



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 21 januari 2016¹

Mål C-27/15

**Pippo Pizzo m.fl.
mot
CRGT srl**

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italien))

”Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Deltagande i en upphandling — Möjlighet att återropa andra företags kapacitet för att uppfylla villkoren — Underlåtenhet att betala en avgift som inte uttryckligen föreskrivits — Uteslutning av anbudsgivaren”

1. Denna begäran om förhandsavgörande ger än en gång domstolen tillfälle att utveckla sin rättspraxis rörande offentliga upphandlingsförfaranden och i synnerhet rörande direktiv 2004/18/EG.²
2. Den hänskjutande domstolen är dels osäker på om en anbudsgivare får återropa andra enheters kapacitet för att uppfylla villkoren för deltagande i upphandlingsförfarandet, en fråga som är relativt enkel att besvara mot bakgrund av domstolens praxis.
3. Dels undrar den hänskjutande domstolen – och denna fråga är mer komplicerad – om det är tillåtet att vissa villkor för att få delta i upphandlingsförfarandet inte uttryckligen anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, utan kan härledas från nationella bestämmelser med allmän giltighet.
4. Vad beträffar den sistnämnda frågan föreslår jag att domstolen gör en nyanserad tolkning av sin egen praxis rörande nödvändigheten av att i upphandlingsdokumenten uttryckligen ange samtliga anbudsvillkor. Jag gör det med stöd av den logik som jag anser ligger i föreställningen om en ”rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare” som avgörande kriterium enligt andemeningen i denna praxis.

¹ — Originalspråk: spanska.

² — 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).

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2004/18

5. I artikel 2 i direktiv 2004/18 föreskrivs att "[u]pphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt".

6. Artikel 47 i direktivet har följande lydelse:

"1. Bevis på en ekonomisk aktörs ekonomiska och finansiella ställning kan som regel utgöras av en eller flera av följande referenser:

- a) Lämpliga intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten.
- b) Balansräkningar eller utdrag ur dem, om offentliggörande av balansräkningar krävs enligt lagstiftningen i det land där den ekonomiska aktören är etablerad.
- c) Uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller ...

2. 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.

..."

7. I artikel 48 i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:

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

...

3. 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.

..."

2. Direktiv 2014/24/EU³

8. I artikel 63 i direktiv 2014/24 föreskrivs följande:

”1. När det gäller ... kriterier för ekonomisk och finansiell ställning ... och ... kriterier för teknisk och yrkesmässig kapacitet ..., 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. ... de ekonomiska aktörerna [får] emellertid endast åberopa andra enheters kapacitet om samma enheter kommer att utföra de byggentreprenader eller tjänster för vilka denna kapacitet krävs.

...

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 byggentreprenader, 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.”

B. *Nationell rätt*

1. Lagstiftningsdekret nr 163 av den 12 april 2006.⁴

9. Artikel 49 i lagstiftningsdekret nr 163 har följande lydelse:

”1. Anbudsgivaren – antingen enskild eller i ett konsortium eller i en gruppering enligt artikel 34 – får när det gäller en specifik upphandling av byggentreprenader, 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.

...

6. I fråga om byggentreprenader får anbudsgivaren endast åberopa ett stödföretag för varje kvalifikationskategori. I meddelandet om anbudsinfordran kan det anges att den ekonomiska aktören får åberopa flera stödföretag med hänsyn tagen till upphandlingens värde eller arbetenas särart ...”

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

4 — Lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, om genomförande av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (GURI, nr 100 av den 2 maj 2006, ordinarie tillägg nr 107), i dess lydelse enligt lagstiftningsdekret nr 152 av den 11 september 2008 (GURI nr 231 av den 2 oktober 2008, ordinarie tillägg nr 227); nedan kallat lagstiftningsdekret nr 163/2006.

2. Lag nr 266 av den 23 december 2005⁵

10. Enligt artikel 1.67 första stycket i lag nr 266 fastställer "[t]illsynsmyndigheten för offentlig upphandling ... årligen det belopp som de rättssubjekt, offentliga och privata, som omfattas av myndighetens tillsynsverksamhet, ska erlægga och fastställer även villkoren för hur nämnda avgift ska uppbäras, vilket inbegriper en skyldighet för ekonomiska aktörer att inbetala avgiften för att deras anbud ska kunna beaktas inom ramen för förfaranden för offentlig upphandling av byggentreprenader”.

