polske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

23. Selv om ingen af parterne i deres skriftlige indlæg har rejst indsigelse om, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke kan antages til realitetsbehandling, tilkommer det ifølge fast retspraksis Domstolen ex officio at efterprøve, om den har kompetence til at behandle en anmodning om præjudiciel afgørelse, eller om denne anmodning kan antages til realitetsbehandling¹⁴. Da Domstolen var i tvivl om, hvorvidt økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande har ret til at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter, som er omfattet af direktiv 2014/25, opfordrede den de parter, der er angivet i artikel 23, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, til at besvare to spørgsmål skriftligt. Kolin, Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud), den estiske, den franske, den kroatiske, den østrigske og den polske regering samt Kommissionen har besvaret disse spørgsmål.

24. I retsmødet den 21. november 2023 har Kolin, HŽ Infrastruktura, Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud), den kroatiske, den tjekkiske, den danske og den franske regering samt Kommissionen afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Domstolen.

IV. Bedømmelse

A. Formaliteten vedrørende den præjudicielle anmodning

25. En anmodning om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling, hvis besvarelsen af de forelagte spørgsmål er nødvendig for, at den forelæggende ret kan afgøre den tvist, der er indbragt for den. Besvarelsene af de pågældende spørgsmål om EU-retlige bestemmelsers fortolkning eller gyldighed skal således have en vis betydning for udfaldet af denne tvist¹⁵.

¹⁴ – Dom af 22.3.2022, Prokurator Generalny (Disciplinærafdelingen ved den øverste domstol – udnævnelse) (C-508/19, EU:C:2022:201, præmis 59).

¹⁵ – Dom af 27.4.2023, Viagogo (C-70/22, EU:C:2023:350, præmis 23).

1. Deltagelse af økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande i offentlige udbudsprocedurer inden for EU

– Indlæg for Domstolen

26. Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud) og den kroatiske regering synes at antyde, at det personelle anvendelsesområde for direktiv 2014/25 omfatter alle økonomiske aktører, uanset i hvilket land de er etableret. Den østrigske regering har gjort gældende, at selv om direktiv 2014/25 principielt ikke finder anvendelse på økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, kan sådanne aktører påberåbe sig dette direktiv, når en ordregivende myndighed har givet dem ret til at deltage i en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt.

27. Den estiske, den franske og den polske regering har anført, at økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande ikke falder ind under det personelle anvendelsesområde for direktiv 2014/25. Dette fremgår bl.a. af artikel 43 i direktiv 2014/25, som ikke ville tjene noget formål, hvis det ikke var tilfældet.

28. Efter Kommissionens opfattelse har økonomiske aktører fra tredjelande – med undtagelse af de økonomiske aktører, der er nævnt i artikel 43 i direktiv 2014/25 – ikke ret til at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter inden for EU, og de kan derfor udelukkes herfra¹⁶. Kolin og Kommissionen har tilkendegivet, at selv om der ikke findes nogen international aftale mellem Unionen og Tyrkiet, som omhandler procedurer for tildeling af offentlige kontrakter, kan økonomiske aktører, der er etableret i denne stat, påberåbe sig standstill-klausulen om indførelse af nye restriktioner, der hindrer den frie udveksling af tjenesteydelser, i tillægsprotokollens artikel 41.

– Bedømmelse

29. Med hensyn til økonomiske aktører fra tredjelande bestemmer artikel 43 i direktiv 2014/25, at direktivet finder anvendelse på økonomiske aktører, som er etableret i et land, der er part i GPA-aftalen eller en anden international aftale om tildeling af offentlige kontrakter, som Unionen er bundet af. Det synes således at fremgå af denne bestemmelses ordlyd, at direktiv 2014/25 ikke finder anvendelse på økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande.

¹⁶ – Kommissionen har analogt støttet sig på generaladvokat Rantos' forslag til afgørelse CRRC Qingdao Sifang og Astra Vagoane Călători (C-266/22, EU:C:2023:399). Den har også henvist til tiende betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2022/1031 af 23.6.2022 om adgangen for tredjelandes erhvervsdrivende, varer og tjenesteydelser til Unionens markeder for offentlige udbud og koncessioner og procedurer for støtte til forhandlingerne om adgang for Unionens erhvervsdrivende, varer og tjenesteydelser til tredjelandes markeder for offentlige udbud og koncessioner (instrument for internationale offentlige udbud) (EUT 2022, L 173, s. 1, herefter »IPI-forordningen«) og til afsnit 1 i Kommissionens meddelelse om vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud (EUT 2019, C 271, s. 43, herefter »vejledningen om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere«).

30. Den eneste anden bestemmelse i direktiv 2014/25, der finder anvendelse på tjenesteydere fra ikke-omfattede tredjelande, er artikel 86¹⁷, der er gengivet i punkt 6 i dette forslag til afgørelse¹⁸. Eftersom der i denne artikel henvises til økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, som deltager i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter inden for EU, kan det heraf udledes, at en sådan deltagelse i hvert fald i visse tilfælde er mulig¹⁹. Det fremgår ligeledes af artikel 86 i direktiv 2014/25, sammenholdt med dette direktivs artikel 43, at det kan afgøres fra sag til sag, om økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande skal kunne deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter²⁰.

31. Det præciseres i punkt 10 i dette forslag til afgørelse, at der ikke findes nogen bestemmelse i EU-retten eller i en international aftale, som Unionen og Tyrkiet har tiltrådt, for deltagelsen af økonomiske aktører, der er etableret i Tyrkiet, i offentlige udbudsprocedurer inden for EU. Kommissionen og Kolin har ikke desto mindre anført, at sådanne aktører kan påberåbe sig standstill-klausulen i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, i denne sammenhæng.

32. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, er formuleret så klart, præcist og ubetinget, at denne bestemmelse har direkte virkning²¹. Denne bestemmelse giver imidlertid ikke økonomiske aktører, der er etableret i Tyrkiet, ret til at levere tjenesteydelser i EU. Den indebærer et forbud mod at indføre nye foranstaltninger, som kan have til formål eller til følge at underkaste disse aktører betingelser, som er mere restriktive end dem, der var gældende, da tillægsprotokollen trådte i kraft i en medlemsstat²². En standstill-klausul som den, der er indeholdt i tillægsprotokollens artikel 41, stk. 1, er en procedurelignende bestemmelse, der *ratione temporis* foreskriver, hvilke bestemmelser i en medlemsstats lovgivning der kan anvendes ved vurderingen af, om en virksomhed, der er etableret i Tyrkiet, kan benytte reglerne om etableringsfrihed i denne medlemsstat. Den træder således i stedet for enhver senere retsregel, der har til formål at indføre en ny restriktion²³. Da dette spørgsmål blev rejst under retsmødet, var Kommissionen imidlertid ikke i stand til at pege på nogen bestemmelse i gældende ret på tidspunktet for Kroatiens tiltrædelse af Unionen, som gav økonomiske aktører med hjemsted i Tyrkiet adgang til procedurer for tildeling af offentlige kontrakter i denne medlemsstat.

