

Sag C-295/20

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

2. juli 2020

Forelæggende ret:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauen)

Afgørelse af:

2. juli 2020

Appellant:

UAB »Sanresa«

Indstævnt:

Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos

Hovedsagens genstand

Hovedsagen vedrører fortolkningen og anvendelsen af de materielle regler for kvalificeringen af kravene vedrørende leverandørers ret til at udøve en aktivitet samt vurderingen af overholdelse heraf.

Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen

Fortolkning og anvendelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (herefter »direktiv 2014/24«) og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1013/2006 af 14. juni 2006 om overførsel af affald (herefter »forordning nr. 1013/2006«); artikel 267, stk. 1, litra b), og stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (herefter »TEUF«).

Præjudicielle spørgsmål

- 1) Skal artikel 18, stk. 2, artikel 56, stk. 1, første afsnit, litra b), og artikel 56, stk. 1, andet afsnit, artikel 58, stk. 1, første afsnit, litra a), samt artikel 58, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2014/24 og artikel 3 og 6 samt andre bestemmelser i forordning nr. 1013/2006 (sammen eller hver for sig, men uden begrænsning) fortolkes således, at et samtykke givet til en erhvervsdrivende, hvilket er nødvendigt for at overføre affald fra en medlemsstat i Den Europæiske Union til en anden, skal kvalificeres som et krav til en tjenesteydelseskontrakts gennemførelse og ikke som et krav vedrørende retten til at udøve en aktivitet?
- 2) Hvis det nævnte samtykke til overførsel af affald skal anses for et udvælgelseskriterium for leverandører (egnethed til at udøve det pågældende erhverv), skal gennemsigtighedsprincippet og princippet om fair konkurrence i artikel 18, stk. 1, første og andet afsnit, i direktiv 2014/24, artikel 58, stk. 1, første afsnit, litra a), og artikel 58, stk. 2, andet afsnit, i samme direktiv, den frie bevægelighed for personer, varer og tjenesteydelser, således som anført i artikel 26, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, samt artikel 7 og 9 i forordning nr. 1013/2006 (sammen eller hver for sig, men uden begrænsning), da fortolkes og anvendes på en sådan måde, at betingelserne for det offentlige udbud vedrørende affaldshåndteringsydelser, navnlig hvad angår frister for indgivelse af bud, skal indeholde betingelser for nationale og udenlandske leverandører, der ønsker at transportere affald på tværs af EU-medlemsstaternes grænser, som giver mulighed for ubegrænset deltagelse i sådanne udbudsprocedurer, og de skal bl.a. have ret til at fremlægge det nævnte samtykke, hvis det er givet på en dato, der ligger efter fristen for indgivelse af bud?
- 3) Hvis det nævnte samtykke til overførsel af affald i overensstemmelse med artikel 49 i direktiv 2014/24, punkt 17 i del C i bilag V til direktiv 2014/24 og nævnte direktivs artikel 70 skal anses for en betingelse for en offentlig indkøbskontrakts gennemførelse, skal de offentlige udbudsprincipper i dette direktivs artikel 18 og den almindelige udbudsprocedure i artikel 56 deri da fortolkes således, at buddet fra en tilbudsgiver, der ikke har fremlagt dette samtykke, ikke kan udelukkes?
- 4) Skal artikel 18, artikel 56, stk. 1, første afsnit, litra b), artikel 58, stk. 1, første afsnit, litra a), og artikel 58, stk. 2, i direktiv 2014/24 fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, hvorefter ordregivende myndigheder er berettiget til på forhånd i offentlige udbudsdokumenter at fastlægge en procedure for bedømmelse af buddene, i henhold til hvilken leverandørens ret til at udøve en aktivitet (egnethed til at udøve det pågældende erhverv) kontrolleres delvist eller slet ikke kontrolleres, selv om besiddelsen af denne ret er en forudsætning for den offentlige

indkøbskontrakts lovlige gennemførelse, og de ordregivende myndigheder muligvis har kendskab til behovet for denne ret på forhånd?

- 5) Skal artikel 18 og artikel 42, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2014/24 og artikel 2, nr. 35), artikel 5 og 17 i forordning nr. 1013/2006 samt andre bestemmelser i denne forordning fortolkes således, at ordregivende myndigheder i forbindelse med indkøb af affaldshåndteringsydelser alene lovligt kan indkøbe sådanne ydelser, hvis de klart og præcist i de offentlige udbudsdokumenter angiver affaldets mængde og sammensætning og andre vigtige vilkår for kontraktens gennemførelse (f.eks. emballering)?