II. Faktiska omständigheter

11. Hamnmyndigheten i Messina (Italien) inledde i november 2012 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 myndigheten ansvarar för. Tjänsten tillhandahölls tidigare av företaget CRGT srl (nedan kallat CRGT).

12. Kontraktet tilldelades den tillfälliga företagssammanslutningen Pippo Pizzo och Onofaro Antonino (nedan kallad Pizzo), efter att det hade konstaterats att andra deltagande företag – däribland CRGT – inte hade betalat in den avgift till den italienska tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling (Autorità di vigilanza dei contratti pubblici) (nedan kallad AVCP) som föreskrivs i lag nr 266/2005 som villkor för att deras anbud ska beaktas. De uteslöts därför från upphandlingsförfarandet.

13. CRGT väckte talan vid Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia (avdelningen i Catania, avdelning IV) (Siciliens regionala förvaltningsdomstol) om ogiltigförklaring av uteslutningen. Pizzo väckte en anslutningstalan och gjorde gällande att CRGT även borde ha uteslutits från upphandlingsförfarandet på grund av att företaget inte hade uppfyllt kravet i förfrågningsunderlaget att inge intyg från minst två banker för att styrka sin ekonomiska och finansiella ställning.

14. Rätten biföll CRGT:s talan och fann att det saknades grund för att utesluta företaget från upphandlingsförfarandet. Rätten angav följande skäl: a) Uppgifter om kravet på att den avgift som föreskrivs i lag nr 266/2005 skulle ha inbetalats saknades i upphandlingsdokumenten. b) Denna avgift rör uttryckligen offentliga arbeten men inte tjänstekontrakt. c) Denna avgift kan bara tillämpas på tjänstekontrakt om en extensiv tolkning görs av lag nr 266/2005. Med beaktande av principen om att de angivna grunderna för uteslutning av deltagare i en upphandling är uttömmande, får en sådan tolkning inte vara till men för anbudsgivare som, utan egen förskyllan, uppfattat att det inte var ett krav att den aktuella omtvistade avgiften skulle ha erlagts.

15. Rätten ogillade vidare Pizzos anslutningstalan och slog fast att det var tillåtet att som CRGT gjort hänvisa till den ekonomiska och finansiella ställningen hos ett stödföretag med vilket Pizzo hade ingått ett avtal för detta ändamål.

16. Pizzo överklagade domen i första instans till Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana. CRGT bestred överklagandet och åberopade än en gång andra grunder som den åberopat i sin första talan och som saknar betydelse i förevarande mål.

17. Mot bakgrund av detta har Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana beslutat att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

5 — 2006 års finanslag (Legge finanziaria 2006; GURI nr 302 av den 29 december 2005, ordinarie tillägg nr 211). Nedan kallad lag nr 266/2005.

III. Tolkningsfrågor

18. I förevarande begäran om förhandsavgörande, som inkom till domstolens kansli den 22 januari 2015, hänskjuts följande tolkningsfrågor:

- ”1) Ska 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 tolkas på så sätt att de utgör hinder för sådana nationella bestämmelser som de ovan angivna italienska bestämmelserna enligt vilka det är tillåtet att delvis åberopa andra enheters kapacitet, på de villkor som anges ovan, på området för offentlig upphandling av tjänster?
- 2) Utgör unionsrättsliga principer, särskilt principen om skydd för berättigade förväntningar, rättssäkerhetsprincipen och proportionalitetsprincipen, hinder för en bestämmelse 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 inbetala 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 det var möjligt att få kännedom om genom att föra två olika rättsliga resonemang som består dels i en extensiv tolkning av några bestämmelser i samma medlemsstats rättsordning, dels i ett införlivande av bestämmelsernas innehåll – i enlighet med resultatet av nämnda extensiva tolkning – med upphandlingsdokumenten?”

19. Den hänskjutande domstolen anser beträffande den första frågan att direktiv 2014/24 skulle kunna ha begränsat möjligheten att åberopa andra enheters kapacitet för att uppfylla upphandlingskriterierna.