¹⁷ – Det bør for fuldstændighedens skyld fremhæves, at artikel 85 i direktiv 2014/25 vedrører varer med oprindelse i tredjelande, med hvilke Unionen ikke har indgået en multilateral eller bilateral aftale for at sikre EU-virksomheders adgang til disse landes markeder. I henhold til denne bestemmelse kan medlemsstaterne afvise et tilbud, hvis andelen af varer med oprindelse i ikke-omfattede tredjelande udgør mere end 50% af tilbuddets samlede værdi.

¹⁸ – I henhold til denne bestemmelse kan Unionen suspendere eller begrænse tildelingen af tjenesteydelseskontrakter til økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, hvis det land, hvor de er etableret, ikke giver EU-virksomheder faktisk adgang på samme vilkår som indenlandske virksomheder. Det synes at fremgå af artikel 86, stk. 6, i direktiv 2014/25, at denne bestemmelse finder anvendelse på økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, idet det kan være i strid med Verdenshandelsorganisationens medlemmers forpligtelser til at bilægge tvister, hvis Unionen træffer ensidige foranstaltninger. Wang og Arrowsmith går ind for denne fortolkning af artikel 86 i direktiv 2014/25; jf. P. Wang og S. Arrowsmith, »Trade Relations with Third Countries in Public Procurement«, i S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, bind 2, Sweet & Maxwell, 2018, s. 881-895.

¹⁹ – IPI-forordningen, der ganske vist ikke finder anvendelse *ratione temporis* på de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag, gør det muligt at træffe foranstaltninger i den hensigt at begrænse adgangen til offentlige udbudsprocedurer inden for EU for erhvervsdrivende fra tredjelande, som ikke er omfattet af GPA-aftalen eller af en anden international aftale. Hvis økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande under alle omstændigheder ville have adgang til procedurer for tildeling af offentlige kontrakter, ville IPI-forordningen aldrig kunne anvendes i praksis. Det følger heraf, at IPI-forordningen understøtter den konklusion, der drages i dette forslag til afgørelse.

²⁰ – Punkt 42-54 i dette forslag til afgørelse vedrører udøvelsen af denne kompetence.

²¹ – Dom af 11.5.2000, Savas (C-37/98, EU:C:2000:224, præmis 46), af 20.9.2007, Tum og Dari (C-16/05, EU:C:2007:530, præmis 46), og af 24.9.2013, Demirkan (C-221/11, EU:C:2013:583, præmis 37 og 38).

²² – Dom af 11.5.2000, Savas (C-37/98, EU:C:2000:224, præmis 64 og 69), af 21.10.2003, Abatay m.fl. (C-317/01 og C-369/01, EU:C:2003:572, præmis 66), og af 19.2.2009, Soysal og Savatli (C-228/06, EU:C:2009:101, præmis 47).

²³ – Jf. i denne retning dom af 20.9.2007, Tum og Dari (C-16/05, EU:C:2007:530, præmis 55).

33. Det følger heraf, at økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande ikke falder ind under det personelle anvendelsesområde for direktiv 2014/25²⁴. Selv om det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve dette, synes det at fremgå af de oplysninger, der er fremlagt for Domstolen, at sagsøgeren befinder sig i en sådan situation. Da sagsøgeren ikke har ret til at deltage i en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, som er omfattet af direktiv 2014/25, kan selskabet ikke påberåbe sig dets bestemmelser ved en ret i en medlemsstat. Den forelæggende ret kan derfor ikke opnå en præjudiciel afgørelse om fortolkningen af disse bestemmelser, eftersom Domstolens eventuelle svar på dens spørgsmål ikke vil have bindende virkning. Denne begrundelse er tilstrækkelig til at fastslå, at den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse ikke kan antages til realitetsbehandling.

34. Det kan ikke desto mindre hævdes, at det ganske vist er medlemsstaterne, der bestemmer, om økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande kan deltage i offentlige udbudsprocedurer, men at disse økonomiske aktører kan påberåbe sig rettigheder i henhold til national ret, selv om de gældende nationale foranstaltninger er blevet vedtaget for at gennemføre EU-retlige bestemmelser. Ved vurderingen af dette forhold vil jeg behandle det andet spørgsmål, som Domstolen har rejst ex officio.

2. Beføjelsen til at regulere tredjelandes økonomiske aktørers deltagelse i offentlige udbudsprocedurer inden for EU

– Indlæg for Domstolen

35. De fleste parter i sagen for Domstolen har givet udtryk for, at medlemsstaterne kan regulere tredjelandes økonomiske aktørers deltagelse i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter. Der er fremført to væsentlige argumenter til støtte herfor. Ifølge nogle af parterne henhører en sådan deltagelse under den delte kompetence mellem Unionen og medlemsstaterne²⁵. Andre har anført, at beføjelsen til at regulere en sådan deltagelse alene tilkommer Unionen, men har gjort gældende, at medlemsstaterne alligevel kan handle på dette område²⁶.

36. Den kroatiske regering har uden at angive udtrykkeligt, om spørgsmålet henhører under Den Europæiske Unions enekompetence eller den kompetence, som den deler med sidstnævnte, gjort gældende, at EU-retten ikke indeholder noget generelt forbud mod, at økonomiske aktører fra tredjelande deltager i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter inden for EU²⁷. Den har anført, at Kommissionens vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere²⁸ bekræfter denne antagelse, for så vidt som det fremgår, at økonomiske aktører fra tredjelande kan udelukkes fra disse procedurer, men ikke, at de skal udelukkes. Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud) har anført, at der gælder de samme principper for alle økonomiske aktører, som deltager i offentlige udbudsprocedurer i Kroatien, uanset i hvilket land de er etableret.

²⁴ – I forslag til afgørelse CRRC Qingdao Sifang og Astra Vagoane Călători (C-266/22, EU:C:2023:399) drog generaladvokat Rantos den samme konklusion for så vidt angår anvendelsen af direktiv 2014/25 på en økonomisk aktør med hjemsted i Kina, som var blevet udelukket fra proceduren for tildeling af en offentlig kontrakt inden for EU.

²⁵ – Kolin samt den estiske og den polske regering.

²⁶ – Den danske, den franske og den østrigske regering.

