



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)

den 2 juni 2016 *

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Deltagande i en upphandling — Möjlighet att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla erforderliga villkor — Underlåtenhet att betala en avgift som inte uttryckligen föreskrivits — Uteslutning från upphandlingsförfarandet utan möjlighet att avhjälpa bristen”

I mål C-27/15

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (Högsta förvaltningsdomstolen för regionen Sicilien, Italien), genom beslut av den 10 december 2014, som inkom till domstolen den 22 januari 2015, i målet

Pippo Pizzo

mot

CRGT srl

ytterligare deltagare i rättegången:

Autorità Portuale di Messina,

Messina Sud Srl,

Francesco Todaro,

Myleco Sas,

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Arabadjiev samt domarna S. Rodin (referent) och E. Regan,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

* Rättegångsspråk: italienska.

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av C. Colelli, avvocato dello Stato,
 - Europeiska kommissionen, genom L. Cappelletti och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,
- och efter att den 21 januari 2016 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 47 och 48 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114, och rättelse i EUT L 351, 2004, s. 44) och av vissa unionsrättsliga principer på området för offentlig upphandling.
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan, å ena sidan, Pippo Pizzo i dennes egenskap av ägare till företaget Pizzo och företrädare för det konsortium som bildats med företaget Onofaro Antonino (nedan kallad Pizzo) och, å andra sidan, CRGT Srl. Målet rör uteslutningen av en anbudsgivare från ett förfarande för tilldelning av en tjänstekoncession för hantering av avfall och lastrester från fartyg.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 Artikel 2 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

- 4 I artikel 47.2 i direktivet föreskrivs följande:

”En ekonomisk aktör får vid behov och när det gäller ett bestämt kontrakt åberopa andra enheters kapacitet oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och dessa enheter. I detta fall skall han bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna, t.ex. genom att lägga fram ett åtagande från enheterna.”

- 5 I artikel 48.3 i nämnda direktiv föreskrivs följande:

”En ekonomisk aktör får vid behov och när det gäller ett bestämt kontrakt åberopa andra enheters kapacitet oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och dessa enheter. I detta fall skall han bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet, t.ex. genom att lägga fram enheternas åtagande att förse den ekonomiska aktören med nödvändiga resurser.”

- 6 Artikel 63.1 första och tredje styckena och 63.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18 (EUT L 94, 2014, s. 65), till vilken den hänskjutande domstolen har hänvisat, har följande lydelse:

”1. När det gäller de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning som anges i artikel 58.3 och de kriterier för teknisk och yrkesmässig kapacitet som anges i artikel 58.4, får en ekonomisk aktör vid behov och i ett visst kontrakt utnyttja andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan den ekonomiska aktören och dessa enheter. ... Om en ekonomisk aktör vill åberopa andra enheters kapacitet ska denne bevisa för den upphandlande myndigheten att den kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna, exempelvis genom att lägga fram ett åtagande från enheterna i fråga rörande detta.

...

Om en ekonomisk aktör utnyttjar andra enheters kapacitet när det gäller kriterier för ekonomisk och finansiell ställning, får den upphandlande myndigheten kräva att den ekonomiska aktören och de enheterna solidariskt ska vara ansvariga för fullgörandet av kontraktet.

...

2. När det gäller kontrakt avseende byggtreprenader, tjänstekontrakt och monterings- eller installationsarbeten inom ramen för ett varukontrakt, får den upphandlande myndigheten kräva att vissa kritiska uppgifter ska utföras direkt av anbudsgivaren eller om anbud lämnas in av en grupp av ekonomiska aktörer i enlighet med artikel 19.2, en deltagare i gruppen.”

Italiensk rätt

- 7 Genom artikel 49 i decreto legislativo n° 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lagstiftningsdekret nr 163 med lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, om genomförande av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG) av den 12 april 2006 (ordinarie tillägg till GURI nr 100 av den 2 maj 2006), i dess lydelse enligt decreto legislativo n° 152 (lagstiftningsdekret nr 152) av den 11 september 2008 (ordinarie tillägg till GURI nr 231 av den 2 oktober 2008) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 163/2006), som vilken har rubriken ”Åberopande av utomstående enheters kapacitet”, införlivas artiklarna 47 och 48 i direktiv 2004/18 med italiensk rätt.