Anførte EU-retlige bestemmelser

Artikel 18, stk. 1 og 2, artikel 42, stk. 1, første afsnit, artikel 49, artikel 56, stk. 1, første afsnit, litra b), og artikel 56, stk. 1, andet afsnit, artikel 58, stk. 1, første afsnit, artikel 58, stk. 2, andet afsnit, artikel 70 i direktiv 2014/24, og punkt 17 i del C i bilag V til dette direktiv samt bilag XI til dette direktiv.

Artikel 2, nr. 35), artikel 3-9 og artikel 17 i forordning nr. 1013/2006.

Artikel 26, stk. 2, TEUF.

Anførte nationale bestemmelser

Artikel 35 (»Udbudsdokumenternes indhold«) i viešųjų pirkimų įstatymas (lov om offentlige udbud) bestemmer:

1. Den ordregivende myndighed angive samtlige oplysninger om udbuddets betingelser og fremgangsmåde i udbudsdokumenterne.

2. Udbudsdokumenter skal:

[...]

2) angive grundene til udelukkelsen af leverandører, kvalifikationskravene og eventuelt påkrævede standarder for kvalitetsstyringssystemer og/eller miljøstyringssystemer, herunder krav til individuelle medlemmer af en gruppe leverandører, der indgiver en fælles anmodning om deltagelse eller et fælles bud

3) indeholde oplysninger om, at leverandøren, såfremt dennes kvalificering med hensyn til retten til at udøve den pågældende aktivitet ikke er blevet kontrolleret eller ikke i fuldt omfang er blevet kontrolleret, over for den ordregivende myndighed forpligter sig til at sikre, at udbudskontrakten alene gennemføres af personer, der har en sådan ret

[...]

5) angive en liste over dokumenter, der bekræfter, at der ikke foreligger grunde til at udelukke leverandører, og at kvalifikationskravene og eventuelt påkrævede standarder for kvalitetsstyringssystemer og/eller miljøstyringssystemer er opfyldt, indeholde oplysningen om, at leverandøren skal fremlægge et fælles europæisk udbudsdokument i overensstemmelse med betingelserne i denne lovs artikel 50, og inden for rammerne af et offentligt udbud angive, om den i denne lovs artikel 59, stk. 4, fastsatte mulighed for først at bedømme budet, der er indgivet af leverandøren, og efterfølgende dennes kvalifikationer, finder anvendelse

[...]

8) angive navnet og mængden (volumen) af varer eller bygge- og anlægsarbejder, hvilke ydelser, der skal leveres med varerne, og tidsfristerne for leveringen af varerne eller tjenesteydelserne eller gennemførelsen af bygge- og anlægsarbejdet

[...]

4. Den ordregivende myndighed udfærdiger udbudsdokumenter i overensstemmelse med denne lovs bestemmelser. Udbudsdokumenterne skal være korrekte, klare og utvetydige, således at leverandører kan indgive bud, og den ordregivende myndighed kan købe, hvad den har brug for.

Artikel 47 (»Kontrol af en leverandørs kvalifikationer«) i lov om offentlige udbud bestemmer bl.a.:

1. Den ordregivende myndighed skal undersøge, om en leverandør er kompetent, pålidelig og i stand til at opfylde udbudsvilkårene, og myndigheden har derfor ret til i en udbudsbekendtgørelse eller i andre udbudsdokumenter at angive de nødvendige kvalifikationskrav til ansøgere eller tilbudsgivere og de dokumenter eller oplysninger, der bekræfter overensstemmelse med disse krav. De af den ordregivende myndighed fastsatte kvalifikationskrav til ansøgere eller tilbudsgivere må ikke på kunstig vis begrænse konkurrencen og skal være forholdsmæssige og vedrøre kontraktens genstand på præcis og klar vis. Ved kontrollen af leverandørens kvalifikationer kan der tages hensyn til følgende:

1) retten til at udøve de relevante aktiviteter

[...]

2. Den ordregivende myndighed har i udbudsdokumenter ret til at kræve, at en leverandør skal være berettiget til at udøve de for kontraktens gennemførelse nødvendige aktiviteter. Myndigheden kan i udbudsprocedurer kræve, at leverandører har en særlig tilladelse, eller at de er medlemmer af en bestemt organisation, hvis dette kræves af dem, der ønsker at levere de pågældende ydelser, i deres hjemland.