²⁷ – Eftersom IPI-forordningen ikke indeholder noget generelt forbud mod deltagelse af økonomiske aktører med hjemsted i tredjelande, med hvilke Unionen har påtaget sig forpligtelser vedrørende markedsadgang ved en international aftale, synes den at bekræfte denne antagelse.

²⁸ – S. 43.

37. Kolin har hævdet, at der er delt kompetence mellem Unionen og medlemsstaterne med hensyn til tredjelandes økonomiske aktørers deltagelse i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter. Så længe Unionen ikke har fastsat specifikke bestemmelser, der regulerer denne deltagelse, bevarer medlemsstaterne deres handlefrihed. Det er tilsvarende den polske regerings opfattelse, at anvendelsen af direktiv 2014/25 på økonomiske aktører fra tredjelande ikke henhører under den fælles handelspolitik, hvor Unionen har enekompetence, men under det indre marked, hvor der er delt kompetence. EU-retten er som følge heraf ikke til hinder for, at medlemsstaterne bestemmer, at ligebehandlingsprincippet finder anvendelse på andre økonomiske aktører fra tredjelande end dem, der er nævnt i artikel 43 i direktiv 2014/25.

38. Den estiske regering har anført, at eftersom det er EUF-traktatens bestemmelser om det indre marked, der udgør retsgrundlaget for direktiv 2014/25, kan medlemsstaterne fastsætte regler for deltagelsen af økonomiske aktører, der er etableret i tredjelande, i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter. Medlemsstaterne kan begrænse sådanne økonomiske aktørers deltagelse i disse procedurer, men er ikke forpligtet til at gøre dette.

39. Selv om den danske, den franske og den østrigske regering er af den opfattelse, at tredjelandes økonomiske aktørers deltagelse i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter henhører under Unionens enekompetence, har de af forskellige grunde gjort gældende, at medlemsstaterne kan handle på dette område.

40. Den østrigske regering har anført, at reguleringen af tredjelandes økonomiske aktørers deltagelse i sådanne procedurer henhører under den fælles handelspolitik. Da direktiv 2014/25 ikke indeholder bestemmelser herom, kan medlemsstaterne frit træffe foranstaltninger til dette formål. Den danske regering har gjort gældende, at når Unionen ikke har udøvet sin enekompetence til at indgå internationale aftaler om procedurer for tildeling af offentlige kontrakter, kan medlemsstaterne fastsætte de nærmere regler for, hvordan virksomheder fra tredjelande kan deltage i disse procedurer. Den franske regering er ligeledes af den opfattelse, at foranstaltninger, der udelukker tredjelandes økonomiske aktører fra procedurer for tildeling af offentlige kontrakter inden for EU, er omfattet af den fælles handelspolitik. Medlemsstaterne er derfor afskåret fra at træffe generelle foranstaltninger om tredjelandes økonomiske aktørers deltagelse i disse procedurer, men kan træffe foranstaltninger i konkrete tilfælde.

41. Kommissionen har gjort gældende, at de nærmere regler for, hvordan økonomiske aktører fra tredjelande kan deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter, der iværksættes inden for EU, henhører under Unionens enekompetence, og at det således alene er Unionen, der kan vedtage juridisk bindende retsakter, som sikrer ligebehandling af økonomiske aktører fra tredjelande²⁹.

²⁹ – Udtalelse 2/15 (Frihandelsaftale mellem EU og Singapore) af 16.5.2017 (EU:C:2017:376; "Udtalelse 2/15 (Frihandelsaftale mellem EU og Singapore)") og tredje betragtning til IPI-forordningen.

– *Bedømmelse*

42. Artikel 3, stk. 1, litra e), TEUF bestemmer, at Unionen har enekompetence i forhold til den fælles handelspolitik. Denne politik bygger i henhold til artikel 207, stk. 1, TEUF på ensartede principper og omfatter handel med varer og tjenesteydelser³⁰. Da der ikke henvises til tildeling af offentlige kontrakter i traktaterne, bør det undersøges, om procedurerne herfor henhører under det indre marked, en delt kompetence mellem Unionen og dens medlemsstater³¹ eller den fælles handelspolitik. Der bør i denne forbindelse mindes om, at det indre marked regulerer samhandelen mellem medlemsstaterne, mens den fælles handelspolitik vedrører handelen mellem medlemsstater og tredjelande³². Tildelingen af offentlige kontrakter kan således både have en intern og en ekstern dimension.

43. Retsgrundlaget for direktiv 2014/25 er artikel 53 TEUF om etableringsfriheden, artikel 62 TEUF om den frie udveksling af tjenesteydelser og artikel 114 TEUF om vedtagelse af foranstaltninger, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion³³. Det synes at følge heraf, at den EU-interne dimension af reglerne for tildeling af offentlige kontrakter, herunder direktiv 2014/25, henhører under det indre marked.

44. En foranstaltning, som har til formål at fremme, lette eller regulere den internationale handel og har direkte og umiddelbare virkninger for denne, henhører under den fælles handelspolitik³⁴. En foranstaltning, der kun har underordnet betydning for den internationale handel, er ikke omfattet af denne politik³⁵. Falder de nærmere bestemmelser, der skal lette tredjelandes økonomiske aktørers deltagelse i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter inden for EU, ind under den første eller den anden af disse kategorier?

45. I udtalelse 2/15 (Frihandelsaftale mellem EU og Singapore) undersøgte Domstolen kompetencefordelingen mellem Unionen og medlemsstaterne i forbindelse med indgåelsen af en påtænkt handelsaftale med Republikken Singapore. Denne internationale aftale indeholdt et kapitel om offentlige udbud, som fastsatte den fremgangsmåde, i henhold til hvilken hver parts erhvervsdrivende kunne deltage i offentlige udbudsprocedurer, som den anden parts myndigheder afholdt. Eftersom dette kapitel havde en direkte og umiddelbar virkning for handelen med varer og tjenesteydelser mellem parterne i denne internationale aftale, henhørte det under den fælles handelspolitik³⁶. Denne afgørelse synes således at understøtte idéen om, at den eksterne dimension af tildelingen af offentlige kontrakter henhører under Unionens enekompetence. Det følger heraf, at Unionen skal afgøre, om og på hvilke betingelser økonomiske aktører fra tredjelande kan deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter

³⁰ – Lissabontraktaten ændrede artikel 207, stk. 1, TEUF for at præcisere, at handel med tjenesteydelser henhører under Unionens enekompetence, selv om denne kompetence tidligere var delt med medlemsstaterne. En beskrivelse af udviklingen i denne bestemmelse og en analyse af den fælles handelspolitik's nuværende anvendelsesområde kan ses i J. Wouters, F. Hoffmeister, G. De Baere og T. Ramopoulos, *The Law of EU External Relations: Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, Oxford University Press, 2021, s. 230-288.