20. Beträffande den andra frågan undrar Consiglio di Giustizia också huruvida principen om skydd för berättigade förväntningar, proportionalitetsprincipen, rättssäkerhetsprincipen och principen att det är önskvärt med så många anbudsgivare som möjligt (favor participationis) inte borde ha medfört att det berörda företaget beviljades en kortare tidsfrist för att betala in avgiften i fråga.

IV. Förfarandet vid domstolen. Parternas argument

21. Den italienska regeringen och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

A. Den första tolkningsfrågan

22. Vad beträffar den första tolkningsfrågan har den italienska regeringen anfört att det är tveksamt om den kan tas upp till sakprövning, eftersom den hänskjutande domstolen inte har redogjort för de ”faktiska förutsättningar” som den bygger på och därmed inte har tillhandahållit domstolen och parterna de instrument som behövs för att kunna ta ställning till frågan.

23. Enligt den italienska regeringen är det irrelevant att hänvisa till direktiv 2014/24, eftersom det inte är tillämpligt i det aktuella fallet och eftersom den föreskrivna fristen för att införliva direktivet ännu inte har löpt ut. Under alla förhållanden anser den italienska regeringen att det direktivet inte är mindre gynnsamt än direktiv 2004/18 när det gäller att åberopa andra enheters kapacitet.

24. Vad beträffar själva sakfrågan anser den italienska regeringen att problemet kan lösas mot bakgrund av de principer som domstolen angav i sin dom i målet *Swm Costruzioni 2* och *Mannocchi Luigino*,⁶ vilket avsåg faktiska omständigheter som inte på något rättsligt relevant sätt skiljde sig från dem i förevarande mål.

25. Den italienska regeringen anser således att det inte föreligger någon oförenlighet mellan direktiv 2004/18 och de nationella bestämmelser som återfinns i artikel 49 i lagstiftningsdekret nr 163/2006.

26. Kommissionen anser i likhet med den italienska regeringen att svaret på den första frågan kan härledas från den praxis som följer av domstolens dom i det ovannämnda målet *Swm Costruzioni*. Domstolen har slagit fast att en ekonomisk aktör utöver sin egen kapacitet även får åberopa en eller flera andra enheters kapacitet, för att uppfylla de minimivillkor som denne inte själv till fullo uppfyller.

27. Vad beträffar direktiv 2014/24 har kommissionen, även här i likhet med den italienska regeringen, betonat att det av tidsmässiga skäl inte är tillämpligt i det aktuella fallet.

28. Följaktligen anser kommissionen att artiklarna 47 och 48 i direktiv 2004/18 ska tolkas så att de inte utgör hinder mot en nationell bestämmelse som den som den hänskjutande domstolen har hänvisat till.

B. Den andra frågan

29. Beträffande den andra tolkningsfrågan anser den italienska regeringen att ingen av de principer som anges i beslutet att begära förhandsavgörande har åsidosatts. Enligt den italienska regeringen föreskrivs i artikel 46.1a i lagstiftningsdekret nr 163/2006 att deltagare i en upphandling får uteslutas på de grunder som anges i själva lagstiftningsdekretet och i meddelandet om upphandling, samt på de grunder som anges ”i andra gällande rättsliga bestämmelser”. Detta är enligt den italienska regeringen orsaken till att det förhållandet att det i *lex specialis* inte anges att underlåtenhet att betala avgiften till AVCP utgör en grund för uteslutning, inte kan rättfärdiga att anbudsgivaren underlåter att fullgöra sin skyldighet. Anbudsgivaren är skyldig att känna till alla tvingande bestämmelser som innehåller grunder för uteslutande och som fyller ut eventuella luckor i meddelandet om upphandling på denna punkt.

30. Den italienska regeringen anser också att en anbudsgivare inte får fylla ut luckor i anbudet efter att anbudstiden har löpt ut, utan att uppgifterna i anbudet bara får rättas eller kompletteras på en specifik punkt i den mening som avses i domen i målet *Manova*.⁷ Den upphandlande myndigheten får godta att anbudsgivarna åtgärdar vissa brister rörande de subjektiva villkoren för deltagande, men inte att de reglerar en underlåtenhet att betala en avgift. I annat fall skulle det innebära att ett villkor för deltagande som inte har uppfyllts i tid uppfylls efter att anbudstiden har löpt ut, vilket medför att principerna om likabehandling, opartiskhet och öppenhet åsidosätts.

