



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

7. april 2016 *

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige kontrakter — direktiv 2004/18/EF — de økonomiske aktørers tekniske og/eller faglige formåen — artikel 48, stk. 3 — mulighed for at basere sig på andre aktørers formåen — nærmere betingelser — karakteren af forbindelserne mellem tilbudsgiver og de andre enheder — præciseringer af tilbuddet — en elektronisk auktion erklæres for ugyldig og gentages — direktiv 2014/24/EU«

I sag C-324/14,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager, Polen) ved afgørelse af 18. juni 2014, indgået til Domstolen den 7. juli 2014, i sagen:

Partner Apelski Dariusz

mod

Zarząd Oczyszczania Miasta,

procesdeltagere:

Remondis sp. z o.o.,

MR Road Service sp. z o.o.,

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af Domstolens vicepræsident, A. Tizzano (refererende dommer), som fungerende formand for Første Afdeling, og dommerne F. Biltgen, E. Levits, M. Berger og S. Rodin,

generaladvokat: N. Jääskinen,

justitssekretær: fuldmægtig K. Malacek,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 7. maj 2015,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Partner Apelski Dariusz ved advokat T. Krześniak

* Processprog: polsk.

— Zarząd Oczyszczania Miasta ved radca prawny K. Wąsik

— Remondis sp. z o.o. og MR Road Service sp. z o.o. ved radcowie prawni K. Kamiński og K. Dajczer

— den polske regering ved B. Majczyna, M. Szwarc og D. Lutostańska, som befuldmægtigede

— den spanske regering ved J. García-Valdecasas Dorrego, som befuldmægtiget

— den lettiske regering ved I. Kalniņš og I. Nesterova, som befuldmægtigede

— Europa-Kommissionen ved K. Herrmann og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 8. september 2015,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 2 og 44 samt artikel 48, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114).
- 2 Denne anmodning er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Partner Apelski Dariusz (herefter »Partner«) og Zarząd Oczyszczania Miasta (hovedstadens vejservice, herefter »hovedstaden Warszawas vejservice«) om udelukkelsen af PARTNER fra udbudsproceduren vedrørende indgåelse af en offentlig kontrakt om omfattende mekanisk renhold af vejene i hovedstaden Warszawa (Polen) i 2014-2017.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2004/18

- 3 46. betragtning til direktiv 2004/18/EF har følgende ordlyd:

»Tildelingen af kontrakter skal foretages på grundlag af objektive kriterier, der sikrer, at principperne om gennemsigtighed, ikke-forskelsbehandling og ligebehandling overholdes, og at tilbuddene vurderes på reelle konkurrencevilkår. Derfor bør der kun tillades anvendelse af to tildelingskriterier, nemlig »den laveste pris« og »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

For at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling ved tildelingen af kontrakter bør der indføres pligt – i overensstemmelse med retspraksis – til at fastholde den nødvendige gennemsigtighed, for at alle tilbudsgivere kan være rimeligt informeret om de kriterier og regler, der anvendes til afdækning af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. [...]«
- 4 Dette direktivs artikel 2 med overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter« bestemmer:

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

- 5 Direktivets artikel 44 med overskriften »Egnethedsundersøgelse og udvælgelse af deltagere, tildeling af kontrakter« har følgende ordlyd:

»1. Kontrakter tildeles på grundlag af kriterierne i artikel 53 og 55 under hensyn til artikel 24, efter at de ordregivende myndigheder har undersøgt, om de økonomiske aktører, der ikke er udelukket i henhold til artikel 45 og 46, er egnede; en sådan egnethedsundersøgelse udføres i overensstemmelse med kriterierne om økonomisk og finansiell formåen, faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i artikel 47-52 og om nødvendigt i overensstemmelse med de ikke-diskriminerende regler og kriterier, der er nævnt i stk. 3.

2. De ordregivende myndigheder kan kræve minimumskriterier for egnethed, som ansøgere og tilbudsgivere i overensstemmelse med artikel 47 og 48 skal opfylde.

Omfanget af de i artikel 47 og 48 omhandlede oplysninger samt de minimumskriterier for egnethed, der kræves i forbindelse med en bestemt kontrakt, skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand.

Disse minimumskriterier anføres i udbudsbetingelserne.

[...]«

- 6 Artikel 47, stk. 2, i direktiv 2004/18 med overskriften »Økonomisk og finansiell formåen« bestemmer:

»En økonomisk aktør kan i givet fald og for en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders kapacitet uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem den økonomiske aktør selv og disse enheder. Aktøren skal i så fald godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders forpligtelser i så henseende.«

- 7 Samme direktivs artikel 48 med overskriften »Teknisk og/eller faglig formåen« bestemmer:

»1. De økonomiske aktørers tekniske og/eller faglige formåen vurderes og efterprøves i overensstemmelse med stk. 2 og 3.

2. De økonomiske aktørers tekniske formåen kan godtgøres på en eller flere af følgende måder, afhængigt af arten, mængden eller betydningen og anvendelsen af bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne:

a) [...]

- ii) forelæggelse af en liste over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter samt den offentlige eller private modtager. [...]

[...]

[...]

3. En erhvervsdrivende kan eventuelt og med henblik på en bestemt kontrakt fremlægge oplysninger om andre virksomhedsenheders kapacitet, uanset hvilken retlig forbindelse der består mellem den erhvervsdrivende og disse enheder. Den skal i så fald godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han råder over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens udførelse, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders tilsagn om at stille de nødvendige ressourcer til rådighed for den økonomiske aktør.