³¹ – Artikel 4, stk. 2, litra a), TEUF.

³² – Jf. i denne retning dom af 18.7.2013, Daiichi Sankyo og Sanofi-Aventis Deutschland (C-414/11, EU:C:2013:520, præmis 50), og af 22.10.2013, Kommissionen mod Rådet (C-137/12, EU:C:2013:675, præmis 56).

³³ – Det oplyses i anden betragtning til direktiv 2014/25, at direktivet navnlig har til formål at sikre fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser. Det samme fremgår af præamblen og første betragtning til direktiv 2014/24.

³⁴ – Dom af 12.5.2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia og ERS (C-347/03, EU:C:2005:285, præmis 75), og af 18.7.2013, Daiichi Sankyo og Sanofi-Aventis Deutschland (C-414/11, EU:C:2013:520, præmis 51).

³⁵ – Jf. i denne retning dom af 22.10.2013, Kommissionen mod Rådet (C-137/12, EU:C:2013:675, præmis 57 og 76).

³⁶ – Udtalelse 2/15 (Frihandelsaftale mellem EU og Singapore) af 16.5.2017 (EU:C:2017:376), præmis 75-77.

inden for EU³⁷. Det fremgår af artikel 207 TEUF, at denne beføjelse omfatter vedtagelse af ensidige foranstaltninger efter den almindelige lovgivningsprocedure og om nødvendigt forhandling af internationale aftaler. Unionen har på denne baggrund meddelt, at den har til hensigt at skabe forretningsmuligheder for virksomheder, der er etableret i EU, ved at arbejde for at åbne tredjelandes markeder for offentlige udbud på et gensidigt grundlag³⁸.

46. Det fremgår af artikel 2, stk. 2, TEUF, at når Unionen i traktaterne på et bestemt område tildeles en kompetence, som den deler med medlemsstaterne, kan Unionen og medlemsstaterne lovgive og vedtage juridisk bindende retsakter på dette område. Medlemsstaterne kan udøve deres kompetence, i det omfang Unionen ikke har udøvet sin. Medlemsstaterne kan således udøve deres kompetence, i det omfang Unionen i) endnu ikke har gjort det eller ii) er ophørt med at gøre det³⁹.

47. Når Unionen i traktaterne tildeles enekompetence på et bestemt område, er det kun Unionen, der kan lovgive og vedtage juridisk bindende retsakter på dette område⁴⁰, og medlemsstaterne har kun beføjelse hertil efter bemyndigelse fra Unionen eller med henblik på at gennemføre EU-retsakter⁴¹. Selv når Unionen ikke har udøvet sin enekompetence på et bestemt område, kan en medlemsstat ikke påberåbe sig Unionens manglende udøvelse af denne kompetence som begrundelse for at vedtage en bestemmelse på dette område⁴². Når Unionen er tillagt enekompetence, sker medlemsstaternes fortabelse af kompetence øjeblikkeligt, og det har ingen betydning herfor, om Unionen har udøvet denne kompetence eller ej⁴³. Da tildelingen af enekompetence til Unionen fratager medlemsstaterne enhver kompetence på det pågældende område, følger det heraf, at enhver handling fra medlemsstaternes side umiddelbart er i strid med traktaterne⁴⁴.

48. Eftersom artikel 2, stk. 1, TEUF kun undtagelsesvis bemyndiger medlemsstaterne til at handle på et område, der henhører under Unionens enekompetence⁴⁵, og undtagelser normalt skal fortolkes og anvendes snævert, skal enhver bemyndigelse af en medlemsstat være særlig⁴⁶, begrænset og midlertidig⁴⁷.

49. Domstolen undersøgte i sin dom i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige⁴⁸ en situation, hvor en medlemsstat havde truffet foranstaltninger på grund af Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs manglende handling i forbindelse med den fælles fiskeripolitik⁴⁹. Domstolen udelukkede ikke, at medlemsstaterne kan være nødt til at ændre

³⁷ – Jf. vedrørende denne antagelse f.eks. J. Wouters, F. Hoffmeister, G. De Baere og T. Ramopoulos, *The Law of EU External Relations: Cases, Materials, and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, Oxford University Press, 2021, s. 255.

³⁸ – Vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere, afsnit 1.

³⁹ – Generaladvokat Pitruzzellas forslag til afgørelse Hessischer Rundfunk (C-422/19 og C-423/19, EU:C:2020:756, punkt 37).

⁴⁰ – Domstolen har i sin praksis fastslået, at selv uforbindende handlinger fra en regering kan gøre indgreb i Unionens enekompetence. Jf. i denne retning dom af 18.2.1986, Bulk Oil (Zug) (174/84, EU:C:1986:60, præmis 9).

⁴¹ – Artikel 2, stk. 1, TEUF.

⁴² – Jf. i denne retning dom af 26.1.2021, Hessischer Rundfunk (C-422/19 og C-423/19, EU:C:2021:63, præmis 53). Jf. ligeledes generaladvokat Pitruzzellas forslag til afgørelse Hessischer Rundfunk (C-422/19 P, EU:C:2020:756, punkt 44).

⁴³ – Dom af 26.1.2021, Hessischer Rundfunk (C-422/19 og C-423/19, EU:C:2021:63, præmis 54).

⁴⁴ – Generaladvokat Pitruzzellas forslag til afgørelse Hessischer Rundfunk (C-422/19 og C-423/19, EU:C:2020:756, punkt 38).

⁴⁵ – Generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Kommissionen mod Rådet (Tiltrædelse af Genèveaftalen) (C-24/20, EU:C:2022:404, punkt 81).

⁴⁶ – Dom af 15.12.1976, Donckerwolcke og Schou (41/76, EU:C:1976:182, præmis 29 og 32), og domme af 17.10.1995, Werner (C-70/94, EU:C:1995:328, præmis 12) og Leifer m.fl. (C-83/94, EU:C:1995:329, præmis 12). Et eksempel på en særlig bemyndigelse, der blev givet i henhold til EU-lovgivningen, findes i dom af 18.2.1986, Bulk Oil (Zug) (174/84, EU:C:1986:60, præmis 31-33).

⁴⁷ – Generaladvokat Pitruzzellas forslag til afgørelse Hessischer Rundfunk (C-422/19 og C-423/19, EU:C:2020:756, punkt 43).

⁴⁸ – Dom af 5.5.1981, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (804/79, EU:C:1981:93).