- 8 Artikel 49.1 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 har följande lydelse:

”Anbudsgivaren – antingen enskild eller i ett konsortium eller i en sammanslutning enligt artikel 34 – får när det gäller en specifik upphandling av byggtreprenader, varor eller tjänster uppfylla kravet på ekonomisk, finansiell, teknisk och organisatorisk kapacitet, det vill säga erhålla ett SOA-certifikat, genom att åberopa en annan enhets resurser respektive SOA-certifikat.”

- 9 I artikel 49.6 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 föreskrivs följande:

”Det är tillåtet att åberopa flera stödföretag, med förbehåll för förbudet mot att anbudsgivaren delvis använder de enskilda ekonomisk-finansiella och teknisk-organisatoriska resurser enligt artikel 40.3 b som certifieringen i den kategorin grundar sig på.”

- 10 I artikel 1.67 första stycket i Legge finanziaria 2006 (finanslagen för år 2006 nr 266) (ordinarie tillägg nr 211 till GURI av den 29 december 2005) av den 23 december 2005 (nedan kallad lag nr 266/2005) föreskrivs följande:

”...[t]illsynsmyndigheten för offentlig upphandling ... fastställer årligen det belopp som offentliga och privata rättssubjekt vilka omfattas av myndighetens tillsynsverksamhet ska erlagga och fastställer även villkoren för hur nämnda avgift ska uppbäras, vilket inbegriper en skyldighet för ekonomiska aktörer att betala in avgiften för att deras anbud ska kunna beaktas inom ramen för förfaranden för offentlig upphandling av byggentreprenader.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 11 I november 2012 inledde Autorità Portuale di Messina (hamnmyndigheten i Messina, Italien) ett öppet förfarande för upphandling på europeisk nivå av den fyraåriga tjänsten för hantering av avfall och lastrester från fartyg som lägger till inom det område som hamnmyndigheten i Messina ansvarar för. Denna tjänst tillhandahölls tidigare av CRGT.
- 12 Utvärderingskommittén vid hamnmyndigheten i Messina noterade den 16 maj 2013 att det hade inkommit fyra anbud.
- 13 Den 4 juni 2013 underrättades CRGT, som hade ingått ett avtal med RIAL Srl om att få använda det företagets kapacitet, och två andra anbudsgivare om att de hade uteslutits från upphandlingsförfarandet på grund av att de inte hade betalat in den avgift till Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (den italienska tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling) (nedan kallad AVCP) som föreskrivs i lag nr 266/2005.
- 14 Kontraktet tilldelades således Pizzo, som var det enda företag som inte hade uteslutits från upphandlingsförfarandet.
- 15 CRGT överklagade beslutet om uteslutning till Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (Förvaltningsdomstolen för regionen Sicilien, Italien) och yrkade dels upphävande av beslutet, dels ersättning för den skada som uppkommit till följd av uteslutningen.
- 16 Pizzo gav in ett anslutningsöverklagande och gjorde gällande att CRGT borde ha uteslutits från upphandlingsförfarandet även av det skälet att bolaget inte hade företett intyg från två olika banker för att styrka sin ekonomiska och finansiella ställning.
- 17 Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (Förvaltningsdomstolen för regionen Sicilien) fann i dom nr 1781/2014 att CRGT:s överklagande kunde prövas i sak och att det var välgrundat. Nämnda domstol slog således fast att det hade varit fel att utesluta bolaget från upphandlingsförfarandet. Det föreskrevs nämligen inte i upphandlingsdokumenten att de anbudsgivande företagen skulle erlagga en obligatorisk avgift till AVCP, eftersom den avgiften, vilken föreskrivs i lag nr 266/2005, uttryckligen endast rör offentliga arbeten och inte tjänstekontrakt. Nämnda domstol preciserade därutöver att skyldigheten för företag som avger anbud i ett förfarande för upphandling av tjänster att erlagga nämnda avgift följer av AVCP:s extensiva tolkning dels av lag nr 266/2005, dels av förvaltningsrättslig praxis, på så sätt att den omständigheten att avgiften är obligatorisk innebär – genom att ex officio fylla ut luckor i administrativa rättsakter – att samtliga företag som önskar delta i ett förfarande för offentlig upphandling är skyldiga att betala avgiften.
- 18 Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (Förvaltningsdomstolen för regionen Sicilien) ogillade vidare Pizzos anslutningsöverklagande och slog fast att det var tillåtet att, såsom CRGT gjort, åberopa den ekonomiska och finansiella ställningen hos ett utomstående företag med vilket CRGT hade ingått ett avtal för detta ändamål.

