



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

26. januar 2023*

»Præjudiciel forelæggelse – artikel 267 TEUF – begrebet »national ret« – kriterier – det pågældende nationale organs uafhængighed og karakter af obligatorisk retsinstans – medlemmerne af organets permanens – direktiv 2014/24/EU – fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige aftaler – artikel 58 – udvælgelseskriterier – muligheden for at lade disse kriterier omfatte forpligtelser, der følger af en særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter knyttet til den pågældende kontrakt, og som ikke er fastsat som udvælgelseskriterium i udbudsdokumenterne – artikel 63, stk. 1 – tilbudsgiver, der baserer sig på en anden enheds kapacitet for at opfylde den ordregivende myndigheds krav – ikke muligt at pålægge brugen af en underleverandør«

I sag C-403/21,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister, Rumænien) ved afgørelse af 22. juni 2021, indgået til Domstolen den 29. juni 2021, i sagen:

SC NV Construct SRL

mod

Județul Timiș,

procesdeltager:

SC Proiect – Construct Regiunea Transilvania SRL,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling),

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

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

* Processprog: rumænsk.

efter at der er afgivet indlæg af:

- den tjekkiske regering ved M. Smolek og J. Vlácil, som befuldmægtigede,
- Europa-Kommissionen ved P. Ondrůšek, E.A. Stamate 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 58 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) samt proportionalitetsprincippet, princippet om ansvar og gennemsigtighedsprincippet.
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem SC NV Construct SRL og Județul Timiș (amtet Timiș, Rumænien) vedrørende indgåelse af en offentlig kontrakt med henblik på at vurdere, om det er muligt at konstruere en vej.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 89/665/EØF

- 3 Med overskriften »Krav til klageprocedurerne« bestemmer artikel 2 i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 1989, L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT 2007, L 335, s. 31) (herefter »direktiv 89/665«) følgende i stk. 9:

»Når de instanser, der er ansvarlige for klageprocedurerne, ikke er retsinstanser, skal deres afgørelser altid begrundes skriftligt. I så fald skal der desuden træffes dispositioner til at sikre de procedurer, hvorved enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig, og som træffes af klageinstansen, eller enhver formodet forsømmelse i udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt denne, kan appelleres eller indbringes for en anden instans, som er en ret i henhold til [artikel 267 TEUF], og som er uafhængig i forhold til den ordregivende myndighed og klageinstansen.

Udnævnelsen af medlemmerne af denne uafhængige instans og udløbet af deres embedsperiode er undergivet de samme betingelser, som gælder for dommere, for så vidt angår den myndighed, der er ansvarlig for deres udnævnelse, varigheden af deres embedsperiode og muligheden for deres afsættelse. Som minimum skal formanden for denne uafhængige instans have samme juridiske og faglige kvalifikationer som en dommer. Den uafhængige instans træffer sine afgørelser efter en

kontradiktorisk procedure, og disse afgørelser har på grundlag af bestemmelser, som fastsættes af hver medlemsstat, retsvirkninger med bindende kraft.«

Direktiv 2014/24

- 4 Med overskriften »Udbudsprincipper« foreskriver artikel 18 i direktiv 2014/24 følgende i stk. 1:
»De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.
Udbuddet udformes ikke med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.«
- 5 Dette direktivs artikel 42 vedrører »tekniske specifikationer«.
- 6 Nævnte direktivs artikel 58 med overskriften »Udvælgelseskriterier« har følgende ordlyd:
»1. Udvælgelseskriterier kan omhandle
a) egnethed til at udøve det pågældende erhverv
b) økonomisk og finansiel formåen
c) teknisk og faglig formåen.

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

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

Hvis økonomiske aktører i forbindelse med udbudsprocedurer for tjenesteydelser skal have en bestemt autorisation eller være medlem af en bestemt organisation for i deres hjemland at kunne udføre den pågældende tjenesteydelse, kan den ordregivende myndighed kræve bevis for denne autorisation eller dette medlemskab.

[...]

4. Hvad angår teknisk og faglig formåen[...] kan de ordregivende myndigheder pålægge krav, der sikrer, at de økonomiske aktører besidder de nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer og erfaringer til at gennemføre kontrakten i overensstemmelse med en passende kvalitetsstandard.

De ordregivende myndigheder kan især kræve, at de økonomiske aktører har tilstrækkelig erfaring, som kan vises ved passende referencer fra tidligere gennemførte kontrakter. [...]

[...]

5. De ordregivende myndigheder anfører i udbudsbekendtgørelsen eller opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen de krav for deltagelse, som kræves opfyldt, som kan være udtrykt som minimumskrav til formåen. De anfører samtidig, hvordan dette dokumenteres.«

- 7 Samme direktivs artikel 63 med overskriften »Udnyttelse af andre enheders kapacitet« bestemmer 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.«

- 8 Artikel 67 i direktiv 2014/24 med overskriften »Kriterier for tildeling af kontrakter« foreskriver i stk. 3:

»Tildelingskriterier anses som værende forbundet med genstanden for den offentlige kontrakt, såfremt de relaterer sig til de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus, herunder faktorer, der indgår i:

- a) den specifikke proces med fremstilling eller levering af eller handel med de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, eller
- b) en specifik proces for en anden fase i deres livscyklus,

også selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af deres materielle indhold.«

- 9 Direktivets artikel 70 med overskriften »Betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse« bestemmer:

»De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende gennemførelsen af en kontrakt, hvis de er forbundet med kontraktens genstand som omhandlet i artikel 67, stk. 3, og anført i indkaldelsen af tilbud eller udbudsdokumenterne. Disse betingelser kan omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn.«

Rumænsk ret

Lov nr. 101/2016

- 10 Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (lov nr. 101/2016 om klager og søgsmål vedrørende tildeling af offentlige kontrakter, branchekontrakter og koncessionskontrakter for bygge- og anlægsarbejder samt tjenesteydelseskontrakter samt om organisation og funktionsmåde for det nationale råd for afgørelse af tvister) af 19. maj 2016 (*Monitorul Oficial al României*, del I, nr. 393 af 23.5.2016) i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen (herefter »lov nr. 101/2016«), foreskriver følgende i artikel 2, stk. 1:

»Enhver, som mener, at dennes legitime rettigheder eller legitime interesser er blevet krænket ved en retsakt fra en ordregivende myndighed eller ved en undladelse af at træffe beslutning i en sag inden for den ved loven fastsatte frist, kan nedlægge påstand om annullation af retsakten, om, at det fastslås, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at udstede en retsakt eller til at træffe afhjælpende foranstaltninger, eller endog om anerkendelse af den påberåbte ret eller den legitime interesse ved administrativ klage og rekurs eller ad rettens vej.«