⁴⁹ – Denne passivitet var forårsaget af den medlemsstat, der havde truffet de ensidige foranstaltninger, idet Det Forenede Kongerige havde blokeret beslutningsprocessen i Rådet (ibidem, præmis 9).

bevaringsforanstaltninger som følge af udviklingen i de biologiske og teknologiske forhold⁵⁰, og at medlemsstaterne under disse omstændigheder kan handle i Unionens fælles interesser⁵¹. Inden vedtagelsen af sådanne foranstaltninger skal den pågældende medlemsstat imidlertid loyalt søge Unionens godkendelse, og den må ikke træffe foranstaltninger, som Unionen har fremsat indvendinger mod eller fastsat betingelser for⁵². Det fremgår af denne dom, at en medlemsstat undtagelsesvis kan træffe foranstaltninger på et område, der henhører under Unionens enekompetence, når Unionen har undladt at handle, forudsat at der foreligger et objektivt behov for disse foranstaltninger, medlemsstaten har underrettet Unionen om sine hensigter, og Unionen ikke har rejst indvendinger.

50. For så vidt angår den foreliggende sag har Unionen med vedtagelsen af artikel 43 i direktiv 2014/25 udøvet sin kompetence i forhold til økonomiske aktører, som er etableret i et land, der er part i GPA-aftalen eller en anden international aftale om tildeling af offentlige kontrakter, som Unionen er bundet af. Som nævnt i punkt 10 i dette forslag til afgørelse tilhører økonomiske aktører, der er etableret i Tyrkiet, ikke denne kategori. Selv om Unionen ikke har udøvet sin enekompetence til at afgøre, om økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande kan deltage i sådanne procedurer, kan medlemsstaterne ikke genvinde kompetencen til at handle på dette område ved at påberåbe sig denne omstændighed.

51. Som Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud) og Kolin har anført, er de kroatiske myndigheder af den opfattelse, at artikel 3, nr. 8, i lov om offentlige udbud, der synes at gennemføre begrebet »økonomisk aktør« i artikel 2, nr. 6), i direktiv 2014/25 i kroatisk ret, skal fortolkes således, at procedurerne for tildeling af offentlige kontrakter i Kroatien er åbne for alle økonomiske aktører, uanset hvor de er etableret, på samme vilkår som økonomiske aktører fra andre medlemsstater.

52. Denne tilgang giver anledning til mindst tre problemer. For det første har medlemsstaterne ikke ret til at vedtage lovgivning på et område, der henhører under Unionens enekompetence, medmindre de har til hensigt at gennemføre EU-retten, eller Unionen har bemyndiget dem hertil. Eftersom Unionen ikke synes at have udøvet sin enekompetence til at bestemme, om økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande skal have adgang til offentlige udbudsprocedurer, kan medlemsstater, der ønsker at tage skridt hertil, underrette de kompetente EU-institutioner om de planlagte tiltag for at opnå den krævede tilladelse. Det kan ikke udledes af Domstolens sagsakter, at Kroatien har taget et sådant skridt. For det andet kan en ensidig handling fra medlemsstaternes side skade Unionens forhandlingsposition i forbindelse med dens indsats for at sikre en gensidig åbning af markederne for offentlige kontrakter i tredjelande. For det tredje kan den gribe ind i EU-rettens ensartede anvendelse, eftersom det personelle anvendelsesområde for direktiv 2014/25 i så fald kan variere fra medlemsstat til medlemsstat.

53. Selv om direktiv 2014/25 ikke gælder for økonomiske aktører, der er etableret i Tyrkiet, vil jeg nu undersøge, om medlemsstaternes lovgivninger alligevel kan finde anvendelse på situationer, der ikke er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde. I dommen i Dzodzi-sagen behandlede Domstolen en sag, hvor anvendelsen af EU-reglerne om det indre marked i henhold til national ret var blevet udvidet til at omfatte rent interne situationer for at undgå omvendt diskrimination⁵³.

⁵⁰ – Ibidem, præmis 22.

⁵¹ – Ibidem, præmis 30.

⁵² – Ibidem, præmis 27 og 31.

⁵³ – Dom af 18.10.1990, Dzodzi (C-297/88 og C-197/89, EU:C:1990:360, præmis 13, herefter »Dzodzi-dommen«).

Selv om EU-retten ikke finder anvendelse på rent interne situationer⁵⁴, fastslog Domstolen, at den ikke forhindrer medlemsstaterne i at gøre dette. Domstolen besvarede under disse omstændigheder de præjudicielle spørgsmål for at sikre en ensartet fortolkning af EU-retten⁵⁵.

54. Situationen i hovedsagen er i modsætning til den, der gav anledning til denne dom, ikke af rent intern karakter og omhandler ikke en delt kompetence mellem Unionen og medlemsstaterne. Eftersom de præjudicielle spørgsmål i den foreliggende sag vedrører Unionens enekompetence, kan medlemsstaterne ikke ensidigt beslutte at udvide de relevante EU-reglers anvendelsesområde. Domstolen bør derfor fastslå, at det ikke er muligt at besvare den forelæggende rets spørgsmål med støtte i Dzodzi-dommen.

55. Eftersom alle den forelæggende rets spørgsmål vedrører fortolkningen af direktiv 2014/25, som af de grunde, der er anført i punkt 29-33 og 42-54 i dette forslag til afgørelse, ikke kan anvendes i forbindelse med den tvist, der er indbragt for denne ret, foreslår jeg, at Domstolen afviser anmodningen om præjudiciel afgørelse i dens helhed.

56. For det tilfælde, at Domstolen antager den præjudicielle forelæggelse til realitetsbehandling, vil jeg nu gennemgå de enkelte spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt.

B. Realiteten

1. Det første og det andet spørgsmål

– Parternes bemærkninger

57. Kolin, den estiske regering og Kommissionen har tilkendegivet, at artikel 36 og 76 i direktiv 2014/25 skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for modtagelse af bud ikke kan anmode om dokumenter eller oplysninger vedrørende forhold, der ikke indgår i det oprindelige bud. Selv om ligebehandlingsprincippet principielt ikke er til hinder for, at tilbudsgiverne berigtiger eller uddyber deres bud, må de pågældende oplysninger ikke ændre indholdet af et tilbud. Anmodninger om præcisering skal også rettes mod alle tilbudsgivere, der befinder sig i en tilsvarende situation. Kolin, den estiske regering og Kommissionen har gjort gældende, at de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag ikke opfylder disse krav.

58. Den estiske regering har tilføjet, at HŽ Infrastruktura efter dens opfattelse har tilsidesat artikel 59 i direktiv 2014/24. Eftersom denne bestemmelse alene omhandler præcisering af oplysninger i ESPD og tilvejebringelse af supplerende dokumenter, vedrører den ikke fremlæggelse af nye oplysninger⁵⁶. Eftersom det kun var arbejderne på Pragersko-Hodoš-jernbanelinjen, der var nævnt i ESPD'et i forbindelse med Strabags bud, skulle enhver anmodning fra HŽ Infrastruktura om præciseringer og supplerende dokumenter begrænses til disse arbejder.