31. Enligt den italienska regeringen är det bara om det rör sig om en underordnad underlåtenhet (att betalning har skett på annat sätt än det som föreskrivs i lagen eller att det inte har styrkts att betalning har skett i föreskriven tid och form) som det är möjligt att ge anbudsgivaren möjlighet att styrka att villkoret verkligen har uppfyllts.

6 — Mål C-94/12, EU:C:2013:646. Nedan kallat målet *Swm Costruzioni*.

7 — Mål C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 32.

32. Följaktligen föreslår den italienska regeringen att den andra frågan ska besvaras så att de principer som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, inte utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken det är tillåtet att utesluta en anbudsgivare som inte har fullgjort en skyldighet som inte uttryckligen föreskrivs i lagen för den aktuella typen av offentlig upphandling, men som kan härledas med hjälp av en tolkning av vissa lagbestämmelser som myndigheterna i den berörda staten upprepade gånger har gjort.

33. Kommissionen har å sin sida gjort gällande att den andra tolkningsfrågan särskilt avser tolkningen av likabehandlingsprincipen och skyldigheten att lämna insyn. Enligt kommissionen innebär dessa principer att den upphandlande myndigheten tydligt ska ange upphandlingsvillkoren, så att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare kan få kännedom om dem. Vidare har kommissionen påpekat att direktiv 2004/18 kräver att grunderna för uteslutande anges i meddelandet om upphandling.

34. Enligt kommissionen är dessa krav inte uppfyllda om en skyldighet, som om den inte fullgjorts medför uteslutande (i förevarande fall betalning av en avgift till en myndighet), inte uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten eller följer av den positiva nationella rätten, utan endast kan härledas från en extensiv tolkning av denna rätt som gör det möjligt att fylla ut den lucka som i annat fall skulle finnas i dessa dokument. Enligt kommissionen är detta en situation som är till nackdel, inte bara för de nationella ekonomiska aktörerna, utan i synnerhet för aktörer som är etablerade i andra medlemsstater, vilka löper risk för att hamna i ett underläge.

35. Kommissionen anser även att principerna om likabehandling och proportionalitet ska tolkas så att de inte utgör hinder för att den upphandlande myndigheten ger den ekonomiska aktören möjlighet att inom en frist som myndigheten själv föreskriver uppfylla den omtvistade betalningsskyldigheten.

V. Bedömning

A. Den första tolkningsfrågan

36. Den italienska regeringen anser visserligen att det är tveksamt om denna fråga kan tas upp till sakprövning, men den går inte så långt som att föreslå att den ska avvisas. Det saknas mycket riktigt skäl att omedelbart avvisa frågan från Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana huruvida artiklarna 47 och 48 i direktiv 2004/18 utgör hinder för nationella bestämmelser som, inom ramen för en offentlig upphandling av tjänster, tillåter att en ekonomisk aktör delvis återopar en annan enhets kapacitet för att uppfylla kriterierna för deltagande i upphandlingsförfarandet.

37. Jag anser emellertid, i likhet med den italienska regeringen och kommissionen, att den praxis som följer av domstolens dom i målet *Smw Costruzioni* är tillämplig i förevarande mål, eftersom de båda målen i allt väsentligt är identiska vad beträffar de omtvistade rättsfrågorna.

38. I domen i målet *Smw Costruzioni* slog domstolen fast att artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18 ”i princip, inte förbjuder anbudssökande eller anbudsgivare att utnyttja kapaciteten hos flera utomstående enheter för att bevisa att de motsvarar en viss miniminivå när det gäller kapacitet. I än mindre grad innehåller dessa bestämmelser ett 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.”⁸

⁸ — Mål C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 30.