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

1 Den 7. oktober 2018 offentliggjorde Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos (miljøbeskyttelseskontoret, Miljøministeriet, Litauen; herefter »indstævnte« eller »den ordregivende myndighed«) en udbudsbekendtgørelse vedrørende et offentligt internationalt udbud om køb af tjenesteydelser vedrørende håndtering af farligt affald (herefter »udbudsproceduren«).

2 Følgende fremgår bl.a. af udbudsbetingelserne:

Udbuddets genstand: Tjenesteydelser vedrørende håndtering af farligt affald med hensyn til farligt affald, der oplagret uden for på anlægget »Ūrus« ir Ko BUAB [...] (hvilket udgør en miljøfare, som opbevares i forfaldne beholdere, der er stablet oven på hinanden på jorden, og som påvirkes af vægt, nedbør, lufttemperatur og andre miljømæssige faktorer og indeholder farlige kemikalier tilgængelige for uvedkommende). Affaldet, der udgør en øget risiko, skal fjernes hurtigt for at forhindre en miljøkatastrofe [...]

En leverandør, der deltager i udbudsproceduren, skal opfylde de kvalifikationskrav, som er fastsat i dette stykke. Leverandørens kvalifikationer skal være opnået inden udløbet af fristen for indgivelse af bud. Den ordregivende myndighed anmoder alene om de i skemaet i dette stykke opførte dokumenter, der bekræfter overensstemmelse med kvalifikationskravene, fra leverandøren af det bud, der vælges i overensstemmelse med bedømmelsens resultater [...]

Leverandøren skal opfylde samtlige de fastsatte kvalifikationskrav:

for at have ret til at udøve den til udbudskontraktens gennemførelse nødvendige aktivitet, dvs. at have en udtømmende udskrift fra registret over juridiske personer fra VĮ Registrų centras (den statslige enhed, registercentret) eller et andet officielt dokument, der er udstedt af en kompetent myndighed, og som attesterer retten til at udøve den til udbudskontraktens gennemførelse nødvendige aktivitet, dvs. håndtering af farligt affald [...] (punkt 1 i skemaet i stk. 23) (herefter »den omtvistede udbudsbetingelse«).

[...]

Hvis leverandørens kvalifikationer med hensyn til retten til at udøve en relevant aktivitet ikke er blevet kontrolleret eller ikke i fuldt omfang er blevet kontrolleret, forpligter leverandøren sig over for den ordregivende myndighed til at sikre, at udbudskontrakten alene vil blive gennemført af personer, der har en sådan ret (stk. 23.1.2).

3 Fire leverandører indgav bud i udbudsproceduren: »Sanresa« UAB (herefter »appellanten«) i fællesskab med »Ekometrija« UAB og »Palemono keramikos gamykla« AB og med inddragelse af to underkontrahenter, Fortum Waste Solution A/S (Danmark) og ALS Czech republik s.r.o. (Den Tjekkiske Republik);

»Švykai« UAB; en gruppe leverandører bestående af »Žalvaris« UAB sammen med »Toksika« UAB; og »Eko Balt« UAB.