- 19 Pizzo överklagade avgörandet till den hänskjutande domstolen.
- 20 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di giustizia amministrativa per Regione Siciliana (Högsta förvaltningsdomstolen för regionen Sicilien, Italien) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:
- ”1) Ska artiklarna 47 och 48 i [direktiv 2004/18] tolkas så, att de utgör hinder för sådana nationella bestämmelser som de som [beskrivs i beslutet om hänskjutande], enligt vilka det är tillåtet att i fråga om offentlig upphandling av tjänster, på de villkor som anges ovan, delvis åberopa en utomstående kapacitet?
- 2) Utgör unionsrättsliga principer, särskilt principen om skydd för berättigade förväntningar, rättssäkerhetsprincipen och proportionalitetsprincipen, hinder för en regel i en medlemsstats rättsordning enligt vilken det är tillåtet att från ett förfarande för offentlig upphandling utesluta ett företag som inte hade uppfattat, eftersom det inte uttryckligen hade angetts i upphandlingsdokumenten, att det förelåg en skyldighet – som om den inte fullgjorts medför uteslutning från förfarandet – att erlagga en avgift för att kunna delta i nämnda förfarande, och detta trots att denna skyldighet inte klart framgår av ordalydelsen i tillämplig lagstiftning i den medlemsstaten, men som kan utläsas med hjälp av två olika rättsliga resonemang som består dels i en extensiv tolkning av vissa bestämmelser i samma medlemsstats rättsordning, dels, i enlighet med resultatet av nämnda extensiva tolkning, i att man fyller ut luckor i tvingande bestämmelser i upphandlingsdokumenten?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

- 21 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artiklarna 47 och 48 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning som tillåter att en ekonomisk aktör åberopar en eller flera utomstående enheters kapacitet i syfte att uppfylla de minimikrav som ställs för deltagande i ett upphandlingsförfarande och som den förstnämnde aktören endast delvis uppfyller.
- 22 I artikel 47.2 och artikel 48.3 i direktiv 2004/18 föreskrivs uttryckligen, i stort sett i identiska ordalag, att en ”ekonomisk aktör får ... åberopa andra enheters kapacitet” för att styrka att vederbörande uppfyller de ekonomiska, finansiella, tekniska och yrkesmässiga krav som ställs i fråga om det aktuella kontraktet.
- 23 EU-domstolen har funnit att unionsrätten inte kräver att den som önskar ingå ett avtal med en upphandlande myndighet direkt ska kunna utföra den avtalade prestationen med egna resurser för att kunna anses vara en ekonomisk aktör som uppfyller villkoren för att delta i upphandlingen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 december 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 41).
- 24 I det sammanhanget har EU-domstolen slagit fast att artikel 47.2 och artikel 48.3 i direktiv 2004/18 inte innehåller något principiellt förbud mot att en anbudssökande eller en anbudsgivare utnyttjar en eller flera utomstående enheters kapacitet utöver den egna kapaciteten i syfte att uppfylla de kriterier som en upphandlande myndighet har fastställt (se dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 30).
- 25 Av samma rättspraxis framgår att en ekonomisk aktör enligt nämnda bestämmelser har rätt att, när det gäller ett bestämt kontrakt, åberopa andra enheters kapacitet, ”oberoende av arten av förbindelserna mellan den ekonomiska aktören och dessa enheter”, förutsatt att anbudsgivaren bevisar för den

upphandlande myndigheten att den kommer att förfoga över de resurser hos de andra enheterna som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet (se dom av den 14 januari 2014, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, punkt 23).

