



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 4 maj 2017*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet — Ekonomiska aktörers tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet — Artikel 48.3 — Möjlighet att åberopa andra enheters kapacitet — Artikel 51 — Möjlighet att komplettera anbudet — Artikel 45.2 g — Uteslutning från deltagande i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt på grund av allvarligt fel”

I mål C-387/14,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling, Polen) genom beslut av den 25 juli 2014, som inkom till domstolen den 14 augusti 2014, i målet

Esaprojekt Sp. z o.o.

mot

Województwo Łódzkie,

intervenient:

Konsultant Komputer sp. z o.o.,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

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

generaladvokat: Michail Bobek

justitiesekreterare: handläggaren X. Lopez Bancalari,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 21 september 2016,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Województwo Łódzkie, genom M. Popielarczyk och A. Faliszek-Rosiak, radcy prawni, samt genom P. Krystynowicz och M. Kaczmarczyk, båda i egenskap av ombud,
- Polens regering, genom B. Majczyna och D. Lutostańska, båda i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: polska.

— Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av C. Colelli, avvocato dello Stato,

— Europeiska kommissionen, genom J. Hottiaux och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 24 november 2016 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av 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).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Esaprojekt sp. z o.o. och Województwo Łódzkie (Vojvodskapet Łódź, Polen) (nedan kallad den upphandlande myndigheten). Målet rör villkoren för hur ett anbud som lämnats av den ekonomiska aktören Konsultant Komputer sp. z o.o., i ett anbuds förfarande avseende ett offentligt kontrakt för leverans av datasystem till sjukhus i Polen, valdes ut.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 Skäl 46 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Kontraktstilldelningen bör ske på grundval av objektiva kriterier som säkerställer att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas och att anbuderna bedöms i verklig konkurrens med varandra. Därför bör endast två tilldelningskriterier godkännas, nämligen ”lägsta pris” och ”ekonomiskt mest fördelaktigt anbud”.

För att garantera att principen om likabehandling iakttas vid kontraktstilldelning bör det fastställas en skyldighet – i enlighet med rättspraxis – att garantera nödvändig öppenhet, så att alla anbudsgivare i rimlig mån kan informeras om de kriterier och villkor som kommer att tillämpas för att urskilja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. ...”

- 4 I artikel 1.2 a i nämnda direktiv anges följande:

”*offentliga kontrakt*: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.”

- 5 I artikel 2 i direktiv 2004/18, som har rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, anges följande:

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

- 6 I artikel 44 i direktiv 2004/18, som har rubriken ”Kontroll av lämplighet och val av deltagare samt tilldelning av kontrakt”, anges följande:

”1. Kontrakt skall tilldelas på grundval av kriterierna i artiklarna 53 och 55 och med beaktande av artikel 24, efter det att lämpligheten hos de ekonomiska aktörer som inte har uteslutits enligt artiklarna 45 och 46 har kontrollerats av den upphandlande myndigheten enligt de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet som avses i artiklarna 47-52 samt, i förekommande fall, de icke-diskriminerande regler och kriterier som avses i punkt 3.

2. Den 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.

...”

- 7 I artikel 45 i direktivet, som har rubriken ”Anbudssökandes eller anbudsgivares personliga ställning”, föreskrivs i punkt 2 följande:

”En ekonomisk aktör får uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt om han

...

- g) i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt detta avsnitt eller har underlåtit att lämna sådan information.

Medlemsstaterna skall i enlighet med nationell rätt och med hänsyn till gemenskapsrätten fastställa villkoren för tillämpning av denna punkt.”

- 8 I artikel 48 i direktivet, som har rubriken ”Teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet”, föreskrivs följande:

”1. En ekonomisk aktörs tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet skall bedömas och kontrolleras i enlighet med punkterna 2 och 3.

2. Bevis på en ekonomisk aktörs tekniska kapacitet får lämnas i en eller flera av följande former beroende på de aktuella byggentreprenadernas, varornas eller tjänsternas art, kvantitet eller betydelse och ändamål:

a) ...

- ii) En förteckning över de viktigaste leveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren, med angivande av värde, tidpunkt och privata eller offentliga mottagare. ...

...

3. 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.

4. På samma villkor får en sådan grupp av ekonomiska aktörer som avses i artikel 4 åberopa kapaciteten hos deltagarna i gruppen eller hos andra enheter.

...”

- 9 I artikel 51 i direktiv 2004/18, som har rubriken ”Ekonomisk och finansiell ställning”, föreskrivs följande:

”Den upphandlande myndigheten får anmoda de ekonomiska aktörerna att komplettera eller förtydliga inlämnade certifikat och handlingar med tillämpning av artiklarna 45–50.”

Polsk rätt

- 10 Direktiv 2004/18 har införlivats med polsk rätt genom Ustawa Prawo zamówień publicznych (lagen om offentlig upphandling) (kodifierad version, Dz. U., 2013, punkterna 907, 984, 1047 och 1473, och Dz. U., 2014, punkt 423) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling).

- 11 I artikel 24.2 led 3 och 4 i lagen om offentlig upphandling anges följande:

”Från upphandlingsförfarandet ska även ekonomiska aktörer uteslutas som:

- 3) lämnat oriktiga uppgifter som påverkar eller kan påverka förfarandets utgång;
- 4) inte visat att de uppfyllt villkoren för deltagande i förfarandet.”

- 12 I artikel 26.2b och 4 i lagen om offentlig upphandling föreskrivs följande:

”2b. En ekonomisk aktör får åberopa kunskaper, erfarenheter och den tekniska kapacitet som innehas av de personer som är i stånd att genomföra kontraktet samt den ekonomiska kapaciteten hos andra enheter oberoende av det rättsliga förhållandet mellan den ekonomiska aktören och dessa enheter. En ekonomisk aktör ska i detta fall bevisa för den upphandlande myndigheten att den kommer att förfoga över de resurser som krävs för att genomföra kontraktet, särskilt genom att lägga fram ett skriftligt åtagande från enheterna att förse den ekonomiska aktören med nödvändiga resurser under den period som de ska användas då kontraktet genomförs.

...

4. Den upphandlande myndigheten ska även anmoda den ekonomiska aktören att inom den av den upphandlande myndigheten angivna fristen förtydliga i artikel 25.1 angivna uppgifter och handlingar.”

- 13 I artikel 93.1 led 7 i denna lag föreskrivs följande:

”Den upphandlande myndigheten ska ställa in upphandlingsförfarandet om... det har förekommit fel i förfarandet som inte kan avhjälpas, vilka gör att det blir omöjligt att ingå ett upphandlingskontrakt som inte är behäftat med en ogiltighetsgrund.”

14 Artikel 1.6 i Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składowane (ministerrådsordförandens förordning av den 19 februari 2013 om vilka typer av handlingar som den upphandlande myndigheten kan kräva att en ekonomisk aktör ger in och hur sådana handlingar ska inges) (Dz. U., 2013, punkt 231) har följande lydelse:

” Om en ekonomisk aktör, för att visa att denne uppfyller villkoren enligt artikel 22.1 i [lagen om offentlig upphandling], åberopar andra enheters resurser med stöd av artikel 26.2b i [lagen om offentlig upphandling], kan den upphandlande myndigheten, för att bedöma huruvida den ekonomiska aktören kommer att ha tillgång till andra enheters resurser som behövs för att fullgöra kontraktet eller huruvida förbindelserna mellan denna aktör och dessa enheter verkligen garanterar att denne har tillgång till dessa resurser, kräva,

- 1) för de villkor som avses i artikel 22.1 led 4 i [lagen om offentlig upphandling], de handlingar som uppräknas i punkt 1 led 9–11, och andra handlingar rörande ekonomisk och finansiell kapacitet, såsom framgår av meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget:
- 2) handlingar rörande bland annat
 - a) omfattningen av de resurser som den enhet vars resurser en ekonomisk aktör kan få tillgång till förfogar över,
 - b) vilka villkor som gäller för den ekonomiska aktörens användning av en annan enhets resurser för att fullgöra kontraktet,
 - c) arten av förbindelserna mellan en aktör och en annan enhet, och
 - d) omfattningen och varaktigheten av en annan enhets medverkan i att fullgöra kontraktet.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 15 Det framgår av beslutet om hänskjutande att den upphandlande myndigheten inledde ett anbuds förfarande avseende ”modernisering av befintliga och införande av nya informationssystem i sjukvårdinrättningar som förvaltas av Wojvodskapet Łódz (Polen) inom ramen för projektet tjänster inom det regionala medicinska informationssystemet (RMIS)”. Anbudsförfrågan offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 29 november 2013, under nummer 2013/S 232-402292.
- 16 Den upphandlande myndigheten valde ett öppet upphandlingsförfarande och delade upp kontraktet i flera delar vilka omfattade olika anläggningar. Den tillät intresserade ekonomiska aktörer att lämna anbud inte enbart för hela upphandlingen utan även för delar av den.
- 17 Tvisten i det nationella målet avser särskilt tilldelningen av del nr. 3, förvärv och leverans av ett integrerat system för sjukhus som ska betjäna den (grå) administrativa delen och den (vita) medicinska delen vid Nicolaus Copernicus provinssjukhus) i Piotrków Tribunalski (Polen). Kontraktet avsåg en standardprogramvara som den ekonomiska aktören skulle leverera, installera och konfigurera vid genomförande av kontraktet.
- 18 Varje anbudsgivare som lämnade anbud för del nr. 3 skulle i enlighet med punkterna 6.1 och 6.1.2 i förfrågningsunderlaget, som bevis för sin erfarenhet visa bland annat att de fullgjort minst två kontrakt innefattande (vilket gällde vart och ett av de nämnda kontrakten) leverans, installation, konfiguration och implementering av ett integrerat sjukhus system för de vita och grå delarna för en hälsovårdsinrättning med minst 200 sängar och med ett värde icke understigande 450 000 polska zloty (PLN) (cirka 101 676,08 euro) inklusive mervärdesskatt.

- 19 För att visa att de uppfyllde ovanstående villkor skulle samtliga ekonomiska aktörer lämna in, bland annat en förteckning över de viktigaste leveranser som utförts under de tre senaste åren före utgången av tidsfristen för lämnande av anbud, och om verksamheten bedrivits under en kortare period, skulle värdet, föremålet, tidpunkten för utförandet, mottagarna av varuleveranserna och de utförda tjänsterna under denna period anges, samt bevisning om huruvida leveranserna utförts i vederbörlig ordning.
- 20 I den ekonomiska aktören Konsultant Komputers anbud lämnades en förteckning över leveranser som innehöll två punkter, vilka avsåg leverans, installation, konfiguration och införande av två integrerade sjukvårdssystem i det regionala specialistsjukhuset J. Korczak de Ślupsk (Polen) och i specialistsjukhuset J. Śniadecki à Nowy Sącz (Polen), utförd av ett konsortium i vilket företagen Konsultant IT Sp. z o.o. och Konsultant Komputer Konsultant Sp. z o.o. ingick.
- 21 Den upphandlande myndigheten fann att det anbud som lämnats av Konsultant Komputer var det ekonomiskt mest fördelaktiga vad avser del nr. 3 och valde detta anbud.
- 22 Esaprojekt, i egenskap av utesluten anbudssökande i nämnda förfarande, överklagade den upphandlande myndighetens beslut att tilldela Konsultant Komputer kontraktet till Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling, Polen). Esaprojekt kritiserade huvudsak den upphandlande myndigheten för att den inte slagit fast att det aktuella anbudet grundades på oriktiga uppgifter och inte uppfyllde villkoren i punkt 6.1.2 i förfrågningsunderlaget. Anbudet skulle följaktligen ha förkastats i enlighet med artikel 24.2 led 3 i lagen om offentlig upphandling.
- 23 Genom beslut av den 7 april 2014, anmodade Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling) den upphandlande myndigheten att ogiltigförklara valet av det mest fördelaktiga anbudet vad avser del nr. 3 och att med stöd av artikel 26.4 i lagen om offentlig upphandling anmoda Konsultant Komputer att inkomma med förklaringar beträffande omfattningen av de kontrakt som åberopats i dess anbud. Följaktligen ogiltigförklarade den upphandlande myndigheten beslutet och uppmanade Konsultant Komputer att komplettera de handlingar som styrkte att villkoren för deltagande i förfarandet, som anges i punkt 6.1.2 i förfrågningsunderlaget, hade uppfyllts.
- 24 Som svar på denna anmodan angav Konsultant Komputer genom skrivelse av den 29 april 2014 att de åberopade kontrakten omfattade de funktioner som av den upphandlande myndigheten betecknats som den grå delen. Företaget anförde även att de referenser som bifogades anbudet avsåg två kontrakt, nämligen kontrakt nr 51/2/2010 av den 5 oktober 2010 och kontrakt nr 62/2010 av den 6 december 2010.
- 25 Det framgick emellertid av de uppgifter som lämnats av Konsultant Komputer att kontraktet för det regionala specialistsjukhuset J. Korczaka i Ślupsk hade fullgjorts inom ramen för två separata kontrakt, varav det ena inte omfattade den vita delen och det andra inte den grå delen.
- 26 Den upphandlande myndigheten fastställde mot bakgrund av dessa förklaringar följaktligen att tjänsterna avseende regionala specialistsjukhuset J. Korczaka i Ślupsk inte uppfyllde villkoret i punkt 6.1.2 i förfrågningsunderlaget, enligt vilket varje kontrakt ska innehålla alla de aspekter som anges i nämnda punkt, bland annat leverans, installation, konfiguration och införande av ett integrerat sjukvårdssystem för de vita och grå delarna. Den upphandlande myndigheten uppmanade således Konsultant Komputer att komplettera sina handlingar härvidlag.
- 27 Vid kompletteringen av handlingarna lämnade Konsultant Komputer in en ny förteckning över leveranser, i vilken företaget åberopade en annan enhets kapacitet, nämligen Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o.:s, i samband med två leveranser, nämligen till den offentliga hälsovårdanläggningen Janów Lubelski och distriktssjukhuset vid järnvägarnas hälsovård i Lublin

- (Polen). Konsultant Komputer hänvisade även till Medinet Systemy Informatycznych åtagande att i egenskap av rådgivare och konsult tillhandahålla den kapacitet som krävs för fullgörandet av kontraktet och angav även den leverans som skett till specialistsjukhuset J. Śniadecki i Nowy Sącz.
- 28 Den upphandlande myndigheten fann ånyo att det anbud som lämnats av Konsultant Komputer var det ekonomiskt mest fördelaktiga vad avser del nr. 3.
- 29 Esaprojekt väckte talan vid Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling) och yrkade att den upphandlande myndighetens beslut skulle ogiltigförklaras. Esaprojekt yrkade även att den upphandlande myndigheten skulle föreläggas att genomföra en ny utvärdering av anbuderna och utesluta Konsultant Komputer från förfarandet, på grund av att företaget lämnat oriktiga uppgifter och inte visat att det uppfyllde villkoren för att delta i anbuds förfarandet, bland annat de som anges i punkt 6.1.2. i förfrågningsunderlaget.
- 30 Enligt Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling), väcker tvisten i det nationella målet frågan huruvida artiklarna 2 och 51 i direktiv 2004/18 utgör hinder för att en ekonomisk aktör vid ifyllande av de handlingar som den upphandlande myndigheten begärt gör gällande andra leveranser än de som angetts i det ursprungliga anbudet och därvidlag kan åberopa leveranser som gjorts av en annan enhet, vilken inte åberopats i det ursprungliga anbudet.
- 31 Överklagandenämnden frågar sig vidare huruvida den ekonomiska aktören, under sådana omständigheter som i det nationella målet, kan stödja sig på den i artikel 48.3 i direktiv 2004/18 föreskrivna rätten att utnyttja andra enheters kapacitet när denna inte ensam uppfyller minimikraven för att delta i upphandlingen av tjänster.
- 32 Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling) har för övrigt ställt sig frågan huruvida en ekonomisk aktör under sådana omständigheter kan hållas ansvarig för ett allvarligt fel och således uteslutas från tilldelningsförfarandet i den mening som avses i artikel 45.2 g i direktiv 2004/18.
- 33 Mot denna bakgrund beslutade Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen.
- ”1. Får en ekonomisk aktör enligt artikel 51 i [direktiv 2004/18] jämförd med principen om lika och icke-diskriminerande behandling av ekonomiska aktörer och principen om öppenhet som fastställs i artikel 2 i nämnda direktiv i samband med förtydligande eller komplettering av handlingar åberopa andra kontrakt som fullgjorts (såsom utförda leveranser) än dem som angavs i förteckningen över leveranser som bifogades anbudet, och framför allt åberopa kontrakt som fullgjorts av en annan enhet, och vars resurser inte åberopats i anbudet?
2. Ska artikel 51 i direktiv 2004/18 mot bakgrund av domstolens dom av den 10 oktober 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647) av vilken det framgår att ”[p]rincipen om likabehandling ska tolkas så, att den inte utgör hinder för att en upphandlande myndighet efter det att fristen för att ansöka om att få delta i en offentlig upphandling har löpt ut, begär att en anbudssökande ska inkomma med handlingar som beskriver denna sökandes situation, såsom ett offentligt årsbokslut, vars förekomst före utgången av fristen för ansökan om att få delta i ett upphandlingsförfarande objektivt kan kontrolleras, såvida det inte i upphandlingsdokumenten uttryckligen krävdes att dessa upplysningar skulle ha getts in vid äventyr att anbudssökanden annars skulle uteslutas från upphandlingsförfarandet” tolkas så, att enbart sådana handlingar kan kompletteras vars förekomst före utgången av fristen för inlämnande av anbud eller ansökan om att få delta i upphandlingsförfarandet objektivt kan kontrolleras, eller så att domstolen enbart angett en av flera möjligheter, och en komplettering av handlingar även är möjlig i andra fall, till exempel genom att handlingar bifogas som inte existerade före denna tidpunkt, men som objektivt kan styrka att villkoret har uppfyllts?

3. För det fall att fråga 2 besvaras så, att även en komplettering av andra handlingar än de som anges i domen av den 10 oktober 2013 Manova, (C-336/12, EU:C:2013:647) är möjlig, är det då möjligt att komplettera handlingar som upprättats av en ekonomisk aktör, underleverantörer eller andra enheter vars kapacitet den ekonomiska aktören åberopat då de inte angetts tillsammans med anbudet?
4. Är det enligt artikel 44 [i direktiv 2004/18] jämförd med artikel 48.2 a [i detta direktiv] samt principen om likabehandling av ekonomiska aktörer som fastställs i artikel 2 i [direktivet] möjligt att åberopa andra enheters resurser som avses i artikel 48.3 [i direktivet] varigenom den kunskap och erfarenhet som innehas av två enheter som var för sig inte innehar den kunskap och erfarenhet som krävs av den upphandlande myndigheten, räknas samman, när erfarenheten är odelbar (det vill säga det krävs att den ekonomiska aktören uppfyller villkoret för deltagande i förfarandet i dess helhet) samt det inte är möjligt att dela upp kontraktet (kontraktet utgör en helhet)?
5. Är det enligt artikel 44 [i direktiv 2004/18] jämförd med artikel 48.2 a [i samma direktiv] samt principen om likabehandling och icke-diskriminering som fastställs i artikel 2 i [direktivet] möjligt att åberopa erfarenheten hos denna kategori av ekonomiska aktörer, så att den ekonomiska aktör som fullgjort kontraktet i egenskap av en av de ekonomiska aktörerna i denna kategori kan åberopa fullgörandet av denna grupp av aktörer oberoende av den del han haft i fullgörandet av kontraktet, eller om den enbart kan åberopa egen erfarenhet som vunnits då den del av kontraktet som tilldelats honom inom gruppen fullgjorts?
6. Ska artikel 45.2 g i direktiv 2004/18/EG enligt vilken en ekonomisk aktör som i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter ... eller har underlåtit att lämna information kan uteslutas från förfarandet, tolkas så, att en ekonomisk aktör som lämnat oriktiga uppgifter som påverkar eller kan påverka förfarandets utgång ska uteslutas från förfarandet, i det att ansvaret för den oriktiga uppgiften ligger i själva överlämnandet till den upphandlande myndigheten av uppgifter som inte överensstämde med verkligheten som påverkar den upphandlande myndighetens beslut att utesluta den ekonomiska aktören från förfarandet (och förkasta dess anbud), oavsett om den ekonomiska aktören har handlat medvetet och avsiktligt eller oavsiktligt av oaktsamhet eller vårdslöshet, eller inte har iakttagit den omsorgsplikt som ålåg den? Ska enbart den ekonomiska aktör som lämnat felaktiga uppgifter (som inte överensstämmer med verkligheten) anses ha ”lämnat oriktiga uppgifter eller [ha] underlåtit att lämna sådan information [i allvarlig omfattning]” eller även den ekonomiska aktör som visserligen lämnat riktig information, men tillhandahållit denna information på ett visst sätt för att övertyga den upphandlande myndigheten om att den ekonomiska aktören uppfyllt samtliga villkor som ställts av denna, trots att det inte förhåller sig på det sättet?
7. Kan en ekonomisk aktör enligt artikel 44 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 48.2 a däri samt principen om likabehandling av ekonomiska aktörer som fastställs i artikel 2 i [direktivet] åberopa erfarenhet, på så sätt att det hänvisas till två eller flera kontrakt såsom ett enda kontrakt, trots att den upphandlande myndigheten varken i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget uppgett att en sådan möjlighet finns?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Frågorna 1–3

- ³⁴ Den hänskjutande domstolen har ställt frågorna 1–3, vilka ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida artikel 51 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 2 i nämnda direktiv ska tolkas så, att den utgör hinder för att en ekonomisk aktör efter det att fristen för att lämna anbud i ett offentligt anbuds förfarande löpt ut, i syfte att visa att kraven för att delta i ett offentligt anbuds förfarande är

uppfylla av nämnda aktör, till den upphandlande myndigheten överlämnar handlingar som inte ingick i dennes ursprungliga anbud, såsom ett kontrakt som fullgjorts av en annan enhet samt ett åtagande från denna enhet att ställa nödvändig resurser till förfogande för att fullgöra det aktuella kontraktet.

- 35 För att besvara dessa frågor erinras inledningsvis om att enligt skäl 46 och artikel 2 i direktiv 2004/18 ska den upphandlande myndigheten behandla ekonomiska aktörer likvärdigt och icke-diskriminerande och förfara på ett öppet sätt (dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 60).
- 36 Enligt principerna om likabehandling och icke-diskriminering krävs således att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud. Dessa principer innebär således att anbuden ska omfattas av samma villkor för alla anbudsgivare. Syftet med kravet på öppenhet är vidare att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Denna skyldighet 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 anbuden från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna (dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 61 och där angiven rättspraxis).
- 37 Principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt kravet på öppenhet utgör dessutom, såsom framgår av rättspraxis, hinder för att det sker någon förhandling mellan den upphandlande myndigheten och en anbudsgivare i ett förfarande för offentlig upphandling, vilket innebär att anbudet i princip inte kan ändras efter att det har getts in vare sig på initiativ av den upphandlande myndigheten eller på initiativ av anbudsgivaren. Härav följer att den upphandlande myndigheten inte får begära förtydliganden från en anbudsgivare, vars anbud den upphandlande myndigheten anser vara oklart eller inte uppfylla kraven i de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget (dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 62 och där angiven rättspraxis).
- 38 Domstolen har emellertid preciserat att artikel 2 i direktiv 2004/18 inte utgör något hinder för att uppgifterna i anbudet kan rättas eller kompletteras på en specifik punkt, bland annat på grund av att det är uppenbart att uppgifterna kräver en enkel förklaring eller för att undanröja uppenbara sakfel (dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 63 och där angiven rättspraxis).
- 39 Den upphandlande myndigheten måste därför särskilt se till att begäran om förtydligande av ett anbud inte leder till att den berörda anbudsgivaren i själva verket inger ett nytt anbud (dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 64 och där angiven rättspraxis).
- 40 Det ankommer dessutom på den upphandlande myndigheten att – när den utövar sitt utrymme för skönsmässig bedömning för att begära att anbudssökandena ska förtydliga sina anbud – behandla anbudssökandena på ett likartat och lojalt sätt, så att det inte kan framstå som om begäran om förtydligande, efter förfarandet för urval av anbuden och med hänsyn till dess utgång, på ett otillbörligt sätt gynnade eller missgynnade den eller de anbudssökande som var föremål för begäran (dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 65 och där angiven rättspraxis).

- 41 I förevarande fall har Konsultant Komputer till den upphandlande myndigheten ingett handlingar som inte ingick i dess ursprungliga anbud, efter det att fristen för att lämna anbud för det aktuella förfarandet löpt ut. Såsom anges i punkt 27 i förevarande dom åberopade denna aktör ett kontrakt som fullgjorts av en annan enhet liksom denna enhets åtagande att ställa nödvändiga resurser till förfogande för att fullgöra det i det nationella målet aktuella kontraktet.
- 42 Sådana preciseringar utgör emellertid, snarare än en enkel komplettering på en specifik punkt eller rättelse av ett uppenbart sakfel, i enlighet med i punkt 38 i förevarande dom angiven rättspraxis, en materiell och betydande ändring av det ursprungliga anbudet vilket snarare kan likställas med ingivande av ett nytt anbud.
- 43 Såsom generaladvokaten har angett i punkt 30 i sitt förslag till avgörande påverkar nämligen ett sådant meddelande en viktig del av förfarandet, nämligen en förändring av den enhet som eventuellt kommer att tilldelas kontraktet, liksom kontrollen av denna aktörs kapacitet och således dess förmåga att fullgöra kontraktet i fråga i den mening som avses i artikel 44.1 i direktiv 2004/18.
- 44 Den upphandlande myndigheten har under dessa omständigheter, genom att medge att den berörda ekonomiska aktören inger dessa handlingar för att komplettera sitt ursprungliga anbud, på ett otillbörligt sätt favoriserat denna aktör i förhållande till övriga sökande och således åsidosatt principerna om likabehandling och icke-diskriminering av ekonomiska aktörer liksom den skyldighet till öppenhet som följer och som de upphandlande myndigheterna enligt artikel 2 i direktiv 2004/18 är skyldiga att följa.
- 45 Av det anförda följer att fråga 1–3 ska besvaras på följande sätt: Artikel 51 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 2 i nämnda direktiv ska tolkas så, att den utgör hinder för att en ekonomisk aktör efter det att fristen för att lämna anbud i ett offentligt anbuds förfarande löpt ut, i syfte att visa att kraven för att delta i ett offentligt anbuds förfarande är uppfyllda av nämnda aktör, till den upphandlande myndigheten överlämnar handlingar som inte ingick i dennes ursprungliga anbud, såsom ett kontrakt som fullgjorts av en annan enhet samt ett åtagande från denna enhet att ställa nödvändiga resurser till förfogande för att fullgöra det aktuella kontraktet.

Fråga 4

- 46 Den hänskjutande domstolen har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida artikel 44 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 48.2 a i detta direktiv samt principen om likabehandling av ekonomiska aktörer som fastställs i artikel 2 i direktivet ska tolkas så, att det är möjligt för en ekonomisk aktör att åberopa andra enheters resurser i den mening som avses i artikel 48.3 i direktivet, varigenom den kunskap och erfarenhet som innehas av två enheter som var för sig inte innehar den kunskap och erfarenhet som krävs av den upphandlande myndigheten, räknas samman, när den upphandlande myndigheten anser att kontraktet är odelbart och således ska fullgöras av en enda aktör.
- 47 För att besvara denna fråga erinras om att det framgår av fast rättspraxis att de ekonomiska aktörerna enligt artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18 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 anbudssökanden eller anbudsgivaren bevisar för den upphandlande myndigheten att den verkligen kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörande av kontraktet (dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