- 4 Den 22. november 2018 anmodede den ordregivende myndighed appellanten om nogle oplysninger for at afklare dens bud bl.a. vedrørende fordelingen af respektive affaldshåndteringsoperationer mellem dens partnere og underkontrahenter og vedrørende oplysninger om konkret hvilken underkontrahent, der havde samtykke til at foretage international overførsel af affald.
- 5 Den 7. december 2018 meddelte den ordregivende myndighed appellanten efter at have gennemgået dennes oplysninger, at international overførsel af affald er omfattet af forordning nr. 1013/2006, hvorefter der kræves besiddelse af samtykke for at foretage overførsel, og at ingen af de erhvervsdrivende, som appellanten havde inddraget, havde et.
- 6 Den 21. maj 2019 traf den ordregivende myndighed afgørelser om at afvise appellants bud, offentliggjorde buddenes rangorden og den valgte tilbudsgiver (som var gruppen af leverandører bestående af »Žalvaris« UAB og »Toksika« UAB) og indgik en offentlig tjenesteydelseskontrakt med den valgte tilbudsgiver.
- 7 Indstævnte begrundede sin afgørelse om at afvise appellants bud bl.a. med henvisning til med den stadigt stigende trussel mod miljøet forårsaget af det ukontrollerede affald samt den manglende opfyldelse af udbudsbetingelserne hvad angår leverandørers forpligtelse til at have ret til at udøve den til udbuds kontraktens gennemførelse nødvendige aktivitet (appellanten skulle have samtykke fra Aplinkos apsaugos agentūra (miljøbeskyttelsesagentur) til at foretage international overførsel af affald i overensstemmelse med bestemmelserne i forordning nr. 1013/2006, og den pågældende undlod at inddrage nye underkontrahenter, der har samtykke, eller som ikke har brug for det, selv om denne blev opfordret hertil).
- 8 Den 30. maj 2019 indgav appellanten en klage til indstævnte vedrørende afvisningen af budet. Appellanten gjorde gældende, at denne opfyldte kvalifikationskravene til leverandører i udbudsbetingelserne, da disse ikke indeholdt kravet om sammen med budet at vedlægge samtykke til international overførsel. Ifølge appellanten skulle dette samtykke anses som et krav til kontraktens gennemførelse og ikke som et kvalifikationskrav. Appellanten anførte endvidere, at denne under alle omstændigheder ikke kunne opnå samtykke til overførsel af affald, da udbudsbetingelserne ikke indeholdt en angivelse af den præcise mængde og sammensætning deraf.
- 9 Den 10. juni 2019 traf indstævnte afgørelse om ikke at imødekomme appellants klage, hvorved denne i det væsentlige gentog begrundelserne i dens tidligere afgørelser.
- 10 Den 20. juni 2019 anlagde appellanten sag ved Vilniaus apygardos teismas (den regionale domstol i Vilnius), som blev forkastet. Den 16. oktober 2019 iværksatte

appellanten appel, som blev forkastet af Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appeldomstol) ved afgørelse af 18. december 2019.

- 11 Domstolene fastslog i det væsentlige, at den ordregivende myndighed i overensstemmelse med artikel 47 i lov om offentlige udbud havde pligt til at kontrollere leverandørers kvalifikationer, hvilket betød, at myndigheden kunne medtage kravet om retten til at udøve en aktivitet i udbudsbetingelserne; de kvalificerede den omtvistede udbudsbetingelse som et kvalifikationskrav til leverandører; de anså indstævntes argumenter om, at appellanten i henhold til forordning nr. 1013/2006 havde pligt til at give den ordregivende myndighed samtykke til overførsel, fordi denne besluttede at overføre affald til en anden medlemsstat i Den Europæiske Union, for at være begrundet og fastslog, at denne konklusion ikke ændres af den omstændighed, at et sådant dokument ikke var nævnt i udbudsbetingelserne, da dokumentet var omfattet af ufravigelige EU-retlige bestemmelser, og anvendelse af dokumentet indebar derfor ikke en tilsidesættelse af princippet om offentlige udbud.
- 12 Den 17. januar 2020 iværksatte appellanten revisionsappel ved Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol, herefter »kassationsdomstolen«).

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 13 Det fremgår af sagens akter, at værdien af den offentlige udbudskontrakt, som blev indgået den 7. oktober 2019, dvs. 1 167 500 EUR uden moms, overstiger den internationale tærskelværdi for udbud, og tvisten mellem parterne henhører derfor uden tvivl under anvendelsesområdet for EU-reglerne om offentlige udbud (direktiv 2014/24). Anvendelsen af forordning nr. 1013/2006 er ikke knyttet til værdien af overførslen af affald, men afhænger af genstanden (det omhandlede affald) og det territoriale aspekt, og derfor er tvisten mellem parterne omfattet af anvendelsesområdet for denne EU-retlige retsakt.
- 14 I den foreliggende sag vedrører tvisten mellem parterne lovligheden af bedømmelsen af buddene, der er indgivet af appellanten og den valgte tilbudsgiver med hensyn til opfyldelsen af de fastsatte krav.

Kravet om under den offentlige udbudsprocedure at fremlægge samtykke til at foretage international overførsel af affald i henhold til forordning nr. 1013/2006

- 15 Ifølge den forelæggende ret omhandler det grundlæggende retlige spørgsmål vedrørende bl.a. fortolkningen og anvendelsen af bestemmelserne i direktiv 2014/24 og forordning nr. 1013/2006 den korrekte kvalificering af udbudsbetingelserne, dvs. om der er tale om et krav vedrørende leverandørers ret til at udøve en aktivitet eller et krav om den offentlige udbudskontrakts gennemførelse. Dette spørgsmål er ikke et mål i sig selv; dette er i det væsentlige

grundlaget for vurderingen af lovligheden af den ordregivende myndigheds afgørelse om at afvise appellantens bud.