- 26 Det ska följaktligen anses att kumulering av flera ekonomiska aktörers kapacitet är tillåten enligt direktiv 2004/18 i syfte att uppfylla de minimikrav angående kapacitet som den upphandlande myndigheten har fastställt, förutsatt att denna myndighet får bevis på att den anbudssökande eller anbudsgivare som åberopar en eller flera andra enheters kapacitet verkligen kommer att förfoga över de resurser hos de andra enheterna som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet (se dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 33).
- 27 En sådan tolkning är förenlig med det i direktiven om offentlig upphandling eftersträfvade målet att öppna upp offentliga kontrakt för så bred konkurrens som möjligt, vilket inte enbart ska gagna de ekonomiska aktörerna utan även de upphandlande myndigheterna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 december 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punkt 37 och där angiven rättspraxis). En sådan tolkning bidrar dessutom till att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar, vilket även, enligt vad som framgår av skäl 32 i direktiv 2004/18 är ett av direktivets mål (se dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 34).
- 28 EU-domstolen har likväl påpekat att det inte är uteslutet att det kan finnas arbeten av sådan beskaffenhet att det krävs en viss kapacitet som inte kan uppnås genom att flera aktörers lägre kapacitet samlas. I en sådan situation har således den upphandlande myndigheten rätt att kräva att en enda ekonomisk aktör uppnår miniminivån för kapacitet, eller med utnyttjande av ett begränsat antal ekonomiska aktörer, förutsatt att detta krav har samband med kontraktets föremål och står i proportion till detta. EU-domstolen har emellertid preciserat att den situationen utgör ett undantagsfall och nämnda krav får därför inte upphöjas till allmän regel i nationell lagstiftning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punkterna 35 och 36).
- 29 Av beslutet om hänskjutande framgår att CRGT, enligt Pizzo, inte fick åberopa en annan aktörs kapacitet för att uppfylla kriterierna för tilldelning av det aktuella kontraktet. Det framgår dock av artikel 47.2 och artikel 48.3 i direktiv 2004/18 att det i de bestämmelserna uttryckligen föreskrivs en möjlighet för en anbudsgivare att åberopa andra enheters kapacitet. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att undersöka huruvida det i anbudsinfordran och förfrågningsunderlaget till den aktuella upphandlingen uttryckligen angavs att tjänsterna var av sådan beskaffenhet att en enda ekonomisk aktör borde ha uppfyllt miniminivån för kapacitet.
- 30 Vad gäller Pizzos argument att CRGT borde ha bevisat sin ekonomiska och finansiella ställning genom att förete intyg från åtminstone två banker, påpekar EU-domstolen följande. Den möjlighet att åberopa andra enheters kapacitet som ges genom artikel 47.2 och artikel 48.3 i direktiv 2004/18 förlorar uppenbart sin ändamålsenliga verkan om ett företag som åberopar ett utomstående företags kapacitet inte har rätt att använda det sistnämnda företags bankintyg. Dessa bestämmelser ska av det skälet tolkas så, att ekonomiska aktörer kan, när det gäller ett bestämt kontrakt, åberopa andra enheters kapacitet, inbegripet genom att använda deras bankintyg.
- 31 Den hänskjutande domstolen önskar även få klarhet i huruvida artikel 63.1 tredje stycket och 63.2 i direktiv 2014/24 innebär att det införs begränsningar av möjligheten att åberopa andra företags kapacitet. Det ska emellertid preciseras att medlemsstaterna, enligt artikel 90 i det direktivet, ska följa direktivets bestämmelser senast den 18 april 2016. Följaktligen är det direktivets bestämmelser inte tillämpliga i tidsmässigt hänseende (*ratione temporis*) i det nationella målet.

- 32 Även om medlemsstaterna enligt EU-domstolens praxis, under fristen för införlivande av ett direktiv, måste avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det i direktivet föreskrivna resultatet (se dom av den 18 december 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, EU:C:1997:628, punkt 45), medger inte nämnda rättspraxis att en anbudsgivare, innan införlivandefristen löpt ut, åläggs krav som inte följer av unionsrätten såsom den tolkats i EU-domstolens praxis.
- 33 Det ska dessutom understrykas att det i de specifika bestämmelser som den hänskjutande domstolen hänvisat till föreskrivs en möjlighet för den upphandlande myndigheten att kräva att den enhet som åberopas för att uppfylla villkoren rörande ekonomisk och finansiell ställning ska vara solidariskt ansvarig (artikel 63.1 tredje stycket i direktiv 2014/24) eller att, i fråga om vissa typer av kontrakt, vissa kritiska uppgifter ska utföras direkt av anbudsgivaren (artikel 63.2 i det direktivet). I dessa bestämmelser fastställs således inte några särskilda begränsningar av möjligheten att delvis åberopa utomstående enheters kapacitet, och sådana begränsningar borde i vart fall ha angetts uttryckligen i den aktuella anbudsinfordran, vilket inte är fallet i det nationella målet.
- 34 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första frågan besvaras enligt följande. Artiklarna 47 och 48 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning som tillåter att en ekonomisk aktör åberopar en eller flera utomstående enheters kapacitet i syfte att uppfylla de minimikrav som ställs för deltagande i ett upphandlingsförfarande och som den förstnämnde aktören endast delvis uppfyller.