39. Enligt domstolen är denna möjlighet inte ovillkorlig, utan förutsätter att den upphandlande myndigheten "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".⁹

40. Domstolen utesluter visserligen inte 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".¹⁰ I en sådan situation har myndigheten rätt att "kräva att en enda ekonomisk aktör uppnår 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".¹¹ Domstolen anser emellertid att "[d]enna situation utgör ... ett undantagsfall",¹² och "direktiv 2004/18 utgör därför hinder för att nämnda krav upphöjs till regel i nationell lagstiftning, vilket är fallet i fråga om en sådan bestämmelse som artikel 49.6 i lagstiftningsdekret nr 163/2006".¹³

41. Mot bakgrund av detta kan den fråga som Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana har hänskjutit besvaras på samma sätt som domstolen gjorde i domen i målet *Smw Costruzioni*. Det bör vidare påpekas, vilket kommissionen också har gjort,¹⁴ att det här inte föreligger något sådant undantagsfall som enligt punkt 35 i den ovannämnda domen gör det möjligt att "kräva att en enda ekonomisk aktör uppnår miniminivån för kapacitet", eftersom den kapacitet som är i fråga är av rent ekonomisk karaktär.

42. Den hänskjutande domstolen anser att oavsett vad som följer av direktiv 2004/18, skulle direktiv 2014/24 kunna ha medfört större begränsningar för möjligheten att åberopa andra enheters kapacitet för att uppfylla upphandlingskriterierna. Den italienska regeringen och kommissionen är eniga om att det sistnämnda direktivet inte är tillämpligt i förevarande fall. Jag delar till fullo denna uppfattning.

43. Den hänskjutande domstolen medger själv att fristen för införlivande av direktiv 2014/24 ännu inte har löpt ut, vilket är ett tillräckligt skäl för att det inte ska vara tillämpligt i förevarande fall. Den menar emellertid att "den nationella domstolen är skyldig att i möjligaste mån tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte för att uppnå det resultat som avses i direktivet".¹⁵

44. Enligt domstolens praxis måste medlemsstaterna "avhålla sig från att vidta åtgärder som allvarligt äventyrar det i direktivet föreskrivna resultatet" under införlivandefristen,¹⁶ men domstolen går inte så långt som att ålägga den nationella domstolen att tolka den egna nationella rätten i full överensstämmelse med ett direktiv vars införlivandefrist ännu inte har löpt ut.

45. Det kan för övrigt ifrågasättas om den bedömning som Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana har gjort att direktiv 2014/24 är mer restriktivt än direktiv 2004/18 när det gäller möjligheten att utnyttja andra enheters kapacitet. Det är emellertid en fråga som jag anser att man inte behöver gå närmare in på i sak, eftersom den är irrelevant i förevarande mål.

9 — Mål C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 33.

10 — Mål C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 35.

11 — Se föregående fotnot.

12 — Mål C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 36.

13 — Se föregående fotnot.

14 — Punkt 30 i dess skriftliga yttrande.

15 — Punkt C1 i beslutet att begära förhandsavgörande.

16 — Dom *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, EU:C:1997:628, punkt 45.

46. Således anser jag att artiklarna 47 och 48 i direktiv 2004/18 inte utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken det, under sådana omständigheter som föreligger i målet vid den nationella domstolen, är tillåtet att delvis utnyttja andra företags kapacitet för att uppfylla urvalskriterierna.

B. Den andra frågan

47. Den hänskjutande domstolens andra tolkningsfråga är enligt min uppfattning mer komplicerad. Ett tecken på detta är att den italienska regeringen och kommissionen har intagit olika ståndpunkter här. Medan den italienska regeringen anser att den ekonomiska aktör som uteslöts inte kunde vara ovetande om att det omtvistade villkoret skulle vara uppfyllt (att avgiften till AVCP först måste ha betalats), anser kommissionen att ett sådant villkor endast får ställas om det uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten eller klart framgår av den gällande positiva rätten.

48. I själva verket anser jag att dessa båda ståndpunkter ligger närmare varandra än vad det kan förefalla. Den italienska regeringen har inriktat sig på kriteriet att det ska krävas att man har kännedom om det omtvistade villkoret, medan kommissionen har fokuserat på villkorets offentliggörande. Dessa två perspektiv kompletterar varandra, eftersom ett offentliggörande av villkoret gör det möjligt att få kännedom om det och detta är bara möjligt (och kan bara krävas) om villkoret har offentliggjorts i vederbörlig ordning.