- 16 I denne forbindelse skal der erindres om kassationsdomstolens faste retspraksis, hvorefter det, der ved løsningen af tvister mellem ordregivende myndigheder og leverandører i realiteten har betydning, er indholdet af betingelsen, og ikke hvad den ordregivende myndighed benævner den; den korrekte kvalificering af udbudsdokumenternes betingelser sikrer korrekt anvendelse af bestemmelserne i lov om offentlige udbud på forskellige udbudsprocedurer og dermed den korrekte løsning af tvisten.
- 17 Det skal på den anden side bemærkes, at den omtvistede udbudsbetingelse ikke udtrykkeligt angiver kravet om sammen med budet at fremlægge samtykke til international overførsel af affald. Parterne har ikke bestridt dette.
- 18 Indstævnte kvalificerede den omtvistede udbudsbetingelse således, at den omfatter kravet om at have ret til at foretage international overførsel af affald. Domstolene, der behandlede sagen, var enige heri.
- 19 Kassationsdomstolen har mere end en gang fastslået, at leverandørens kvalifikation forstås som dennes kapacitet og evne til at udføre de forpligtelser, der skal påtages i henhold til den offentlige udbudskontrakt, tilfredsstillende; dette er en objektiv kategori (en retlig omstændighed), der angiver forekomsten af visse tidligere faktiske omstændigheder (f.eks. aktivitetens udbytte) eller nuværende (f.eks. kompetencer hvad angår selskabets personale); kvalifikationen skal være opnået inden den i udbudsdokumenterne fastsatte frist for indgivelse af bud. Det samme synspunkt fremgår i det væsentlige af Domstolens retspraksis (jf. dom af 10. oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 42).
- 20 Kassationsdomstolens retspraksis vedrørende kvalificeringen af offentlige udbudsbetingelser som et kapacitetskrav til leverandøren eller et krav til kontraktens gennemførelse fastslår bl.a., at det er vigtigt ved en sådan vurdering at fastlægge, om det relevante krav i udbudsbetingelserne er direkte og entydigt fastsat og på en sådan måde, at bedømmelsen af overensstemmelse hermed er knyttet til fristen for indgivelse af bud; det er endvidere nødvendigt at bedømme de relevante retsregler, der giver anledning til leverandørens forpligtelse til at være i besiddelse af en bestemt tilladelse for at udøve en aktivitet.
- 21 Appellanten har under sagen gentagne gange gjort gældende, at i overensstemmelse med bestemmelserne i forordning nr. 1013/2006 skal samtykket, som indstævnte anmodede om, mere ses således, at det vedrører en bestemt kontrakts gennemførelse og ikke som leverandørens kvalifikation. Ifølge den forelæggende ret forekommer en sådan fortolkning af forordning nr. 1013/2006 henset til dens bestemmelser umiddelbart ikke ubegrundet.
- 22 I overensstemmelse med bestemmelserne i forordning nr. 1013/2006 er samtykke til at foretage international overførsel af affald nemlig mere af ad hoc end generel karakter, fordi en overførsel af affald anses for lovlig, bl.a. når den er anmeldt til

de kompetente myndigheder, sidstnævnte har givet samtykke og overførslen foretages som anført i anmeldelses- eller transportformularerne og i overensstemmelse med forordningens bestemmelser.