Den andra frågan

- 35 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida principen om likabehandling och kravet på öppenhet ska tolkas så, att de utgör hinder för att en ekonomisk aktör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling till följd av att denne har underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumenten eller av gällande nationell lagstiftning utan av en tolkning av nämnda lagstiftning samt av en mekansim som består i att nationella myndigheter eller förvaltningsdomstolar fyller ut luckor i nämnda dokument.
- 36 Härvidlag ska det erinras om att det enligt principen om likabehandling krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och den principen innebär således att samma villkor för anbudsgivningen måste gälla för alla anbudsgivare. Vidare är syftet med kravet på öppenhet, vilket är en följd av den förstnämnda principen, att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Kravet på öppenhet innebär att samtliga villkor och bestämmelser 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 anbuderna från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 november 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44 och där angiven rättspraxis).
- 37 EU-domstolen har också slagit fast att principerna om öppenhet och likabehandling, vilka styr samtliga förfaranden för offentlig upphandling, kräver att de materiella och formella villkoren rörande deltagande i en upphandling är klart definierade i förväg och offentliggörs, särskilt de skyldigheter som anbudsgivarna ska uppfylla så att de kan veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet och vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 februari 2006, *La Cascina m.fl.*, C-226/04 och C-228/04, EU:C:2006:94, punkt 32).

- 38 Det anges dessutom i bilaga VII A till direktiv 2004/18, vilken behandlar information som ska finnas i meddelanden om offentlig upphandling, i punkt 17 i det avsnitt som har rubriken "Meddelande om upphandling", att "[d]e urvalskriterier avseende de ekonomiska aktörernas personliga ställning som kan leda till att de utesluts" från upphandlingsförfarandet ska anges i meddelandet om upphandling.
- 39 Enligt EU-domstolens fasta praxis ankommer det således, enligt artikel 2 i direktiv 2004/18, på den upphandlande myndigheten att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt (se, bland annat, dom av den 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 40, och dom av den 6 november 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punkterna 42 och 43).
- 40 Det framgår av de handlingar som har getts in till EU-domstolen att det i de upphandlingsdokument som är aktuella i det nationella målet inte uttryckligen angavs att anbudsgivarna var skyldiga att erlägga en avgift till AVCP med risk för att annars uteslutas från upphandlingsförfarandet.
- 41 Den hänskjutande domstolen har framhållit att den skyldigheten härleds ur AVCP:s extensiva tolkning av lag nr 266/2005 och ur nationell förvaltningsrättslig praxis. Närmare bestämt anser AVCP att underlåtenheten att erlägga avgiften medför att anbudsgivaren utesluts från det offentliga upphandlingsförfarandet, oavsett vilken typ av kontrakt som avses med anbudsinfordran. Den hänskjutande domstolen har även angett att det framgår av nationell förvaltningsrättslig praxis att ett företag kan uteslutas från ett upphandlingsförfarande om företaget inte visar att det uppfyller ett villkor som inte uttryckligen följer av upphandlingsbestämmelserna, om det följer av en "utfyllning ex officio av luckor i administrativa rättsakter" att villkoret måste vara uppfyllt.
- 42 Såsom angetts i punkt 39 ovan är den upphandlande myndigheten skyldig att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt. Denna bedömning gör sig än mer gällande när det finns risk för att en aktör utesluts från förfarandet.
- 43 Det ska nämligen noteras att även om det enligt artikel 27.1 i direktiv 2004/18 inte krävs att förfrågningsunderlaget innehåller detaljerade uppgifter om samtliga skyldigheter avseende de bestämmelser om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor som gäller i medlemsstaten, så skulle dessa skyldigheter – till skillnad från vad som gäller den avgift som är aktuell i det nationella målet – inte automatiskt leda till uteslutning från förfarandet vid bedömningen av om anbudet är godtagbart.
- 44 Med hänsyn till principen om likabehandling och det därav följande kravet på öppenhet, vilka upphandlande myndigheter måste iaktta enligt artikel 2 i direktiv 2004/18, kan nämnda artikel 27 inte tolkas så, att den tillåter att upphandlande myndigheter inte iakttar den strikta skyldigheten att följa de kriterier som de själva har fastställt.
- 45 I det nationella målet kan emellertid den föregivna skyldigheten att erlägga en avgift till AVCP endast identifieras genom en samverkan mellan finanslagen för år 2006, AVCP:s beslutspraxis och italiensk förvaltningsrättslig praxis vid tillämpningen och tolkningen av lag nr 266/2005.
- 46 Såsom generaladvokaten i allt väsentlig har angett i punkt 65 i sitt förslag till avgörande skulle ett villkor för rätten att delta i ett förfarande för offentlig upphandling som följer av tolkningen av nationell lagstiftning och en myndighets praxis, såsom det villkor som är aktuellt i det nationella målet, vara till särskilt stor nackdel för anbudsgivare som är etablerade i andra medlemsstater, eftersom deras kunskaper om nationell rätt och tolkningen därav samt om nationella myndigheters praxis inte är jämförbara med inhemska anbudsgivares kunskaper i detta avseende.

- 47 Vad gäller argumentet att CRGT redan tidigare hade tillhandahållit de tjänster som avsågs i anbudsinfordran och följaktligen kunde ha kännedom om den avgift som är aktuell i det nationella målet räcker det att konstatera att principen om likabehandling och det därav följande kravet på öppenhet klart skulle åsidosättas om en aktör i den situationen omfattades av villkor som inte fastställts i anbudsinfordran och som inte skulle tillämpas på nya aktörer.
- 48 Det framgår vidare av beslutet om hänskjutande att skyldigheten att erlagga en avgift inte är förenad med någon möjlighet till rättelse.
- 49 Enligt punkt 46 i EU-domstolens dom av den 6 november 2014, *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345) kan inte den upphandlande myndigheten medge några rättelser av brister som enligt uttryckliga bestämmelser i upphandlingsdokumenten bör leda till att anbudsgivaren utesluts. EU-domstolen betonade i punkt 48 i den domen att den aktuella skyldigheten var klart angiven i upphandlingsdokumenten vid äventyr av uteslutning.
- 50 I en situation där, i likhet med i det nationella målet, ett villkor för deltagande i upphandlingsförfarandet med risk för uteslutning om villkoret inte uppfylls, inte uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten, och där detta villkor kan identifieras endast genom en tolkning i rättspraxis av den nationella lagstiftningen, kan den upphandlande myndigheten emellertid medge anbudsgivaren tillräcklig tid för att avhjälpa bristen.
- 51 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den andra frågan besvaras enligt följande. Likabehandlingsprincipen och kravet på öppenhet ska tolkas så, att de utgör hinder för att en ekonomisk aktör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling till följd av att denne har underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumenten eller av gällande nationell lagstiftning, utan av en tolkning av nämnda lagstiftning och av dessa dokument samt av en mekansim som består i att nationella myndigheter eller förvaltningsdomstolar fyller ut luckor i nämnda dokument. Under dessa omständigheter ska likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna tolkas så, att de inte utgör hinder för att den ekonomiska aktören tillåts att avhjälpa bristen och uppfylla nämnda skyldighet inom en tidsfrist som den upphandlande myndigheten fastställer.

Rättegångskostnader

- 52 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 (sjätte avdelningen) följande:

- 1) **Artiklarna 47 och 48 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning som tillåter att en ekonomisk aktör åberopar en eller flera utomstående enheters kapacitet i syfte att uppfylla de minimikrav som ställs för deltagande i ett upphandlingsförfarande och som den förstnämnde aktören endast delvis uppfyller.**
- 2) **Likabehandlingsprincipen och kravet på öppenhet ska tolkas så, att de utgör hinder för att en ekonomisk aktör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling till följd av att denne har underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumenten eller av gällande nationell lagstiftning, utan av en tolkning av nämnda lagstiftning och av dessa dokument samt av en mekansim som består i att nationella**

myndigheter eller förvaltningsdomstolar fyller ut luckor i nämnda dokument. Under dessa omständigheter ska likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna tolkas så, att de inte utgör hinder för att den ekonomiska aktören tillåts att avhjälpa bristen och uppfylla nämnda skyldighet inom en tidsfrist som den upphandlande myndigheten fastställer.

Underskrifter