- 48 Såsom domstolen emellertid redan fastställt utgör bestämmelserna i direktiv 2004/18 inte hinder mot att rätten enligt artiklarna 47.2 och 48.3 i detta direktiv begränsas i undantagsfall (dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 39 och där angiven rättspraxis).
- 49 Det är nämligen inte 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 den upphandlande myndigheten rätt att kräva att en enda ekonomisk aktör uppfyller miniminivån för kapacitet eller, i förekommande fall, med utnyttjande av ett begränsat antal ekonomiska aktörer enligt artikel 44.2 andra stycket i direktiv 2004/18, förutsatt att detta krav har samband med kontraktsföremålet och står i proportion till detta (dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 40 och där angiven rättspraxis).
- 50 Såsom angetts i punkt 18 i förevarande dom krävdes enligt upphandlingsdokumenten i det aktuella fallet att anbudsgivarna hade fullgjort åtminstone två kontrakt inom ett specifikt område.
- 51 Till följd av en begäran från den upphandlande myndigheten återopade Konsultant Komputer, för att visa att företaget hade de resurser som var nödvändiga för att fullgöra det i det nationella målet aktuella kontraktet, en annan enhets erfarenhet i form av två leveranser som utförts av Medinet Systemy Informatyczne, vilka angetts i punkt 27 i förevarande dom.
- 52 Såsom generaladvokaten har angett i punkt 46 i sitt förslag till avgörande bygger emellertid tolkningsfrågan på förutsättningen, vilket den hänskjutande domstolen uttryckligen angett, att kontraktet inte kan delas upp. Detta innebär att en enda ekonomisk aktör ska ha denna minimierfarenhet och att möjligheten till gemensamt återopande av erfarenhet har uteslutits. Såsom framgår av beslutet om hänskjutande anser dessutom Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling) att den omständigheten att möjligheten till gemensamt återopande av erfarenhet har uteslutits har samband med kontraktsföremålet och står i proportion till detta.
- 53 Den berörda ekonomiska aktören kan under dessa omständigheter och mot bakgrund av den rättspraxis som anges i punkterna 48 och 49 i förevarande dom inte återropa en tredje enhets kapacitet för att visa att den har tillräcklig kapacitet för att fullgöra det aktuella kontraktet.
- 54 Fråga 4 ska följaktligen besvaras på följande sätt: Artikel 44 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 48.2 a i detta direktiv samt principen om likabehandling av ekonomiska aktörer som fastställs i artikel 2 i direktivet ska tolkas så, att det inte är möjligt för en ekonomisk aktör att återropa andra enheters resurser i den mening som avses i artikel 48.3 i direktivet, varigenom den kunskap och erfarenhet som innehas av två enheter som var för sig inte innehar den kunskap och erfarenhet som krävs av den upphandlande myndigheten, räknas samman, när den upphandlande myndigheten anser att kontraktet är odelbart och således ska fullgöras av en enda aktör och att uteslutningen av möjligheten till gemensamt återopande av erfarenhet har samband med kontraktsföremålet och står i proportion till detta, och kontraktet således ska utföras av en enda aktör.

Fråga 5

- 55 Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 5 för att få klarhet i huruvida artikel 44 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 48.2 a i samma direktiv samt principen om likabehandling och icke-diskriminering som fastställs i artikel 2 i direktivet ska tolkas så, att det för en ekonomisk aktör som deltar ensam i ett förfarande för offentlig upphandling är möjligt att återropa erfarenheten hos en grupp av aktörer som aktören deltagit i inom ramen för ett annat kontrakt, oberoende av vilken roll vederbörande haft vid fullgörandet av kontraktet.

- 56 Frågan har uppkommit på grund av att leveranserna av integrerade sjukvårdssystem till berörda sjukhus, såsom det anges i punkt 20 i förevarande dom, fullgjordes av en grupp bestående av två företag, nämligen Konsultant Komputer och Konsultant IT.
- 57 För att besvara denna fråga är det viktigt att erinra om att enligt artikel 44.1 i direktiv 2004/18 ska den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos anbudssökandena eller anbudsgivarna i enlighet med de kriterier som anges i artiklarna 47–52 i direktivet.
- 58 Enligt artikel 44.2 i nämnda direktiv får den upphandlande myndigheten dessutom kräva att de ekonomiska aktörerna uppfyller vissa minimikrav när det gäller ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet enligt artiklarna 47 och 48 i samma direktiv.
- 59 I synnerhet föreskrivs i artikel 48.2 a i direktiv 2004/18 att bevis på en ekonomisk aktörs tekniska eller yrkesmässiga kapacitet, beroende på bland annat de aktuella tjänsternas art och betydelse, får lämnas i form av en förteckning över slutförda byggentreprenader under de fem senaste åren, samt en förteckning över de viktigaste leveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren.
- 60 Enligt i punkt 47 i förevarande dom angiven rättspraxis har de ekonomiska aktörerna enligt artikel 48.3 i direktiv 2004/18 rätt att, när det gäller ett bestämt kontrakt, åberopa andra enheters kapacitet, såsom en grupp av företag i vilken den ekonomiska aktören deltagit, förutsatt att denna för den upphandlande myndigheten kan visa att nämnda ekonomiska aktör verkligen kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörande av kontraktet.
- 61 En ekonomisk aktörs erfarenhet utgör härvidlag ett särskilt viktigt kriterium vid det kvalitativa valet av denna aktör, eftersom det gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att i enlighet med artikel 44.1 i direktiv 2004/18 kontrollera anbudssökandenas eller anbudsgivarnas lämplighet att fullgöra ett visst kontrakt.
- 62 När en ekonomisk aktör åberopar erfarenheten hos en grupp av företag i vilken den ekonomiska aktören deltagit, måste detta följaktligen bedömas mot bakgrund av denna aktörs faktiska deltagande och således vad denna verkligen bidragit med i den verksamhet som nämnda grupp skulle genomföra inom ramen för ett visst kontrakt.
- 63 I likhet med vad den polska regeringen har anfört i sina skriftliga yttranden, tillägnar sig en ekonomisk aktör faktisk erfarenhet, inte bara genom att delta i en grupp av företag oberoende av dess bidrag till fullgörandet av kontraktet, utan enbart genom att delta direkt i genomförandet av åtminstone en del av det kontrakt som gruppen ska fullgöra.
- 64 Härav följer att en ekonomisk aktör, i syfte att visa att denna har den erfarenhet som krävs av den upphandlande myndigheten, inte kan åberopa leveranser som gjorts av andra medlemmar i en grupp, i vilka aktören faktiskt inte deltagit.
- 65 Av det anförda följer att fråga 5 ska besvaras enligt följande: Artikel 44 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 48.2 a i samma direktiv samt principen om likabehandling och icke-diskriminering som fastställs i artikel 2 i direktivet ska tolkas så, att det för en ekonomisk aktör som deltar ensam i ett förfarande för offentlig upphandling inte är möjligt att åberopa erfarenheten hos en grupp av aktörer som aktören deltagit i inom ramen för ett annat kontrakt, om denna aktör inte faktiskt deltagit i fullgörandet av kontraktet.

