



# Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 7 juli 2016\*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Artikel 48.2 a ii andra strecksatsen — De ekonomiska aktörernas tekniska kapacitet — Direkt effekt — Bevismedel — Det inbördes förhållandet mellan intyg från en privat köpare och en ensidig försäkran från den ekonomiska aktören — Proportionalitetsprincipen — Förbudet att införa väsentliga ändringar i föreskrivna bevismedel”

i mål C-46/15

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Tribunal Central Administrativo Sul (Södra centrala förvaltningsdomstolen, Portugal) genom beslut av den 29 januari 2015, som inkom till domstolen den 5 februari 2015, i målet

**Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA**

mot

**AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal**

ytterligare deltagare i rättegången:

**Indice – ICT & Management, Lda**

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

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

generaladvokat: M. Wathelet,

justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 28 januari 2016,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA, genom H. Rodrigues da Silva, advogado,
- Portugals regering, genom L. Inez Fernandes och F. Batista, båda i egenskap av ombud,

\* Rättegångsspråk: portugisiska

— Europeiska kommissionen, genom G. Braga da Cruz och A. Tokár, båda i egenskap av ombud, och efter att den 3 mars 2016 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande, följande

### Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA (nedan kallat Ambisig) och AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (nedan kallad AICP) om den sistnämnda organisationens beslut att utesluta Ambisig från ett anbuds förfarande avseende ett offentligt tjänstekontrakt.

### Tillämpliga bestämmelser

#### *Unionsrätt*

- 3 Skälen 1, 2, 4, 32 och 46 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:
  - ”(1) I samband med de nya ändringarna av rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster [EGT L 209, 1992, s. 1], 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor [EGT L 199, 1993, s. 1] och 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader [EGT L 199, 1993, s. 54], vilka ändringar är nödvändiga för att uppfylla de krav på förenkling och modernisering som både upphandlande myndigheter och ekonomiska aktörer framförde i sina svar på kommissionens grönbok av den 27 november 1996 bör texterna av tydlighetsskäl omarbetas till en enda text. ...
  - (2) Tilldelning av kontrakt som ingår i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentlighetsrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. ...
- ...
  - (4) Om ett offentlighetsrättsligt organ lämnar in ett anbud i ett förfarande för offentlig upphandling bör medlemsstaterna se till att konkurrensen gentemot privata anbudsgivare inte snedvrids.
- ...
  - (32) För att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling bör det fastställas bestämmelser om underleverantörer.

...

(46) Kontraktstilldelningen bör ske på grundval av objektiva kriterier som säkerställer att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas och att anbudet bedöms i verklig konkurrens med varandra. ...”

4 I artikel 1.9 i direktivet föreskrivs följande:

”*upphandlande myndigheter* statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ.

Med *offentligrättsliga organ* avses alla organ

- a) som särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,
- b) som är juridiska personer, och
- c) vars verksamhet till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ, eller vars verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.

Icke uttömmande förteckningar över sådana offentligrättsliga organ och kategorier av organ som uppfyller villkoren i andra stycket a, b och c finns i bilaga III. Medlemsstaterna skall till kommissionen regelbundet anmäla ändringar i sina förteckningar.”

5 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) i) ...
- 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. Bevis ska lämnas på varuleveranserna och de utförda tjänsterna

— ...

— om det gäller privata köp, i form av intyg från köparen eller, om detta inte är möjligt, enbart genom en försäkran från den ekonomiska aktören

...”

#### *Portugisisk rätt*

6 Direktiv 2004/18 har införlivats med den portugisiska rättsordningen genom Código dos Contratos Públicos (lagen om offentlig upphandling), som godkänts genom lagdekret nr 18/2008 av den 29 januari 2008, i dess ändrade lydelse såsom den på nytt offentliggjorts i bilaga till lagdekret nr 287/2009 av den 2 oktober 2009 (*Diário da República*, serie 1, nr 192, av den 2 oktober 2009) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling).

7 Artikel 165 i lagen om offentlig upphandling har följande lydelse:

”1 – Minimikraven avseende teknisk kapacitet i punkt 1 h i ovanstående artikel ska anpassas till arten av de prestationer som avses med det kontrakt som ska slutas och beskriva de situationer, kvaliteter, egenskaper eller andra faktiska omständigheter som gäller bland annat:

- a) anbudsgivarnas yrkeserfarenhet,
- b) de tillgångar avseende personal, teknologi, utrustning eller annat, som anbudsgivarna använder,
- c) anbudsgivarnas organisatoriska modell och kapacitet, särskilt beträffande ledning och integration av specialkompetens, datasystem och system för kvalitetskontroll,
- d) anbudsgivarnas kapacitet att vidta miljöförvaltningsåtgärder inom ramen för genomförandet av det kontrakt som ska slutas,
- e) upplysningar i *Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P:s* databas, beträffande entreprenörer när det gäller ett förfarande vid offentlig upphandling av byggentreprenad eller koncession för offentlig byggentreprenad.

...

5 – De minimikrav på området teknisk kapacitet som avses i punkt 1 och den faktor 'f' som avses i led i) i punkt 1 i ovanstående artikel får inte fastställas på ett diskriminerande sätt.”

#### **Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

8 Det framgår av handlingarna i målet att AICP i egenskap av upphandlande myndighet, den 10 december 2013, beslutade att inleda ett nytt selektivt upphandlingsförfarande med ett föregående urval av deltagare avseende ett offentligt kontrakt för ”tillhandahållande av tjänster beträffande inrättande av system för förvaltning av miljö, kvalitet och en teknisk plattform i 13 företag”.

9 I artikel 12.1 c och f i meddelandet om upphandling angavs följande:

”De anbudssökande måste för att bli utvalda uppvisa följande handlingar:

...

c) En förklaring från kunden, på papper försett med företagets logotyp och stämpel, som styrker att den anbudssökande har genomfört miljö- och/eller kvalitetssystemet, i enlighet med förklaringsmodellen i bilaga VIII till detta meddelande om upphandling. Förklaringen ska vara undertecknad och bestyrkt av notarius publicus, advokat eller av annat behörigt organ, varvid den undertecknandes ställning ska preciseras.

...

f) En förklaring från kunden, på papper försett med företagets logotyp och stämpel, som styrker att den anbudssökande har genomfört system för förvaltning, utveckling och inrättandet av en plattform för tekniskt nätverkssamarbete, en mjukvara för förvaltning och samordningsåtgärder och som preciserar det aktuella beloppet, i enlighet med förklaringsmodellen i bilaga IX i detta meddelande om upphandling. Förklaringen ska vara undertecknad och bestyrkt av notarius publicus, advokat eller av annat behörigt organ, varvid den undertecknandes ställning ska preciseras. ...”

- 10 Genom beslut av den 27 mars 2014 godkände AICP urvalskommitténs slutrapport och valde, för anbudsfasen, Índice ICT & Management Lda. och uteslöt bland annat Ambisig. Beslutet motiverades med att detta bolag inte hade kunnat styrka att det uppfyllde villkoren avseende teknisk kapacitet genom ett intyg från en privat köpare i enlighet med artikel 12 i meddelandet om upphandling. Bolaget hade inte heller kunnat visa eller styrka att det varit omöjligt eller att det haft betydande svårigheter att få ett sådant intyg.
- 11 Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (Förvaltnings- och skattedomstolen i Leiria, Portugal) biföll genom dom av den 11 juni 2014 delvis Ambisigs överklagande av ovannämnda beslut, upphävde AICP:s beslut och förordnade om att denna organisation inom 20 dagar från domen skulle anta ett nytt meddelande om upphandling.
- 12 Ambisig överklagade domen vid nämnda domstol i kollegial sammansättning och gjorde gällande att domstolen i fråga felaktigt hade underkänt den grund för talan som avsåg bland annat att de regler som fastställts av den upphandlande myndigheten avseende bevis på de anbudssökandes tekniska kapacitet var oförenliga med de beviskrav som anges i artikel 48 i direktiv 2004/18.
- 13 Genom dom av den 6 augusti 2014 ogillade Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (Förvaltnings- och skattedomstolen i Leiria) i kollegial sammansättning Ambisigs överklagande. Ambisig överklagade denna dom till den hänskjutande domstolen och anförde till stöd för sitt överklagande att det i den överklagade domen inte slagits fast att de regler som den upphandlande myndigheten fastställt vad gäller sättet att bevisa de anbudssökandes tekniska kapacitet, mot bakgrund av artikel 48 i direktiv 2004/18, var rättsstridigt.
- 14 Mot denna bakgrund beslutade Tribunal Central Administrativo Sul (Södra centrala förvaltningsdomstolen, Portugal) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:
  - ”1. Medför den omständigheten att portugisisk lagstiftning inte reglerar den fråga som behandlas i artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 att nämnda bestämmelse är direkt tillämplig i den nationella rättsordningen så att enskilda har rätt att åberopa den gentemot upphandlande enheter?
  2. Ska artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 tolkas så, att den utgör hinder för en tillämpning av bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet och som inte gör det möjligt för en ekonomisk aktör att lämna bevis på de utförda tjänsterna genom en undertecknad försäkran från aktören själv, utom om det har styrkts att det är omöjligt eller att det förelegat betydande svårigheter att erhålla ett intyg från en privat köpare?
  3. Ska artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 tolkas så, att den utgör hinder för en tillämpning av bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet och som, vid äventyr av uteslutning, kräver att en namnunderskrift på en försäkran av en privat köpare ska vara bestyrkt av notarius publicus, advokat eller annat behörigt organ?”

## **Prövning av tolkningsfrågorna**

### *Den första frågan*

- 15 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att den, när den inte har införlivats med nationell rätt, kan ge enskilda rättigheter som de kan åberopa gentemot upphandlande enheter inom ramen för tvister som prövas av nationella domstolar.

- 16 När staten inte har införlivat ett direktiv med nationell rätt inom fristen eller inte har införlivat direktivet på ett korrekt sätt, har enskilda enligt domstolens fasta praxis endast rätt att gentemot staten, inför nationella domstolar åberopa sådana bestämmelser i direktivet som med avseende på sitt innehåll framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 december 2013, *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, punkt 18 och där angiven rättspraxis, dom av den 14 januari 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, punkt 31, samt dom av den 15 maj 2014, *Almos Agrárkülkereskedelmi*, C-337/13, EU:C:2014:328, punkt 31).
- 17 Såsom generaladvokaten har angett i punkt 25 i sitt förslag till avgörande uppfyller emellertid artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 dessa villkor. Denna bestämmelse kräver nämligen dels ingen ytterligare åtgärd för att tillämpas, inte heller att lagstiftning antas av unionsinstitutionerna eller av medlemsstaterna, dels preciserar den på ett tydligt och fullständigt sätt vilka bevis som det kan krävas att de ekonomiska aktörerna ska lämna till styrkande av deras tekniska kapacitet i offentliga upphandlingsförfaranden.
- 18 Domstolen har dessutom tidigare slagit fast att så är fallet vad gäller direktiv 92/50, som upphävdes och ersattes av direktiv 2004/18.
- 19 Sålunda fann domstolen i punkterna 46 och 47 i dom av den 24 september 1998, *Tögel* (C-76/97, EU:C:1998:432), att bestämmelserna i avdelning VI i direktiv 92/50, bland annat artikel 32.2 vars innehåll har upprepats i nästan identiska ordalag i artikel 48.2 a ii) i direktiv 2004/18, hade direkt effekt.
- 20 För att ge ett användbart svar på den första frågan ska det vidare preciseras huruvida artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 kan åberopas mot samtliga enheter som utgör en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1.9 i direktivet.
- 21 Det ska härvidlag erinras om att enligt domstolens fasta praxis kan ett direktiv inte i sig medföra skyldigheter för en enskild och att det som sådant således inte kan åberopas gentemot denne (se, bland annat, dom av den 24 januari 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punkt 37 och där angiven rättspraxis, och dom av den 15 januari 2015, *Ryanair*, C-30/14, EU:C:2015:10, punkt 30). När enskilda rättssubjekt emellertid har möjlighet att stödja sig på ett direktiv, vid talan inte mot en enskild utan mot staten, kan de dessutom göra detta oavsett i vilken egenskap staten agerar. Det är nämligen angeläget att staten hindras från att dra nytta av sin underlåtenhet att följa unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 januari 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punkt 38 och där angiven rättspraxis, och dom av den 12 december 2013, *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, punkt 23).
- 22 Bland de enheter gentemot vilka sådana bestämmelser i ett direktiv som kan ha direkt effekt kan åberopas ingår ett organ som, oavsett sin rättsliga form, i enlighet med en av staten antagen rättsakt har fått i uppdrag att under statens tillsyn utöva offentlig tjänsteverksamhet och som, med anledning härav, har särskilda befogenheter som går utöver de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda (dom av den 12 december 2013, *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, punkt 24, och där angiven rättspraxis).
- 23 I förevarande fall framgår, vad gäller situationen för AICP, enligt de preciseringar som gjordes av den portugisiska regeringen vid förhandlingen vid domstolen att denna enhet, som omfattas av begreppet upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1.9 i direktiv 2004/18, likväl utgör en sammanslutning av privaträttsliga företag vilka inte uppfyller de ovannämnda villkoren för att bestämmelserna i direktivet ska kunna åberopas mot dem. De tillhandahåller nämligen inga allmännyttiga tjänster under statliga myndigheters kontroll och de har inga befogenheter som går utöver de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att kontrollera om så är fallet.

- 24 I ett sådant fall ankommer det emellertid på den nationella domstolen att i den utsträckning det är möjligt, tolka nationell rätt mot bakgrund av lydelsen och syftet med direktiv 2004/18 så att det resultat som avses i artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktivet uppnås och därmed agera i överensstämmelse med artikel 288 tredje stycket FEUF (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 januari 2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, punkt 24 och där angiven rättspraxis, samt dom av den 19 april 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, punkt 31).
- 25 Den nationella domstolens skyldighet att beakta ett direktivs innehåll vid tolkningen och tillämpningen av relevanta bestämmelser i nationell rätt begränsas emellertid av allmänna rättsprinciper och den kan inte tjäna som grund för att nationell rätt tolkas *contra legem* (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 januari 2012 i mål C-282/10, Impact, EU:C:2012:33, punkt 25 och där angiven rättspraxis, samt dom av den 19 april 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, punkt 32).
- 26 Om den nationella rätten inte kan tolkas på ett sätt som är förenligt med direktiv 2004/18 kan således den part som lidit skada till följd av att nationell rätt inte är förenlig med unionsrätten åberopa den rättspraxis som bygger på dom av den 19 november 1991, Francovich m.fl. (C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428) för att i förekommande fall erhålla ersättning för den lidna skadan (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 mars 2015, Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, punkt 48 och där angiven rättspraxis).
- 27 Av det anförda följer att den första frågan ska besvaras på följande sätt: Artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att den, när den inte har införlivats med nationell rätt, kan ge enskilda rättigheter som de kan åberopa inför nationella domstolar gentemot upphandlande enheter, om dessa utgör ett offentligt organ eller av ett offentligt organ har anförtrots att under detta organs kontroll utföra en allmännyttig tjänst och därigenom har särskilda befogenheter som går utöver de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda.

#### *Den andra frågan*

- 28 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 utgör hinder för att tillämpa bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet och som inte gör det möjligt för en ekonomisk aktör att bevisa sin tekniska kapacitet genom en ensidig försäkran såvida inte nämnde aktör styrkt att det är omöjligt eller förenat med betydande svårigheter att erhålla ett intyg från en privat köpare.
- 29 I artikel 48.2 a ii) i direktiv 2004/18 föreskrivs att bevis på en ekonomisk aktörs tekniska kapacitet får lämnas i form av en förteckning över de viktigaste leveranser eller tjänster som utförts under de senaste tre åren innan meddelandet om upphandling offentliggjordes.
- 30 I de fall då dessa varor eller tjänster tillhandahållits en privat köpare föreskrivs i andra strecksatsen i denna bestämmelse att bevis på varuleveranserna eller de utförda tjänsterna kan ske på två sätt, nämligen "i form av intyg från köparen eller, om detta inte är möjligt, enbart genom en försäkran från den ekonomiska aktören".
- 31 Frågan från den hänskjutande domstolen avser just förhållandet mellan dessa två bevismedel, nämligen att utröna huruvida dessa är likvärdiga och om den ekonomiska aktören fritt kan visa sin tekniska kapacitet, antingen i form av intyg från köparen eller enbart genom en försäkran från den ekonomiska aktören själv, eller om unionslagstiftaren istället upprättat en rangordning mellan dessa bevismedel så att en aktör endast kan använda en sådan försäkran om det inte fanns något annat sätt att styrka den tekniska kapaciteten.
- 32 Domstolen konstaterar att artikel 48.2 a ii andra strecksatsen har en lydelse som, i enlighet med dess sedvanliga betydelse i vanligt språkbruk, inte lämnar utrymme för något rimligt tvivel.

- 33 Såsom generaladvokaten har angett i punkt 43 i sitt förslag till avgörande syftar uttrycket ”om detta inte är möjligt” enligt dess vedertagna betydelse, inte på att de föreskrivna bevismedlen är likvärdiga utan på att det föreligger en rangordning dem emellan.
- 34 Härav följer att enligt en bokstavstolkning ska artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 förstås på så sätt att en ekonomisk aktör, av de upphandlande myndigheterna, endast kan medges att visa sin tekniska kapacitet genom en försäkran från den ekonomiska aktören enbart om det inte är möjligt att erhålla ett intyg från den privata köparen.
- 35 Denna tolkning stöds vidare av det sammanhang i vilket artikelns lydelse används och de mål som eftersträvas med direktiv 2004/18 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 mars 2012, GENESIS, C-190/10, EU:C:2012:157, punkt 41 och där angiven rättspraxis).
- 36 När det för det första gäller det sammanhang i vilket artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 används framgår det av domstolens praxis att genom denna bestämmelse inrättas ett slutet system som begränsar de upphandlande myndigheternas metoder för bedömning och kontroll av teknisk kapacitet (se, för ett likande resonemang, dom av den 18 oktober 2012, Édukóvízig och Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, punkt 28). Härav följer att de upphandlande myndigheterna inte kan fastställa nya bevismedel och att de inte heller kan begränsa räckvidden av de redan föreskrivna bevismedlen.
- 37 En bokstavstolkning av artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 är, såsom framgår av punkt 34 i förevarande dom, den enda tolkning som är förenlig med dess sammanhang. Det är nämligen vedertaget att en annan tolkning av nämnda bestämmelse, med den innebörden att de upphandlande myndigheterna ska tillåta alla ekonomiska aktörer att fritt välja det ena eller det andra av de föreskrivna bevismedlen, skulle äventyra den ändamålsenliga verkan, och således räckvidden, av det bevismedel som avser intyg från en privat köpare, eftersom det är sannolikt att varje aktör skulle nöja sig med att i samtliga fall enbart lämna en försäkran för att följa bestämmelsen.
- 38 För det andra, vad gäller de mål som eftersträvas med direktiv 2004/18, syftar det system som inrättas genom direktivet, i likhet med vad som framgår av skälen 2, 4 och 46, bland annat till att förhindra en snedvridning av konkurrensen mellan de privata anbudsgivarna och säkerställa att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling iakttas.
- 39 En bokstavstolkning av artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 som innebär att det bevismedel som består i ett intyg från en privat köpare avseende den aktuella ekonomiska aktören gynnas skulle, såsom framgår av punkt 34 i förevarande dom, även vara förenlig med de ovannämnda syftena. En sådan tolkning skulle nämligen dels i högre grad säkerställa öppenhet och rättssäkerhet vad avser korrektheten i aktörens tekniska kapacitet, dels göra det möjligt att successivt kontrollera de uppgifter som lämnas av de ekonomiska aktörerna i enlighet med vad den upphandlande myndigheten enligt artiklarna 44.1 och 45.2 g i direktiv 2004/18 är skyldig att göra.
- 40 De regler som fastställs av de upphandlande myndigheterna när det gäller hur de två bevismedel som föreskrivs i artikel 48.2 a ii andra strecksatsen ska användas får enligt proportionalitetsprincipen, som ingår bland unionsrättens allmänna principer, inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvalda målet med direktivet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 oktober 2015, Impresa Edilux och SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punkt 29 och där angiven rättspraxis).
- 41 Härav följer, såsom generaladvokaten har angett i punkt 50 i sitt förslag till avgörande och som kommissionen har angett i sina skriftliga yttranden, att bestämmelser i meddelandet om upphandling som innebär att en ekonomisk aktör kan lämna en försäkran för att visa sin tekniska kapacitet endast om det visar sig omöjligt att erhålla ett intyg från den privata köparen, är oproportionerliga. Sådana



bestämmelser medför nämligen att anbudsgivaren drabbas av en mer omfattande bevisbörda än vad som är nödvändigt för att konkurrensen inte ska snedvridas och för att säkerställa att principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling upprätthålls på området för offentlig upphandling.

- 42 Bestämmelser i ett meddelande om upphandling som innebär att en ekonomisk aktör även kan använda sig av en sådan förklaring om nämnde aktör genom objektiva omständigheter, som får prövas från fall till fall, visar att det föreligger allvarliga svårigheter att få ett sådant intyg, exempelvis på grund av att den berörda privata köparen inte vill lämna något intyg, är däremot förenliga med proportionalitetsprincipen. I detta fall har den aktuella aktören nämligen inte en oproportionerlig bevisbörda i förhållande till de nämna målen.
- 43 Detta förefaller vara fallet, med förbehåll för den hänskjutande domstolens kontroll, med de bestämmelser som anges i meddelandet om upphandling från AICP och som är omtvistade i det nationella målet.
- 44 Härav följer att den andra frågan ska besvaras på följande sätt: Artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 ska tolkas så att den inte utgör hinder för att tillämpa bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet, som bestämmelserna i det nationella målet, som inte gör det möjligt för en ekonomisk aktör att bevisa sin tekniska kapacitet genom en ensidig försäkran såvida inte nämnde aktör styrkt att det är omöjligt eller förenat med betydande svårigheter att erhålla ett intyg från en privat köpare.

#### *Den tredje frågan*

- 45 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 utgör hinder för att tillämpa bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet och som, vid äventyr av uteslutning av anbudsgivaren, kräver att en namnunderskrift på ett intyg av en privat köpare ska vara bestyrkt av notarius publicus, advokat eller annat behörigt organ.
- 46 I den portugisiska språkversionen av direktiv 2004/18 har uttrycket "intyg från köparen" i artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktivet lydelsen "*declaração reconhecida do adquirente*" (bestyrkt förklaring från köparen), vilket leder tankarna till att förklaringen, för att vara giltig, måste var bestyrkt.
- 47 Såsom de parter som yttrat sig skriftligt har påpekat, är denna bestämmelse annorlunda formulerad i flertalet andra språkversioner, vilket förefaller leda till en mindre restriktiv tolkning av det aktuella bevismedlets räckvidd. Det framgår nämligen av bland annat de tyska "*vom Erwerber ausgestellte Bescheinigung*", spanska "*certificado del comprador*", italienska "*attestazione dell'acquirente*" och engelska "*purchaser's certification*" språkversionerna, att uttrycket "intyg från köparen" ska förstås på så sätt att en ekonomisk aktör kan styrka sin tekniska kapacitet genom en enkel handling som upprättats utan några formella krav av en eller flera privata köpare, i vilken det anges de huvudsakliga leveranserna eller de huvudsakliga tjänster som utförts under de senaste tre åren och där belopp och datum för dessa anges.
- 48 Vad gäller denna bristande överensstämmelse mellan språkversionerna erinrar EU-domstolen om följande. Av domstolens fasta praxis följer att den formulering som använts i en av språkversionerna av en unionsbestämmelse inte ensam kan ligga till grund för tolkningen av denna bestämmelse eller ges företräde framför övriga språkversioner. Unionsbestämmelserna ska nämligen tolkas och tillämpas på ett enhetligt sätt mot bakgrund av de olika versionerna på samtliga unionsspråk. I händelse av bristande överensstämmelse mellan språkversionerna av en unionsrättslig text, ska den aktuella bestämmelsen tolkas med hänsyn till systematiken i och ändamålet med de föreskrifter i vilka den ingår (dom av den 15 oktober 2015, Grupo Itevelesa m.fl., C-168/14, EU:C:2015:685, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

- 49 Vad gäller systematiken i artikel 48.2 a ii andra strecksatsen inrättas härigenom, i likhet med vad som angetts i punkt 36 i förevarande dom, ett system som begränsar de upphandlande myndigheternas möjlighet att fastställa nya krav eller ytterligare krav som medför en väsentlig förändring av de redan föreskrivna bevismedel och under vilka förutsättningar de får användas.
- 50 Kravet på att namnteckningen på intyget från den privata köparen ska vara bestyrkt innebär emellertid ett formellt krav som utgör en sådan väsentlig förändring avseende det första av de bevismedel som anges i artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18, vilken gör det svårare för en ekonomisk aktör att uppfylla sin bevisbörda, vilket står i strid med systematiken i som artikeln.
- 51 Vad gäller syftet med direktiv 2004/18 fastställs i direktivet, såsom framgår av skälen 1 och 2, bland annat samordningsbestämmelser för att förenkla och modernisera de nationella förfarandena för offentlig upphandling, i syfte att förenkla den fria rörligheten för varor, etableringsfriheten och den fria rörligheten för tjänster samt att konkurrensutsätta dessa offentliga upphandlingar.
- 52 Direktivet syftar särskilt, som framgår av domstolens praxis, till att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling, vilket framgår av skäl 32 i direktivet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 oktober 2013, *Swm Costruzioni 2* och *Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 34, och dom av den 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 34).
- 53 Den omständigheten att godkännandet av ett intyg från köparen underställs ett krav på att det ska vara bestyrkt av tredje part innebär – såsom generaladvokaten har angett i punkterna 80 och 81 i sitt förslag till avgörande – att det skapas ett formkrav som inte leder till att offentliga upphandlingar öppnas för största möjliga konkurrens utan till att ekonomiska aktörers, särskilt utländska, deltagande i sådana upphandlingar begränsas.
- 54 På grund av de korta frister som vanligtvis fastställs för ingivande av anbud i meddelandet om upphandling samt de skillnader som föreligger mellan olika nationella lagstiftningar avseende bestyrkande av underskrifter i handlingar, kan det inte uteslutas att många aktörer, särskilt utländska, skulle kunna avhållas från att lämna anbud mot bakgrund av de praktiska svårigheterna att i den medlemsstat där upphandlingen sker lämna ett intyg som blivit vederbörligen bestyrkt.
- 55 Följaktligen innebär systematiken och syftet med direktiv 2004/18 att ”intyg” från den privata köparen, liksom ”bestyrkt intyg” i den portugisiska språkversionen av artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktivet ska tolkas så att det endast krävs ett intyg av köparen och att de upphandlande myndigheterna inte kan uppställa några andra formella krav, såsom att köparens underskrift ska bestyrkas av något behörigt organ.
- 56 Av det anförda följer att den tredje frågan ska besvaras på följande sätt: Artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 ska tolkas så att den utgör hinder för att tillämpa bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet och som, vid äventyr av uteslutning av anbudsgivaren, kräver att en namnunderskrift på ett intyg av en privat köpare ska vara bestyrkt av notarius publicus, advokat eller annat behörigt organ.

### **Rättegångskostnader**

- 57 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella 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 48.2 a ii andra strecksatsen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster ska tolkas så, att den, när den inte har införlivats med nationell rätt, kan ge enskilda rättigheter som de kan åberopa inför nationella domstolar gentemot upphandlande enheter, om dessa utgör ett offentligt organ eller av ett offentligt organ har anförtrotts att under detta organs kontroll utföra en allmännyttig tjänst och därigenom har särskilda befogenheter som går utöver de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda.
- 2) Artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 ska tolkas så att den inte utgör hinder för att tillämpa bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet, som bestämmelserna i det nationella målet, som inte gör det möjligt för en ekonomisk aktör att bevisa sin tekniska kapacitet genom en ensidig försäkran, såvida inte nämnde aktör styrkt att det är omöjligt eller förenat med betydande svårigheter att erhålla ett intyg från en privat köpare.
- 3) Artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 ska tolkas så att den utgör hinder för att tillämpa bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet och som, vid äventyr av utslutning av anbudsgivaren, kräver att en namnunderskrift på ett intyg av en privat köpare ska vara bestyrkt av notarius publicus, advokat eller annat behörigt organ.

Underskrifter