



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILO JÄÄSKINEN
föredraget den 28 februari 2013¹

Mål C-94/12

**Swm Costruzioni 2 SpA
DI Mannocchi Luigino
mot
Provincia di Fermo**

(begäran om förhandsavgörande från Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche)

”Direktiv 2004/18/EG — Offentlig upphandling av byggentreprenader — En ekonomisk aktörs ekonomiska och finansiella ställning — Teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet — Åberopande av fler än ett stödföretags kapacitet”

I – Inledning

1. Vissa minimikrav rörande ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet kan enligt 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 (nedan kallat direktiv 2004/18)² ställas avseende företag som önskar delta i ett förfarande för upphandling av byggentreprenader. Antingen har den ekonomiska aktören själv denna kapacitet eller också är det möjligt att uppfylla kraven genom att åberopa ”andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan aktören och dessa enheter”.³

2. Förevarande begäran om förhandsavgörande rör frågan huruvida nationella bestämmelser enligt vilka en ekonomisk aktör, som önskar delta i ett förfarande för upphandling av byggentreprenader, endast får utnyttja en annan enhets kapacitet är förenliga med direktiv 2004/18 och särskilt artiklarna 47.2 och 48.3 däri. Svaret på denna fråga kräver att domstolen klart anger omfattningen av medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning när de införlivar de bestämmelser som innebär en kodifiering av domstolens praxis som föregick direktiv 2004/18.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — EUT L 134, s. 114.

3 — Artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrätten

3. Artikel 47 i direktiv 2004/18 har rubriken ”Ekonomisk och finansiell ställning”. I punkt 2 i artikeln 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.”

4. Artikel 48 i direktiv 2004/18 har rubriken ”Teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet”. I artikel 48.3 föreskrivs följande:

”En ekonomisk aktör får vid behov och i ett visst kontrakt utnyttja andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan aktören 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.”

5. Artikel 52 i direktiv 2004/18 har rubriken ”Officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga organ”. Artikel 52.1 innehåller följande föreskrifter:

”Medlemsstaterna får införa antingen officiella förteckningar över godkända entreprenörer, varuleverantörer eller tjänsteleverantörer eller en certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga certifieringsorgan.

Medlemsstaterna skall anpassa villkoren för registrering i dessa förteckningar samt villkoren för utfärdande av certifikat genom certifieringsorgan till artikel 45.1, 45.2 a–d och g, artikel 46 samt artikel 47.1, 47.4, 47.5, artikel 48.1, 48.2, 48.5 och 48.6, artikel 49 och i förekommande fall artikel 50.

Medlemsstaterna skall också anpassa villkoren till artiklarna 47.2 och 48.3 när det gäller ansökningar om registrering från ekonomiska aktörer som ingår i en grupp och som gör gällande att de kan utnyttja resurser som ställs till deras förfogande av andra företag i gruppen. Dessa ekonomiska aktörer skall i så fall bevisa för den myndighet som upprättar den officiella förteckningen att de förfogar över dessa resurser under hela den tid som registreringsintyget på den officiella förteckningen är giltigt och dessa bolag under denna tid fortsätter att uppfylla villkoren för kvalitativt urval enligt de artiklar som anges i föregående stycke och som dessa aktörer åberopar för att registreras.”

B – Nationell rätt

6. I artikel 49.6 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 föreskrivs med avseende på deltagande i förfarande för offentlig upphandling att ”[i] fråga om byggentreprenader får deltagaren endast åberopa ett stödföretag för varje certifieringskategori. I meddelandet om anbudsinfordran kan det anges att den ekonomiska aktören får åberopa flera stödföretag med hänsyn tagen till upphandlingens värde eller tjänsternas särart utan att det påverkar förbudet mot att deltagaren delvis använder de enskilda ekonomisk-finansiella och teknisk-organisatoriska resurser enligt artikel 40.3 b som certifieringen i den kategorin grundar sig på.”

III – Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

7. Klaganden i målet vid den nationella domstolen, Raggruppamento Temperaneo Imprese (nedan kallad RTI), ett konsortium som bildats för avgivande av anbud bestående av Swm Costruzioni 2 SpA (konsortiets ledarföretag) och Mannocchi Luigino DI, vilka också är klagande i det nationella målet, deltog i förfarandet för upphandling av ett byggentreprenadkontrakt rörande modernisering och utbyggnad av Strada Provinciale (länsväg) nr 238 Valdaso.

