



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 5 april 2017¹

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Direktiv 2004/17/EG — Upphandling vars värde inte uppgår till det tröskelvärde som föreskrivs i direktivet — Artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF — Begränsning av möjligheten att använda underentreprenörer — Framläggande av ett gemensamt anbud — Anbudsgivarnas yrkeskunnande — Ändringar i förfrågningsunderlaget”

I mål C-298/15,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen) genom beslut av den 12 juni 2015, som inkom till domstolen den 18 juni 2015, i målet

Borta UAB

mot

Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J. L. da Cruz Vilaça, domstolens vice ordförande A. Tizzano (referent), samt domarna A. Borg Barthet, E. Levits och F. Biltgen,

generaladvokat: Eleonor Sharpston,

justitiesekreterare: handläggaren M. Aleksejev, efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 1 juni 2016, med beaktande av de yttranden som har avgivits av:

- Borta UAB, genom V. Kilišauskaitė, advokatė,
 - Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, genom N. Šilaika, advokatas, samt A. Vaitkus, A. Kamarauskas, I. Vaičiulis och L. Rudys,
 - Litauens regering, genom D. Kriaučiūnas, A. Svinkūnaitė och R. Butvydytė, samtliga i egenskap av ombud,
 - Europeiska kommissionen, genom J. Jokubauskaitė och M. A. Tokár, båda i egenskap av ombud,
- och efter att den 1 december 2016 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

¹ — * Rättegångsspråk: litauiska.

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 1), i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EU) nr 1336/2013 av den 13 december 2013 (EUT L 335, 2013, s. 17) (nedan kallat direktiv 2004/17).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Borta UAB och Klaipėdos valstybinio jūry uosto direkcija VĮ (Hamnstyrelsen i Klaipėda, Litauen) (nedan kallad hamnmyndigheten). Målet rör frågan huruvida förfrågningsunderlaget avseende ett offentligt kontrakt för förnyelse av kajerna i hamnen, är lagenligt.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 Skäl 9 i direktiv 2004/17 har följande lydelse:

”(9) I syfte att säkerställa att de offentliga kontrakt som tilldelas av enheter som bedriver verksamhet på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster öppnas för konkurrens, är det lämpligt att utarbeta bestämmelser för samordning inom gemenskapen när det gäller offentliga kontrakt över ett visst värde. ...

När det gäller offentliga kontrakt vars värde understiger det värde vid vilket bestämmelserna om samordning inom gemenskapen skall tillämpas, är det lämpligt att erinra om den rättspraxis som utvecklats vid domstolen och enligt vilken bestämmelserna och principerna i ... fördrag[en] skall tillämpas.”

- 4 I artikel 16 i direktivet föreskrivs följande:

”... Detta direktiv skall tillämpas på alla upphandlingskontrakt ... vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst följande tröskelvärden:

...

b) 5 186 000 [euro] för byggentreprenadkontrakt.”

- 5 Artikel 37 i samma direktiv har följande lydelse:

”I förfrågningsunderlaget får en upphandlande enhet begära eller kan åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås. En sådan angivelse skall inte påverka frågan om den ekonomiska aktörens ansvar som huvudman.”

- 6 I artikel 38 i direktiv 2004/17 anges följande:

”En upphandlande enhet får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras under förutsättning att kraven är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. ...”

7 I artikel 54 i direktivet föreskrivs följande:

”1. Vid ett öppet förfarande skall en upphandlande enhet fastställa urvalskriterier enligt objektiva regler och kriterier som är tillgängliga för de berörda ekonomiska aktörerna.

...

6. När de kriterier som avses i punkt ... 1 ... innefattar krav rörande de ekonomiska aktörernas tekniska förmåga och/eller yrkeskunnande kan dessa vid behov och för ett visst kontrakt åberopa andra enheters förmåga, oavsett vilka juridiska band som finns mellan de ekonomiska aktörerna och dessa enheter. De skall då kunna bevisa för den upphandlande enheten att de kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna för fullgörandet av kontraktet, t.ex. genom att tillhandahålla ett åtagande från enheterna i fråga om att de kommer att ställa de nödvändiga resurserna till den ekonomiska aktörens förfogande.

På samma villkor kan en grupp av ekonomiska aktörer enligt artikel 11 åberopa förmågan hos deltagarna i gruppen eller andra enheter.”

8 Bilaga XVI till direktivet har rubriken ”Information som skall finnas i meddelanden om tilldelade kontrakt”. I del I föreskrivs följande:

”I. Information som ska offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning*.

...

10. Ange i förekommande fall om ett kontrakt har blivit eller eventuellt kan bli uppdelat på underleverantörer.

...

13. Valfria upplysningar:

— Värde och andel av kontraktet som har blivit eller eventuellt kan bli utlagt på tredje man.

...”

Litauisk rätt

Den litauiska lagen om offentlig upphandling

9 I artikel 24.5 i Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (den litauiska lagen om offentlig upphandling) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling), föreskrivs följande:

”Enligt kontraktshandlingarna ska framgå att anbudssökanden eller anbudsgivaren är förpliktad att i sitt anbud ange vilka underleverantörer ... som denna avser använda. Det kan vidare krävas att anbudssökanden eller anbudsgivaren i sitt anbud anger hur stor del av kontraktet som ska läggas ut på underleverantörer ... För det fall den vinnande anbudsgivaren använder sig av underleverantörer för att utföra en byggtreprenad, ska denna anbudsgivare utföra huvuddelen av entreprenaden, som den angetts av den upphandlande myndigheten. ...”

10 Artikel 27.4 i lagen om offentlig upphandling har följande lydelse:

”Den upphandlande myndigheten kan, innan fristen att lämna anbud har löpt ut, förklara (precisera) kontraktshandlingarna.”

11 I artikel 32.3 i lagen om offentlig upphandling föreskrivs att om det är nödvändigt i ett visst anbudssammanhang får en leverantör åberopa andra ekonomiska aktörers kapacitet, oavsett arten av leverantörens rättsliga förhållande till dem. I sådant fall ska anbudsgivare bevisa för den upphandlande myndigheten att dessa resurser kommer att finnas tillgängliga för leverantören för att kunna fullgöra kontraktet. En grupp av ekonomiska aktörer får på samma villkor åberopa kapaciteten hos deltagarna i gruppen eller hos andra ekonomiska aktörer.