⁵⁴ – Ibidem, præmis 28.

⁵⁵ – Ibidem, præmis 34-37.

⁵⁶ – Den estiske regering har anført, at artikel 59 i direktiv 2014/24 i medfør af artikel 80, stk. 3, i artikel 2014/25 finder anvendelse på procedurer for tildeling af offentlige kontrakter, som er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2014/25, herunder den i hovedsagen omhandlede procedure.

59. De øvrige parter i sagen for Domstolen har gjort gældende, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for afgivelse af bud kan anmode en tilbudsgiver om at fremlægge dokumenter vedrørende omstændigheder, der ikke var nævnt i det oprindelige tilbud.

60. Den kroatiske regering har, støttet af Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud), den tjekkiske, den franske og den polske regering, gjort gældende, at de ordregivende myndigheder kan anmode tilbudsgiverne om at præcisere eller supplere oplysninger eller dokumenter, forudsat at denne opfordring ikke udgør en væsentlig ændring af tilbuddet. Der bør i denne sammenhæng sondres mellem udvælgelseskriterier og tildelingskriterier. Tilbudsgiverne kan ikke ændre deres bud med hensyn til tildelingskriterierne, da dette ville udgøre en materiel ændring, men de kan fremlægge supplerende oplysninger eller dokumenter, der vedrører udvælgelseskriterierne. Ifølge Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud) og den tjekkiske regering fremgår det af en sammenligning mellem artikel 51 i direktiv 2004/18, artikel 56, stk. 3, i direktiv 2014/24 og artikel 76, stk. 4, i direktiv 2014/25⁵⁷, at de to sidstnævnte bestemmelser blev vedtaget for at give de ordregivende myndigheder større frihed til at anmode om yderligere oplysninger eller dokumenter for at gøre det lettere at udvælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

61. Den kroatiske regering og Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud) har videre anført, at den ordregivende myndighed ifølge reglerne vedrørende ESPD har ret til på et hvilket som helst tidspunkt under proceduren at anmode tilbudsgiverne om at fremsende supplerende dokumenter og om at supplere eller præcisere dokumenter, som den allerede har modtaget. Spørgsmålet om, hvorvidt en ordregivende myndighed kan modtage og tage hensyn til sådanne dokumenter, afhænger af, om de ønskede supplerende oplysninger vedrører faktiske omstændigheder, der er indtruffet før udløbet af fristen for afgivelse af bud. Eftersom Strabag henviste til arbejder, som selskabet havde afsluttet før udløbet af fristen for afgivelse af bud, havde det ret til at nævne dem, selv for første gang, efter udløbet af denne frist.

62. Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud) har, støttet af den tjekkiske regering, ligeledes gjort gældende, at den vindende tilbudsgiver, eftersom denne er blevet valgt af den ordregivende myndighed, ikke befinder sig i samme situation som de forbigåede tilbudsgivere. Det følger heraf, at en opfordring til denne tilbudsgiver om at fremlægge yderligere oplysninger ikke strider mod ligebehandlingsprincippet.

63. Den kroatiske regering har i øvrigt, støttet af HŽ Infrastruktura, Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud) samt den tjekkiske og den polske regering, gjort gældende, at Esaprojekt-dommen ikke kan anvendes analogt. Det blev i denne dom undersøgt, om en udvalgt tilbudsgiver, når der forelå usikkerhed om dennes tekniske formåen, kunne fremlægge et nyt dokument med henblik på at påberåbe sig en kontrakt, der var udført af en anden aktør, som havde forpligtet sig til at stille de ressourcer, der var nødvendige for at udføre den udbudte offentlige kontrakt, til rådighed for den udvalgte tilbudsgiver. Påberåbelsen af denne kontrakt påvirkede til forskel fra de i hovedsagen omhandlede præciseringer, der vedrørte arbejder, som tilbudsgiveren selv havde udført, et grundlæggende element i budet, nemlig tilbudsgiverens identitet og tekniske formåen.

⁵⁷ – Artikel 56, stk. 3, i direktiv 2014/24 har erstattet artikel 51 i direktiv 2004/18. Artikel 56, stk. 3, i direktiv 2014/24 og artikel 76, stk. 4, i direktiv 76, stk. 4, er formuleret ens.

64. Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud) har tilføjet, at Domstolen i Manova-dommen fastslog, at en tilbudsgiver efterfølgende kunne fremlægge et dokument, som ikke indgik i dennes oprindelige bud, nemlig balancen, såfremt dette dokument fandtes forud for udløbet af fristen for afgivelse af bud⁵⁸.

– *Bedømmelse*

65. Med det første og det andet spørgsmål, der kan besvares samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 76 i direktiv 2014/25, sammenholdt med ligebehandlingsprincippet i dette direktivs artikel 36, skal fortolkes således, at den gør det muligt for en ordregivende myndighed at anmode en tilbudsgiver om nye dokumenter vedrørende dennes tekniske og faglige formåen, hvori der henvises til arbejder, som ikke var nævnt i det oprindelige tilbud, når den oprindelige tildelingsafgørelse er blevet annulleret, og sagen er blevet hjemvist til fornyet vurdering.

66. Det skal indledningsvis påpeges, at artikel 76, stk. 4, i direktiv 2014/25, der er det gældende sektordirektiv, har samme ordlyd som artikel 56, stk. 3, i direktiv 2014/24, der er det generelle direktiv. Der er intet til hinder for, at disse to bestemmelser fortolkes på samme måde. Sjette betragtning til direktiv 2014/25 støtter denne antagelse, for så vidt som det fremgår, at begrebet udbud i dette direktiv bør fortolkes så tæt som muligt på det begreb, der gælder i direktiv 2014/24, idet der tages hensyn til de særlige forhold, der er omhandlet i sektordirektivet. Det er desuden blevet fastslået, at retspraksis vedrørende fortolkningen af artikel 51 i direktiv 2004/18 finder analog anvendelse på artikel 56, stk. 3, i direktiv 2014/24⁵⁹.

67. Kravet om, at en ordregivende myndighed skal overholde princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og gennemsigtighedsprincippet, har til formål at fremme en sund og effektiv konkurrence mellem de virksomheder, der deltager i udbudsprocedurer, og dermed at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser⁶⁰. Ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet er til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver inden for rammerne af en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt. Et tilbud kan ikke ændres, efter at det er afgivet, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller tilbudsgiverens initiativ. Det følger heraf, at den ordregivende myndighed ikke må anmode en tilbudsgiver, hvis tilbud ifølge myndigheden er upræcist eller ikke i overensstemmelse med en teknisk specifikation, om at præcisere eller uddybe sit bud⁶¹. Hvis en ordregivende myndighed gives mulighed for at anmode en tilbudsgiver om at præcisere eller uddybe et tilbud, der ifølge myndigheden er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer eller udbudsbetingelserne, risikerer det at få den ordregivende myndighed til at fremstå, som om den har forhandlet buddet fortroligt og dermed har tilsidesat ligebehandlingsprincippet⁶².