49. Det följer av domstolens praxis 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 ska kunna kontrollera om anbudet från de sistnämnda uppfyller upphandlingskriterierna”.¹⁷

50. Att villkoren ska offentliggöras på ett ”klart, precist och entydigt sätt” är i första hand en följd av likabehandlingsprincipen, enligt vilken det ”krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och den innebär således att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare”.¹⁸ I andra hand är det en följd av öppenhetsprincipen, vilken syftar till att ”garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida”.¹⁹ Principerna om likabehandling och öppenhet benämns i artikel 2 i direktiv 2004/18 ”principer för tilldelning av kontrakt” som de upphandlande myndigheterna är skyldiga att tillämpa.

51. Det råder således inget tvivel om att anbudsgivarna måste ges möjlighet att få kännedom om upphandlingsvillkoren, vilket innebär att de grundläggande kraven på likabehandling och öppenhet ska vara uppfyllda. Det är emellertid mer tveksamt om *alla* villkor för att få delta i upphandlingen uttryckligen måste finnas med i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, eller om vissa villkor av allmän karaktär kan förutsättas vara kända även om de inte uttryckligen anges i dessa handlingar.

52. Mot bakgrund av syftet med skyldigheten att offentliggöra villkoren – vilket enbart är att säkerställa att ”alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare” kan förstå deras innebörd och räckvidd – anser jag att det vore ologiskt att kräva att de upphandlande myndigheterna även ska ange sådana villkor som föreskrivs i bestämmelser av allmän karaktär som en ”rimligt

17 — Dom Cartiera dell’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44, med hänvisning till domen kommissionen/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkterna 108–111.

18 — Se föregående fotnot.

19 — Se föregående fotnot.

informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare” inte kan vara ovetande om. Jag syftar då till exempel på sådana grundläggande villkor inom privaträtten som rör personers och bolags rättskapacitet, vilka ingen ekonomisk aktör kan vara ovetande om och som det inte kan krävas att de uttryckligen och ingående ska redovisas i upphandlingsdokumenten.

53. Det kan visserligen uppkomma tvivel beträffande andra villkor som är mindre ”uppenbara”, eller kanske mindre ”logiska” eller ”naturliga”, men som en minimalt omsorgsfull och informerad anbudsgivare måste känna till. Det är just detta krav på att anbudsgivaren i rimlig mån ska vara omsorgsfull och informerad som enligt min uppfattning utgör det avgörande kriteriet för att man verkligen ska förstå andemeningen i artikel 2 i direktiv 2004/18 och den tolkning av principerna om likabehandling och öppenhet som domstolen har gjort i detta sammanhang.²⁰

54. Den italienska regeringen har i sitt skriftliga yttrande²¹ gjort gällande att det i artikel 46.1a i lagstiftningsdekret nr 163/2006 föreskrivs att deltagare i en upphandling får uteslutas på de grunder som anges i själva lagstiftningsdekretet och i meddelandet om upphandling, samt på de grunder som anges ”i andra gällande rättsliga bestämmelser”. Dessa ”andra rättsliga bestämmelser” kan innefatta bestämmelser om skattemässiga skyldigheter som gäller för alla anbudsgivare och om en anbudsgivare inte fullgör dem medför det att denne utesluts från upphandlingen.

55. Artikel 27.1 i direktiv 2004/18 kräver inte att förfrågningsunderlaget ska innehålla detaljerade uppgifter avseende de ”bestämmelser om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor som gäller i [medlemsstaten]”. Anbudsgivarna och anbudssökarna måste fullgöra dessa skyldigheter – i annat fall kan de komma att uteslutas – även om de inte uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten.

56. Det ankommer på de italienska domstolarna att genom att tolka den italienska rätten avgöra huruvida avgiften till AVCP till sin karaktär är sådan att den kan anses utgöra en skattemässig skyldighet i vid mening. Det ankommer också på de italienska domstolarna att (genom att bekräfta eller förkasta den tolkning som den myndighet till vilken avgiften ska betalas har gjort) fastställa det subjektiva och objektiva tillämpningsområdet för artikel 1.65 och 1.67 i lag nr 266/2005, vilka rör den avgift som CRGT inte hade betalat och därför uteslöts från upphandlingsförfarandet.