[...]«

- 8 Artikel 51 i direktiv 2004/18 med overskriften »Supplerende dokumenter og oplysninger« bestemmer:
- »Den ordregivende myndighed kan anmode de økonomiske aktører om at supplere eller uddybe den i medfør af artikel 45-50 forelagte dokumentation.«
- 9 Dette direktivs artikel 54 med overskriften »Anvendelse af elektronisk auktion« bestemmer:
- »1. Medlemsstaterne kan give de ordregivende myndigheder mulighed for at gøre brug af elektroniske auktioner.
- [...]
4. Før de ordregivende myndigheder afholder den elektroniske auktion, foretager de en første fuldstændig vurdering af tilbuddene efter det eller de tildelingskriterier og den vægtning heraf, der er fastlagt.
- Alle de tilbudsgivere, der har afgivet antagelige tilbud, opfordres samtidig elektronisk til at fremlægge nye priser og/eller nye værdier; [...]
- [...]
8. Efter afslutningen af den elektroniske auktion tildeler de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med artikel 53 kontrakten på baggrund af resultaterne af den elektroniske auktion.
- De ordregivende myndigheder må ikke misbruge en elektronisk auktion eller anvende den på en måde, der kan forhindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, eller på en måde, der kan ændre kontraktens genstand, således som den er udbudt ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen og fastlagt i udbudsbetingelserne.«
- Direktiv 2014/24/EU
- 10 Anden betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18 (EUT 2014, L 94, s. 65) har følgende ordlyd:
- »[...] reglerne om offentlige indkøb, der er vedtaget ved [...] direktiv 2004/18/EF [...], [bør] revideres og moderniseres for at gøre anvendelsen af de offentlige midler mere effektiv, navnlig ved at fremme små og mellemstore virksomheders (SMV'ers) deltagelse i offentlige udbud [...]. Der er også behov for at præcisere grundlæggende begreber og koncepter med henblik på at sikre retssikkerheden og integrere visse aspekter af EU-Domstolens faste retspraksis.«
- 11 Artikel 63 i direktiv 2014/24 med overskriften »Udnyttelse af andre enheders kapacitet« bestemmer:
- »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.

[...]

2. I forbindelse med bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter eller monterings- og installationsarbejde under en vareindkøbskontrakt kan de ordregivende myndigheder kræve, at visse centrale opgaver udføres direkte af tilbudsgiveren selv [...]«

12 Direktivets artikel 90, stk. 1, har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest den 18. april 2016. [...]«

Polsk ret

13 Direktiv 2004/18 blev gennemført i national ret ved lov om offentlige kontrakter (Dz. U. af 2013, afsnit 907, 984, 1047 og 1473 samt Dz. U. af 2014, afsnit 423, herefter »lov om offentlige kontrakter«).

14 Artikel 26, stk. 2b, i lov om offentlige kontrakter har følgende ordlyd:

»En økonomisk aktør kan basere sig på andre enheders viden, erfaring, tekniske formåen eller personer, der er egnede til at gennemføre kontrakten, eller økonomiske formåen, uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem den økonomiske aktør selv og disse enheder. Aktøren skal i så fald godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han råder over de nødvendige ressourcer til at udføre kontrakten, bl.a. ved fremlæggelse af skriftlig dokumentation for disse enheders tilsagn om, at aktøren råder over de nødvendige ressourcer i den anvendelsesperiode, som svarer til kontraktens gennemførelse [...]«

15 Artikel 83, stk. 2 og 3, i lov om offentlige kontrakter fastsætter:

»2. Den ordregivende myndighed kan tillade et tilbud på dele af kontrakten, hvis kontraktens genstand deles.

3. I det i stk. 2 nævnte tilfælde kan en økonomisk aktør afgive delbud på en eller flere dele af en kontrakt, medmindre den ordregivende myndighed har fastsat et loft over det antal dele af en kontrakt, der kan gøres til genstand for en økonomisk aktørs delbud.«

16 Artikel 91b, stk. 1, i lov om offentlige kontrakter bestemmer:

»Den ordregivende myndighed anmoder elektronisk alle økonomiske aktører, som har afgivet tilbud, der ikke er blevet afvist, om at deltage i en elektronisk auktion.«

17 Artikel 93, stk. 7, i lov om offentlige kontrakter fastsætter:

»Den ordregivende myndighed erklærer proceduren med henblik på tildeling af en kontrakt for ugyldig, når den [...] er behæftet med en uoprettelig uregelmæssighed, der udelukker indgåelse af en offentlig kontrakt, som ikke er behæftet med en annullationsgrund.«

18 Artikel 1, stk. 6, i forordning fra ministerrådets præsident af 19. februar 2013 om den type dokumentation, der af den ordregivende myndighed kan afkræves en økonomisk operatør, og den måde, hvorpå denne dokumentation skal fremlægges (Dz. U. af 2013, afsnit 231), har følgende ordlyd:

»Hvis en økonomisk aktør for at godtgøre, at han opfylder betingelserne i artikel 22, stk. 1, i [lov om offentlige kontrakter], baserer sig på andre enheders ressourcer i henhold til bestemmelserne i artikel 26, stk. 2b, i [lov om offentlige kontrakter], kan den ordregivende myndighed, når den

bedømmer, om en økonomisk operatør råder over andre enheders ressourcer i det til en korrekt gennemførelse af kontrakten nødvendige omfang, eller om forbindelserne mellem den økonomiske aktør og disse enheder rent faktisk sikrer en adgang til disse ressourcer, kræve:

- 1) for betingelserne i artikel 22, stk. 1, nr. 4, i [lov om offentlige kontrakter], de bilag, der er opregnet i artikel 22, stk. 1, nr. 9-11, og andre bilag om økonomisk og finansiel formåen, som fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne
- 2) bilag vedrørende bl.a.:
 - a) omfanget af en anden enheds ressourcer, som en økonomisk aktør kan få adgang til
 - b) arten af en anden enheds ressourcer, der stilles til rådighed af en ordregiver for at gennemføre kontrakten
 - c) karakteren af forbindelserne mellem en operatør og en anden enhed, og
 - d) omfanget og varigheden af en anden enheds deltagelse i kontraktens gennemførelse.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 19 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at hovedstaden Warszawas vejservice i december 2013 indledte en procedure med henblik på tildeling af en offentlig kontrakt om omfattende mekanisk renhold af vejene i hovedstaden Warszawa i vinter- og sommersæsonen 2014-2017. Den af denne kontrakt omfattede renhold om vinteren består i det væsentlige i forebyggelse og afhjælpning af glatte veje ved grusning og rydning af bestemte kategorier af byveje, mens renhold om sommeren består i fejning og vådrengøring af vejene.
- 20 Hovedstaden Warszawas vejservice valgte at gennemføre en udbudsprocedure, der skulle afsluttes med en elektronisk auktion. Kontraktens genstand blev opdelt i otte dele, som omfattede bestemte kvarterer i hovedstaden Warszawa, og gav således hver tilbudsgiver mulighed for at afgive et tilbud på den samme kontrakt i sin helhed eller et delvist tilbud.
- 21 Som fastsat i udbudsbetingelserne skulle hver tilbudsgiver med henblik på at godtgøre sin tekniske formåen fremlægge en liste over vinterrydningsarbejde ved hjælp af vådteknologi inden for de sidste tre år før udløbet af fristen for at afgive tilbud. Dette arbejde skulle have en ordreværdi på mindst 1 000 000 PLN (ca. 224 442 EUR) for hver af de otte dele af den pågældende kontrakt. Således skulle en tilbudsgiver for at afgive tilbud på hele kontrakten dokumentere udførelse af tilsvarende ydelser til en værdi af mindst 8 000 000 PLN (ca. 1 795 537 EUR).
- 22 Efter offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende* af udbudsbekendtgørelsen afgav Partner et tilbud på den nævnte kontrakt i sin helhed og anførte, at selskabet inden for de tre foregående år havde sikret leveringen af 14 tjenesteydelser, hvoraf 12 var baseret på selskabets egen erfaring og to på erfaringen hos PUM Sp. z o.o. (herefter »PUM«), en virksomhed med hjemsted i Grudziądz (Polen), der ligger omkring 230 km fra Warszawa.
- 23 Partner vedlagde endvidere i sit tilbud et tilsagn fra PUM om, at sidstnævnte stillede sine kapaciteter til rådighed for Partner, navnlig rådgivning, herunder bl.a. uddannelse af sidstnævntes medarbejdere, og støtte til at løse problemer, som kunne opstå i forbindelse med udførelsen af den pågældende kontrakt. Partner understregede ligeledes, at dette samarbejde med henblik udførelsen af kontrakten skulle være omfattet af en kontrakt mellem de to virksomheder.
- 24 Den 26. februar 2014 anmodede hovedstaden Warszawas vejservice Partner om yderligere at præcisere de aktiviteter, som PUM udøver, og den indvirkning, som disse aktiviteter kan have på kvaliteten og effektiviteten af de tjenesteydelser, der leveres på hovedstaden Warszawas område, navnlig henset til afstanden mellem Grudziądz og Warszawa.

- 25 Da den ikke var tilfreds med dette svar, og idet den lagde til grund, at PUM's viden og erfaring ikke kunne stilles til rådighed, uden at dette selskab personligt og faktisk deltog i gennemførelsen af den pågældende kontrakt, anmodede hovedstaden Warszawas vejservice ved skrivelse af 11. marts 2014 Partner om at supplere sine akter i denne henseende.
- 26 I sit svar af 18. marts 2014 anmodede Partner, samtidig med at selskabet anfægtede hovedstaden Warszawas vejservices fremgangsmåde, sidstnævnte om at tage Partner's tilbud i betragtning med henblik på tildelingen af hver af de otte dele af kontrakten ifølge en bestemt rækkefølge.
- 27 Hovedstaden Warszawas vejservice afviste alligevel Partner's tilbud i sin helhed og afsluttede udbudsproceduren vedrørende indgåelse af den pågældende kontrakt efter at have afholdt en elektronisk auktion.
- 28 Partner anlagde derfor sag ved Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager) med påstand om annullation af den beslutning, hvorved selskabet blev udelukket fra udbudsproceduren vedrørende indgåelse af den pågældende kontrakt, og den beslutning, hvorved det mest fordelagtige tilbud for kontraktens forskellige dele blev valgt. Herudover anlagde Partner sag med påstand om, at de tilbud, som var blevet afgivet inden for rammerne af denne udbudsprocedure, blev vurderet på ny, og at selskabet fik adgang til en ny elektronisk auktion.
- 29 Under disse omstændigheder har Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Skal artikel 48, stk. 3, jf. artikel 2, i direktiv 2004/18 fortolkes således, at bestemmelsen om, at en økonomisk aktør »i givet fald« kan basere sig på andre enheders formåen, omfatter alle tilfælde, hvor den pågældende økonomiske aktør ikke råder over de kvalifikationer, som den offentlige myndighed forlanger, og ønsker at basere sig på andre enheders formåen? Eller skal henvisningen til, at den økonomiske aktør kun »i givet fald« kan basere sig på andre enheders formåen, betragtes som en begrænsning, som betyder, at en sådan henvisning i forbindelse med dokumentation af de økonomiske aktørers kvalifikationer i forbindelse med udbudsproceduren kun er tilladt undtagelsesvis og ikke som regel?
 - 2) Skal artikel 48, stk. 3, jf. artikel 2, i direktiv 2004/18 fortolkes således, at den økonomiske aktør, når han baserer sig på andre enheders formåen »uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem aktøren selv og disse enheder« samt »råder over disse enheders ressourcer«, ved udførelsen af kontrakten kan have ingen eller kun meget løse og udefinerede forbindelser til disse enheder, dvs. at han kan udføre kontrakten selvstændigt (uden inddragelse af en anden enhed), eller at en sådan inddragelse kan bestå i »rådgivning«, »konsultation«, »kursus« eller lignende? Eller skal det nævnte direktivs artikel 48, stk. 3, fortolkes således, at den enhed, hvis formåen den økonomiske aktør baserer sig på, skal udføre kontrakten faktisk og personligt, i det omfang hans formåen er blevet anført?
 - 3) Skal artikel 48, stk. 3, jf. artikel 2, i direktiv 2004/18 fortolkes således, at en økonomisk aktør, som ganske vist råder over egen erfaring, men i et mindre omfang, end han ønsker at oplyse over for den ordregivende myndighed (f.eks. ikke tilstrækkeligt til at kunne byde på udførelsen af hele kontrakten), yderligere kan basere sig på andre enheders formåen for at forbedre sine chancer i udbudsproceduren?
 - 4) Skal artikel 48, stk. 3, jf. artikel 2, i direktiv 2004/18 fortolkes således, at den ordregivende myndighed ved bekendtgørelsen af kontrakten eller i udbudsbetingelserne kan (eller sågar skal) fastsætte principperne for, hvordan den økonomiske aktør kan basere sig på andre enheders formåen, f.eks. hvordan den anden enhed skal inddrages i udførelsen af kontrakten, hvordan den

økonomiske aktørs og den anden enheds formåen kan kombineres, og om den anden enhed hæfter solidarisk med den økonomiske aktør for korrekt udførelse af kontrakten, i det omfang den økonomiske aktør påberåber sig den anden enheds formåen?

- 5) Tillader principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, at man påberåber sig en anden enheds formåen i henhold til dette direktivs artikel 48, stk. 3, idet man i denne forbindelse samler formåen for to eller flere enheder, som med hensyn til deres sagkundskab og erfaring ikke råder over den formåen, som den offentlige myndighed forlanger?
- 6) Tillader principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, dermed en fortolkning af artikel 44 og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, ifølge hvilken de kriterier for deltagelsen i udbudsproceduren, som opstilles af den ordregivende myndighed, kun skal opfyldes formelt med henblik på at deltage i proceduren, uafhængigt af den økonomiske aktørs faktiske kvalifikationer?
- 7) Tillader principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, at den økonomiske aktør, hvis det er tilladt at byde på en del af kontrakten, efter afgivelsen af tilbuddene, eksempelvis i forbindelse med en supplering eller forklaring af bilagene, oplyser, hvilken del af kontrakten den formåen refererer til, som han har angivet som dokumentation for opfyldelsen af kriterierne for at deltage i proceduren?
- 8) Tillader principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører samt gennemsigtighedsprincippet, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, at en gennemført auktion erklæres for ugyldig, og en elektronisk auktion gentages, hvis den på vigtige områder ikke er gennemført korrekt, herunder hvis ikke alle økonomiske aktører, som har indsendt antagelige tilbud, er blevet opfordret til at deltage?
- 9) Tillader principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører samt gennemsigtighedsprincippet, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, at kontrakten tildeles en økonomisk aktør, som har fået tildelt kontrakten ved en sådan auktion, uden at denne auktion er blevet gentaget, hvis det ikke kan konstateres, om den ikke medtagne økonomiske aktørs deltagelse ville have ændret resultatet af auktionen?
- 10) Kan man ved fortolkningen af bestemmelserne i direktiv 2004/18 anvende indholdet i bestemmelserne i samt betragtningerne til direktiv 2014/24 – selv om gennemførelsesfristen endnu ikke er udløbet – som rettesnor for fortolkningen, for så vidt som det belyser visse af EU-lovgivers antagelser og hensigter og ikke er i strid med bestemmelserne i direktiv 2004/18?»

De præjudicielle spørgsmål

Det første, det andet, det tredje, det femte og det sjette spørgsmål

- ³⁰ Med det første, det andet, det tredje, det femte og det sjette spørgsmål anmoder den forelæggende ret nærmere bestemt Domstolen om at fastsætte de betingelser, der skal være opfyldt, for at en erhvervsdrivende kan basere sig på andre aktørers formåen som omhandlet i artikel 48, stk. 3 i direktiv 2004/18, og at afklare de nærmere regler for, hvorledes sådanne enheders tilrådighedsstillelse af de nødvendige ressourcer, og dermed deres eventuelle deltagelse i udførelsen af den omhandlede kontrakt, konkret skal udmøntes.

- 31 For at besvare disse spørgsmål skal det indledningsvis bemærkes, at i henhold til artikel 44, stk. 1, i direktiv 2004/18 påhviler det den ordregivende myndighed at udføre en egnethedsundersøgelse af ansøgerne eller tilbudsgiverne i overensstemmelse med kriterierne fastsat i dette direktivs artikel 47-52.
- 32 Desuden fremgår det af det nævnte direktivs artikel 44, stk. 2, at en ordregivende myndighed kan kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere skal opfylde minimumskriterier for økonomisk og finansiell formåen samt teknisk og faglig formåen i overensstemmelse med samme direktivs artikel 47 og 48.
- 33 Ifølge fast retspraksis indrømmes alle økonomiske aktører i henhold til artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 en ret til for en bestemt kontrakt at påberåbe sig andre enheders formåen, uanset hvilken forbindelse der er mellem den økonomiske aktør og disse enheder, for så vidt som de over for den ordregivende myndighed fører bevis for, at de har de nødvendige midler til at gennemføre denne kontrakt (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).
- 34 En sådan fortolkning er i overensstemmelse med formålet om at åbne de offentlige kontrakter for størst mulig konkurrence, som direktiverne på området forfølger ikke alene til fordel for de økonomiske aktører, men ligeledes for de ordregivende myndigheder. Denne fortolkning kan ligeledes lette små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige kontrakter, hvilket ligeledes tilstræbes med direktiv 2004/18, som det fremgår af 32. betragtning hertil (dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).
- 35 Det følger heraf, at retten i henhold til dette direktivs artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i betragtning af dens betydning inden for rammerne af EU-lovgivningen om offentlige kontrakter udgør en generel regel, som ordregivende myndigheder skal tage hensyn til, når de udøver deres beføjelser til at foretage en egnethedsundersøgelse af tilbudsgiverens evne til at gennemføre en bestemt kontrakt.
- 36 Under disse betingelser kan den omstændighed, at en økonomisk operatør i medfør af artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 »eventuelt« kan basere sig på andre aktørers formåen, ikke, således som navnlig den forelæggende ret synes at antyde, fortolkes således, at en sådan operatør kun undtagelsesvis kan basere sig på andre enheders formåen.
- 37 Ikke desto mindre skal det for det første præciseres, at selv om det står tilbudsgiveren frit for at etablere forbindelser med de enheder, hvis formåen han baserer sig på, og vælge den juridiske karakter af disse forbindelser, er han ikke desto mindre forpligtet til at godtgøre, at han reelt disponerer over disse enheders ressourcer, som han ikke selv ejer, og som er fornødne for en given kontrakts opfyldelse (jf. i denne retning dom af 2.12.1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).
- 38 I overensstemmelse med artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 kan en tilbudsgiver således ikke basere sig på andre enheders formåen med henblik på rent formelt at opfylde de betingelser, der kræves af en ordregivende myndighed.
- 39 For det andet har Domstolen allerede fastslået, at bestemmelserne i direktiv 2004/18 ikke er til hinder for, at udøvelsen af den ret, som er fastsat i dette direktivs artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i undtagelsestilfælde begrænses (jf. i denne retning dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 36).
- 40 Det kan således ikke udelukkes, at bygge- og anlægsarbejder har særlige kendetegn, der medfører et behov for en vis formåen, som ikke kan opnås ved at samle ringere formåen fra flere økonomiske aktører. I et sådant tilfælde kan den ordregivende myndighed således kræve, at en enkelt økonomisk aktør skal opfylde minimumsniveauet for den pågældende formåen, eller i givet fald at et begrænset

antal økonomiske aktører opfylder disse i henhold til artikel 44, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/18, eftersom dette krav er forbundet med og afpasset efter den pågældende kontrakts genstand (dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 35).

- 41 Ligeledes ville det ikke kunne udelukkes, at den formåen, som en anden enhed råder over, og som er fornøden for en given kontrakts opfyldelse, under hensyntagen til en given kontrakts karakter og formål under særlige omstændigheder ikke kan overføres til tilbudsgiveren. Under sådanne omstændigheder kan en tilbudsgiver derfor kun basere sig på denne formåen, hvis den anden enhed direkte og personligt deltager i udførelsen af den omhandlede kontrakt.
- 42 I nærværende sag er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt PUM's formåen gyldigt kan overføres til Partner i den forstand, at den kan medføre, at de ressourcer, der er nødvendige for den i hovedsagen omhandlede kontrakts udførelse, stilles til rådighed i overensstemmelse med ordlyden af artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, henset til den omstændighed, at en sådan tilrådhedsstilling konkret udmøntes ved den blotte udøvelse af konsultations- og uddannelsesaktiviteter, uden at PUM på nogen måde havde deltaget direkte i udførelsen af denne kontrakt.
- 43 I denne henseende bemærkes, at den i hovedsagen omhandlede kontrakt, der er beskrevet i denne doms præmis 19, vedrører omfattende mekanisk renhold af vejene i hovedstaden Warszawa i både vinter- og sommersæsonen fire år i træk.
- 44 Hvad særligt angår renhold om vinteren fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at denne ydelse kræver specifikke kompetencer samt et indgående kendskab til hovedstaden Warszawas topografi, og at den frem for alt kræver en øjeblikkelig reaktionskapacitet med henblik på opnåelse af den fastsatte standard for renhold af vejene inden for de krævede tidsnormer.
- 45 Denne ydelse bygger desuden på anvendelsen af en bestemt teknologi, som kræver et højt erfaringsniveau og evne til at anvende denne teknologi, hvilket er den eneste måde, hvorpå den i hovedsagen omhandlede kontrakt kan udføres hensigtsmæssigt, samtidig med, at man undgår de farlige konsekvenser for færdselssikkerheden.
- 46 Under disse omstændigheder kræver en faktisk udførelse af en sådan kontrakt medvirken fra personale, der er erfarent, og som bl.a. gennem direkte observationer af vejbelægningernes tilstand samt målinger på stedet gør det muligt at foregribe eller under alle omstændigheder opfylde kontraktens særlige behov på en hensigtsmæssig måde.
- 47 Henset til den i hovedsagen omhandlede kontrakts genstand og denne kontrakts formål kan det ikke udelukkes, at PUM's planlagte deltagelse, som blot består i konsultations- og uddannelsesaktiviteter, ikke kan anses for at være tilstrækkelig til at sikre, at Partner faktisk får stillet de nødvendige ressourcer til at udføre den nævnte kontrakt til rådighed som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 33. Dette er så meget desto mere begrundet i den omstændighed, at PUM, således som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, har hjemsted i byen Grudziądz, dvs. ca. 230 km fra Warszawa.
- 48 Under disse omstændigheder tilkommer det den forelæggende ret under hensyn til alle de konkrete omstændigheder ved den i hovedsagen omhandlede kontrakt at afgøre, om en sådan tilrådhedsstilling kan foretages på en måde, som opfylder de i denne retspraksis fastsatte krav.

- 49 På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger skal det første, det andet, det tredje, det femte og det sjette spørgsmål besvares med, at artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, sammenholdt med dette direktivs artikel 44, stk. 2, skal fortolkes således, at:
- alle økonomiske aktører i henhold til disse bestemmelser indrømmes en ret til for en bestemt kontrakt at påberåbe sig andre enheders formåen, uanset hvilken forbindelse der er mellem den økonomiske aktør og disse enheder, for så vidt som de over for den ordregivende myndighed fører bevis for, at de har de nødvendige midler til at gennemføre kontrakten
 - det ikke kan udelukkes, at udøvelsen af denne ret under særlige omstændigheder kan begrænses, henset til genstanden for den pågældende kontrakt og denne kontrakts formål. Dette er bl.a. tilfældet, når den formåen, som en anden enhed råder over, og som er fornøden for kontraktens opfyldelse, ikke kan overføres til ansøgeren eller tilbudsgiveren, således at sidstnævnte kun kan basere sig på denne formåen, hvis denne anden enhed direkte og personligt deltager i udførelsen af den nævnte kontrakt.

Det fjerde spørgsmål

- 50 Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 48, stk. 2 og 3, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at en ordregiver i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne har mulighed for udtrykkeligt at angive præcise regler for, hvordan en økonomisk operatør kan basere sig på andre enheders formåen.
- 51 Det skal med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål bemærkes, således som det er anført i denne doms præmis 33 og 49, at alle økonomiske aktører i henhold til artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 indrømmes en ret til at påberåbe sig andre enheders formåen, for så vidt som ansøgeren eller tilbudsgiveren over for den ordregivende myndighed fører bevis for, at de rent faktisk råder over de nødvendige midler til at gennemføre den pågældende kontrakt.
- 52 Selv om tilbudsgiver skal føre bevis for, at han rent faktisk råder over disses midler, kan han ikke desto mindre frit vælge dels den juridiske karakter af de forbindelser, som han agter at oprette med de andre enheder, hvis formåen denne gør gældende med henblik på gennemførelsen af denne kontrakt, dels beviset med hensyn til eksistensen af disse forbindelser (dom af 14.1.2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, præmis 28).
- 53 Den ordregivende myndighed kan derfor i princippet ikke opstille udtrykkelige betingelser, der kan fratage alle økonomiske aktører udøvelsen af retten til at basere sig på andre enheders formåen, bl.a. ved på forhånd at angive de konkrete betingelser for, hvordan disse andre enheders formåen kan gøres gældende. Dette understøttes af, at det i praksis, som Europa-Kommissionen med rette har bemærket, forekommer vanskeligt eller umuligt for en ordregiver på forhånd at forudsige alle mulige scenarier for anvendelsen af andre enheders formåen.
- 54 Som det er blevet fastslået ved besvarelsen af det første, det andet, det tredje, det femte og det sjette spørgsmål, kan udøvelsen af en sådan ret imidlertid, henset til genstanden for den pågældende kontrakt og denne kontrakts formål, begrænses under særlige omstændigheder som dem, der nævnes i denne doms præmis 39-41.
- 55 Under sådanne omstændigheder kan det således ikke på forhånd udelukkes, at en ordregivende myndighed med henblik på en korrekt udførelse af den pågældende kontrakt i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne udtrykkeligt angiver præcise regler, som giver en økonomisk operatør mulighed for at basere sig på andre enheders formåen.

- 56 Når en ordregivende myndighed beslutter at anvende denne mulighed, påhviler det ham imidlertid at sikre sig, at de regler, som fastsættes, er forbundet med og afpasset efter den nævnte kontrakts formål.
- 57 Et sådant krav gør det i øvrigt muligt at sikre overholdelsen af gennemsigtighedsprincippet med hensyn til de regler, som den ordregivende myndighed fastsætter, samtidig med, at økonomiske operatører får mulighed for at foreslå den ordregivende myndighed alternative metoder til at basere sig på andre enheders formåen, som sikrer, at tilrådighedsstillelsen af denne formåen er effektiv.
- 58 Følgelig skal det fjerde spørgsmål besvares med, at artikel 48, stk. 2 og 3, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at en ordregiver, henset til genstanden for en bestemt kontrakt og denne kontrakts formål, under særlige omstændigheder med henblik på en korrekt udførelse af kontrakten i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne udtrykkeligt angiver præcise regler for, hvordan en økonomisk operatør kan basere sig på andre enheders formåen, forudsat at sådanne regler er forbundet med og afpasset efter den nævnte kontrakts formål.

Det syvende spørgsmål

- 59 Med det syvende spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter åbningen af de inden for rammerne af en offentlig udbudsprocedure afgivne tilbud accepterer en anmodning fra en økonomisk operatør, som har afgivet et tilbud for den omhandlede kontrakt i sin helhed, om alene at tage hensyn til det pågældende tilbud med henblik på tildelingen af bestemte dele af denne kontrakt.
- 60 For at besvare dette spørgsmål skal det bemærkes, at ordregivende myndigheder i henhold til 46. betragtning til og artikel 2 i direktiv 2004/18 er forpligtede til at overholde principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører på en gennemsigtig måde.
- 61 For det første følger det således af principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling, at de bydende gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres tilbud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle bydende. For det andet har gennemsigtighedsforpligtelsen til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side. Denne forpligtelse indebærer, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, for det første således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde, og for det andet således at den ordregivende myndighed behørigt kan kontrollere, om de bydendes tilbud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt (jf. i denne retning dom af 6.11.2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis).
- 62 Som Domstolen allerede har fastslået, er ligebehandlingsprincippet og princippet om ikke-forskelsbehandling samt gennemsigtighedsforpligtelsen desuden til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver inden for rammerne af en offentlig udbudsprocedure, hvilket i princippet indebærer, at et tilbud ikke kan ændres efter dets afgivelse, 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 de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, om supplerede oplysninger (dom af 10.10.2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).

- 63 Domstolen har imidlertid præciseret, at artikel 2 i direktiv 2004/18 ikke er til hinder for, at oplysningerne vedrørende tilbuddet i enkelttilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør (dom af 10.10.2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).
- 64 Det påhviler med henblik herpå den ordregivende myndighed bl.a. at sikre sig, at en anmodning om supplerende tilbudsoplysninger ikke fører til, at tilbudsgiver i virkeligheden fremsætter et nyt tilbud (jf. i denne retning dom af 10.10.2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 36).
- 65 Desuden påhviler det den ordregivende myndighed under udøvelsen af sit skøn for så vidt angår muligheden for at anmode ansøgerne om at præcisere deres tilbud at behandle ansøgerne ens og rimeligt, således at en anmodning om supplerende oplysninger ikke efter afslutningen af proceduren for udvælgelse af tilbuddene og i lyset af resultatet heraf kan fremstå som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere, som har været genstand for denne anmodning (dom af 10.10.2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 37).
- 66 Da hovedstaden Warszawas vejsservice i nærværende sag, således som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, var i tvivl om, hvorvidt Partner rådede over de nødvendige ressourcer til at udføre den i hovedsagen omhandlede kontrakt, anmodede den efter afgivelsen af tilbuddet dette selskab om at præcisere arten af PUM's deltagelse i udførelsen af kontrakten.
- 67 Som svar på denne anmodning anmodede Partner hovedstaden Warszawas vejsservice om, såfremt sidstnævnte fandt den fremlagte erfaring utilstrækkelig, at medregne den formåen, som selskabet havde angivet for hver af de otte dele af den i hovedsagen omhandlede kontrakt, i en bestemt rækkefølge, således at en eventuel afvisning ikke gjaldt for hele kontrakten, men kun for de enkelte dele, med hensyn til hvilke Partner ikke opfyldte de nødvendige kriterier.
- 68 Det står imidlertid fast, at en sådan meddelelse, hvormed en økonomisk operatør efter åbningen af tilbuddene over for den ordregivende myndighed angiver prioriteringen af de dele af den pågældende kontrakt, hvorefter den økonomiske operatørs tilbud skal vurderes, langt fra blot udgør en specifik præcisering eller en berigtigelse af åbenlyse indholdsmæssige fejl som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 63, men i realiteten er en væsentlig ændring, som snarere udgør en afgivelse af et nyt tilbud.
- 69 Det følger heraf, at den ordregivende myndighed ikke kan give en økonomisk operatør mulighed for at udfylde sit oprindelige tilbud, da det ville være en tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører samt den gennemsigtighedsforpligtelse, som følger deraf, og som de ordregivende myndigheder er undergivet i henhold til artikel 2 i direktiv 2004/18 (jf. i denne retning dom af 6.11.2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 43).
- 70 Det følger af det ovenstående, at det syvende spørgsmål skal besvares med, at principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, skal fortolkes således, at de under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter åbningen af de inden for rammerne af en udbudsprocedure afgivne tilbud accepterer en anmodning fra en økonomisk operatør, som har afgivet et tilbud for den omhandlede kontrakt i sin helhed, om alene at tage hensyn til dette tilbud med henblik på tildelingen af bestemte dele af denne kontrakt.

Det ottende og det niende spørgsmål

- 71 Med det ottende og det niende spørgsmål, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, skal fortolkes således, at de kræver,

at en elektronisk auktion, som en økonomisk operatør, der har afgivet et antageligt tilbud, ikke er blevet opfordret til at deltage i, erklæres for ugyldig og gentages, også selv om det ikke kan konstateres, om den udelukkede økonomiske aktørs deltagelse ville have ændret resultatet af auktionen.

- 72 I henhold til 14. betragtning til og artikel 1, stk. 7, i forordning nr. 2004/18 gør anvendelse af elektroniske auktioner det muligt for de ordregivende myndigheder at anmode tilbudsgiverne om at fremlægge nye og lavere priser og, når kontrakten tildeles på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ligeledes at forbedre andre elementer i tilbuddet end prisen.
- 73 Inden for rammerne af en sådan procedure fastslår direktiv 2004/18 udtrykkeligt, således som det anføres i den nævnte betragtning, at elektroniske auktioner afvikles i overensstemmelse med principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed.
- 74 Med henblik herpå bestemmer artikel 54, stk. 4, i direktiv 2004/18 dels, at en tilbudsgiver, der har afgivet et antageligt tilbud, har ret til at blive opfordret til at deltage i den elektroniske auktion med henblik på at fremlægge nye priser og/eller nye værdier.
- 75 Dels pålægger det samme direktivs artikel 54, stk. 8, andet afsnit, udtrykkeligt de ordregivende myndigheder, når de beslutter at tilrettelægge en elektronisk auktion, ikke at misbruge den eller anvende den på en måde, der kan forhindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, eller på en måde, der kan ændre kontraktens genstand, således som den er udbudt ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen og fastlagt i udbudsbetingelserne.
- 76 Det følger heraf, at når en tilbudsgiver afgiver et antageligt tilbud og således opfylder de i udbudsbekendtgørelsen fastsatte kriterier, påhviler det i overensstemmelse med artikel 54, stk. 4, i direktiv 2004/18 den ordregivende myndighed at sikre denne tilbudsgivers udøvelse af retten til i givet fald at deltage i den elektroniske auktion.
- 77 Når en sådan tilbudsgiver ikke er blevet opfordret til at deltage i denne auktion, således som generaladvokaten har anført i punkt 52 i forslaget til afgørelse, kræver principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, følgelig, at den ordregivende myndighed erklærer en sådan auktion for ugyldig og gentager den.
- 78 Det skal i denne henseende præciseres, at denne konklusion gælder, uanset om den udelukkede operatørs deltagelse ville have ændret resultatet af den pågældende auktion.
- 79 En tilbudsgivers udøvelse af retten til at deltage i en elektronisk auktion kan således på ingen måde være afhængig af det bebudede resultat heraf og kan således ikke på forhånd udelukkes ud fra tilbudsgivers hypotetiske overvejelser.
- 80 Med andre ord er det, som Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager) ligeledes har bemærket i forelæggelsesafgørelsen, ikke muligt på forhånd at udelukke, at den økonomiske operatør, som ikke har fået tilladelse til at deltage i den elektroniske auktion, havde kunnet afgive det mest fordelagtige tilbud, således at den af den ordregivende myndighed begåede fejl nødvendigvis medfører, at auktionen erklæres for ugyldig og gentages.
- 81 Det ottende og det niende spørgsmål skal derfor besvares med, at principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, skal fortolkes således, at de kræver, at en elektronisk auktion, som en økonomisk operatør, der har afgivet et antageligt tilbud, ikke er blevet opfordret til at deltage i, erklæres for ugyldig og gentages, også selv om det ikke kan konstateres, om den udelukkede økonomiske aktørs deltagelse ville have ændret resultatet af auktionen.