8. För att uppfylla certifieringskraven från Società Organismo di Attestazione (SOA), som är det organ som fått i uppdrag att kontrollera huruvida företagen har nödvändiga kvalifikationer och uppfyller kraven för deltagande i offentliga upphandlingsförfaranden, åberopade den huvudsakliga anbudsgivaren, Swm Costruzioni 2 SpA, kapaciteten hos två andra företag i samma certifieringskategori för de aktuella moderniserings- och utbyggnadsarbetena.

9. Den 2 augusti 2011 sände den upphandlande myndigheten Provincia di Fermo det beslut som fattats samma dag till RTI och meddelade däri konsortiet att det uteslutits från upphandlingsförfarandet. Som grund för detta beslut angavs åsidosättande av förbudet mot att åberopa flera enheter för samma kategori, vilket stadgas i artikel 49.6 i lagstiftningsdekret nr 163/2006.

10. RTI överklagade den 5 augusti 2011 detta beslut till Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche. Till stöd för överklagandet åberopade RTI att artikel 49.6 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 inte är förenligt med relevanta bestämmelser i direktiv 2004/18. Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche beslutade att vilandeförklara målet och hänskjuta följande tolkningsfråga för förhandsavgörande:

”Ska artikel 47.2 i direktiv 18/2004/EG tolkas så, att den principiellt utgör hinder för att en medlemsstats bestämmelser – till exempel de italienska bestämmelserna i artikel 49.6 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 – förbjuder, förutom under särskilda omständigheter, att ett företag åberopar flera stödföretag i och med att det i bestämmelserna stadgas att '[i] fråga om byggentreprenader får deltagaren endast åberopa ett stödföretag för varje certifieringskategori. I anbudsinfördran kan det anges att den ekonomiska aktören får åberopa flera stödföretag med hänsyn tagen till upphandlingens värde eller tjänsternas särart...?’”

11. Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI, den italienska regeringen och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

IV – Tolkningsfrågans räckvidd

12. Den italienska regeringen har påpekat att det nationella målet rör ett företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet och inte dess ekonomiska och finansiella kapacitet, vilket innebär att det är artikel 48.3 i direktiv 2004/18 som är relevant. Den hänskjutande domstolen har dock enbart hänvisat till artikel 47.2 i direktiv 2004/18, vilken rör de deltagande företagens ekonomiska och finansiella kapacitet.

13. I detta hänseende räcker det enligt min uppfattning att hänvisa till fast rättspraxis enligt vilken innebörden av frågan angående tolkningen av unionsrätten ska fastställas mot bakgrund av den nationella domstolens begäran om förhandsavgörande men domstolen är inte helt bunden av den/de hänskjutna frågans/frågornas ordalydelse. Det kan bli nödvändigt att domstolen omformulerar frågan för att kunna ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar så att den kan avgöra det mål som är anhängigt vid den.⁴

4 — Se dom av den 11 juli 2002 i mål C-62/00, Marks & Spencer (REG 2002, s. I-6325), punkt 32 och där angiven rättspraxis. Se även, för ett mer aktuellt exempel, dom av den 21 juli 2011 i mål C-503/09, Stewart (REU 2011, s. I-6497), punkt 105.

14. Artikel 44.2 i direktiv 2004/18 omfattar både artiklarna 47 och 48 i det direktivet vad gäller möjligheten för upphandlande myndigheter att ”kräva miniminivåer för anbudssökandes och anbudsgivares kapacitet”. Dessa båda artiklar bygger på samma resonemang, och samma tolkningsprinciper kan tillämpas i fråga om dem. I domen i målet *Strong Securança* angav domstolen *en passant*, att artiklarna 48.3 och 47.2 i direktiv 2004/18 har ett i huvudsak identiskt innehåll.⁵ Båda bestämmelserna innebär en kodifiering av de rättsprinciper som utvecklats i domstolens praxis rörande tidigare direktiv om offentlig upphandling vad gäller kriterierna för kvalitativt urval av sökande eller anbudsgivare.⁶

15. Under det skriftliga förfarandet anmodade domstolen parterna att ange huruvida de ansåg att artikel 44.2 i direktiv 2004/18 är relevant i förevarande mål. Denna artikel är den allmänna bestämmelsen rörande kontroll av anbudsgivarnas lämplighet och urval av anbudsgivare samt tilldelning av kontrakt.⁷ Endast kommissionen besvarade frågan inom den föreskrivna fristen och angav att den inte ansåg att en bedömning av artikel 44.2 var relevant för den aktuella frågan.