Den sjätte frågan

- 66 Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 6 för att få klarhet i huruvida artikel 45.2 g i direktiv 2004/18, enligt vilken en ekonomisk aktör bland annat kan uteslutas från deltagande i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt om denna i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter när den lämnat uppgifter som begärts av den upphandlande myndigheten, ska tolkas så, att den kan tillämpas när dessa uppgifter kan påverka utgången av anbuds förfarandet, oberoende av om den ekonomiska aktören handlat uppsåtligt.
- 67 För att besvara frågan ska det erinras om att det i punkterna 1 och 2 i artikel 45 i direktiv 2004/18 föreskrivs ett antal tvingande och icke tvingande skäl för att utesluta en anbudsgivare från deltagande i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt på grund av dennes personliga situation.
- 68 I synnerhet kan en ekonomisk aktör enligt artikel 45.2 g uteslutas från deltagande i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt om denne i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som begärts av den upphandlande myndigheten, eller har underlåtit att lämna sådan information.
- 69 Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling) söker klarhet i huruvida det för att tillämpa nämnda bestämmelse är nödvändigt att anbudsgivaren har handlat med uppsåt och att de uppgifter som lämnats till den upphandlande myndigheten har påverkat, eller hade kunnat påverka utgången av anbuds förfarandet.
- 70 Domstolen erinrar om att ingenting i lydelsen av artikel 45.2 g i direktiv 2004/18 hänvisar till ett uppsåtligt handlande från den ekonomiska aktören. Den omständigheten att handlandet är uppsåtligt kan således inte utgöra ett nödvändigt villkor för att en sådan aktör ska uteslutas från deltagande i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt.
- 71 För att anbudsgivaren ska anses ha i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter i den mening som avses i nämnda bestämmelse och således uteslutas från förfarandet, är det tvärtom tillräckligt att denne varit i viss grad oaktsam, det vill säga en oaktsamhet som i avgörande grad kan påverka beslut om uteslutning, urval och tilldelning av ett offentligt kontrakt.
- 72 För att sanktionera en ekonomisk aktör som lämnat oriktiga uppgifter genom att utesluta denna från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt, är – tvärtemot vad bland annat den polska regeringen och Europeiska kommissionen har påstått – den upphandlande myndigheten inte skyldig att bevisa att den ekonomiska aktören handlat med uppsåt.
- 73 Enligt artikel 45.2 andra stycket i direktiv 2004/18 ska medlemsstaterna vidare, i enlighet med nationell rätt och med hänsyn till gemenskapsrätten, fastställa villkoren för tillämpning av denna punkt.
- 74 Härav följer att begreppen som anges i artikel 45.2 första stycket i direktiv 2004/18, däribland ”i allvarlig omfattning” kan preciseras och förtydligas i den nationella rätten, dock med hänsyn tagen till unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 26).
- 75 I det aktuella fallet föreskrivs i artikel 24.2 led 3 i lagen om offentlig upphandling att en ekonomisk aktör som lämnat oriktiga uppgifter som påverkar eller kan påverka förfarandets utgång, kan uteslutas från upphandlings förfarandet.

- 76 Såsom framgår av beslutet om hänskjutande har emellertid de förklaringar och uppgifter som lämnats av den berörda ekonomiska aktören faktiskt påverkat utgången av tilldelningsförfarandet i det nationella målet. Enligt Krajowa Izba Odwoławcza (nationell överklagandenämnd för offentlig upphandling), var det nämligen med stöd av dessa förklaringar och uppgifter som Konsultant Komputer tilldelades kontraktet.
- 77 Mot denna bakgrund konstaterar domstolen att den berörda ekonomiska aktören genom att lämna oriktiga förklaringar och uppgifter gjort sig skyldig till en sådan oaktsamhet som på ett avgörande sätt påverkat besluten om uteslutning, urval och tilldelning av det aktuella kontraktet, med följd att denna aktör ska anses i allvarlig omfattning ha lämnat oriktiga uppgifter i den mening som avses i artikel 45.2 g i direktiv 2004/18. Ett sådant agerande kan följaktligen rättfärdiga den upphandlande myndighetens beslut att utesluta aktören i fråga från det aktuella upphandlingsförfarandet.
- 78 Av det anförda följer att fråga 6 ska besvaras enligt följande: Artikel 45.2 g i direktiv 2004/18, enligt vilken en ekonomisk aktör bland annat kan uteslutas från deltagande i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt om denna i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter när den lämnat uppgifter som begärts av den upphandlande myndigheten, ska tolkas så, att den kan tillämpas när den ekonomiska aktören gjort sig skyldig till en viss grad av oaktsamhet som på ett avgörande sätt kan påverka besluten om uteslutning, urval och tilldelning av det aktuella kontraktet, oberoende av huruvida det konstateras att aktören uppsåtligen har gjort fel.

Fråga 7

- 79 Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 7 för att få klarhet i huruvida artikel 44 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 48.2 a däri samt principen om likabehandling av ekonomiska aktörer som fastställs i artikel 2 i direktivet ska tolkas så, att en ekonomisk aktör kan åberopa erfarenhet genom att samtidigt åberopa två eller flera kontrakt såsom ett enda kontrakt, trots att den upphandlande myndigheten varken i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget uppgett att en sådan möjlighet finns.
- 80 För att besvara denna fråga är det för det första, såsom angetts i punkt 57 i förevarande dom, viktigt att erinra om att enligt artikel 44.1 i direktiv 2004/18 ska den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos anbudssökandena eller anbudsgivarna i enlighet med de kriterier som anges i artiklarna 47–52 i direktivet.
- 81 Anbudssökandena eller anbudsgivarna ska å sin sida visa för den upphandlande myndigheten att vederbörande förfogar över eller kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet.
- 82 Den upphandlande myndigheten kan i princip, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, uttryckligen ange de krav som ska vara uppfyllda och de konkreta formerna för hur anbudsgivaren ska visa sin lämplighet att tilldelas och att fullgöra det aktuella kontraktet. Under exceptionella omständigheter kan den upphandlande myndigheten, mot bakgrund av de berörda arbetenas art och kontraktets föremål och syfte, föreskriva begränsningar, bland annat vad gäller utnyttjande av ett begränsat antal ekonomiska aktörer enligt artikel 44.2 i direktiv 2004/18 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkterna 39–41, och dom av den 5 april 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punkt 90 och där angiven rättspraxis).
- 83 Om emellertid den upphandlande myndigheten 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 40 och 56).