Det tiende spørgsmål

- 82 Med det tiende spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om bestemmelserne i direktiv 2004/18 kan fortolkes i lyset af bestemmelserne i direktiv 2014/24, og dette selv om fristen for gennemførelse af dette sidstnævnte endnu ikke er udløbet, og for så vidt som bestemmelserne heri ikke er i strid med bestemmelserne i direktiv 2004/18.
- 83 Det skal med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål indledningsvis bemærkes, at det direktiv, der skal anvendes, i overensstemmelse med fast retspraksis principielt er det direktiv, der er gældende på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger, hvilken procedure der skal følges, og endeligt afgør, hvorvidt der eksisterer en forpligtelse til at foretage et forudgående udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig kontrakt. Derimod finder bestemmelserne i et direktiv, hvor gennemførelsesfristen er udløbet efter dette tidspunkt, ikke anvendelse (dom af 10.7.2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).
- 84 I hovedsagen blev den omhandlede udbudsprocedure offentliggjort den 24. december 2013, mens direktiv 2014/24 først blev vedtaget den 26. februar 2014, og under alle omstændigheder udløber direktivets gennemførelsesfrist den 18. april 2016 i overensstemmelse med dets artikel 90.
- 85 Under disse omstændigheder finder direktiv 2014/24 ikke tidsmæssig anvendelse i hovedsagen.
- 86 At anvende direktiv 2014/24, der – som det fremgår af direktivets titel – ophæver direktiv 2004/18, før fristen for dets gennemførelse er udløbet, ville i øvrigt forhindre såvel medlemsstaterne som ordregivende myndigheder og økonomiske operatører i at have en tilstrækkelig lang frist til at tilpasse sig de ved dette direktiv indførte nye bestemmelser.
- 87 Når dette er sagt, skal det bemærkes, at den forelæggende ret med sit spørgsmål, således som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, navnlig ønsker oplyst, om artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, som indrømmer alle økonomiske aktører en ret til for en bestemt kontrakt at påberåbe sig andre enheders formåen, skal fortolkes under hensyntagen til indholdet af artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24, som udgør den tilsvarende bestemmelse i den nævnte artikel 48.
- 88 I denne henseende skal det – ligesom den forelæggende ret har gjort det – bemærkes, at artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 er formuleret i generelle vendinger og ikke udtrykkeligt angiver de betingelser, hvorunder en økonomisk operatør kan basere sig på andre enheders formåen inden for rammerne af en offentlig udbudsprocedure.
- 89 Til gengæld fastsættes det nu i artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24, at økonomiske operatører kun kan basere sig på andre enheders kapacitet, »når sidstnævnte skal udføre de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, for hvilke disse kapaciteter kræves«.
- 90 Selv om direktiv 2014/24, som det er anført i anden betragtning til dette direktiv, har til formål at præcisere grundlæggende begreber og koncepter med henblik på at sikre retssikkerheden og integrere visse aspekter af Domstolens faste retspraksis, forholder det sig ikke desto mindre således, at det nævnte direktivs artikel 63 indebærer væsentlige ændringer hvad angår en økonomisk operatørs ret til at basere sig på andre enheders formåen i forbindelse med en offentlig kontrakt.
- 91 Langt fra blot at indgå som et led i artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 og præcisere rækkevidden heraf, indeholder artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 således nye betingelser, som ikke var fastsat under den tidligere retlige ordning.
- 92 Under disse omstændigheder kan den pågældende bestemmelse i direktiv 2014/24 ikke anvendes som fortolkningsparameter for artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, da det i nærværende sag ikke drejer sig om at afklare en fortolkningsmæssig tvivl vedrørende indholdet af denne sidstnævnte bestemmelse.

- 93 En anden opfattelse ville indebære en risiko for med urette at foregribe anvendelsen af en ny retlig ordning, som ikke er fastsat i direktiv 2004/18, og er åbenbart i strid med princippet om de økonomiske aktørers retssikkerhed – et princip, som direktiv 2014/24, således som det bl.a. fremgår af anden betragtning hertil, i øvrigt udtrykkeligt har til formål at sikre overholdelsen af.
- 94 Henset til det ovenstående skal det tiende spørgsmål besvares med, at under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede kan bestemmelserne i artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 ikke fortolkes i lyset af bestemmelserne i artikel 63, stk. 1, direktiv 2014/24.

Sagens omkostninger

- 95 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 sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parter udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

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

- 1) Artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, sammenholdt med dette direktivs artikel 44, stk. 2, skal fortolkes således, at:
 - alle økonomiske aktører i henhold til disse bestemmelser indrømmes en ret til for en bestemt kontrakt at påberåbe sig andre enheders formåen, uanset hvilken forbindelse der er mellem den økonomiske aktør og disse enheder, for så vidt som de over for den ordregivende myndighed fører bevis for, at de har de nødvendige midler til at gennemføre kontrakten, og
 - det ikke kan udelukkes, at udøvelsen af denne ret under særlige omstændigheder kan begrænses, henset til genstanden for den pågældende kontrakt og denne kontrakts formål. Dette er bl.a. tilfældet, når den formåen, som en anden enhed råder over, og som er fornøden for kontraktens opfyldelse, ikke kan overføres til ansøgeren eller tilbudsgiveren, således at sidstnævnte kun kan basere sig på denne formåen, hvis denne anden enhed direkte og personligt deltager i udførelsen af den nævnte kontrakt.
- 2) Artikel 48, stk. 2 og 3, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at en ordregiver, henset til genstanden for en bestemt kontrakt og denne kontrakts formål, under særlige omstændigheder med henblik på en korrekt udførelse af kontrakten i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne udtrykkeligt angiver præcise regler for, hvordan en økonomisk operatør kan basere sig på andre enheders formåen, forudsat at sådanne regler er forbundet med og afpasset efter den nævnte kontrakts formål.
- 3) Principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter åbningen af de inden for rammerne af en offentlig udbudsprocedure afgivne tilbud accepterer en anmodning fra en økonomisk operatør, som har afgivet et tilbud for den omhandlede kontrakt i sin helhed, om alene at tage hensyn til sit tilbud med henblik på tildelingen af bestemte dele af denne kontrakt.

- 4) **Principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, som er fastlagt i artikel 2 i direktiv 2004/18, skal fortolkes således, at de kræver, at en elektronisk auktion, som en økonomisk operatør, der har afgivet et antageligt tilbud, ikke er blevet opfordret til at deltage i, erklæres for ugyldig og gentages, også selv om det ikke kan konstateres, om den udelukkede økonomiske aktørs deltagelse ville have ændret resultatet af auktionen.**
- 5) **Under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede kan bestemmelserne i artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 ikke fortolkes i lyset af bestemmelserne i artikel 63, stk. 1, i Rådets direktiv 2014/24 af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18.**

Underskrifter