68. Ligebehandlingsprincippet er ikke til hinder for, at tilbuddet kan berigtiges eller suppleres, når det er indlysende, at dette er nødvendigt for at bringe åbenbare indholdsmæssige fejl til ophør. Dette er muligt, hvis to betingelser er opfyldt. For det første må en anmodning om præcisering ikke føre til en så væsentlig ændring af tilbuddet, at det i virkeligheden kan betragtes som et nyt

⁵⁸ – Dom af 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, herefter »Manova-dommen«).

⁵⁹ – Dom af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 93).

⁶⁰ – Jf. i denne retning dom af 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 28), og af 11.5.2017, Archus og Gama (C-131/16, EU:C:2017:358, præmis 25).

⁶¹ – Dom af 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 31), og af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 62).

⁶² – Dom af 11.5.2017, Archus og Gama (C-131/16, EU:C:2017:358, præmis 28).

bud⁶³. En anmodning om præcisering kan ikke kompensere for, at der mangler et dokument eller en oplysning, som kræves i udbudsmaterialet⁶⁴, hvilket medfører, at en tilbudsgiver skal udelukkes⁶⁵. For det andet skal en sådan anmodning rettes mod alle tilbudsgivere, der befinder sig i en tilsvarende situation⁶⁶.

69. Den forelæggende rets første og andet spørgsmål skal undersøges i lyset af disse principper.

70. Når der fremlægges nye dokumenter vedrørende en tilbudsgivers tekniske og faglige formåen, hvori der henvises til arbejder, som ikke var nævnt i det oprindelige tilbud, er der ikke tale om en berigtigelse, en præcisering eller en uddybelse. Der er snarere tale om en væsentlig ændring af dette tilbud, uden hvilken buddet ville blive forkastet. Det fremgår af sagsakterne for Domstolen, at den oprindelige tildelingsafgørelse netop blev annulleret, fordi tilbudsgiveren ikke var i stand til at godtgøre, at denne havde opfyldt de tekniske og faglige udbudskrav, på grundlag af de oplysninger og dokumenter, der indgik i det oprindelige bud.

71. ESPD er ifølge artikel 59, stk. 1, i direktiv 2014/24 en erklæring fra tilbudsgiveren om, at denne bl.a. opfylder de gældende udvælgelseskriterier. Denne egenerklæring udgør et foreløbigt bevis herfor og erstatter således kravet om fremlæggelse af certifikater, der er udstedt af offentlige myndigheder eller tredjemænd⁶⁷. ESPD har til formål at give de ordregivende myndigheder et nøjagtigt og pålideligt billede af situationen for den enkelte økonomisk aktør, som ønsker at afgive et tilbud⁶⁸. Den heraf følgende mindskelse af den administrative byrde for ordregivende myndigheder og økonomiske aktører skal imidlertid forenes med formålet om at fremme en sund og effektiv konkurrence samt anvendelsen af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet⁶⁹.

72. Del IV i bilag 2 til Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD)⁷⁰ har overskriften »Udvælgelseskriterier«. I afsnit C med overskriften »Teknisk og faglig formåen« skal en tilbudsgiver både opstille en liste over de relevante arbejder, som vedkommende har udført, og fremlægge nærmere oplysninger herom. Selv om denne bestemmelse således gør det muligt for en tilbudsgiver at fremlægge passende certifikater og supplerende dokumenter på anmodning herom, tillader den ikke, at tilbudsgiveren efter udløbet af fristen for afgivelse af bud ændrer de væsentlige elementer, ud fra hvilke tilbudsgiveren har erklæret, at vedkommende opfylder de gældende udvælgelseskriterier, dvs. har udført specifikke arbejder.

73. Med hensyn til anvendelsen af ligebehandlingsprincippet i den foreliggende sag oplyste Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud) og HŽ Infrastruktura i retsmødet, at ud af de ni bud, der blev afvist på grund af manglende opfyldelse af udvælgelseskriterierne, indeholdt fire af disse bud utilstrækkelig dokumentation for tilbudsgiverens tekniske og faglige formåen, samtidig med at de angiveligt var behæftet med andre mangler.

⁶³ – Ibidem, præmis 29, 31 og 37. Jf. i denne retning ligeledes dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 64), og af 28.2.2018, MA.T.I. SUD og Deumme SGR (C-523/16 og C-536/16, EU:C:2018:122, præmis 52).

⁶⁴ – Dom af 11.5.2017, Archus og Gama (C-131/16, EU:C:2017:358, præmis 33), og af 7.9.2021, Klaipėdos regionono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 93).

⁶⁵ – Jf. i denne retning dom af 28.2.2018, MA.T.I. SUD og Deumme SGR (C-523/16 og C-536/16, EU:C:2018:122, præmis 49).

⁶⁶ – Dom af 11.5.2017, Archus og Gama (C-131/16, EU:C:2017:358, præmis 30).

⁶⁷ – Dom af 10.11.2022, Taxi Horn Tours (C-631/21, EU:C:2022:869, præmis 48).

⁶⁸ – Ibidem, præmis 49.

⁶⁹ – Ibidem, præmis 56 og 57.

⁷⁰ – EUT 2016, L 3, s. 16.

74. Med forbehold af begrænsningerne af adgangen til at fremkomme med efterfølgende præciseringer kræver ligebehandlingsprincippet, at den ordregivende myndighed sender anmodninger om præcisering til alle deltagere, hvis bud giver anledning til tvivl om, hvorvidt udvælgelseskriterierne er opfyldt, og at disse anmodninger ikke begrænses til den tilbudsgiver, som den har valgt at tildele kontrakten. Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (klagenævn for offentlige udbud) og HŽ Infrastruktura anførte i retsmødet, at HŽ Infrastruktura efter at have gennemgået tilbuddene og afvist ni af dem på grund af manglende opfyldelse af udvælgelseskriterierne undersøgte de resterende seks tilbud på grundlag af tildelingskriterierne. Det kan derfor ikke udelukkes, at en af de ni tilbudsgivere, som oprindeligt var blevet afvist på grund af manglende opfyldelse af udvælgelseskriterierne, kunne anses for at have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvis disse tilbudsgivere havde fået mulighed for at uddybe deres bud. Det er i sidste ende op til den forelæggende ret at efterprøve dette.

75. Som flere parter med rette har anført, adskiller de faktiske omstændigheder, der lå til grund for Esaprojekt-dommen, sig fra dem, der er omhandlet i hovedsagen. Det fremgår af denne dom, at den ordregivende myndighed efter at have fastslået, at tilbudsgiverens erfaring ikke var i overensstemmelse med udbudskravene, havde anmodet om en præcisering af dette tilbud. Tilbudsgiveren fremlagde et dokument, der var baseret på erfaringen hos en underleverandør, som tilbudsgiveren havde nævnt i det oprindelige tilbud⁷¹. Det fremgår af Domstolens afgørelse, at svaret på anmodningen udgjorde en væsentlig ændring af det oprindelige tilbud, eftersom det påvirkede tilbudsgiverens identitet og formåen⁷². De faktuelle forskelle, der kan være mellem de omstændigheder, hvorunder Esaprojekt-dommen blev afsagt, og dem, der skal behandles i den foreliggende sag, har ingen betydning for de gældende retsprincipper, der er nævnt i punkt 67 og 68 i dette forslag til afgørelse.

76. Flere af parterne i sagen for Domstolen har gjort gældende, at Manova-dommen støtter opfattelsen om, at artikel 76, stk. 4, i direktiv 2014/25 bemyndiger en ordregivende myndighed til at anmode om dokumenter eller oplysninger, der ikke indgik i det oprindelige tilbud, under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen. Efter min opfattelse hviler dette argument på en fejlagtig fortolkning af denne dom. Domstolen fastslog ganske vist, at en ordregivende myndighed i enkelttilfælde kan anmode om berigtigelse eller supplerings af oplysningerne i et tilbud, f.eks. ved at bede om en balance, der er offentliggjort forud for udløbet af fristen for afgivelse af bud. Domstolen tog imidlertid det forbehold, at en sådan anmodning ikke vil være mulig, hvis udbudsmaterialet kræver fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet tilbudsgiveren ellers vil blive udelukket fra udbudsproceduren⁷³. Den forelæggende ret har i det foreliggende tilfælde anført, at Strabags oprindelige tilbud ikke ville have opfyldt udvælgelseskriterierne og ville være blevet afvist, hvis der ikke var blevet henvist til arbejderne på motorvejen i Steyr-dalen, idet det ville falde ind under det forbehold, som Domstolen tog i Manova-dommen.

77. Jeg foreslår, henset til det ovenfor anførte, at Domstolen besvarer det første og det andet spørgsmål med, at artikel 76 i direktiv 2014/25, sammenholdt med ligebehandlingsprincippet i dette direktivs artikel 36, skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en ordregivende myndighed anmoder en tilbudsgiver om nye dokumenter vedrørende dennes tekniske og faglige formåen, hvori der henvises til arbejder, som ikke var nævnt i det oprindelige tilbud, når den oprindelige tildelingsafgørelse er blevet annulleret, og sagen er blevet hjemvist til fornyet vurdering.

⁷¹ – Dom af 4.5.2017, Esaprojekt (C-387/14, EU:C:2017:338, præmis 26-30 og 34).

⁷² – Ibidem, præmis 41-43.

⁷³ – Dom af 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 39 og 40).

2. Det tredje spørgsmål

78. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 76 i direktiv 2014/25, sammenholdt med ligebehandlingsprincippet i dette direktivs artikel 36, skal fortolkes således, at den gør det muligt for en tilbudsgiver af egen drift at fremlægge nye dokumenter vedrørende dennes tekniske og faglige formåen, hvori der henvises til arbejder, som ikke var nævnt i det oprindelige tilbud, når den oprindelige tildelingsafgørelse er blevet annulleret, og sagen er blevet hjemvist til fornyet vurdering.

79. I de fleste af indlæggene for Domstolen tages der ikke særskilt stilling til det tredje spørgsmål. Den franske regering har anført, at en ordregivende myndighed kan opfordre tilbudsgivere til at foretage præciseringer efter udløbet af fristen for afgivelse af bud, men at tilbudsgivere ikke har ret til at foretage præciseringer af egen drift. Kommissionen har derimod gjort gældende, at direktiv 2014/25 er til hinder for enhver væsentlig ændring af et tilbud efter udløbet af fristen for modtagelse af bud. Det har således ingen betydning, om den ordregivende myndighed har anmodet om præciseringerne, eller om det er tilbudsgiveren, der har givet dem af egen drift.

80. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at det inden for rammerne af den procedure, der er indført ved artikel 267 TEUF, udelukkende tilkommer den nationale ret, som tvisten er indbragt for, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere såvel nødvendigheden som relevansen af de spørgsmål, som den forelægger Domstolen. Når de forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af en bestemmelse i EU-retten, er Domstolen derfor i princippet forpligtet til at træffe afgørelse. Inden for rammerne af den samarbejdsprocedure mellem Domstolen og de nationale retsinstanser, som er indført ved artikel 267 TEUF, er spørgsmål om EU-retten nemlig omfattet af en formodning for relevans. Domstolen har alene mulighed for at undlade at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål, der er forelagt af en national ret, når navnlig kravene til indholdet af anmodningen om præjudiciel afgørelse, som er indeholdt i artikel 94 i Domstolens procesreglement, ikke er opfyldt, eller når det klart fremgår, at fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, eller når problemet er af hypotetisk karakter⁷⁴.

81. Det fremgår i det foreliggende tilfælde af sagsakterne, at Strabag fremlagde de supplerende dokumenter og oplysninger efter anmodning fra den ordregivende myndighed. Det følger heraf, at det tredje spørgsmål er baseret på en hypotese og derfor ikke kan antages til realitetsbehandling. Hvis Domstolen af de grunde, der er anført i punkt 67-76 i dette forslag til afgørelse, ikke deler dette synspunkt, foreslår jeg, at den besvarer det tredje spørgsmål med, at artikel 76 i direktiv 2014/25, sammenholdt med ligebehandlingsprincippet i dette direktivs artikel 36, ikke gør det muligt for en tilbudsgiver af egen drift at fremlægge nye dokumenter vedrørende dennes tekniske og faglige formåen, hvori der henvises til arbejder, som ikke var nævnt i det oprindelige tilbud, når den oprindelige tildelingsafgørelse er blevet annulleret, og sagen er blevet hjemvist til fornyet vurdering.

V. Forslag til afgørelse

82. Jeg foreslår på baggrund af det ovenfor anførte, at Domstolen afviser den anmodning om præjudiciel afgørelse, som Visoki upravni sud Republike Hrvatske (appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Kroatien) har indgivet ved afgørelse af 10. oktober 2022.

⁷⁴ – Dom af 25.10.2018, Roche Lietuva (C-413/17, EU:C:2018:865, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).