16. I syfte att ge Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche ett användbart svar anser jag att domstolens prövning ska vara inriktad på tolkningen av artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18.

V – Bedömning

17. En bokstavstolkning av artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18 utgör enligt min mening inte stöd för uppfattningen att nationella bestämmelser, såsom artikel 49.6 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, är förenliga med unionslagstiftningen om offentlig upphandling.

18. I artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18 föreskrivs uttryckligen att ekonomiska aktörer får åberopa andra enheters kapacitet för att styrka att de uppfyller de ekonomiska, finansiella, tekniska och yrkesmässiga kraven när det gäller ett bestämt offentligt byggentreprenadkontrakt. Med andra ord hänvisas det i dessa bestämmelser till *andra enheter* i plural. Det är värt att påpeka att artiklarna 47.3 och 48.4 erbjuder samma möjlighet för ekonomiska aktörer som ingår i en grupp.

19. I artikel 52 i direktiv 2004/18 föreskrivs även denna möjlighet vad gäller upptagande i officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer eller utfärdande av certifieringar för att delta i anbudsförfaranden. Ordalydelsen av artikel 52.1 i direktiv 2004/18 visar, genom pluralformen *andra företag*, också att unionslagstiftaren inte hade för avsikt att begränsa antalet stödföretag vars kapacitet en potentiell anbudsgivare kan åberopa.

20. Ordalydelsen av artiklarna 47.2, 48.3 och 52 i direktiv 2004/18 kodifierar domstolens fasta praxis rörande äldre direktiv om offentlig upphandling. I domen i det ovannämnda målet *Ballast Nedam Groep I* slog domstolen fast att ett holdingbolag som inte självt utför arbeten inte kan uteslutas från förfaranden för offentlig upphandling avseende bygg- och anläggningsarbeten enbart av det skälet att bolagets dotterbolag, vilka ska utföra bygg- och anläggningsarbetena, är självständiga juridiska personer.

5 — Dom av den 17 mars 2011 i mål C-95/10, *Strong Securança* (REU 2011, s. I-1865), punkt 13.

6 — Se exempelvis dom av den 14 april 1994 i mål C-389/92, *Ballast Nedam Groep* [nedan kallat målet *Ballast Nedam Groep I*] (REG 1994, s. I-1289), av den 18 december 1997 i mål C-5/97, *Ballast Nedam Groep* [nedan kallat målet *Ballast Nedam Groep II*] (REG 1997, s. I-7549), och av den 2 december 1999 i mål C-176/98, *Holst Italia* (REG 1999, s. I-8607).

7 — I artikel 44.2 i direktiv 2004/18 föreskrivs att "[d]en upphandlande myndigheten får kräva miniminivåer för anbudssökandes och anbudsgivares kapacitet, enligt artiklarna 47 och 48. Omfattningen av den information som åsyftas i artiklarna 47 och 48 samt miniminivåerna för den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt skall ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Dessa miniminivåer skall framgå av meddelandet om upphandling."

21. I domen i det ovannämnda målet Ballast Nedam Groep II upprepade domstolen sitt ställningstagande i domen i det ovannämnda målet Ballast Nedam Groep I, med den ytterligare preciseringen att offentliga myndigheter som upprättar förteckningar över godkända entreprenörer, vid bedömningen av ett moderbolags tekniska kapacitet, måste beakta den tekniska kapaciteten hos företag som ingår i samma koncern.