- 23 Ifølge den forelæggende ret udelukker den blotte omstændighed, at et bestemt dokument, der giver en erhvervsdrivende ret til at handle, indeholder meget specifikke oplysninger, ikke i sig selv muligheden for at klassificere dette samtykke som bevis for retten til at udøve en aktivitet.
- 24 Den forelæggende ret er ikke desto mindre af den opfattelse, at samtykke til overførsel af affald fra en medlemsstat til en anden er gyldig for en ganske kort periode, og selv når der er opnået samtykke til at overføre det pågældende affald, vil det ikke være muligt at anvende samtykket ved en anden lejlighed, især fordi det formål, som det var givet til, allerede er opfyldt. Endvidere kan sammensætningen af forskellige overførsler af affald være forskellig, og selv om den forbliver den samme, kan transitmedlemsstaten og bestemmelsesmedlemsstaten variere. Udstedelsen og gyldigheden af samtykke til overførsel og muligheden for at anvende det afhænger derfor ikke blot af pålideligheden af den enhed, der ønsker at opnå det, og dens bestræbelser, men også af andre særlige omstændigheder.
- 25 Endvidere har de kompetente myndigheder i de respektive medlemsstater (afsendelses-, bestemmelses-, eller transitmedlemsstaterne) i overensstemmelse med bestemmelserne i forordning nr. 1013/2006 en ganske vid skønsbeføjelse til at nægte at give samtykke, således at der foreligger en betydelig risiko for, at en leverandør, der har opnået en kontrakt i en offentlig udbudsprocedure om overførsel af affald, eller denne leverandørs partner i sidste ende ikke lovligt kan gennemføre kontrakten.
- 26 Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt risikoen for, at dette samtykke ikke gives, skal overføres til de ordregivende myndigheder, der har valgt tilbudsgiveren og indgået en kontrakt med denne. Hvis den omtvistede udbudsbetingung på den anden side fortolkes som et kvalifikationskrav, vil det uundgåeligt være leverandøren, der løber enhver risiko vedrørende den administrative byrde forbundet med at opnå samtykke til overførsel og den økonomiske byrde forbundet med at opnå en finansiel sikkerhedsstillelse (artikel 6 i forordning nr. 1013/2006).
- 27 Kassationsdomstolen er i denne henseende endelig af den opfattelse, at en afgørelse om kvalificeringen af den omtvistede udbudsbetingung henset til ad hoc-karakteren af samtykke til overførsel bl.a. skal være baseret på bestemmelserne i direktiv 2014/24, a fortiori artikel 58 og bilag XI. Ikke desto mindre indeholder hverken denne artikel eller betragtningerne til direktivet klarere bestemmelser, der gør det muligt præcist at fastlægge det faktiske indhold af den omtvistede udbudsbetingung, når det undersøges, om samtykke til overførsel af affald er et element, der kendetegner leverandørens kvalifikationer. Det er med andre ord uklart, om EU-lovgiver ved fastlæggelsen af begrebet »egnethed til at

udøve det pågældende erhverv« havde til hensigt at beskrive situationer af en hver art omfattende bl.a. udstedelsen og anvendelsen af en ad hoc-tilladelse til at udøve en aktivitet.

Undersøgelse af leverandørens ret til at udøve en aktivitet (artikel 35, stk. 2, nr. 3, i lov om offentlige udbud)

- 28 Såfremt det fastslås, at den omtvistede udbudsbetingelse skal kvalificeres som et krav til leverandørerne om at have ret til at udøve en aktivitet, og dette krav følger af udbudsproceduren og anvendelsen af bestemmelserne i forordning nr. 1013/2006, således at leverandørerne skal opfylde det, giver dette anledning til yderligere spørgsmål vedrørende vurderingen af leverandørernes kapacitet henset til udbudsbetingelsernes stk. 23.1.2, der henviser til artikel 35, stk. 2, nr. 3, i lov om offentlige udbud.
- 29 Appellanten støtter bl.a. sit synspunkt vedrørende ulovligheden af afvisningen af dennes bud på det forhold, at buddet som følge af den omtvistede udbudsbetingelses indhold og den systemiske anvendelse af udbudsbetingelsernes stk. 23.1.2 ikke kunne afvises, da indstævnte selv anførte i udbudsbetingelserne, at leverandørens ret til at udøve en aktivitet alene delvist ville blive kontrolleret.
- 30 Den forelæggende ret bemærker, at der i en lang periode (indtil begyndelsen af 2017) blev anvendt en delvis fejlagtig praksis i Litauen, hvorefter der i offentlige udbudsbetingelser ikke var fastsat nogen krav overhovedet til leverandørers ret til at udøve en aktivitet, eller kravene var udformet for abstrakt, idet de indeholdt en generel betingelse uden at præcisere præcis hvilken ret, man skulle have, eller hvilken dokumentation der skulle fremlægges herfor. Kassationsdomstolen var på dette tidspunkt af den opfattelse, at gennemsigtighedsprincippet endvidere medførte en forpligtelse til at overholde ufravigelige bestemmelser i andre specialforskrifter, hvilket navnlig indebærer, at leverandøren i overensstemmelse med definitionen af udbudsprocedurens genstand og andre bestemmelser i tekniske specifikationer var ansvarlig for vurderingen af samtlige krævede certifikater, tilladelser, attester og andre lignende dokumenter, der godtgjorde besiddelsen af en bestemt ret.
- 31 Denne retspraksis fra kassationsdomstolen blev anvendt indtil den 14. februar 2017, hvor en civilretlig afgørelse ændrede den tidligere nationale retspraksis. Denne afgørelse, der bl.a. støttede sig på Domstolens dom af 2. juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), fastslog følgende: a) den omstændighed, at anvendelsen af specialforskrifter går forud for offentlige udbudsbetingelser klarhed, indebærer, at de ordregivende myndigheder har en for vidtgående skønsbeføjelse og medfører en risiko for misbrug fra deres side; b) ordregivende myndigheder kan ikke afvise leverandørers bud med udgangspunkt i krav, der ikke på forhånd er klare, selv om kravene følger af ufravigelige retsregler; c) hvis udbudsbetingelserne ikke klart angiver kravene vedrørende retten til at udøve en aktivitet, der er fastsat i andre bindende retsakter, og leverandørerne ikke opfylder dem, skal leverandørerne have mulighed for at afhjælpe eventuelle mangler i deres

- bud; d) en sådan berigtigelsesmekanisme omfatter leverandørens tilladelse til at inddrage nye enheder – partnere eller underkontrahenter – til en offentlig udbudskontrakts gennemførelse, hvis den pågældende ikke kan eller ikke er berettiget til at udføre visse bygge- og anlægsarbejder (levere visse tjenesteydelser).
- 32 Det skal bemærkes, at den litauiske lovgiver ved gennemførelsen af bestemmelserne i direktiv 2014/24 vedtog en ny affattelse af artikel 35, stk. 2, nr. 3, i lov om offentlige udbud, hvori den med henblik på at undgå afvisninger af bud baseret på kvalifikationskrav, der ikke er klart definerede, udtrykkeligt gav ordregivende myndigheder ret til ikke at kontrollere (eller ikke i fuldt omfang at kontrollere) den pågældende leverandørs kapacitet.
- 33 Kassationsdomstolen har ved fortolkningen af denne bestemmelse bemærket, at lov om offentlige udbud i det væsentlige afspejler praksis fra privatretlige forhold, hvor besiddelsen af den relevante ret til at udøve en aktivitet sikres i det kontraktretlige forhold i stedet for forud for kontraktens indgåelse (selv om ordregivende myndigheder reelt ikke er afskåret fra at fastsætte et sådant kapacitetskrav i offentlige udbudsdokumenter); de ordregivende myndigheder skal under alle omstændigheder inden indgåelsen af en offentlig udbudskontrakt vurdere, om de pågældende enheder har ret til at påtage sig og opfylde kontraktlige forpligtelser.
- 34 Henset til de ordregivende myndigheders forpligtelser som følge af gennemsigtighedsprincippet omfatter ordlyden »kvalifikationen er ikke blevet kontrolleret« desuden ikke kun en anmodning om at fremlægge et dokument, der bekræfter den relevante ret, men primært formuleringen i udbudsbetingelserne (om fastlæggelse) af netop det krav, at leverandører skal besidde en sådan kapacitet, dvs. kvalifikationen anses for at være kontrolleret, når relevante krav er fastlagt i udbudsbetingelserne, og den ordregivende myndighed i forbindelse med undersøgelsen af et bud anmoder om fremlæggelsen af relevante dokumenter.
- 35 Det kan udledes af kassationsdomstolens retspraksis mellem 2017 og 2019, at såfremt en ordregivende myndighed ikke fuldt ud kontrollerede eller slet ikke kontrollerede, om leverandører havde ret til at udøve en aktivitet, ville den valgte tilbudsgiver være forpligtet til forud for indgåelsen af den offentlige udbudskontrakt at godtgøre en sådan ret over for den ordregivende myndighed, uanset datoen for udstedelsen heraf, og såfremt leverandøren ikke besad en sådan ret, kunne den pågældende inddrage nye enheder, nemlig partnere i en fælles aktivitet eller underkontrahenter.
- 36 Det er uklart for den forelæggende ret, om en sådan national lovgivning, hvorefter ordregivende myndigheder bevarer en ubegrænset ret til ikke at kontrollere, om leverandører har en ret til at udøve en aktivitet, selv om det er muligt, at disse myndigheder kan have (eller skal have) kendskab til behovet for at have en sådan ret og må (eller skal) forstå, at der er en fare for, at den offentlige udbudskontrakt ikke gennemføres korrekt, er forenelig med princippet om gennemsigtighed og

princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og med praksis med hensyn til en korrekt gennemførelse af offentlige udbudsprocedurer.

Lovligheden af udbudsbetingelser, der definerer udbudsprocedurens genstand

- 37 Den forelæggende ret har endvidere spørgsmål hvad angår de udbudsbetingelser, der definerer udbudsprocedurens genstand, og hvad angår visse af bestemmelserne i de tekniske specifikationer. Udbudsbetingelserne viser klart, at den ordregivende myndighed ikke fuldt ud er bekendt med den præcise sammensætning og mængden af det affald, der skal fjernes.
- 38 Kassationsdomstolen og Domstolen har i denne sammenhæng bl.a. mere end en gang fastslået, at tekniske specifikationer skal være så præcise, at tilbudsgiverne kan identificere kontraktens genstand og de ordregivende myndigheder tildele kontrakten; de skal være klart angivet, således at alle tilbudsgivere er klar over, hvad de krav, som de ordregivende myndigheder har stillet, omfatter (Domstolens dom af 10. maj 2012, Kommissionen mod Nederlandene, C-368/10, EU:C:2012:284).
- 39 Selv om det modsatte var tilfældet, dvs. hvis indstævnte lovligt kunne etablere en ikkeudtømmende definition af udbudsprocedurens genstand, er den forelæggende ret på den anden side i tvivl om lovligheden af en sådan situation i henhold til bestemmelserne i forordning nr. 1013/2006, især hvis den omtvistede udbudsbetingelse blev kvalificeret som et krav vedrørende retten til at udøve en aktivitet. Det fremgår klart af artikel 2, nr. 35), i forordning nr. 1013/2006, at der foreligger en ulovlig overførsel, bl.a. når overførslen foretages på en måde, der ikke klart specificeret i anmeldelses- eller transportformularerne. Lovligheden af overførsler af affald afhænger derfor bl.a. af overholdelse af de oprindelige betingelser, hvorunder der gives samtykke til overførsel af affald.
- 40 Artikel 17 i forordning nr. 1013/2006 fastsætter, at hvis der sker vigtige ændringer af detaljerne og/eller betingelserne vedrørende en overførsel, skal de kompetente myndigheder og modtageren om muligt underrettes inden overførselens start; i et sådant tilfælde foretages der en ny anmeldelse. Dette betyder, at transportvirksomheden, i de tilfælde, hvor den faktiske sammensætning og mængden af alt det farlige affald bliver bekendt, når den offentlige udbudskontrakt er under gennemførelse, i det væsentlige skal påbegynde anmeldelsesproceduren på ny.
- 41 Den ordregivende myndighed anførte i udbudsbetingelserne, at såfremt sammensætningen af affaldet i beholderne, som den havde undersøgt, skulle ændre sig, eller sammensætningen skulle fastsættes på ny på grundlag af beholdere, der ikke hidtil var blevet undersøgt, skulle leverandøren håndtere dette affald under koden 19 12 11 («Andet affald (herunder blandinger af materialer) fra mekanisk behandling af affald indeholdende farlige stoffer») eller koden 16 10 01 («Vandigt flydende affald indeholdende farlige stoffer»). Den forelæggende ret nærer tvivl med hensyn til et sådant ikkeudtømmende alternativ til definitionen af

procedurens genstand for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i forordning nr. 1013/2006.

- 42 F.eks. skal anmelderen og modtageren i henhold til denne forordnings artikel 5 indgå en kontrakt med henblik på nyttiggørelse eller bortskaffelse af affaldet. Det er ikke klart, om parterne i en sådan kontrakt kan aftale overførsel af affald under de førnævnte koder for farligt affald, når alle de krævede oplysninger om affaldssammensætningen ikke foreligger.
- 43 Henset til ovenstående nærer den forelæggende ret en begrundet tvivl om, hvorvidt ordregivende myndigheder, når de indkøber affaldshåndteringsydelser, i henhold til den generelle offentlige udbudslovgivning (direktiv 2014/24) og relevante bestemmelser i forordning nr. 1013/2006 ikke er forpligtet til at angive mængden og sammensætningen af samt andre relevante oplysninger om den affald, der skal fjernes og håndteres, så præcist og detaljeret som muligt, i stedet for, at det overlades til leverandørerne at opdage dette og tilpasse sig, når den offentlige udbudskontrakt gennemføres.

ARBEJDSDOKUMENT