Det aktuella förfrågningsunderlaget i det nationella målet

12 I punkt 3.2.1 i det i det nationella målet aktuella förfrågningsunderlaget, angavs följande:

”Leverantörers genomsnittliga årliga arbetsvolym avseende det huvudsakliga byggnads- och installationsarbetet (uppförande av eller ombyggnad av hamnkaj) under de senaste fem åren eller under perioden från det att leverantören registrerades (för det fall att leverantören har varit verksam under en kortare tid än fem år) ska motsvara ett värde på minst 5 000 000 [litauiska lita] LTL (1 448 100,09 euro), exklusive mervärdesskatt.”

13 I punkt 4.2.3 i förfrågningsunderlaget, som avser det fall då flera anbudsgivare lämnade ett gemensamt anbud inom ramen för ett samarbetsavtal, anges att:

”I samarbetsavtalet ska förpliktelserna som de parter som deltar har gällande fullgörandet av kontraktet preciseras, liksom dessa förpliktelserns procentuella andel ... denna fördelning av tjänstevolymer gäller enbart för parterna och skapar inte några förpliktelser för kunden ([hamnmyndigheten]).”

14 I punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget, i dess lydelse efter på varandra följande ändringar, föreskrivs följande:

”Om anbudet har lämnats in av leverantörer som är verksamma enligt ett samarbetsavtal, ska kraven i [punkt] 3.2.1 ... i förfrågningsunderlaget uppfyllas av minst en part i detta avtal ... eller av alla parter som är verksamma enligt samarbetsavtalet beaktade tillsammans. En parts bidrag (utförd arbetsvolym) enligt [samarbets]avtalet ska stå i proportion till dess bidrag till uppfyllandet av kravet enligt punkt 3.2.1 ... I enlighet med artikel 24.5 i [lagen om offentlig upphandling] fastslår hamnmyndigheten att det huvudsakliga arbetet utgörs av punkt 1.2.8 i avsnittet om byggnadsarbete i mängdförteckningen och att detta arbete därmed ska utföras av den anbudsgivare som tilldelats kontraktet själv.”

15 I punkt 4.4 i förfrågningsunderlaget anges att om underleverantörer används, ska anbudsgivaren ange vilken volym av entreprenaden som ska utföras av dessa, som inte utgör huvudsakliga arbeten. Dessa underleverantörers erfarenheter ska inte beaktas vid kontrollen av de krav som anges i punkt 3.2.1.

16 I punkt 7.2 i förfrågningsunderlaget föreskrivs att hamnmyndigheten på eget initiativ kan precisera upphandlingsdokumenten innan fristen att lämna anbud löper ut.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 17 Den 2 april 2014 offentliggjorde hamnmyndigheten en öppen anbudsinfordran avseende en byggentreprenad för ombyggnad av kajer i den nationella hamnen i Klaipeda (Litauen). Denna anbudsinfordran offentliggjordes även i *Europeiska unionens officiella tidning* den 5 april 2014. Borta deltog i detta anbuds förfarande.
- 18 I den ursprungliga versionen av förfrågningsunderlaget återgavs i punkt 4.3, bestämmelserna i artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling, vad gäller underleverantörer, och föreskrevs att om flera anbudsgivare lämnar in ett gemensamt anbud inom ramen för ett samarbetsavtal i enlighet med punkt 4.2.3 i förfrågningsunderlaget (nedan kallat gemensamt anbud), skulle kraven vad avser yrkeskunnande i punkt 3.2.1 i förfrågningsunderlaget uppfyllas av samtliga anbudsgivare, eller av en av dem.
- 19 Efter två på varandra följande ändringar – en på hamnmyndighetens initiativ och den andra till följd av invändningar från Borta – tillades i punkt 4.3 att om ett sådant gemensamt anbud lämnades skulle varje anbudsgivares bidrag för att uppfylla de ovannämnda kraven, proportionellt motsvara dennes andel av de arbeten som skulle utföras enligt samarbetsavtalet. Det krävdes vidare att dessa arbeten faktiskt utfördes av anbudsgivaren i fråga om kontraktet skulle tilldelas anbudsgivarna.
- 20 Till följd av dessa ändringar, vilka offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning*, förlängde hamnmyndigheten tidsfristen för att lämna in anbud.
- 21 Hamnmyndigheten avisade de nya invändningar som gjordes av Borta avseende dessa ändringar. Bolaget i fråga väckte därför talan vid Klaipėdos apygardos teismas (regiondomstolen i Klaipėda, Litauen) och yrkade att ovannämnda punkt 4.3 skulle ogiltigförklaras. Borta gjorde härvidlag gällande såväl att innehållet i nämnda punkt var rättsstridigt, som att hamnmyndigheten inte hade rätt att genomföra ändringen. Denna talan ogillades genom beslut av nämnda domstol den 18 augusti 2014. Genom beslut av Lietuvos apeliacinis teismas (Appelationsdomstolen i Litauen) av den 13 november 2014 ogillades överklagandet av det första beslutet. Borta överklagade därefter detta beslut till Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen).
- 22 Denna domstol har för att avgöra tvisten ställt sig frågan huruvida artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling, till vilken det hänvisas i punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget, är förenlig med unionsrätten, särskilt direktiv 2004/17, i den mån det i nämnda artikel föreskrivs att underleverantörer inte får användas för sådana arbeten som av den upphandlande myndigheten kvalificeras som huvudarbeten. Domstolen hyser även tvivel huruvida punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget, i dess ändrade lydelse, är förenlig med direktivet, i den mån det enligt nämnda punkt krävs att varje anbudsgivares bidrag för att uppfylla kraven avseende yrkeskunnande, proportionellt motsvara dennes andel av de arbeten som skulle utföras om de skulle tilldelas kontraktet. Den hänskjutande domstolen frågar sig vidare huruvida hamnmyndigheten kunde ändra den första versionen av förfrågningsunderlaget trots att meddelandet om upphandling redan hade offentliggjorts utan att åsidosätta direktivet, och i synnerhet, principen om likabehandling och den skyldighet att lämna insyn som följer därav.
- 23 Den hänskjutande domstolen anser att EU-domstolen kan lämna ett förhandsavgörande i dessa frågor. Visserligen är värdet av det aktuella kontraktet lägre än det tröskelvärdet på 5 186 000 euro som föreskrivs i artikel 16 b i direktiv 2004/17, under vilket värde direktivet inte är tillämpligt, men kontraktet uppvisar ett bestämt gränsöverskridande intresse vilket visas av att två utländska företag deltog i anbuds förfarandet, däribland den anbudsgivare som tilldelades kontraktet, samt att upphandlingen offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning*. Hamnmyndigheten avsåg dessutom under alla omständigheter att upphandlingen skulle omfattas av reglerna i direktiv 2004/17 och den litauiska lagstiftaren hade valt att utsträcka vissa av reglerna i direktivet till kontrakt som understiger ovannämnda tröskelvärdet.

24 Mot denna bakgrund beslutade Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

- ”1. Ska artiklarna 37, 38, 53 och 54 i direktiv 2004/17, tillsammans eller var för sig (men utan inskränkning till att endast omfatta dessa bestämmelser), förstås och tolkas så, att
- a) de utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken, i de fall underleverantörer fått erbjudande om att fullgöra ett byggtreprenadkontrakt, det huvudsakliga arbetet, såsom detta har fastställts av den upphandlande myndigheten, ska utföras av den anbudsgivare som tilldelats kontraktet?
 - b) de utgör hinder för ett system, som fastställts i upphandlingsdokumenten, för att kumulera leverantörernas yrkeskunnande, såsom det som den upphandlande myndigheten har specificerat i [förfrågningsunderlaget], vilket kräver att den del som avser yrkeskunnandet hos den berörda ekonomiska aktören (en part i samarbetsavtalet) motsvarar den del av det specifika arbete som vederbörande faktiskt kommer att utföra inom ramen för det offentliga kontraktet?
2. Ska artiklarna 10, 38, 46 och 47 i direktiv 2004/17, tillsammans eller var för sig (men utan inskränkning till att endast omfatta dessa bestämmelser), förstås och tolkas så, att
- a) principen om likabehandling av leverantörer och principen om insyn inte åsidosätts i de fall då den upphandlande myndigheten
 - i förväg, i upphandlingsdokumenten, ger en allmän möjlighet att kumulera leverantörernas yrkesmässiga kapacitet, men inte anger hur detta val ska gå till,
 - därefter, under det offentliga anbudsförfarandet, närmare definierar kraven som styr värderingen av leverantörernas kvalifikationer genom att fastställa vissa begränsningar för att kumulera leverantörernas yrkesmässiga kapacitet,
 - på grund av den mer detaljerade definitionen av kvalifikationskravens innehåll, förlänger tidsfristen för inlämnande av anbud och offentliggör förlängningen i *Europeiska unionens officiella tidning*,
 - b) en begränsning av möjligheten att kumulera leverantörers kapacitet inte klart behöver anges i förväg om den särskilda karaktären hos den upphandlande myndighetens verksamheter och särdragen hos det offentliga upphandlingskontraktet rättfärdigar en sådan begränsning och gör den förutsebar?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande synpunkter

- 25 Den litauiska regeringen har såväl i sina skriftliga yttranden som vid förhandlingen, hävdade att det för att besvara de ställda frågorna är nödvändigt att inte endast ta hänsyn till direktiv 2004/17 utan även till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT L 94, 2014, s. 243), eftersom den litauiska lagstiftaren har valt att föra in vissa bestämmelser i direktiv 2014/25 i den nationella lagstiftningen, även innan detta direktiv antogs, bland annat artikel 79.3 om underleverantörer.
- 26 Europeiska kommissionen har däremot gjort gällande att varken direktiv 2004/17 eller direktiv 2014/25 behöver tolkas, utan att frågorna ska besvaras mot bakgrund av de grundläggande reglerna och allmänna rättsprinciperna i EUF-fördraget.

- 27 Vad gäller direktiv 2014/25 erinras om att enligt fast rättspraxis är det tillämpliga direktivet i princip det som är i kraft när den upphandlande enheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av ett offentligt kontrakt. Bestämmelserna i ett direktiv vars införlivandefrist vid den tidpunkten ännu inte har löpt ut är däremot inte tillämpligt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 83 och där angiven rättspraxis).
- 28 Den aktuella anbudsfrågan offentliggjordes emellertid den 2 april 2014, medan direktiv 2014/25 trädde ikraft den 17 april 2014 och upphäver direktiv 2004/17 från och med den 18 april 2016, då det förstnämnda direktivets införlivandefrist löper ut. Även om den litauiska regeringen säger sig ha infört vissa bestämmelser i direktiv 2014/25 med nationell rätt innan direktivet antogs, har denna regering i sina inlagor medgett att vid tidpunkterna för de i det nationella målet aktuella händelserna hade direktivet ännu inte införlivats.
- 29 Mot denna bakgrund konstaterar domstolen att direktiv 2014/25 inte ska beaktas när tolkningsfrågorna besvaras.
- 30 Vad vidare gäller direktiv 2004/17, framgår av beslutet om hänskjutande att det aktuella kontraktets värde understeg det tröskelvärde på 5 186 000 euros som föreskrivs i artikel 16 b i direktiv 2004/17. Direktivet är således inte tillämpligt på kontraktet (se, analogt, dom av den 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 15 och där angiven rättspraxis).
- 31 Den hänskjutande domstolen anser emellertid att EU-domstolen är behörig att besvara tolkningsfrågorna och tolka bestämmelserna i nämnda direktiv av de skäl som anges i punkt 23 i förevarande dom.
- 32 Vid förhandlingen preciserade den litauiska regeringen, som delar den hänskjutande domstolens bedömning, att enligt den litauiska lagstiftningen kan den upphandlande enheten välja att underställa en upphandling med lägre värde än det ovannämnda tröskelvärdet, antingen reglerna i direktiv 2004/17, eller det förenklade förfarande som föreskrivs i nationell rätt för denna typ av kontrakt. Om den som i förevarande fall har valt det första alternativet, måste den enligt den litauiska regeringen tillämpa samtliga bestämmelser i direktivet.
- 33 Det ska erinras om att när regleringen i nationell lagstiftning av situationer som inte omfattas av den aktuella unionsrättsakten anpassats till den reglering som har valts i denna rättsakt föreligger det ett klart unionsintresse av att de bestämmelser som har hämtats från unionsrättsakten blir tolkade på ett enhetligt sätt, för att i framtiden undvika skilda tolkningar (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, punkt 46, och dom av den 7 november 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, punkt 22).
- 34 Det är således motiverat att domstolen tolkar bestämmelser i en unionsrättsakt i fall som inte omfattas av dess tillämpningsområde när dessa bestämmelser har blivit tillämpliga på sådana situationer på ett direkt och ovillkorligt sätt, i syfte att säkerställa att de behandlas på samma sätt som de situationer som omfattas av rättsaktens tillämpningsområde (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, punkt 47, och dom av den 7 november 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, punkterna 22 och 23, samt dom av den 14 januari 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, punkt 20).
- 35 Det framgår även av fast rättspraxis att när villkoren i de två föregående punkter inte är uppfyllda, kan domstolen, för att den ska kunna lämna ett användbart svar till den nationella domstol som har hänskjutit en tolkningsfråga, beakta normer i unionsrätten som den nationella domstolen inte har hänvisat till i sin begäran om förhandsavgörande (dom av den 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 17 och där angiven rättspraxis).

- 36 Vad närmare bestämt avser tilldelning av ett kontrakt som mot bakgrund av dess värde inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17, kan domstolen beakta de grundläggande reglerna och allmänna rättsprinciperna i EUF-fördraget, bland annat dess artiklar 49 och 56 och principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt den skyldighet att lämna insyn som följer därav, i den mån kontraktet uppvisar ett bestämt gränsöverskridande intresse. Även om ett sådant kontrakt inte omfattas av direktiv 2004/17 ska dess regler och principer iakttas (se, för ett likande resonemang, dom av den 23 december 2009, *Serrantoni och Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, punkterna 22–24, dom av den 18 december 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 27, och dom av den 6 oktober 2016, *Tecnoedi Costruzioni*, C-318/15, EU:C:2016:747, punkt 19).
- 37 Det är mot denna bakgrund som det för var och en av tolkningsfrågorna ska prövas huruvida bestämmelserna i direktiv 2004/17, mot bakgrund av övervägandena i punkterna 33 och 34 ovan, ska tillämpas i det aktuella fallet, eller om frågorna ska besvaras mot bakgrund av de ovannämnda grundläggande reglerna och allmänna rättsprinciperna, i ljuset av de överväganden som anges i punkterna 35 och 36 ovan.

Fråga 1 a

- 38 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan, a) för att få klarhet i huruvida direktiv 2004/17 ska tolkas så att det utgör hinder för en nationell bestämmelse, såsom artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling, i vilken det föreskrivs att i de fall underleverantörer används för att fullgöra ett byggentreprenadkontrakt, det huvudsakliga arbetet, såsom detta har fastställts av den upphandlande enheten, ska utföras av den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.
- 39 Inledningsvis erinrar domstolen om att direktiv 2004/17, med avseende på underleverantörer, inte innehåller andra bestämmelser än vad som framgår av artikel 37 och bilaga XVI, nämligen vissa skyldigheter vad gäller information och anbudsgivarens ansvar. I artikel 38 i direktivet anges att en upphandlande enhet får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras under förutsättning att kraven är förenliga med unionsrätten.
- 40 Direktivet innehåller däremot, i likhet med vad den hänskjutande domstolen har angett, inte någon bestämmelse som motsvarar artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling. Enligt den hänskjutande domstolen har den litauiska lagstiftaren inte angett att direktivet beaktades när den sistnämnda bestämmelsen antogs.
- 41 Det kan under dessa omständigheter inte anses att artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling, när den ska tillämpas på upphandlingar som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17, på ett direkt och ovillkorligt sätt hänvisar till direktivet i den mening som avses i den rättspraxis som anges i punkt 34 i förevarande dom (se, analogt, dom av den 7 juli 2011, *Agafiței m.fl.*, C-310/10, EU:C:2011:467, punkt 45).
- 42 Härav följer att direktivet inte behöver tolkas för att besvara den första frågan a).
- 43 Såsom anges i punkterna 35 och 36 i förevarande dom kan domstolen, för att den ska kunna lämna ett användbart svar till den hänskjutande domstolen, beakta de grundläggande reglerna och allmänna rättsprinciperna i EUF-fördraget, bland annat dess artiklar 49 och 56 och principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt den skyldighet att lämna insyn som följer därav, i den mån kontraktet uppvisar ett bestämt gränsöverskridande intresse.
- 44 Ett kontrakt kan uppvisa ett bestämt gränsöverskridande intresse bland annat på grund ett visst värde i kombination med dess särdrag eller platsen för entreprenaden. Vid en allmän bedömning av huruvida det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse kan även ett intresse från aktörer i andra

medlemsstater att delta i upphandlingen beaktas, under förutsättning att detta intresse är verkligt och inte fiktivt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 20 och där angiven rättspraxis).