22. I domen i det ovannämnda målet Holst Italia tillämpade domstolen den rättspraxis som bygger på domarna i de ovannämnda målen Ballast Nedam Groep I och II på en situation där det företag som önskade delta i ett anbuds förfarande inte var den dominerande juridiska personen i en grupp av företag. Domstolen slog fast att ett sådant företag kunde åberopa kapaciteten hos andra företag inom gruppen *oavsett den rättsliga beskaffenheten av banden dem emellan*.⁸ Domstolen angav att en anbudsgivare inte kan uteslutas ur ett förfarande endast på grund av att denne avser att ta medel i anspråk för att genomföra kontraktet som inte är dess egna, utan som tillhör *en eller flera andra enheter*.⁹

23. Domstolen har även i senare praxis bekräftat sin ståndpunkt 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 anses vara en ekonomisk aktör som har rätt att avge anbud.¹⁰ Domstolen har betonat att företag som vill delta i ett anbuds förfarande måste visa att de faktiskt förfogar över de resurser hos andra företag som är nödvändiga för att verkställa det aktuella kontraktet. Bevisbördan för detta vilar på den anbudsgivare som vill åberopa resurser hos andra företag.¹¹

24. I artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18 föreskrivs i nästan identiska ordalag att ”en ekonomisk aktör *får* ... åberopa andra enheters kapacitet”. Ordalydelsen tyder på att ekonomiska aktörer tillerkänns en *rätt* att välja denna metod för att uppfylla urvalskriterierna, förutsatt att de kan visa att de faktiskt förfogar över de resurser hos andra företag som är nödvändiga för att verkställa det aktuella kontraktet.

25. När det i ett enskilt fall har ifrågasatts huruvida ett företag har kapaciteten att fullgöra ett byggentreprenadkontrakt ankommer det på de nationella domstolarna att avgöra huruvida tillräcklig bevisning härom har framlagts. Såsom jag redan har angett har denna princip fastslagits i domstolens praxis, vilken sedermera har kodifierats i artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18.¹²

26. Det finns inte heller något i artikel 52 i direktiv 2004/18 som antyder att syftet med bestämmelsen var att begränsa räckvidden av artiklarna 47.2 och 48.3, vilka rör samarbetet mellan ekonomiska aktörer när det gäller *ett bestämt kontrakt*. Tvärtom krävs enligt artikel 52.1 att villkoren för registrering i förteckningar över godkända entreprenörer, varuleverantörer eller tjänsteleverantörer eller för certifiering ska anpassas till de principer som ligger till grund för artiklarna 47.2 och 48.3 när det gäller ansökningar om registrering från ekonomiska aktörer som ingår i en *grupp* och som gör gällande att de kan utnyttja resurser som ställs till deras förfogande av andra företag i gruppen.

8 — Domen i det ovannämnda målet Holst Italia, punkt 31.

9 — Domen i det ovannämnda målet Holst Italia, punkt 26.

10 — Se, bland annat, dom av den 23 december 2009 i mål C-305/08, CoNISM (REU 2009, s. I-12129), punkt 41 och där angiven rättspraxis.

11 — Se dom av den 18 mars 2004 i mål C-314/01, Siemens och ARGE, (REG 2004, s. I-2549), punkt 41 och där angiven rättspraxis.

12 — Se domarna i de ovannämnda målen Ballast Nedam Groep I, punkt 17, och Holst Italia, punkterna 29 och 30.

27. Registrering i en officiell förteckning eller certifiering i enlighet med artikel 52 i direktiv 2004/18 innebär en presumtion för att de företag som registrerats eller certifierats är lämpliga, men endast mot bakgrund av de villkor som legat till grund för registreringen eller certifieringen. Upphandlande myndigheter har utrymme för egen bedömning när det gäller att fastställa nivån på de krav rörande finansiell och ekonomisk ställning samt teknisk kunskap och kapacitet som ska ställas för deltagande i en viss upphandling, och de får, vid behov, kräva ytterligare bevisning som styrker den presumtion som följer av registrering eller certifiering.¹³

28. Domstolen har dessutom angett att direktiv 92/50¹⁴ inte utgjorde hinder för ett förbud mot eller en begränsning av möjligheten att anlita underleverantörer för utförandet av grundläggande delar av ett kontrakt, just i det fallet när den upphandlande myndigheten inte har kunnat kontrollera underleverantörernas tekniska och ekonomiska kapacitet vid undersökningen av anbuderna och valet av anbudsgivaren med det bästa anbudet.¹⁵