57. EU-domstolen bör inte gripa in i diskussionen – vilken får anses vara rent nationell – om i vilken mån de italienska myndigheterna och domstolarna har gjort en extensiv tolkning av bestämmelserna i lag nr 266/2005. Om AVCP, såsom framgår av beslutet att begära förhandsavgörande, upprepade gånger har tolkat lag nr 266/2005 så att kravet på betalning av avgiften ska tillämpas på tjänstekontrakt, och detta kriterium har bekräftats av Consiglio di Stato som är den domstol som har sista ordet när det gäller den nationella rätten, är det något som måste beaktas.

58. Detta resonemang kan också tillämpas på den omständigheten att en underlåtenhet att betala avgiften leder till uteslutning. Även här har – att döma av de uppgifter som föreligger i målet – såväl AVCP som de domstolar som har bekräftat dess bedömning, funnit att en underlåtenhet att fullgöra skyldigheten att betala avgiften, vilken föreskrivs i den tvingande lagstiftningen men inte i förfrågningsunderlaget, oundvikligen ska medföra en uteslutning från upphandlingsförfarandet.

59. Allt tyder på att tolkningen att det finns en rättslig grund för att tillämpa artikel 1.65 och 1.67 i lag nr 266/2005 på tjänstekontrakt, bygger på en fast praxis vid den berörda myndigheten AVCP sedan åtminstone år 2008. Denna tolkning förefaller ha bekräftats av den högsta nationella förvaltningsdomstolen i en praxis vars ursprung inte har preciserats i detta förfarande. Under alla

20 — Utöver de ovannämnda domarna i målen *Cartiera del'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345) och kommissionen/*CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236), bör bland annat domarna i målen *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553), *La Cascina* (C-226/04 och C-228/04, EU:C:2006:94), *Manova* (C-336/12, EU:C:13:647) och *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166) nämnas.

21 — Punkt 66.

förhållanden är det logiskt att tänka sig att det är en praxis som AVCP regelmässigt har tillämpat i alla upphandlingsförfaranden rörande tjänstekontrakt (den italienska regeringen har också räknat upp ett antal beslut om detta som AVCP har fattat under en följd av år). Det kan således antas att den ekonomiska aktör som har uteslutits i det aktuella målet (CRGT) och som tidigare hade tillhandahållit den tjänst som upphandlingen avsåg, kände eller kunde ha känt till denna praxis.

60. Med dessa förbehåll handlar det således om ett villkor om uteslutning som visserligen inte uttryckligen angavs i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, men som har utformats genom en fast tolkning av en lagbestämmelse, en tolkning som har bekräftats av domstolarna. Den tolkning som AVCP förespråkar och som har bekräftats av domstolarna innebär att anbud som har lämnats in inte ska beaktas om avgiften inte har betalats.

61. Jag medger att detta, hypotetiskt sett, är ett villkor som skulle kunna anses svårt att identifiera, vilket innebär att ett krav på att det ska vara uppfyllt i princip inte skulle vara förenligt med EU-domstolens praxis på detta område. Jag anser emellertid att om man bara ser till kriteriet om en minimalt omsorgsfull och informerad anbudsgivare, skulle saken komma i ett annat läge, även om det, som jag ska visa nedan, kanske inte är EU-domstolen som är bäst skickad att pröva det.

62. Det är bara den hänskjutande domstolen som har möjlighet att, mot bakgrund av de konkreta omständigheterna i det aktuella målet, avgöra huruvida den uteslutna anbudsgivaren inte kunde sakna kännedom om tolkningen av lag nr 266/2005 eller om den praxis som tillämpas vid den här typen av upphandlingsförfaranden, vilken befasts genom en fast tillämpning från myndigheternas sida, enligt vilken avgiften till AVCP även ska ha betalats även när det rör sig om tjänstekontrakt. Vid denna prövning kan det vara till hjälp att ta reda på om den uteslutna anbudsgivaren tidigare har deltagit i liknande upphandlingsförfaranden där det omtvistade villkoret har ansetts kunna ställas på grundval av den tolkning som AVCP gjort av lag nr 266/2005.

63. Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att avgöra om AVCP:s och Consiglio di Stato's praxis är tillräckligt känd bland de företag som deltar i offentliga upphandlingsförfaranden för att en omsorgsfull och informerad anbudsgivare inte ska kunna sakna kännedom om den.

64. Det sistnämnda leder fram till ett annat förhållande som jag anser är relevant när det gäller likabehandlingsprincipen. Om det slås fast att en normal anbudsgivare i praktiken känner till AVCP:s praxis och därför betalar den omtvistade avgiften i tid, skulle det innebära diskriminering om en viss anbudsgivare undantogs från denna skyldighet.

65. Såsom kommissionen har påpekat,²² kan kravet på att ett villkor som det här aktuella ska vara uppfyllt, vara till särskilt stor nackdel för anbudsgivare som är etablerade i andra medlemsstater, vars kunskaper om den italienska rätten och hur den ska tolkas kanske inte är jämförbara med inhemska anbudsgivares. Med hjälp av kriteriet om en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare – vilket är avgörande för det svar som jag föreslår – kan man emellertid undvika denna olägenhet, eftersom graden av kännedom och omsorg måste anpassas till egenskaperna hos den konkreta anbudsgivaren i varje enskilt fall, vilket i det här aktuella fallet innebär att den kännedom som skulle kunna krävas av CRGT kanske inte kan krävas av en utländsk anbudsgivare.

66. Avslutningsvis återstår frågan huruvida det ska vara möjligt att åtgärda underlåtenheten att fullgöra den skyldighet att betala avgiften som föreskrivs i lag nr 266/2005. Beträffande detta anser jag i likhet med kommissionen att om den hänskjutande domstolen godtar att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare inte kände till denna skyldighet, bör den upphandlande myndigheten bevilja anbudsgivaren en tillräcklig frist för att åtgärda bristen. Detta är en konsekvens som motsatsvis följer

22 — Punkt 38 in fine i dess skriftliga yttrande.

av den praxis vid EU-domstolen som innebär att den upphandlande myndigheten inte får godta ”vilka rättelser som helst av utelämnanden som enligt uttryckliga bestämmelser i kontraktshandlingarna bör leda till att anbudsgivaren utesluts”.²³ Det skulle just vara fallet vid underlåtenhet att fullgöra en skyldighet som inte följer av ”uttryckliga bestämmelser i kontraktshandlingarna”.

67. Sammanfattningsvis utgör unionsrätten inte hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken det är tillåtet att från ett förfarande för offentlig upphandling utesluta en anbudsgivare som inte har fullgjort en skattemässig skyldighet som, trots att den inte uttryckligen hade angetts i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, måste fullgöras på grund av en fast tolkning från myndigheternas sida, vilken bekräftats av domstolarna, av den tillämpliga nationella lagen, förutsatt att denna omständighet inte kan vara okänd av en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare, vilket det ankommer på den nationella domstolen att pröva. Om det godtas att kännedom om denna skyldighet inte är ofrånkomlig, ska den upphandlande myndigheten bevilja den uteslutna anbudsgivaren en frist som är tillräcklig för att åtgärda underlåtenheten.

VI. Förslag till avgörande

68. Med hänsyn till vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts enligt 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 på så sätt att de inte utgör hinder för nationella bestämmelser enligt vilka det är tillåtet att delvis återöppna andra enheters kapacitet, på de villkor som angetts, på området för offentlig upphandling av tjänster.
- 2) Unionsrättsliga principer, särskilt likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen, utgör inte hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken det är tillåtet att från ett förfarande för offentlig upphandling utesluta en anbudsgivare som inte har fullgjort en skattemässig skyldighet som, trots att den inte uttryckligen hade angetts i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, måste fullgöras på grund av en fast tolkning från myndigheternas sida, vilken bekräftats av domstolarna, av den tillämpliga nationella lagen, förutsatt att denna omständighet inte kan vara okänd av en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare, vilket det ankommer på den nationella domstolen att pröva. Om det godtas att kännedom om denna skyldighet inte är ofrånkomlig, ska den upphandlande myndigheten bevilja den uteslutna anbudsgivaren en frist som är tillräcklig för att åtgärda underlåtenheten.”

23 — Dom Cartiera del’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 46.