- 45 Den hänskjutande domstolen har i förevarande fall slagit fast att det aktuella kontraktet uppvisade ett bestämt gränsöverskridande intresse. Såsom generaladvokaten har angett i punkt 37 i sitt förslag till avgörande var kontraktets värde, trots att det understeg tröskelvärdet i artikel 16 b i direktiv 2004/17, relativt högt. I likhet med vad den litauiska regeringen har påpekat avsåg kontraktet byggnation av kajer i en hamn av strategisk betydelse för den nationella säkerheten. Det framgår vidare av beslutet om hänskjutande att två utländska företag, däribland den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, deltog i anbudsförfarandet.
- 46 Härav följer att den första frågan a) ska besvaras mot bakgrund av de grundläggande reglerna och allmänna rättsprinciperna i EUF-fördraget, bland annat dess artiklar 49 och 56. I syfte att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar ska det i synnerhet kontrolleras huruvida en nationell bestämmelse som artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling kan utgöra ett omotiverat hinder för etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster.
- 47 Det ska vidare erinras om att artiklarna 49 EG och 56 EG utgör hinder för varje nationell åtgärd som, även om den tillämpas utan diskriminering med avseende på nationalitet, kan förbjuda eller göra det svårare eller mindre attraktivt att utöva etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster (dom av den 27 oktober 2005, Contse m.fl., C-234/03, EU:C:2005:644, punkt 25, dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punkt 41, och dom av den 8 september 2016, Politanò, C 225/15, EU:C:2016:645, punkt 37).
- 48 Vad avser offentlig upphandling ligger det i unionens intresse att ett anbudsförfarande ska vara öppet för så stor konkurrens som möjligt, inbegripet de kontrakt som inte omfattas av direktiv 2004/17 (se, för ett likande resonemang, dom av den 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 29, och dom av den 28 januari 2016, CASTA m.fl., C-50/14, EU:C:2016:56, punkt 55). Användning av underleverantörer, vilket kan antas gynna små och medelstora företags tillträde till offentliga upphandlingar, bidrar till att uppnå detta syfte.
- 49 En sådan nationell bestämmelse som artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling, kan emellertid hindra, göra det svårare eller mindre attraktivt för aktörer i andra medlemsstater att delta i ett anbudsförfarande eller i genomförandet av ett offentligt kontrakt, som det som är aktuellt i det nationella målet, eftersom den hindrar dessa aktörer att anlita tredje parter som underleverantörer för hela eller del av de arbeten som den upphandlande enheten kvalificerat som det huvudsakliga arbetet, eller erbjuda sina tjänster som underentreprenörer för denna del av entreprenaden.
- 50 Nämnade bestämmelse utgör följaktligen en inskränkning i etableringsfriheten och i friheten att tillhandahålla tjänster.
- 51 En sådan inskränkning kan emellertid vara motiverad under förutsättning att den har ett legitimt mål av allmänintresse och att den iakttar proportionalitetsprincipen, det vill säga att den är ägnad att säkerställa förverkligandet av detta mål och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 oktober 2005, Contse m.fl., C 234/03, EU:C:2005:644, punkt 25, och dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili, C 376/08, EU:C:2009:808, punkt 44).
- 52 Det framgår av de handlingar som domstolen har tillgång till att artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling i det nationella målet syftar till att säkerställa att entreprenaden utförs korrekt. Således antogs denna bestämmelse bland annat för att hindra en förekommande praxis som bestod i att en anbudsgivare gjorde gällande yrkeskunnande enbart i syfte att tilldelas kontraktet i fråga och sedan inte hade för avsikt att själv utföra entreprenaden, utan låta huvuddelen av eller i princip hela

entreprenaden utföras av underleverantörer, vilket påverkade kvaliteten på arbetena och dessas genomförande. Genom att begränsa användningen av underleverantörer till de icke-huvudsakliga arbetena syftade artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling till att uppmuntra små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar i egenskap av medanbudsgivare i en grupp av ekonomiska aktörer snarare än som underleverantörer.

- 53 Vad för det första gäller kravet att arbetet ska utföras korrekt, så är detta legitimt.
- 54 Även om det inte kan uteslutas att ett sådant krav kan motivera vissa begränsningar vad gäller underleverantörer (se, för ett likande resonemang, dom av den 18 mars 2004, Siemens och ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punkt 45, och dom av den 14 juli 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punkt 34), går en sådan nationell bestämmelse som artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte, eftersom denna bestämmelse innehåller ett allmänt förbud för underleverantörer vad avser de arbeten som av den upphandlande enheten kvalificerats som huvudsakliga.
- 55 Detta förbud är nämligen tillämpligt oberoende av vilken ekonomisk sektor som berörs av det aktuella kontraktet, arbetenas art och underleverantörernas kvalifikationer. Ett sådant allmänt förbud gör det dessutom inte möjligt för den upphandlande enheten att göra en bedömning från fall till fall.
- 56 Det står visserligen den upphandlande enheten fritt att fastställa vilka arbeten som ska kvalificeras som huvudsakliga. Den upphandlande enheten är emellertid likväl inte skyldig att föreskriva att samtliga arbeten ska utföras av anbudsgivaren själv. Således innebär artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling ett förbud mot att använda underleverantörer för dessa entreprenader, inbegripet sådana fall där den upphandlande enheten kan kontrollera de berörda underleverantörernas kvalifikationer, och efter denna kontroll, finner att ett sådant förbud inte är nödvändigt för att arbetet ska utföras korrekt, mot bakgrund av bland annat de uppgifter som anbudsgivaren avser lägga ut på underleverantörerna.
- 57 Såsom generaladvokaten har angett i punkt 51 i sitt förslag till avgörande skulle ett alternativ som är mindre restriktivt och säkerställer det eftersträfvade syftet vara att kräva att anbudsgivarna i sina anbud anger för vilka delar av entreprenaden de avser använda underleverantörer, vilka underleverantörer som föreslås och dessas kvalifikationer. Det kunde bland annat även tänkas att den upphandlande enheten ges möjlighet att förbjuda anbudsgivarna att byta ut underleverantörerna om den upphandlande enheten inte i förväg kunnat kontrollera deras identitet och kvalifikationer.
- 58 För övrigt, i den mån den hänskjutande domstolen och den litauiska regeringen har hävdats att artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling antagits för att hindra en förekommande praxis som bestod i att anbudsgivarna gjorde gällande yrkeskunnande enbart i syfte att tilldelas kontraktet i fråga, i syfte att låta huvuddelen av eller i princip hela entreprenaden utföras av underleverantörer, avser denna bestämmelse inte specifikt en sådan praxis. Bestämmelsen innebär således ett förbud för anbudsgivaren att delegera sådana arbeten som av den upphandlande enheten kvalificerats som huvudsakliga, däribland uppgifter som endast utgör en proportionellt mycket liten del av entreprenaden. Bestämmelsen går således utöver vad som är nödvändigt för att hindra ovannämnda praxis.
- 59 För det andra, vad gäller motiveringen att uppmuntra små och medelstora företag att delta i en upphandling i egenskap av medanbudsgivare snarare än som underleverantörer, kan det visserligen inte uteslutas att ett sådant mål, under vissa omständigheter och vissa villkor kan utgöra ett sådant legitimt syfte (se, analogt, dom av den 25 oktober 2007, Geurts och Vogten, C-464/05, EU:C:2007:631, punkt 26).

- 60 Det finns emellertid, under alla omständigheter, ingenting i de omständigheter som domstolen känner till som tyder på att en nationell bestämmelse som artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling, är nödvändig för att uppnå detta syfte.
- 61 Mot denna bakgrund ska den första frågan a) besvaras på följande sätt: När det gäller ett offentligt kontrakt som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17, men som uppvisar ett bestämt gränsöverskridande intresse, ska artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF tolkas så att de utgör hinder för en nationell bestämmelse, såsom artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling, i vilken det föreskrivs att i de fall underleverantörer används för att fullgöra ett byggtreprenadkontrakt, det huvudsakliga arbetet, såsom detta har fastställts av den upphandlande enheten, ska utföras av den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.

Den andra frågan

- 62 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 2004/17, och i synnerhet, principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt den skyldighet att lämna insyn som följer av direktivet ska tolkas så att det är tillåtet för den upphandlande enheten att, sedan meddelandet om upphandling publicerats, ändra vissa punkter i förfrågningsunderlaget, såsom den i det nationella målet aktuella punkt 4.3, i den mån denna enhet med anledning av ändringarna, vilka publicerats i *Europeiska unionens officiella tidning*, har förlängt fristen för att lämna anbud.
- 63 Det ska inledningsvis påpekas att en sådan möjlighet att ändra kontraktshandlingarna föreskrivs i artikel 27.4 i lagen om offentlig upphandling.
- 64 Såsom den hänskjutande domstolen har angett innehåller direktiv 2004/17 inte någon bestämmelse härvidlag.
- 65 Under dessa omständigheter kan det inte anses att artikel 27.4 i lagen om offentlig upphandling, när den är tillämplig på offentliga upphandlingar som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17, på ett direkt och ovillkorligt sätt hänvisar till direktivet i den mening som avses i ovan i punkt 34 angiven rättspraxis (se, analogt, dom av den 7 juli 2011, *Agafiței m.fl.*, C-310/10, EU:C:2011:467, punkt 45).
- 66 Härav följer att den andra frågan inte kan besvaras med utgångspunkt från direktivet.
- 67 Av skäl som angetts i punkterna 43–45 i förevarande dom ska, för att kunna ge ett användbart svar till den hänskjutande domstolen, frågan besvaras mot bakgrund av de grundläggande reglerna och allmänna rättsprinciperna i EUF-fördraget, däribland principerna om icke-diskriminering och likabehandling samt den skyldighet att lämna insyn som följer av bland annat artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, vilka särskilt omfattas av den hänskjutande domstolens frågor.
- 68 Enligt domstolens fasta praxis kräver dessa principer och denna skyldighet i synnerhet att anbudsgivarna behandlas lika när de förbereder sina anbud. Skyldigheten att lämna insyn avser mer precist att säkerställa den upphandlande enheten inte favoriserar någon eller agerar godtyckligt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 november 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44, och dom av den 14 juli 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, punkt 22).
- 69 Dessa principer och denna skyldighet innebär att bland annat att föremålet och tilldelningskriterierna för det aktuella kontraktet ska vara tydligt fastställda då anbudsförfarandet inleds, och att samtliga villkor och former för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt, dels för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten på ett effektivt sätt ska

kunna kontrollera om anbuden från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 maj 2012, kommissionen/Nederländerna, EU:C:2012:284, punkterna 56, 88 och 109, dom av den 6 november 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44, och dom av den 14 juli 2016, TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555, punkt 23). Skyldigheten att lämna insyn innebär även att föremålet för kontraktet och tilldelningskriterierna måste offentliggöras på ett lämpligt sätt av den upphandlande enheten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 januari 2008, Lianakis m.fl., C-532/06, EU:C:2008:40, punkt 40).

- 70 Det följer även av domstolens praxis att den upphandlande enheten, i princip inte under tilldelningsförfarandets gång, kan ändra räckvidden på de grundläggande villkoren för upphandlingen. Till dessa hör de tekniska specifikationerna liksom tilldelningskriterierna, vilka de berörda ekonomiska aktörerna legitimt kan lägga till grund för sina beslut att lämna anbud, eller att i stället avstå från att delta i det aktuella anbudsförfarandet (se, för ett likande resonemang, dom av den 10 maj 2012, kommissionen/Nederländerna, C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 55, och dom av den 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punkterna 27–29).
- 71 Härav följer inte att alla ändringar i förfrågningsunderlaget sedan meddelandet om upphandling offentliggjorts, i princip och under alla omständigheter är förbjudna.
- 72 Den upphandlande enheten kan undantagsvis korrigera eller komplettera uppgifter i förfrågningsunderlaget som kräver en enkel förklaring, eller för att rätta uppenbara faktiska fel, under förutsättning att samtliga anbudsgivare informeras (se, analogt, dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 40).
- 73 Den upphandlande enheten kan även göra vissa ändringar i förfrågningsunderlaget, särskilt vad avser villkoren och formerna för kumulering av yrkeskunskaper, under förutsättning att principerna om icke-diskriminering och likabehandling samt skyldigheten att lämna insyn iakttas.
- 74 Detta krav innebär för det första att de aktuella ändringarna, även om de kan vara betydande, inte får vara av så grundläggande betydelse att de hade kunnat tilldra sig intresset från potentiella anbudsgivare, vilka, utan dessa ändringar inte kunde lämna anbud. Så kan bland annat vara fallet när ändringarna innebär att kontraktet till sin art skiljer sig väsentligt från vad som ursprungligen faststälts.
- 75 För det andra innebär detta krav att ändringarna måste offentliggöras på lämpligt sätt, så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla potentiella anbudsgivare kan få kännedom om ändringarna på samma villkor och samtidigt.
- 76 För det tredje innebär detta krav vidare, dels att dessa ändringar ska göras innan anbudsgivarna lämnar sina anbud, dels att fristen för att lämna anbud måste förlängas när dessa ändringar är betydande, att tiden för denna förlängning beror av hur betydande ändringarna är och att denna tid ska vara tillräcklig för att berörda ekonomiska aktörer ska kunna anpassa sina anbud.
- 77 Av det anförda följer att den andra frågan ska besvaras på följande sätt: När det gäller ett offentligt kontrakt som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17, men som uppvisar ett bestämt gränsöverskridande intresse ska principerna om likabehandling och icke-diskriminering liksom skyldigheten att lämna insyn, som bland annat följer av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF tolkas så att de inte utgör hinder för att en upphandlande enhet, sedan meddelandet om upphandling offentliggjorts, ändrar en punkt i förfrågningsunderlaget om villkoren och formerna för sammanslagning av yrkeskunskaper, såsom punkt 4.3 i det nationella målet. Detta gäller dock under förutsättning att för det första, ändringarna inte får vara av så grundläggande betydelse att de hade kunnat tilldra sig intresset från potentiella anbudsgivare, vilka, utan dessa ändringar inte kunde lämna anbud, för det andra att ändringarna måste offentliggöras på lämpligt sätt, för det tredje, att dessa

ändringar ska göras innan anbudsgivarna lämnar sina anbud, att fristen för att lämna anbud måste förlängas när dessa ändringar är betydande, att tiden för denna förlängning beror av hur betydande ändringarna är och att denna tid ska vara tillräcklig för att berörda ekonomiska aktörer ska kunna anpassa sina anbud, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.

Den första frågan b)

- 78 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan b) för att få klarhet i huruvida direktiv 2004/17 ska tolkas så att den utgör hinder för en punkt i förfrågningsunderlaget, såsom punkt 4.3 i det nationella målet, enligt vilken det då ett gemensamt anbud lämnas av flera anbudsgivare krävs att den del som var och en bidrar med för att uppfylla kraven på yrkeskunnande, proportionellt ska motsvara den andel av arbetena som faktiskt utförs om vederbörande, om kontraktet tilldelas denne.
- 79 Hamnmyndigheten angav vid förhandlingen att punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget i det nationella målet, ska läsas tillsammans med punkt 4.2.3. i förfrågningsunderlaget. I enlighet med den sistnämnda punkten ska de anbudsgivare som önskar inge ett gemensamt anbud precisera de förpliktelser som var och en förpliktar sig att utföra. Fördelningen av dessa andelar är helt upp till anbudsgivarna. Enligt punkt 4.3 kan hamnmyndigheten vid prövningen av anbuden kontrollera att var och en av anbudsgivarna i fråga har det yrkeskunnande som proportionellt motsvarar den andel av arbetena som denne åtar sig i enlighet med samarbetsavtalet och som faktiskt kommer att utföras vid tilldelning av kontraktet.
- 80 Såsom generaladvokaten har angett i punkt 56 i sitt förslag till avgörande avser punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget i det nationella målet tilldelningen av kontraktet, och närmare bestämt möjligheten för anbudsgivare som lämnar ett gemensamt anbud att kumulera sin yrkeskunskap för att motsvara kraven i förfrågningsunderlaget.
- 81 Denna möjlighet föreskrivs i artikel 32.3 i lagen om offentlig upphandling.
- 82 Det framgår emellertid av beslutet om hänskjutande att denna bestämmelse, som är tillämplig på samtliga entreprenadkontrakt oavsett värde, ordagrant återger innehållet i artikel 54.6 i direktiv 2004/17. Den hänskjutande domstolen har vidare angett att när detta direktiv införlivades med litauisk rätt valde den nationella lagstiftaren att utsträcka vissa bestämmelser i direktivet till att omfatta kontrakt med lägre värde än de tröskevärden som anges i artikel 16 b) i direktivet, bland annat genom att föreskriva analoga bestämmelser med samma ordalydelse som i direktivet.
- 83 Det ska under dessa omständigheter anses att artikel 54.6 i direktiv 2004/17 på ett direkt och ovillkorligt sätt, genom artikel 32.3 i lagen om offentlig upphandling, gjorts tillämplig på sådana kontrakt som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.
- 84 Mot bakgrund av i punkterna 33 och 34 i förevarande dom angiven rättspraxis, ska således den första frågan b), prövas i ljuset av artikel 54.6 i direktiv 2004/17.
- 85 Enligt denna bestämmelse har samtliga ekonomiska aktörer rätt att då den upphandlande enheten fastställer ett kvalitativt urvalskriterium med krav avseende teknisk förmåga eller yrkeskunnande, när det gäller ett bestämt kontrakt, åberopa andra enheters kapacitet, oberoende av arten av förbindelserna mellan den ekonomiska aktören och dessa enheter, förutsatt att anbudssökanden eller anbudsgivaren bevisar för den upphandlande enheten att den verkligen kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörande av kontraktet (se, analogt, dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 33 och där angiven rättspraxis). Enligt samma bestämmelse gäller denna rätt även en grupp av ekonomiska aktörer som lämnar ett gemensamt anbud. Dessa kan, på samma villkor, åberopa förmågan hos deltagarna i gruppen eller andra enheter.

- 86 Direktiv 2004/17 utgör inte hinder för att utövandet av rättigheterna enligt artikel 54.6 begränsas, annat än i undantagsfall (se, analogt, dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 39).
- 87 I synnerhet kan det inte uteslutas att det under särskilda omständigheter är så att det med hänsyn till ett visst kontrakts art och syfte liksom berörda arbeten, inte är möjligt att överföra en annan enhets kapacitet, som behövs för att fullgöra ett bestämt kontrakt, till anbudsgivaren. Anbudsgivaren kan således återropa nämnda kapacitet endast om den utomstående enheten deltar direkt och personligen i att fullgöra kontraktet i fråga (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 41).
- 88 Under sådana omständigheter kan den upphandlande enheten, för att underlätta ett korrekt fullgörande av kontraktet, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget ange exakta regler som gör det möjligt för en ekonomisk aktör att återropa andra enheters kapacitet. Om den upphandlande enheten beslutar att använda en sådan möjlighet, måste den dock försäkra sig om att de regler som den ställt upp står i samband med och i proportion till kontraktets föremål och syfte (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkterna 54–56).
- 89 De kan inte heller uteslutas att det under särskilda omständigheter, med hänsyn till den berörda entreprenadens art liksom kontraktets föremål och syfte, inte är möjligt att överföra kunnande hos de olika deltagarna i en grupp av ekonomiska aktörer som lämnar ett gemensamt anbud, som är nödvändigt för att nämnda kontrakt ska kunna utföras, mellan dessa deltagare. I ett sådant fall kan den upphandlande enheten kräva att var och en av dessa deltagare utför de arbeten som svarar mot dennes kunnande.
- 90 I det aktuella fallet har hamnmyndigheten och den litauiska regeringen hävdade att punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget syftar till att undvika att en anbudsgivare, i avsikten att vinna upphandlingen, återropar kunnande som denne inte har för avsikt att utnyttja, och, tvärtom, att en anbudsgivare kan tilldelas ett kontrakt och utföra en del av entreprenaden trots att denne saknar nödvändigt kunnande och nödvändiga medel för att kunna utföra entreprenaden väl.
- 91 Det kan visserligen inte uteslutas att, mot bakgrund av att entreprenaden i det nationella målet är tekniskt komplicerad och omfattande, det för att entreprenaden ska utföras korrekt krävs att det vid ett gemensamt anbud av flera anbudsgivare, var och en av dem utför de särskilda uppgifter som mot bakgrund av dessa arbetens eller uppgifters föremål eller syfte, svarar mot deras eget yrkeskunnande.
- 92 Detta förefaller dock inte vara syftet med punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget i det nationella målet. Såsom generaladvokaten har angett i punkterna 63 och 64 i sitt förslag till avgörande krävs enligt denna punkt att det ska finnas ett rent matematiskt samband mellan varje anbudsgivares bidrag för att kraven på yrkeskunnande ska vara uppfyllda och den del av arbetet som denne anbudsgivare åtar sig att utföra och faktiskt genomför vid tilldelning av kontraktet. Denna punkt tar däremot inte hänsyn till arten av de uppgifter som ska utföras av varje anbudsgivare och inte heller till det egna tekniska kunnandet hos var och en av dem. Under dessa omständigheter utgör inte punkt 4.3 hinder för att en av de berörda anbudsgivarna utför specifika uppgifter för vilka denne i verkligheten saknar nödvändig erfarenhet eller kunnande.
- 93 Hamnmyndigheten och den litauiska regeringen har dessutom hävdade att punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget i det nationella målet inte utgör hinder för att de berörda anbudsgivarna använder sig av underleverantörer för att utföra arbeten som kvalificerats som icke huvudsakliga och att, i enlighet med punkt 4.4 i förfrågningsunderlaget kontrollerades inte dessa underleverantörers yrkeskunnande. Om så är fallet, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera, innebär det att punkt 4.3 inte säkerställer att anbudsgivarna faktiskt använder det kunnande som de

angivit vid tilldelningen av kontraktet och som beaktades av hamnmyndigheten vid prövningen av anbudet. Det innebär vidare att det inte är uteslutet att arbeten som kvalificerats som icke huvudsakliga utförs av underleverantörer som saknar nödvändiga yrkeskunskaper.

- 94 Härav följer att punkt 4.3 i förfrågningsunderlaget i det nationella målet inte kan säkerställa de syften som eftersträvas.
- 95 Den begränsning av rättigheterna enligt artikel 54.6 i direktiv 2004/17 som följer av denna punkt kan således inte motiveras av föremålet för och syftet med kontraktet i det nationella målet.
- 96 Under dessa omständigheter ska den första frågan b), besvaras på följande sätt: Artikel 54.6 i direktiv 2004/17 ska tolkas så att den utgör hinder för en punkt i förfrågningsunderlaget, såsom punkt 4.3 i det nationella målet, enligt vilken det då ett gemensamt anbud lämnas av flera anbudsgivare krävs att den del som var och en bidrar med för att uppfylla kraven på yrkeskunnande, proportionellt ska motsvara den andel av arbetena som faktiskt utförs av vederbörande, om kontraktet tilldelas denne.

Rättegångskostnader

- 97 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

- 1) När det gäller ett offentligt kontrakt som inte omfattas av tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, i dess lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 1336/2013 av den 13 december 2013, men som uppvisar ett bestämt gränsöverskridande intresse, ska artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF tolkas så att de utgör hinder för en nationell bestämmelse, såsom artikel 24.5 i lagen om offentlig upphandling, i vilken det föreskrivs att i de fall underleverantörer används för att fullgöra ett byggtreprenadkontrakt, det huvudsakliga arbetet, såsom detta har fastställts av den upphandlande myndigheten, ska utföras av den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.
- 2) När det gäller ett offentligt kontrakt som inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/17, men som uppvisar ett bestämt gränsöverskridande intresse, ska principerna om likabehandling och icke-diskriminering liksom skyldigheten att lämna insyn, som bland annat följer av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF tolkas så att de inte utgör hinder för att en upphandlande enhet, sedan meddelandet om upphandling offentliggjorts, ändrar en punkt i förfrågningsunderlaget om villkoren och formerna för kumulering av yrkeskunskaper, såsom punkt 4.3 i det nationella målet. Detta gäller dock under förutsättning att för det första, ändringarna inte får vara av så grundläggande betydelse att de hade kunnat tilldra sig intresset från potentiella anbudsgivare, vilka, utan dessa ändringar inte kunde lämna anbud, för det andra att ändringarna måste offentliggöras på lämpligt sätt, för det tredje, att dessa ändringar ska göras innan anbudsgivarna lämnar sina anbud, att fristen för att lämna anbud måste förlängas när dessa ändringar är betydande, att tiden för denna förlängning beror av hur betydande ändringarna är och att denna tid ska vara tillräcklig för att berörda ekonomiska aktörer ska kunna anpassa sina anbud, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.

- 3) Artikel 54.6 i direktiv 2004/17, i dess lydelse enligt förordning nr 1336/2013, ska tolkas så att den utgör hinder för en punkt i förfrågningsunderlaget, såsom punkt 4.3 i det nationella målet, enligt vilken det då ett gemensamt anbud lämnas av flera anbudsgivare krävs att den del som var och en bidrar med för att uppfylla kraven på yrkeskunnande, proportionellt ska motsvara den andel av arbetena som faktiskt utförs av vederbörande, om kontraktet tilldelas denne.

Underskrifter