29. Detta talar för att en nationell bestämmelse, enligt vilken ekonomiska aktörer som åberopar kapaciteten hos fler än en annan enhet inte får delta i upphandlingsförfaranden, strider mot de ekonomiska aktörernas rätt att använda denna metod för att uppfylla urvalskriterierna och således är oförenlig med direktiv 2004/18. Domstolen har nämligen slagit fast att en person som gör gällande teknisk och ekonomisk kapacitet hos utomstående som personen i fråga avser att anlita om han tilldelas kontraktet endast kan uteslutas ur förfarandet om han inte kan visa att han faktiskt förfogar över dessa resurser.¹⁶

30. En nationell bestämmelse, som artikel 49.6 i lagstiftningsdekret nr 163/2006, som inte helt förbjuder att kapacitet hos stödföretag åberopas för att uppfylla urvalskriterierna men som likväl innebär en begränsning i kvantitativt hänseende som inte föreskrivs i unionsrätten i fråga om den valmöjligheten, kan därför inte vara förenlig med direktiv 2004/18.

31. Detta argument får ytterligare stöd om man beaktar målen med artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18. Enligt domstolen är ett av de främsta syftena med unionsbestämmelserna på området för offentlig upphandling att öppna detta område för så bred konkurrens som möjligt och det är ett unionsrättsligt intresse att det säkerställs att så många anbudsgivare som möjligt deltar i en anbudsinfördran.¹⁷

32. Målet att öppna området för offentlig upphandling för så bred konkurrens som möjligt ska inte endast betraktas utifrån intresset av fri rörlighet för varor och tjänster, utan ska även ses mot bakgrund av de upphandlande myndigheternas eget intresse, vilka således får fler valmöjligheter vad beträffar det mest fördelaktiga anbudet.¹⁸ Uteslutning av anbudsgivare på grundval av det antal andra enheter som medverkar i fullgörandet av kontraktet på så sätt att endast ett stödföretag för varje kategori av kvalitetskriterier får anlitas medför att det inte är möjligt att göra en bedömning från fall till fall och leder följaktligen till att den upphandlande myndighetens valmöjligheter minskar och till att effektiv konkurrens hindras.

13 — Se dom av den 9 juli 1987 i de förenade målen 27/86, 28/86 och 29/86, CEI-Bellini, (REG 1987, s. 3347), punkterna 25–27.

14 — Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

15 — Domen i det ovannämnda målet Siemens och ARGE, punkt 45.

16 — Se domen i det ovannämnda målet Siemens och ARGE, punkt 46.

17 — Se domen i det ovannämnda målet CoNISMa, punkt 37 och där angiven rättspraxis.

18 — Se domen i det ovannämnda målet CoNISMa, punkt 37 och där angiven rättspraxis.

33. Ett annat syfte med reglerna om offentlig upphandling är att öppna marknaden för offentlig upphandling för alla marknadsaktörer, oberoende av deras storlek. Små och medelstora företag ska särskilt uppmuntras att delta, eftersom sådana företag utgör ryggraden i Europeiska unionens ekonomi.¹⁹ Möjligheterna för små och medelstora företag att delta i upphandlingsförfaranden och tilldelas offentliga byggentreprenadkontrakt är sämre bland annat på grund av kontraktens storlek. Av detta skäl är möjligheten att avge anbud i grupper där kapaciteten hos stödföretag kan anlitas särskilt viktig för att underlätta för små och medelstora företag att få tillträde till marknader.²⁰

34. Slutligen ska jag behandla frågan om medlemsstaternas handlingsutrymme när de införlivar direktiv 2004/18. Kommissionen och den italienska regeringen är av den uppfattningen att en sådan bestämmelse som artikel 49.6 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 rymms inom gränserna för medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning vid direktivets införlivande.

35. För ett korrekt införlivande av direktivet räcker det enligt kommissionen att möjligheten att åberopa kapacitet hos ett stödföretag i syfte att uppfylla kravet rörande ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet inte är utesluten.