- 84 Såsom framgår av beslutet om hänskjutande är det i förevarande fall visserligen riktigt att den upphandlande myndigheten inte uttryckligen i upphandlingsdokumenten föreskrivit att anbudsgivaren kunde åberopa två eller flera kontrakt såsom ett enda kontrakt. En sådan möjlighet hade emellertid inte heller uttryckligen uteslutits i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.
- 85 Under dessa omständigheter kan det i princip inte uteslutas att den erfarenhet som krävdes för fullgörande av kontraktet och som en ekonomisk aktör erhållit vid fullgörande av inte ett, utan två eller flera olika kontrakt kan anses vara tillräcklig för den upphandlande myndigheten och möjliggöra för nämnda ekonomiska aktör att tilldelas det aktuella kontraktet.
- 86 Såsom generaladvokaten har angett i punkt 62 i sitt förslag till avgörande, om kraven i en upphandling i princip kan uppfyllas genom att lägga samman kapacitet eller erfarenhet som uppdelats på olika aktörer, skulle det i än högre grad vara ologiskt att av princip utesluta möjligheten att lägga samman kapacitet eller erfarenhet som förvärvats av samma aktör på grund av olika kontrakt.
- 87 Av detta skäl och då möjligheten att åberopa flera olika erfarenheter som vunnits inom ramen för flera olika kontrakt inte, varken i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, har uteslutits, såsom i förevarande fall, ankommer det på den upphandlande myndigheten att under kontroll av de behöriga nationella domstolarna kontrollera huruvida den sammanlagda erfarenheten från två eller flera kontrakt mot bakgrund av arbetenas art och det aktuella kontraktets föremål och syfte, möjliggör att kontraktet fullgörs korrekt.
- 88 Av det anförda följer att fråga 7 ska besvaras på följande sätt: Artikel 44 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 48.2 a däri samt principen om likabehandling av ekonomiska aktörer som fastställs i artikel 2 i direktivet ska tolkas så, att en ekonomisk aktör kan åberopa erfarenhet genom att samtidigt åberopa två eller flera kontrakt såsom ett enda kontrakt, om inte den upphandlande myndigheten har uteslutit en sådan möjlighet genom krav som står i samband med och i proportion till kontraktets föremål och syfte.

Rättegångskostnader

- 89 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) Artikel 51 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 jämförd med artikel 2 i nämnda direktiv ska tolkas så, att den utgör hinder för att en ekonomisk aktör efter det att fristen för att lämna anbud i ett offentligt anbudsförfarande löpt ut, i syfte att visa att kraven för att delta i ett offentligt anbudsförfarande är uppfyllda av nämnda aktör, till den upphandlande myndigheten överlämnar handlingar som inte ingick i dennes ursprungliga anbud, såsom ett kontrakt som fullgjorts av en annan enhet samt ett åtagande från denna enhet att ställa nödvändiga resurser till förfogande för att fullgöra det aktuella kontraktet.
- 2) Artikel 44 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 48.2 a i detta direktiv samt principen om likabehandling av ekonomiska aktörer som fastställs i artikel 2 i direktivet ska tolkas så, att det inte är möjligt för en ekonomisk aktör att åberopa andra enheters resurser i den mening som avses i artikel 48.3 i direktivet, varigenom den kunskap och erfarenhet som innehas av två enheter som var för sig inte innehar den kunskap och erfarenhet som krävs av den upphandlande myndigheten, räknas samman, när den upphandlande myndigheten anser att kontraktet är

odelbart och således ska fullgöras av en enda aktör och att uteslutningen av möjligheten till gemensamt återopande av erfarenhet har samband med kontraktsföremålet och står i proportion till detta, och kontraktet således ska utföras av en enda aktör.

- 3) Artikel 44 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 48.2 a i samma direktiv samt principen om likabehandling och icke-diskriminering som fastställs i artikel 2 i direktivet ska tolkas så, att det för en ekonomisk aktör som deltar ensam i ett förfarande för offentlig upphandling inte är möjligt att återropa erfarenheten hos en grupp av aktörer som aktören deltagit i inom ramen för ett annat kontrakt, om denna aktör inte faktiskt deltagit i fullgörandet av kontraktet.
- 4) Artikel 45.2 g i direktiv 2004/18, enligt vilken en ekonomisk aktör bland annat kan uteslutas från deltagande i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt om denna i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter när den lämnat uppgifter som begärts av den upphandlande myndigheten, ska tolkas så, att den kan tillämpas när den ekonomiska aktören gjort sig skyldig till en viss grad av oaktsamhet som på ett avgörande sätt kan påverka besluten om uteslutning, urval och tilldelning av det aktuella kontraktet, oberoende av huruvida det konstateras att aktören uppsåtligen har gjort fel.
- 5) Av det anförda följer att fråga 7 ska besvaras på följande sätt: Artikel 44 i direktiv 2004/18/EG jämförd med artikel 48.2 a däri samt principen om likabehandling av ekonomiska aktörer som fastställs i artikel 2 i direktivet ska tolkas så, att en ekonomisk aktör kan återropa erfarenhet genom att samtidigt återropa två eller flera kontrakt såsom ett enda kontrakt, om inte den upphandlande myndigheten har uteslutit en sådan möjlighet genom krav som står i samband med och i proportion till kontraktets föremål och syfte.

Underskrifter