- 11 Lovens artikel 4, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Med henblik på at løse tvisten kan den person, der mener sig krænket, henvende sig til:

- a) ved administrativ klage og rekurs til det nationale råd for afgørelse af tvister.
- b) ad rettens vej til en domstol.«

- 12 Den nævnte lovs artikel 15, stk. 1, fastsætter:

»Proceduren til afgørelse af tvister overholder legalitetsprincippet, princippet om hurtighed, kontradiktionsprincippet, retten til forsvar, upartiskhed og uafhængighed i forbindelse med administrativ og retslig virksomhed.«

- 13 Det følger af samme lovs artikel 28, stk. 1, at:

»Rådets afgørelse er bindende for sagens parter.«

14 Artikel 37 i lov nr. 101/2016 foreskriver:

»1. Det nationale råd for afgørelse af tvister [...] er en uafhængig administrativ klage- og ankeinstans.

[...]

3. I forbindelse med dets virksomhed underkaster rådet sig kun loven, og møderne i rådets plenarforsamling er lovligt oprettet under tilstedeværelse af et flertal af dets medlemmer.

4. Hvad angår rådets afgørelser er det uafhængigt og er ikke underlagt nogen offentlig myndighed eller institution.«

15 Denne lovs artikel 44, stk. 4, bestemmer:

»Rådet udøver sine beføjelser under overholdelse af principperne om dets medlemmers uafhængighed og permanens.«

16 Lovens artikel 45 er sålydende:

»1. Rådets medlemmer udpeges efter udvælgelsesprøver, og de udnævnes ved premierministerens beslutning på de betingelser, der er fastsat i loven.

2. Rådets medlemmer udvælges på grundlag af deres faglige kvalifikationer og hæderlighed. Ansøgerne skal være universitetsuddannede, have ti års erhvervs erfaring på det juridiske, økonomiske eller tekniske område samt mindst tre års erfaring på området for offentlige udbud.

[...]

4. Rådets formand forelægger premierministeren forslag til udnævnelse af rådets medlemmer med hensyn til de ansøgere, der har fået adgang til udvælgelsesprøven.«

17 Samme lovs artikel 47 bestemmer i stk. 1-3:

»1. Rådets medlemmer må ikke:

a) udøve erhvervsmæssig virksomhed direkte eller gennem mellemænd

b) være selskabsdeltagere eller medlemmer af bestyrelses-, forvaltnings- eller tilsynsorganer for civilretlige selskaber, selskaber omfattet af Legea societăților nr. 31/1990 [(lov nr. 31/1990 om selskaber)], med senere ændringer og tilføjelser, herunder banker og andre kreditinstitutter, forsikrings selskaber eller finansielle selskaber, nationale selskaber, nationale selskaber eller selvstyrende forvaltninger

c) være medlem af en økonomisk interessegruppe.

d) være medlem af et politisk parti og udøve aktiviteter af politisk karakter eller deltage i sådanne aktiviteter

- e) udøve ethvert offentligt eller privat hverv, bortset fra didaktiske funktioner inden for videregående uddannelse og litterær eller kunstnerisk frembringelse
 - f) udøve anden erhvervsmæssig virksomhed eller rådgivning.
2. Rådets medlemmer er forpligtet til at indgive erklæringer om formue og renter [...]
3. Rådets medlemmer må ikke deltage i afgørelsen af en tvist, hvis de befinder sig i en af følgende situationer, idet den trufne afgørelse ellers er ugyldig:
- a) når de selv, deres ægtefælle, slægtninge i op- eller nedstigende linje har en interesse i tvistens udfald, eller når de er ægtefælle, forælder eller beslægtet ud til fjerde led med en af parterne
 - b) hvis der har fundet en straffesag sted mellem disse og en af parterne i op til fem år inden afgørelsen af sagen
 - c) såfremt de har taget offentligt stilling til den tvist, som de skal træffe afgørelse i
 - d) hvis det viser sig, at de fra en af parterne har modtaget materielle goder eller løfter om materielle goder eller andre fordele.«
- 18 Artikel 48a i lov nr. 101/2016 bestemmer:
- »1. Konstateringen af disciplinære forseelser begået af rådets medlemmer henhører under disciplinærudvalget, som vil blive nedsat inden for rammerne af rådet.
 - 2. Disciplinærudvalget består af tre medlemmer, hvoraf ét medlem udnævnes af rådets formand, ét udnævnes af rådets medlemmer med simpelt flertal, og ét er en repræsentant for det nationale agentur for tjenestemænd.
 - 3. Efter forslag fra disciplinærudvalget iværksætter formanden for rådet disciplinære sanktioner, med undtagelse af sanktionen om afskedigelse fra offentligt hverv, som anvendes af den person, der har den retlige kompetence til at udnævne den pågældende til dette hverv.«
- Forretningsordenen for Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister, Rumænien)*
- 19 Artikel 39, stk. 1, i Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) fastsætter de disciplinære sanktioner, der kan anvendes, når en tjenestemand begår en disciplinær forseelse i overensstemmelse med bl.a. Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 57/2019 privind Codul administrativ (regeringens hastedekret nr. 57/2019 om forvaltningsloven) af 3. juli 2019 (Monitorul Oficial al României, del I, nr. 555 af 5.7.2019, herefter »forvaltningsloven«).

Forvaltningsloven

20 Forvaltningslovens artikel 492 med overskriften »Disciplinært forvaltningsretligt ansvar« foreskriver:

»1. Tjenestemænds culpøse tilsidesættelse af de pligter, der følger af det offentlige hverv, som de bestrider, og af de i loven fastsatte professionelle og borgerlige adfærdsregler udgør en disciplinær forseelse og medfører, at disse ifalder disciplinært ansvar.

2. Følgende forhold udgør disciplinære forseelser:

- a) systematisk forsinkelse i udførelsen af arbejdsopgaver
- b) gentagne forsømmelser i udførelsen af arbejdsopgaver
- c) uberettiget fravær fra arbejdet
- d) manglende overholdelse af arbejdstiden
- e) indgriben eller påtrængenhed med hensyn til behandlingen af ansøgninger uden for de retlige rammer
- f) manglende overholdelse af tavshedspligten eller fortroligheden af arbejdsopgaver af denne art
- g) ytringer, der skader den offentlige myndigheds eller den offentlige institutions omdømme, hvori den offentlige embedsmand udøver sin virksomhed
- h) udøvelse af virksomhed af politisk karakter i arbejdstiden
- i) uberettiget nægtelse af at udføre sine arbejdsopgaver
- j) uberettiget nægtelse af at underkaste sig arbejdsmedicinske undersøgelser og lægeundersøgelser i overensstemmelse med arbejdslægens anbefalinger i overensstemmelse med lovens bestemmelser
- k) tilsidesættelse af de ved lov fastsatte bestemmelser om pligter og forbud for tjenestemænd, bortset fra bestemmelserne om interessekonflikter og inhabilitet
- l) tilsidesættelse af bestemmelserne om inhabilitet, såfremt tjenestemanden ikke handler for at bringe denne til ophør inden for en frist på 15 kalenderdage at regne fra datoen for den fastslåede inhabilitet
- m) tilsidesættelse af bestemmelserne om interessekonflikter
- n) andre forhold, der er fastsat som disciplinære forseelser i de normative retsakter vedrørende den offentlige forvaltning og tjenestemænd eller finder anvendelse på disse.

3. De disciplinære sanktioner er:

[...]

f) afskedigelse fra offentlig tjeneste.

4. De i stk. 2 omhandlede disciplinære forseelser kan pålægges følgende disciplinære sanktioner:

- a) en af de disciplinære sanktioner, der er omhandlet i stk. 3, litra a) eller b), for de disciplinære forseelser, der er omhandlet i stk. 2, litra a), b) og d)
- b) en af de disciplinære sanktioner, der er omhandlet i stk. 3, litra b)-f), for de disciplinære forseelser, der er omhandlet i stk. 2, litra c)
- c) en af de disciplinære sanktioner, der er omhandlet i stk. 3, litra c)-f), for de disciplinære forseelser, der er omhandlet i stk. 2, litra e)-h)
- d) en af de disciplinære sanktioner, der er omhandlet i stk. 3, for de disciplinære forseelser, der er omhandlet i stk. 2, litra i)-k) og m)
- e) den disciplinære sanktion, der er omhandlet i stk. 3, litra f), på de i artikel 520 fastsatte betingelser for de disciplinære forseelser, der er omhandlet i stk. 2, litra l)
- f) en af de disciplinære sanktioner, der er omhandlet i stk. 3, for de disciplinære forseelser, der er omhandlet i stk. 2, litra n)

[...]

6. I forbindelse med individualiseringen af den disciplinære sanktion skal der i overensstemmelse med bestemmelserne i stk. 4 tages hensyn til årsagerne til og alvorligheden af den disciplinære forseelse, de omstændigheder, hvorunder den er begået, graden af skyld og forseelsens konsekvenser, tjenestemandens generelle adfærd i tjenesten samt til, at der i den pågældendes tjenstlige historik findes andre disciplinære sanktioner, som ikke er blevet slettet under de betingelser, der er fastsat i denne lov.

[...]«

21 Lovens artikel 568, stk. 2, har følgende ordlyd:

»Det disciplinære forvaltningsretlige ansvar fastsættes under overholdelse af kontradiktionsprincippet og retten til forsvar og er underlagt forvaltningsdomstolenes kontrol på de betingelser, der er fastsat i loven.«

Lov om offentlige kontrakter

22 Artikel 3 i Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (lov nr. 98/2016 om offentlige kontrakter) af 19. maj 2016 (*Monitorul Oficial al României*, del I, nr. 390 af 23.5.2016, herefter »lov om offentlige kontrakter«), foreskriver følgende i litra w) og yy):

»w) leverandør – en enhed, som stiller varer til rådighed for en kontrahent, herunder i givet fald ydelser til installation eller montering heraf, eller som leverer tjenesteydelser til denne, og som ikke er underleverandør

[...]

yy) underleverandør – enhver økonomisk aktør, som ikke er part i en offentlig kontrakt, og som udfører og/eller leverer visse dele eller elementer af bygge- og anlægsarbejder eller udfører aktiviteter, som er en del af kontraktens genstand, og som over for kontrahenten er ansvarlig for tilrettelæggelsen og afviklingen af alle nødvendige etaper med henblik herpå«.

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 23 Den 6. april 2021 i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure, der blev afholdt med henblik på tildeling af en kontrakt vedrørende »udarbejdelse af teknisk-økonomisk dokumentation – feasibility-undersøgelse og teknisk udkast – vedrørende investeringen: konstruktion af amtslandevejen fra den internationale lufthavn »Traian Vuia« i Timișoara til motorvejen Al«, tildelte amtet Timiș i sin egenskab af ordregivende myndighed NV Construct placeringen som nummer 4.
- 24 Den 16. april 2021 indbragte dette selskab sagen for Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister), som er det forelæggende organ, med henblik på at få diskvalificeret de tre tilbudsgivere, der var placeret foran selskabet, samt en fornyet bedømmelse af selskabets tilbud.
- 25 NV Construct har i det væsentlige gjort gældende, at disse tre tilbudsgivere ikke overholdt krav, der ikke fremgik af udbudsdokumenterne, men som er påkrævet på grundlag af den særlovgivning, der regulerer forskellige aktiviteter, der skal – eller kan komme til at skulle – udføres under gennemførelsen af kontrakten. Den ordregivende myndighed burde således have kontrolleret, at tilbudsgiverne eller deres underleverandører var godkendt af Autoritatea Feroviară Română (den rumænske jernbanemyndighed, Rumænien). Eftersom den valgte tilbudsgiver havde til hensigt at basere sig på andre enheders kapacitet til at gennemføre kontrakten, burde denne desuden for at overholde artikel 3, stk. 1, litra yy), i lov om offentlige kontrakter nødvendigvis have benyttet underleverandører og ikke andre former for samarbejde. Endelig var det nødvendigt at udpege en underleverandør til aktiviteten »Tjenesteydelser til udfærdigelse af dokumentation med henblik på rådgivning og godkendelse af [udtagningen] af eksproprierede jorder og ændring af anvendelseskategori«, selv om det ikke er sikkert, at det ville blive nødvendigt at gøre brug af disse tjenesteydelser, eftersom det fremgår af udbudsdokumenterne, at denne aktivitet »kun i givet fald« skal udføres.
- 26 Den ordregivende myndighed og tilslagsmodtageren har gjort gældende, at udbudsdokumenterne ikke indeholder nogen angivelse af, at det kræves, at der i tilbuddet alene angives aktører, der er godkendt af den rumænske jernbanemyndighed, og Asociația Națională a Evaluatorilor Autorizați din România (den nationale sammenslutning af autoriserede evaluatore i Rumænien). Ifølge den ordregivende myndighed er det desuden på tidspunktet for afgivelsen af tilbud umuligt at vide, om det vil blive nødvendigt at gøre brug af tjenesteydelser for udarbejdelse af dokumentation med henblik på udtagning af eksproprierede jorder og at udarbejde en pedologisk undersøgelse. Dette er grunden til, at den valgte tilbudsgiver i sit bud oplyste, at selskabet selv og »i givet fald« ville påtage sig at udarbejde denne dokumentation. I øvrigt giver den omstændighed, at den valgte tilbudsgiver ikke straks angav sin hensigt om at give disse ydelser i underentreprise, ikke anledning til vanskeligheder, eftersom selskabet kan anmode om nye underleverandører efter underskrivelsen af kontrakten. Desuden er eksperter fra den nationale sammenslutning af autoriserede evaluatore blevet udpeget og har fremsat erklæringer om at kunne stå til rådighed.

- 27 Det forelæggende organ har indledningsvis anført, at værdien af den tjenesteydelseskontrakt, der skal tildeles, anslås til 1 970 967 rumænske lei (RON) (ca. 421 553 EUR), således at værdien overstiger tærsklen for anvendelse af direktiv 2014/24.
- 28 Dette organ har fremhævet, at de rumænske retsinstanser er uenige om, hvorvidt en ordregivende myndighed kan udelukke en økonomisk aktør, hvis tilbud ikke overholder en forpligtelse, der følger af den for et erhverv gældende lovgivning, uden at give tilbudsgiveren mulighed for at berigtige sit bud, og selv om denne forpligtelse ikke var udtrykkeligt nævnt i de pågældende udbudsdokumenter.
- 29 Den foreliggende sag giver derfor anledning til at afklare, dels om særlovgivningen vedrørende hver aktivitet, der er omfattet af en kontrakt, uanset omfanget af disse aktiviteter i denne kontrakt, skal anses for at supplere udbudsdokumenterne, dels om tilbudsgiverne i deres bud skal angive de underleverandører, som de vil benytte til udførelsen af aktiviteter, som ikke har væsentlig betydning for den nævnte kontrakt, idet deres tilbud ellers vil blive afvist.
- 30 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) har anført, at det bl.a. følger af dom af 2. juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), at en økonomisk aktør ikke kan udelukkes fra en udbudsprocedure med den begrundelse, at vedkommende ikke har overholdt krav, der ikke er fastsat i udbudsdokumenterne.
- 31 I hovedsagen er reglerne vedrørende konstruktion, modernisering, vedligeholdelse og reparation af jernbaneinfrastrukturen, som ikke fremgår af udbudsdokumenterne, imidlertid først pålagt den valgte tilbudsgiver på tidspunktet for gennemførelsen af den pågældende kontrakt. Desuden er antallet af godkendte økonomiske aktører for visse aktiviteter på dette marked begrænset. Forpligtelsen til at udpege disse som underleverandører mindsker derfor konkurrencen betydeligt, samtidig med at den administrative byrde for deltagerne i den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure øges, hvilket kan være i strid med proportionalitetsprincippet. Det forelæggende organ er derfor i tvivl om, hvorvidt det er nødvendigt systematisk at kræve af tilbudsgiverne, at de udpeger deres eventuelle underleverandører, når de afgiver tilbud, uanset betydningen af de aktiviteter, disse vil få til opgave at udføre inden for den nævnte kontrakt, hvornår disse underleverandører skal indgå under gennemførelsen af samme kontrakt, eller sandsynligheden for, at deres ydelser efterspørges.
- 32 Ifølge det forelæggende organ kan udbudsdokumenterne i øvrigt ikke suppleres med visse kriterier, hvis bindende karakter følger af særlovgivning, der er uden relevans for offentlige kontrakter. Den omstændighed, at udbudsdokumenterne automatisk suppleres med sådanne kriterier, tilsidesætter nemlig proportionalitetsprincippet og underminerer den skønsmargen, som artikel 58, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2014/24 indrømmer den ordregivende myndighed med hensyn til fastsættelsen af udvælgelseskriterierne.
- 33 Inden for rammerne af deres eventuelle søgsmål kan skadelidte økonomiske aktører tilsvarende kun anfægte udbudsdokumenter, som de anser for at være for restriktive, uden at kunne hævde, at disse er for lempelige, og at de skal omfatte supplerende kriterier, der kan begrænse andre aktørers adgang til den omhandlede udbudsprocedure.
- 34 Desuden kan de dårligere placerede økonomiske aktører ikke anfægte en vurdering af tilbuddene, der er foretaget i overensstemmelse med de krav, der er fastsat i udbudsdokumenterne. De skal tværtimod godtgøre, at denne vurdering ikke overholder disse dokumenter, således at princippet om gennemsigtighed er blevet tilsidesat.

- 35 Endelig ville det være i strid med aftalefriheden, de erhvervsdrivendes ret til at organisere sig og artikel 63 i direktiv 2014/24, at det pålægges, at den eneste måde, hvorpå en aktivitet inden for en kontrakt kan udføres, er ved, at den gives i underentreprise. For så vidt som det følger af denne artikel 63, at fremlæggelse af et tilsagn er tilstrækkeligt til at godtgøre, at udvælgelseskriterierne er overholdt, bør en simpel erklæring om at kunne stå til rådighed så meget desto mere være tilstrækkelig, når det for så vidt angår aktiviteter af ringe betydning i kontrakten ikke kræves, at sådanne kriterier overholdes.
- 36 På denne baggrund har Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Skal bestemmelserne i artikel 58 i [direktiv 2014/24], proportionalitetsprincippet og princippet om ansvar fortolkes således, at den ordregivende myndighed med hensyn til aktiviteter, som inden for rammerne af kontrakten har en mindre vægt, er berettiget til at fastsætte kriterierne for den tekniske formåen, dvs. at vurdere nødvendigheden af i udbudsdokumenterne at lade indgå eller ikke at lade indgå kriterier for teknisk og faglig formåen og den evne til at udføre teknisk og faglig aktivitet, der følger af bestemmelser i særlovgivningen?
- 2) Er gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet til hinder for, at den ordregivende myndighed i udbudsdokumenterne fuldt ud lader indgå kvalifikationskriterier, som følger af den særlovgivning, der finder anvendelse på de aktiviteter, der er knyttet til den kontrakt, der skal tildeles, og som ikke er fastsat i udbudsdokumenterne, og som den ordregivende myndighed har besluttet ikke at pålægge de økonomiske aktører?
- 3) a) Er artikel 63 [i direktiv 2014/24] og proportionalitetsprincippet til hinder for, at en tilbudsgiver – der ikke ved navn har udpeget en aktør som underleverandør med henblik på at godtgøre, at visse kriterier vedrørende teknisk og faglig formåen og evnen til at udføre teknisk og faglig aktivitet, som følger af særlovgivningen, og der ikke er fastsat i udbudsdokumenterne, er opfyldt – udelukkes fra [udbuds]proceduren, når den pågældende tilbudsgiver har valgt en anden kontraktform for deltagelse af specialister i udbuddet, dvs. (et) udbud om levering af tjenesteydelser, eller har fremlagt (en) erklæring, om at disse specialiser står til rådighed(?)
- b) Tilkommer retten til at bestemme organisationen og kontraktforholdene inden for koncernen den økonomiske aktør, idet det er muligt at inddrage visse tjenesteydere/leverandører i kontrakten, når den pågældende tjenesteyder ikke er en del af de enheder, hvis formåen tilbudsgiveren ønsker at gøre gældende med henblik på at godtgøre, at de relevante kriterier er opfyldt(?)«

Spørgsmålet, om anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling

- 37 Indledningsvis skal det undersøges, om Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) kan kvalificeres som en »national ret« i henhold til artikel 267 TEUF.
- 38 Selv om det forelæggende organ er af den opfattelse, at det af Domstolen er blevet anerkendt som national ret i kendelse i sagen af 17. oktober 2018, Beny Alex (C-353/18, ikke trykt i Sml., EU:C:2018:829), skal det fastslås, at Domstolen i denne kendelse begrænsede sig til at afvise den

anmodning om præjudiciel afgørelse, som organet havde forelagt den, idet det var åbenbart, at den ikke kunne antages til realitetsbehandling som omhandlet i artikel 53, stk. 2, i Domstolens procesreglement, uden at kvalificere det nævnte organ som en »national ret« i henhold til artikel 267 TEUF.

- 39 Som det følger af Domstolens faste praksis, tager Domstolen for at bedømme, om det pågældende organ, der forelægger en sag, er en »ret« i henhold til artikel 267 TEUF – et spørgsmål, som alene skal afgøres på grundlag af EU-retten – en hel række forhold i betragtning, bl.a. om organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, og om det er uafhængigt (jf. i denne retning dom af 30.6.1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, EU:C:1966:39, s. 230, og af 21.1.2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, præmis 51).
- 40 Henset til de oplysninger, som Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) har fremlagt for Domstolen den 6. juli 2022 som svar på en anmodning, som Domstolen har sendt til rådet den 16. maj 2022, er der ingen tvivl om, at dette organ opfylder kriterierne om, at det skal være oprettet ved lov, have permanent karakter, at det anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, og at det nævnte organ træffer afgørelse på grundlag af retsregler. Derimod opstår spørgsmålet, om samme organ opfylder dels kriteriet om, at organet virker som obligatorisk retsinstans, dels kriteriet om uafhængighed.
- 41 Hvad for det første angår det forelæggende organs karakter af obligatorisk retsinstans følger det ganske vist af artikel 4, stk. 1, i lov nr. 101/2016, sammenholdt med denne lovs artikel 2, stk. 1, at enhver person, der mener at være blevet krænket af en ordregivende myndigheds handlinger eller undladelser, kan vælge enten ved administrativ klage og rekurs at henvende sig til Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) eller ad rettens vej at henvende sig til en domstol med en afdeling for forvaltningsretlige sager. Det fremgår af de sagsakter, som Domstolen råder over, at den rumænske lovgiver med henblik på at gennemføre artikel 2, stk. 9, i direktiv 89/665, som ændret ved direktiv 2007/66, således har valgt på samme tid at tillægge dels det forelæggende organ kompetencen til at påkende denne type tvister, dels de domstole, der har en afdeling for forvaltningsretlige sager.
- 42 Når dette er sagt, skal det bemærkes, at afgørelserne fra Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) – hvis kompetence ikke forudsætter parternes samtykke – er bindende for disse sidstnævnte (jf. analogt dom af 6.10.2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, præmis 23).
- 43 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) opfylder under disse omstændigheder kriteriet om, at det skal virke som obligatorisk retsinstans.
- 44 Hvad for det andet angår kriteriet om uafhængighed kræver det eksterne aspekt af dette princip om de nationale retters uafhængighed, at det pågældende organ udøver sit hverv helt uafhængigt og uden at være underlagt noget hierarkisk forhold eller stå i afhængighedsforhold til nogen og uden at modtage ordrer eller instrukser fra nogen. I denne henseende er det af afgørende betydning, at uafsættelighed for medlemmerne af det pågældende organ er sikret, således at de tilfælde, hvori medlemmerne af dette organ kan afsættes, fastsættes i et særligt regelsæt ved hjælp af udtrykkelige lovbestemmelser, som giver garantier, der ligger ud over dem, der er fastsat i de almindelige forvaltningsretlige og arbejdsretlige bestemmelser, som finder anvendelse i tilfælde af en afsættelse, som er udtryk for misbrug (jf. i denne retning dom af 21.1.2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, præmis 56-60).

- 45 Hvad angår det interne aspekt af de nationale retters uafhængighed hænger dette sammen med begrebet upartiskhed og vedrører det forhold, at der skal være den samme afstand til tvistens parter og deres respektive interesser for så vidt angår tvistens genstand. Begrebet om »uafhængighed« indebærer først og fremmest, at det pågældende organ er udenforstående i forhold til den myndighed, som har truffet den omtvistede afgørelse (jf. i denne retning dom af 21.1.2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, præmis 61 og 62).
- 46 Disse garantier for uafhængighed og upartiskhed forudsætter, at der findes regler – om bl.a. organets sammensætning, medlemmernes udnævnelse og funktionsperiode, tilfælde, hvor organets medlemmer kan vige deres sæde, tilfælde, hvor de har pligt til at vige deres sæde, samt tilfælde, hvor de kan afsættes – som gør det muligt at fjerne enhver rimelig tvivl i offentligheden om, at organet er uimodtageligt for påvirkninger udefra og neutralt i forhold til de interesser, som står over for hinanden (dom af 21.1.2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, præmis 63).
- 47 Som det fremgår af de oplysninger, som Domstolen råder over, fremhæver lov nr. 101/2016 i det foreliggende tilfælde flere gange det eksterne aspekt af Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) uafhængighed. Således bestemmer henholdsvis stk. 1, 3 og 4 i denne lovs artikel 37, at dette »er en uafhængig administrativ klage- og ankeinstans«, at det »kun [er underkastet] loven«, og at det er »uafhængigt og ikke [er] underlagt nogen offentlig myndighed eller institution«. Det fremgår ligeledes af nævnte lovs artikel 15, stk. 1, at proceduren for afgørelse af tvister bl.a. er i overensstemmelse med princippet om den uafhængige karakter af administrativ klage og rekurs. Samme lovs artikel 44, stk. 4, bestemmer i samme retning, at Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) »udøver sine beføjelser under overholdelse af principperne om dets medlemmers uafhængighed og permanens«.
- 48 Hvad angår udnævnelsen af organets medlemmer fremgår det af artikel 45 i lov nr. 101/2016, at disse medlemmer udpeges på grundlag af udvælgelsesprøver, på grundlag af deres faglige kvalifikationer og deres hæderlighed blandt ansøgere, der har en universitetsuddannelse og ti års erhvervserfaring inden for de i denne artikel omhandlede områder, samt mindst tre års erfaring på området for offentlige udbud. De udnævnes ved afgørelse truffet af premierministeren på forslag af det nævnte organs formand med hensyn til de ansøgere, der har fået adgang til udvælgelsesprøven.
- 49 Det fremgår i øvrigt af artikel 48a i lov nr. 101/2016, at disciplinære forseelser begået af det forelæggende organs medlemmer kun kan konstateres af et disciplinærudvalg, der er nedsat i dette organ. Efter forslag fra dette udvalg iværksætter organets formand disciplinære sanktioner med undtagelse af afskedigelsen fra offentligt hverv, som kun kan pålægges af den myndighed, som har udnævnt organets medlemmer, dvs. den rumænske premierminister.
- 50 Endvidere fastsætter artikel 39, stk. 1, i forretningsordenen for Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) en forholdsmæssig sanktionsskala i henhold til forvaltningslovens artikel 492, stk. 6.
- 51 Endelig er den omstændighed, at denne artikel 39 henviser til forvaltningsloven med henblik på at identificere de tilfælde, hvor et medlem af Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) risikerer at blive pålagt en sanktion i form af afskedigelse fra offentligt hverv, egnet til at sikre retssikkerheden.

- 52 Denne sanktion kan således bl.a. pålægges et medlem af Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister), som ikke kan begrunde sit fravær fra arbejdet, eller som ikke har overholdt reglerne om tavshedspligt eller interessekonflikter. Sådanne situationer, der er omhandlet i forvaltningslovens artikel 492, stk. 2, sammenholdt med denne artikels stk. 4, svarer til særlige tilfælde, hvor tvingende legitime hensyn begrundet vedtagelsen af en sådan sanktion under overholdelse af proportionalitetsprincippet og passende procedurer (jf. analogt dom af 21.1.2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, præmis 59, 60 og 67). Medlemmerne af Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) har derfor en garanti for permanens i løbet af deres embedsperiode, som kun kan fraviges af grunde, der udtrykkeligt er opregnet ved lov (jf. analogt dom af 21.1.2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, præmis 70).
- 53 Det skal dog præciseres, at det princip om permanens, som medlemmerne af Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) er omfattet af i henhold til artikel 44, stk. 4, i lov nr. 101/2016, skal fortolkes i overensstemmelse med kriteriet om uafhængighed som defineret i denne doms præmis 44, som ethvert nationalt organ skal opfylde for at kunne kvalificeres som »national ret« i henhold til artikel 267 TEUF med henblik på at være sammenfaldende med princippet om uafsættelighed.
- 54 Det skal endvidere bemærkes, at Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) i det svar, der er omhandlet i denne doms præmis 40, har påpeget, at dets medlemmer er underlagt inhabilitetsregler og forbud svarende til dem, der gælder for dommere, og at afsættelse af dets medlemmer kun finder sted i tilfælde af en alvorlig disciplinær forseelse. I det tilfælde, hvor et af de nævnte medlemmer pålægges en sådan sanktion, har det pågældende medlem ret til at anlægge sag ved forvaltningsdomstolene i henhold til forvaltningslovens artikel 568, stk. 2.
- 55 Det forelæggende organ har endvidere anført, at intet medlem af rådet i praksis er blevet afsat siden dets oprettelse i 2006.
- 56 Hvad angår det interne aspekt af princippet om de »nationale retters« uafhængighed som omhandlet i artikel 267 TEUF synes dette at være sikret ved artikel 47 i lov nr. 101/2016, der har til formål at undgå situationer, der kan give anledning til interessekonflikter. Således må medlemmerne af Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) ikke udøve erhvervsmæssig virksomhed, være medlem af en økonomiske aktørs styrelsesorgan, være involveret i politiske aktiviteter eller udøve offentlig eller privat virksomhed, bortset fra didaktiske funktioner inden for videregående uddannelse. Disse inhabilitetsregler er i øvrigt de samme som dem, dommere er underlagt i henhold til den rumænske lovgivning. Medlemmerne af Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) er i øvrigt underlagt de regler om tilfælde, hvor organets medlemmer har pligt til at vige deres sæde, der er fastsat i artikel 47, stk. 3, i lov nr. 101/2016, hvorefter de ikke må deltage i afgørelsen af en tvist, såfremt de befinder sig i en af de situationer, der er opregnet i denne bestemmelse, idet den trufne afgørelse ellers er ugyldig.
- 57 Det fremgår endvidere af nævnte lovs artikel 15, stk. 1, at proceduren for afgørelse af tvister ved det forelæggende organ bl.a. overholder kontradiktionsprincippet, princippet om retten til forsvar og princippet om upartiskhed.

- 58 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det fastslås, at Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (nationalt råd for afgørelse af tvister) kan kvalificeres som en »national ret« i henhold til artikel 267 TEUF, og at den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse følgelig kan antages til realitetsbehandling.

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

- 59 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere oplyst, hvorvidt artikel 58 i direktiv 2014/24, sammenholdt med proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, som er sikret ved artikel 18, stk. 1, første punktum, i direktiv 2014/24, skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed har mulighed for blandt udvælgelseskriterierne at medtage forpligtelser, der følger af særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter, som det kan være nødvendigt at udføre i forbindelse med gennemførelsen af en offentlig kontrakt, og som ikke er af væsentlig betydning.
- 60 Eftersom den ordregivende myndighed er bedre i stand til at vurdere sine egne behov, er den af EU-lovgiver blevet tillagt et vidt skøn ved fastlæggelsen af udvælgelseskriterierne, hvilket bl.a. også afspejles i den gentagne anvendelse af verbet »kan« i artikel 58 i direktiv 2014/24. Den ordregivende myndighed har således i overensstemmelse med denne artikels stk. 1 et vist skøn til at fastsætte de krav for deltagelse i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, som ifølge myndigheden er relaterede og står i forhold til kontraktens genstand samt er relevante for at sikre, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har juridisk og finansiell kapacitet samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt. Det fremgår nærmere bestemt af den nævnte artikels stk. 4, at den ordregivende myndighed frit vurderer de krav for deltagelse, som efter dennes opfattelse anses for relevante for bl.a. at sikre gennemførelsen af kontrakten i overensstemmelse med en kvalitetsstandard, som den finder passende (dom af 31.3.2022, Smetna palata na Republika Bulgaria, C-195/21, EU:C:2022:239, præmis 50).
- 61 Under udøvelsen af dette vide skøn kan den ordregivende myndighed beslutte blandt de udvælgelseskriterier, der er nævnt i en udbudsbekendtgørelse eller i specifikationerne, at medtage forpligtelser, der følger af særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter, der kan komme til at skulle udføres i forbindelse med gennemførelsen af en offentlig kontrakt, og som ikke er af væsentlig betydning.
- 62 Omvendt kan den ordregivende myndighed lige så vel benytte sig af denne vide skønsbeføjelse med henblik på at fastslå, at det ikke er nødvendigt at medtage disse forpligtelser blandt udvælgelseskriterierne. Et sådant valg kan bl.a. forklares ved, at de nævnte forpligtelser ikke er af væsentlig betydning, eller ved, at de aktiviteter, som de pågældende forpligtelser gælder for, kun eventuelt skal udføres. Den ordregivende myndighed kan også foretrække at nævne de samme forpligtelser under betingelserne for kontraktens gennemførelse, således at det alene er den valgte tilbudsgiver, som skal overholde dem (jf. analogt dom af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 88 og 89).
- 63 Direktiv 2014/24 udelukker nemlig ikke, at tekniske forskrifter både kan forstås som udvælgelseskriterier, der vedrører den tekniske og faglige formåen, og som tekniske specifikationer og/eller betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse som omhandlet i

henholdsvis direktivets artikel 58, stk. 4, artikel 42 og 70 (dom af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 84). Omvendt kan en ordregivende myndighed beslutte at vælge en enkelt af disse kvalifikationer.

- 64 I denne henseende kan en ordregivende myndighed i henhold til artikel 70 i direktiv 2014/24 fastsætte særlige betingelser vedrørende gennemførelsen af en kontrakt, hvis de er forbundet med kontraktens genstand som omhandlet i direktivets artikel 67, stk. 3, og anført i indkaldelsen af tilbud eller udbudsdokumenterne.
- 65 Desuden udgør et krav om, at tilbudsgiverne tvinges til at opfylde alle betingelserne for kontraktens gennemførelse allerede ved afgivelsen af budet, et for vidtgående krav, som risikerer at afskrække disse operatører fra at deltage i udbudsprocedurer og herved tilsidesætter proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, som er sikret ved det nævnte direktivs artikel 18, stk. 1 (dom af 8.7.2021, Sanresa, C-295/20, EU:C:2021:556, præmis 62).
- 66 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 58 i direktiv 2014/24, sammenholdt med proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, som er sikret ved dette direktivs artikel 18, stk. 1, første afsnit, skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed har mulighed for blandt udvælgelseskriterierne at medtage forpligtelser, der følger af særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter, som det kan være nødvendigt at udføre i forbindelse med gennemførelsen af en offentlig kontrakt, og som ikke er af væsentlig betydning.

Det andet spørgsmål

- 67 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, der er sikret ved artikel 18, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2014/24, skal fortolkes således, at disse principper er til hinder for, at udbudsdokumenterne automatisk suppleres af kvalifikationskriterier, som følger af særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter knyttet til den kontrakt, der skal tildeles, som ikke er fastsat i udbudsdokumenterne, og som den ordregivende myndighed ikke har til hensigt at pålægge de økonomiske aktører at opfylde.
- 68 Som det fremgår af besvarelsen af det første spørgsmål, skal forpligtelser, der følger af særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter knyttet til en offentlig kontrakt, der skal tildeles, ikke automatisk tilføjes som udvælgelseskriterier til de kriterier, der udtrykkeligt er nævnt i udbudsdokumenterne, idet det vide skøn, som den ordregivende myndighed råder over med henblik på at fastlægge de udvælgelseskriterier, som den påtænker at pålægge økonomiske aktører at opfylde som betingelser for deltagelse i en udbudsprocedure, herved ville miste sit indhold.
- 69 Det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, der er sikret ved artikel 18, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2014/24, skal fortolkes således, at disse principper er til hinder for, at udbudsdokumenterne automatisk suppleres af kvalifikationskriterier, som følger af særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter knyttet til den kontrakt, der skal tildeles, som ikke er fastsat i udbudsdokumenterne, og som den ordregivende myndighed ikke har til hensigt at pålægge de økonomiske aktører at opfylde.

Det tredje spørgsmål, litra a)

- 70 Med det tredje spørgsmål, litra a), ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at en tilbudsgiver udelukkes fra en udbudsprocedure med den begrundelse, at tilbudsgiveren ikke har udpeget den underleverandør, som denne påtænker at benytte til udførelsen af forpligtelser i henhold til særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter knyttet til den omhandlede kontrakt, og som ikke er fastsat i udbudsdokumenterne, når denne tilbudsgiver i sit bud har præciseret, at denne vil udføre disse forpligtelser ved at basere sig på en anden enheds kapacitet, uden dog at være knyttet til sidstnævnte ved en underleverandørkontrakt.
- 71 Som det fremgår af denne doms præmis 62, ville den manglende overholdelse af disse forpligtelser – hvis de forpligtelser, der følger af særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter knyttet til den pågældende kontrakt, og som ikke er fastsat som udvælgelseskræterium i udbudsdokumenterne, var kvalificeret som en betingelse for gennemførelse af kontrakten, og hvis den valgte tilbudsgiver ikke opfyldte disse forpligtelser ved tildelingen af kontrakten – ikke have nogen indvirkning på, om tildelingen af kontrakten var i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiv 2014/24 (jf. i denne retning dom af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 89).
- 72 I det tilfælde, hvor de forpligtelser, der følger af særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter knyttet til den omhandlede kontrakt, og som ikke er fastsat i udbudsdokumenterne, rent faktisk udgør udvælgelseskræterier som omhandlet i artikel 58 i direktiv 2014/24, er det tilstrækkeligt at bemærke, at dette direktivs artikel 63, stk. 1, giver enhver økonomisk aktør en ret til i forbindelse med en bestemt kontrakt at basere sig på andre enheders kapacitet, uanset den retlige karakter af forbindelserne med disse enheder, med henblik på at opfylde de forskellige kategorier af udvælgelseskræterier, der er opregnet i nævnte direktivs artikel 58, stk. 1, og konkretiseret i denne artikels stk. 2-4 (jf. i denne retning dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 29 og 33, og af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 150).
- 73 Det fremgår i øvrigt klart af sidste punktum i artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24, at hvis en økonomisk aktør ønsker at basere sig på andre enheders kapaciteter, er det tilstrækkeligt, at denne over for den ordregivende myndighed godtgør, at den råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge et tilsagn fra disse enheder i denne forbindelse.
- 74 Det er derfor åbenbart, at underentreprise kun udgør en af de måder, hvorpå en økonomisk aktør kan basere sig på andre enheders kapaciteter, og at det derfor ikke af den ordregivende myndighed kan pålægges en økonomisk aktør at give opgaver i underentreprise.
- 75 Henset til de ovenstående betragtninger skal det tredje spørgsmål, litra a), besvares med, at artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at en tilbudsgiver udelukkes fra en udbudsprocedure med den begrundelse, at tilbudsgiveren ikke har udpeget den underleverandør, som denne påtænker at benytte til udførelsen af forpligtelser i henhold til særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter knyttet til den omhandlede kontrakt, og som ikke er fastsat i udbudsdokumenterne, når denne tilbudsgiver i sit bud har præciseret, at denne vil udføre disse forpligtelser ved at basere sig på en anden enheds kapacitet, uden dog at være knyttet til sidstnævnte ved en underleverandørkontrakt.

Det tredje spørgsmål, litra b)

- 76 Med det tredje spørgsmål, litra b), ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24, sammenholdt med proportionalitetsprincippet, der er fastsat i dette direktivs artikel 18, stk. 1, første afsnit, skal fortolkes således, at en økonomisk aktør har ret til at etablere sin organisation og aftalemæssige forbindelser inden for koncernen, og om denne ligeledes kan lade tjenesteydere eller leverandører indgå i gennemførelsen af en kontrakt, hvis den pågældende tjenesteyder ikke er en del af de enheder, hvis kapacitet tilbudsgiveren påtænker at basere sig på med henblik på at godtgøre, at de relevante kriterier overholdes.
- 77 Det skal i denne henseende bemærkes, at der i henhold til Domstolens faste praksis ganske vist gælder en formodning for, at de spørgsmål om EU-rettens fortolkning, som den nationale ret har forelagt på baggrund af de retlige og faktiske omstændigheder, som den har ansvaret for at fastlægge – og hvis rigtighed det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve – er relevante (jf. i denne retning dom af 7.9.1999, Beck og Bergdorf, C-355/97, EU:C:1999:391, præmis 22, og af 26.3.2020, Miasto Łowicz og Prokurator Generalny, C-558/18 og C-563/18, EU:C:2020:234, præmis 43).
- 78 Det følger imidlertid ligeledes af fast retspraksis, at proceduren efter artikel 267 TEUF er et middel til samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, som giver Domstolen mulighed for at forsyne de nationale retter med de elementer vedrørende fortolkningen af EU-retten, som er nødvendige for, at de kan afgøre de for dem verserende tvister, således at begrundelsen for ordningen med præjudiciel forelæggelse ikke er, at der skal afgives responsa vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål, men at der skal foreligge et behov med henblik på selve afgørelsen af en retstvist (jf. i denne retning dom af 16.12.1981, Foglia, 244/80, EU:C:1981:302, præmis 18, og af 26.3.2020, Miasto Łowicz og Prokurator Generalny, C-558/18 og C-563/18, EU:C:2020:234, præmis 44).
- 79 På denne baggrund, og da anmodningen om præjudiciel afgørelse danner grundlag for retsforhandlingerne for Domstolen, er det nødvendigt, at den nationale ret i denne anmodning bl.a. angiver de faktiske omstændigheder og de retsregler, der ligger til grund for hovedsagen, især inden for visse områder, der er karakteriseret ved komplekse faktiske og retlige forhold, såsom offentlige kontrakter (jf. i denne retning dom af 26.1.1993, Telemarsicabruzzo m.fl., C-320/90 – C-322/90, EU:C:1993:26, præmis 6 og 7, og kendelse af 25.4.2018, Secretaria Regional de Saúde dos Açores, C-102/17, EU:C:2018:294, præmis 28 og 29).
- 80 I det foreliggende tilfælde skal det imidlertid fastslås, at forelæggelsesafgørelsen ikke indeholder en beskrivelse af de faktiske og retlige omstændigheder i hovedsagen, der er tilstrækkelig til, at Domstolen kan give en hensigtsmæssig besvarelse af det tredje spørgsmål, litra b).
- 81 Følgelig skal det tredje spørgsmål, litra b), afvises.

Sagsomkostninger

- 82 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 (Tredje Afdeling) for ret:

- 1) **Artikel 58 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 proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, som er sikret ved det direktivets artikel 18, stk. 1,**

skal fortolkes således, at

den ordregivende myndighed har mulighed for blandt udvælgelseskriterierne at medtage forpligtelser, der følger af særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter, som det kan være nødvendigt at udføre i forbindelse med gennemførelsen af en offentlig kontrakt, og som ikke er af væsentlig betydning.

- 2) **Proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, som er sikret ved artikel 18, stk. 1, første punktum, i direktiv 2014/24,**

skal fortolkes således, at

disse principper er til hinder for, at udbudsdokumenterne automatisk suppleres af kvalifikationskriterier, som følger af særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter knyttet til den kontrakt, der skal tildeles, som ikke er fastsat i udbudsdokumenterne, og som den ordregivende myndighed ikke har til hensigt at pålægge de økonomiske aktører at opfylde.

- 3) **Artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24**

skal fortolkes således, at

bestemmelsen er til hinder for, at en tilbudsgiver udelukkes fra en udbudsprocedure med den begrundelse, at tilbudsgiveren ikke har udpeget den underleverandør, som denne påtænker at benytte til udførelsen af forpligtelser i henhold til særlovgivning, der finder anvendelse på aktiviteter knyttet til den omhandlede kontrakt, og som ikke er fastsat i udbudsdokumenterne, når denne tilbudsgiver i sit bud har præciseret, at denne vil udføre disse forpligtelser ved at basere sig på en anden enheds kapacitet, uden dog at være knyttet til sidstnævnte ved en underleverandørkontrakt.

Underskrifter