36. Jag ifrågasätter inte att medlemsstaterna har ett relativt stort utrymme för skönsmässig bedömning när de införlivar direktiven om offentlig upphandling. Detta gäller dock inte beträffande frågor som unionslagstiftaren uttryckligen har tagit ställning till. Enligt min mening är detta fallet när det gäller möjligheten att åberopa utomståendes kapacitet vid deltagande i offentliga anbuds-förfaranden. Såsom jag har påpekat ovan tillåter både domstolens praxis och direktiv 2004/18 uttryckligen att en ekonomisk aktör åberopar andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna dem emellan.

37. Uteslutning av anbudsgivare som åberopar kapaciteten hos fler än ett stödföretag för varje kategori av kvalitetskriterier gynnar större företag på bekostnad av *ad hoc*-konsortier av små och mellanstora företag. Ett sådant system är fördelaktigt för dominerande lokala eller regionala aktörer med avseende på offentliga kontrakt som stämmer väl överens med deras kapacitet, men som är alltför krävande för mindre aktörer som agerar ensamma och är alltför små för att vara intressanta för större nationella eller internationella företag. Detta kan inte anses som icke-diskriminerande.

38. Jag instämmer i den italienska regeringens uppfattning att det kan vara skillnad mellan situationer där en ekonomisk aktör åberopar en annan enhets ekonomiska och finansiella kapacitet och situationer där det är teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet som är aktuell. I vissa situationer måste den tekniska eller yrkesmässiga kapaciteten finnas hos en enda enhet. Till exempel kan två företag som har kapacitet att leverera 50 000 ton asfalt gemensamt leverera den mängd på 100 000 ton som behövs för att rusta upp en motorväg. Två företag som vart och ett har den sakkunskap som krävs för underhåll och reparation av klockor på järnvägsstationer uppfyller däremot inte automatiskt de kapacitetskrav som ställs för reparation av gamla klockor i medeltida kyrkor.

39. Den frågeställning som rör möjligheterna att slå samman vissa typer av teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet är i kvalitativt hänseende oberoende av hur många andra enheters kapacitet en ekonomisk aktör åberopar. Det faktum att ekonomiska aktörer kan åberopa andra enheters kapacitet för att godkännas som potentiella anbudsgivare inverkar inte på den konkreta situationen i enskilda

19 — Se exempelvis Europeiska kommissionens grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (KOM(2011) 0015).

20 — I riktlinjedokumentet Europeisk kod för bästa praxis för att underlätta små och medelstora företags tillträde till offentliga kontrakt rekommenderade kommissionen att man ska utnyttja ekonomiska aktörers möjlighet att dra nytta av den ekonomiska och finansiella ställning och den tekniska kapacitet som de kan uppnå gemensamt i upphandlingsförfarandets urvalsskede. Se kommissionens arbetsdokument Europeisk kod för bästa praxis för att underlätta små och medelstora företags tillträde till offentliga kontrakt (SEC(2008) 2193).

upphandlingsförfaranden. Oavsett huruvida en ekonomisk aktör besitter den ekonomiska, finansiella, tekniska och yrkesmässiga kapaciteten själv eller åberopar andra enheters kapacitet, måste aktören ändå bevisa att den uppfyller de kriterier som uppställts för fullgörandet av ett visst offentligt byggentreprenadkontrakt.

40. Dessutom föreskrivs i artikel 48.5 i direktiv 2004/18 särskilda regler för bedömning av ekonomiska aktörer vad gäller yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet som ska tillämpas i fråga om vissa kategorier av offentliga kontrakt. Denna bestämmelse gäller även ekonomiska aktörer som åberopar teknisk eller yrkesmässig kapacitet hos andra enheter. Såsom jag har angett ovan med avseende på officiella förteckningar eller nationella certifieringar, har upphandlande myndigheter därutöver fortfarande utrymme för egen bedömning när det gäller att fastställa nivån på de krav rörande finansiell och ekonomisk ställning samt teknisk kunskap och kapacitet som ska ställas för deltagande i en viss upphandling.

VI – Förslag till avgörande

41. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den fråga som ställts av Tribunale Amministrativo per le Marche enligt följande:

Artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18 av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster utgör hinder för sådana nationella bestämmelser som de här aktuella vilka, förutom under särskilda omständigheter, förbjuder att ett företag åberopar flera stödföretags kapacitet i syfte att uppfylla de urvalskriterier som rör en ekonomisk aktörs ekonomiska och finansiella ställning och/eller tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet.