



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 13 juli 2017*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2004/18/EG – Artikel 47.1, 47.4 och 47.5 – En anbudsgivares ekonomiska och finansiella ställning – Direktiven 89/665/EEG och 2007/66/EG – Talan i domstol mot ett beslut att utesluta en anbudsgivare från ett upphandlingsförfarande – Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Artikel 47 – Rätt till ett effektivt rättsmedel”

I mål C-76/16,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Najvyšší súd Slovenskej republiky (Högsta domstolen, Republiken Slovakien) genom beslut av den 28 januari 2016, som inkom till domstolen den 11 februari 2016, i målet

Ingsteel spol. s r. o.,

Metrostav as

mot

Úrad pre verejné obstarávanie,

varvid övriga deltagare i rättegången är:

Slovenský futbalový zväz,

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Ilešič samt domarna A. Prechal, A. Rosas, C. Toader (referent) och E. Jarašiūnas,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Slovakiens regering, genom B. Ricziová, i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: slovakiska

— Europeiska kommissionen, genom A. Tokár, i egenskap av ombud,
och efter att den 21 mars 2017 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 47.1 a, 47.4 och 47.5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114), av artikel 1.1 och artikel 2.3 och 2.6–8 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, 2007, s. 31) (nedan kallat direktiv 89/665), samt av artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Ingsteel spol. s r. o. och Metrostav a.s. (nedan tillsammans kallade den uteslutna anbudsgivaren) och å andra sidan Úrad pre verejné obstarávanie (myndigheten för reglering av offentliga upphandlingar, Slovakien), angående ett upphandlingsförfarande som inletts av Slovenský futbalový zväz (slovakiska fotbollsförbundet, nedan kallat den upphandlande myndigheten).

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2004/18

- 3 Enligt artikel 91 i 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) upphörde direktiv 2004/18 att gälla från och med den 18 april 2016. Med hänsyn till tiden för omständigheterna i målet ska dock denna begäran om förhandsavgörande prövas mot bakgrund av förordning nr 2004/18 i dess lydelse innan den upphörde att gälla.
- 4 I skäl 39 i direktiv 2004/18 anges följande:

”Kontroll av anbudsgivarnas lämplighet vid öppna förfaranden och av anbudssökandenas lämplighet vid selektiva och förhandlade förfaranden med offentliggörande av ett meddelande om upphandling och vid konkurrenspräglad dialog samt urval av anbudsgivare och anbudssökande bör genomföras på öppna villkor. Det bör därför anges vilka icke-diskriminerande kriterier den upphandlande myndigheten får använda vid urval av deltagare och på vilket sätt de ekonomiska aktörerna kan bevisa att de uppfyller kriterierna. I syfte att åstadkomma öppenhet bör den upphandlande myndigheten åläggas att, redan vid inbjudan att lämna anbud, ange vilka urvalskriterier den kommer att tillämpa samt vilka särskilda krav på kapacitet som den eventuellt kommer att kräva av de ekonomiska aktörerna för att de skall kunna delta i upphandlingsförfarandet.”

- 5 I artikel 44 i direktiv 2004/18, med rubriken ”Kontroll av lämplighet och val av deltagare samt tilldelning av kontrakt”, föreskrivs följande i punkt 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.”

- 6 I artikel 47 i direktiv 2004/18, som har rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, stadgas följande:

”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.

...

4. Den upphandlande myndigheten skall i meddelandet om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud specificera vilken eller vilka av de i punkt 1 nämnda referenserna som den har valt samt vilka andra referenser som skall företes.

5. Om en ekonomisk aktör har ett godtagbart skäl för att inte förete de referenser som den upphandlande myndigheten begär, får han bevisa sin ekonomiska och finansiella ställning med varje annan handling som den upphandlande myndigheten finner lämplig.”

- 7 Artikel 48 i detta direktiv innehöll föreskrifter om krav rörande en ekonomisk aktörs tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet.

Direktiven 89/665 och 2007/66

- 8 Skäl 36 i direktiv 2007/66 har följande lydelse:

”Detta direktiv står i överensstämmelse med de grundläggande rättigheter och principer som erkänns särskilt i [stadgan]. Detta direktiv syftar särskilt till att fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan.”

- 9 Artikel 1 i direktiv 89/665, med rubriken ”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden” har följande lydelse:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på avtal som avses i [direktiv 2004/18], såvida inte sådana avtal omfattas av undantag i enlighet med artiklarna 10–18 i det direktivet.

...

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut gällande avtal som omfattas av [direktiv 2004/18] kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i detta direktiv, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.

...

3. Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfaranden är tillgängliga på detaljerade villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst kontrakt och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

...

5. Medlemsstaterna får kräva att den berörda personen först ska lämna in en ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten. I det fallet ska medlemsstaterna se till att inlämnandet av en sådan ansökan omedelbart medför att avtalet tillsvidare inte får ingås.

...

Den förlängda period under vilken avtal inte får ingås som avses i första stycket ska inte upphöra före utgången av en tidsfrist på minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att den upphandlande myndigheten sände ett svar, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra kommunikationsmedel används, före utgången av en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att den upphandlande myndigheten sände ett svar, eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att ett svar erhöles.”

10 I artikel 2, som reglerar kraven på prövningsförfaranden, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna ska se till att de åtgärder som vidtas vad avser prövningsförfarandena i artikel 1 innehåller bestämmelser om befogenheter att

- a) vid första möjliga tillfälle och genom interimistiskt förfarande vidta provisoriska åtgärder i syfte att korrigera den påstådda överträdelsen eller förhindra att de berörda intressena skadas ytterligare, inbegripet åtgärder för att skjuta upp eller garantera uppskovet av förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt eller av genomförandet av ett beslut som fattats av den upphandlande myndigheten,
- b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen,
- c) bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse.

2. De befogenheter som anges i punkt 1 och i artiklarna 2d och 2e får tilldelas separata organ som ansvarar för olika aspekter av prövningsförfarandet.

3. När ett organ i första instans, som är oberoende av den upphandlande myndigheten, ska pröva ett beslut om tilldelning av kontrakt, ska medlemsstaterna se till att den upphandlande myndigheten inte kan ingå avtalet innan prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Uppskovet ska inte upphöra före utgången av den period under vilken avtal inte får ingås som avses i artiklarna 2a.2, 2d.4 och 2d.5.

4. Utom i de fall som avses i punkt 3 och i artikel 1.5 ska prövningsförfarandena inte nödvändigtvis medföra att de upphandlingar som berörs av prövningen automatiskt skjuts upp.

...

6. Medlemsstaterna får föreskriva att när någon kräver skadestånd på grund av att ett beslut har fattats på olagligt sätt, ska det ifrågasatta beslutet först åsidosättas av ett organ som har de nödvändiga befogenheterna.

7. Utom i de fall som avses i artiklarna 2d–2f ska verkan av att de befogenheter har utövats som avses i punkt 1 i den här artikeln på ett avtal som ingås till följd av tilldelningen av det regleras i nationell lagstiftning.

Vidare får medlemsstaterna, utom i de fall där ett beslut ska åsidosättas innan skadestånd beviljas, föreskriva att efter det att ett avtal ingåtts i enlighet med artikel 1.5, punkt 3 i den här artikeln eller artiklarna 2a–2f ska prövningsorganets befogenheter vara begränsade till beslut om skadestånd till den som lidit skada av överträdelsen.

8. Medlemsstaterna ska se till att de beslut som fattas av de behöriga prövningsorganen kan verkställas effektivt.

9. Om de behöriga prövningsorganen inte är domstolar, ska de alltid ge skriftliga skäl till sina beslut. Dessutom ska det i ett sådant fall vidtas åtgärder för att garantera förfaranden, med vars hjälp en påstådd olaglig åtgärd av ett prövningsorgan eller en påstådd brist i utövandet av dess befogenheter kan bli föremål för domstolsprövning eller prövning av ett annat organ som är en domstol i enlighet med artikel 234 i [EG-]fördraget [nu artikel 267 FEUF] och är oberoende av den upphandlande myndigheten och prövningsorganet.

...”

Slovakisk rätt

- 11 I artikel 9.3 i lagen om offentlig upphandling, i den version som är tillämplig på omständigheterna i målet, föreskrivs följande:

”Vid tilldelning av kontrakt ska principerna om likabehandling, icke-diskriminering av anbudsgivare och anbudssökande, öppenhet, ekonomi och effektivitet iakttas.”

- 12 I artikel 27 i lagen om offentlig upphandling, som har rubriken ”Ekonomisk och finansiell ställning”, föreskrivs följande:

”1. Bevis på ekonomisk och finansiell ställning kan som regel utgöras av

- a) intyg från en bank eller filial till utländsk bank, exempelvis i form av kreditlöfte från en bank eller filial till utländsk bank,

...

3. Om anbudsgivaren eller den berörda personen av godtagbara skäl inte kan åberopa referenser som styrker dess ekonomiska och finansiella ställning, får vederbörande bevisa sin ekonomiska och finansiella ställning genom någon annan handling som styrker denna.”

13 Artikel 32.1 b i denna lag har följande lydelse:

”Den upphandlande myndigheten ska i meddelandet om upphandling ange urvalskriterierna beträffande

...

b) ekonomisk och finansiell ställning och de styrkande handlingar som avses i artikel 27.

...”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 14 Genom tillkännagivande som offentliggjordes den 16 november 2013 i tillägget till *Europeiska unionens officiella tidning* nr 223/2013 och i den slovakiska officiella tidningen för upphandlingsmeddelanden från samma datum (referens 18627-MSP) inledde den upphandlande myndigheten ett anbudsförfarande i syfte att tilldela ett offentligt kontrakt beträffande ombyggnad, modernisering och byggnation avseende 16 fotbollsplaner (nedan kallat kontraktet).
- 15 Enligt uppgifter från den hänskjutande domstolen som svar på en begäran om förtydligande var kontraktets värde 25 500 000 euro exklusive mervärdesskatt.
- 16 När det gäller kravet på ekonomisk och finansiell ställning innehöll meddelandet om upphandling, med hänvisning till artikel 27.1 a i lag nr 25/2006, krav på att deltagarna i anbudsförfarandet skulle inge ett intyg från en slovakisk bank eller en slovakisk filial till en utländsk bank av vilket det framgår att banken kommer bevilja dem kredit på minst 3 000 000 euro, vilket belopp kommer att vara tillgängligt för dem under hela kontraktets löptid. Detta intyg ska ha formen av ett låneavtal eller kreditfacilitetsavtal och ska ha utfärdats av en person med befogenhet att ingå åtaganden på den berörda bankens vägnar.
- 17 Den uteslutna anbudsgivaren deltog i denna anbudsinfordran. För att visa att den uppfyllde kraven enligt föregående punkt, ingav den uteslutna anbudsgivaren ett intyg utfärdat av en bank som innehöll information om öppnandet av en kontokredit motsvarande ett belopp som överstiger 5 000 000 euro och en försäkran på heder och samvete som intygar att om dess anbud godtas kommer ett belopp på minst 3 000 000 euro finnas tillgängligt på transaktionskontot vid tidpunkten för ingåendet av avtalet om arbetena och finnas tillgängligt under hela kontraktets löptid.
- 18 Den uteslutna anbudsgivaren gjorde gällande att det förelåg ett godtagbart hinder mot att på annat sätt uppfylla kravet på ekonomisk och finansiell ställning som uppställts av den upphandlande myndigheten. Den stödde sig därvid på uttalanden från en rad slovakiska banker som den sistnämnda hade kontaktat och av vilka det framgick att ett bindande kreditlöfte, såsom begärdes i meddelandet om upphandling, enbart hade kunnat utfärdas efter godkännande av kredittransaktionen och förutsatt att övriga villkor som banken ställer för att ingå ett kreditavtal är uppfyllda.
- 19 Den upphandlande myndigheten gjorde bedömningen att den uteslutna anbudsgivaren inte hade uppfyllt kraven, särskilt när det gäller den ekonomiska och finansiella ställning som avses i artikel 27.1 a i lag nr 25/2006, och beslutade därför att utesluta nämnda anbudsgivare från anbudsförfarandet. Beslutet fastställdes av tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling. Efter det att Krajský súd de Bratislava (regional domstol i Bratislava, Republiken Slovakien) ogillat överklagandet av detta beslut genom dom av den 13 januari 2015, överklagade den uteslutna anbudsgivaren denna dom till den hänskjutande domstolen, Najvyšší súd Slovenskej republiky (högsta domstolen, Republiken Slovakien).

- 20 Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i om den upphandlande myndighetens beslut var rättsenligt. Det framgick av detta beslut att trots att den uteslutna anbudsgivaren vid tidpunkten för urvalsförfarandet erhållit ett åtagande från en bank angående en kredit på 5 000 000 euro, uppfyllde den aktuella anbudsgivaren inte kriteriet med avseende på ekonomisk och finansiell ställning som uppställts i meddelandet om upphandling.
- 21 Den hänskjutande domstolen vill också få klarhet i huruvida ekonomisk och finansiell ställning kan påvisas på annat sätt och i förekommande fall huruvida en försäkran på heder och samvete, som lämnats av den uteslutna anbudsgivaren och som intygar att om dess anbud godtas kommer ett belopp på minst 3 000 000 euro finnas tillgängligt på dess konto vid tidpunkten för ingåendet av avtalet om arbetena och finnas tillgängligt under hela kontraktets löptid, räcker för detta ändamål.
- 22 Slutligen vill den hänskjutande domstolen få utrett huruvida den rättsliga prövning som är tillgänglig för den uteslutna anbudsgivaren på nationell nivå kan anses vara ”effektiv” i den mening som avses i EU-rätten, eftersom föremålet för talan inte längre föreligger, då den anbudsgivare som tilldelats kontraktet nästan har utfört detta i sin helhet.
- 23 Mot denna bakgrund beslutade Najvyšší súd Slovenskej republiky (Högsta domstolen, Republiken Slovenien) att vilandeförklara målet och hänskjuta följande frågor till domstolen:
- ”1) Kan ett tillvägagångssätt tillämpat av en nationell myndighet anses vara i överensstämmelse med syftet med artikel 47, och i synnerhet artikel 47.1 a och 47.4, i [direktiv 2004/18] för det fall att myndigheten inom ramen för en offentlig upphandling med ett uppskattat värde på 3 000 000 euro har gjort bedömningen att anbudsgivaren inte uppfyllde urvalskriterierna beträffande ekonomisk och finansiell ställning, trots att den försäkran på heder och samvete från anbudsgivaren och det intyg denne erhållit från sin bank försäkrade att anbudsgivaren kunde erhålla pengar genom en särskild icke öronmärkt bankkredit på ett belopp som översteg upphandlingsvärdet?
- 2) Kan situationen för banktjänstemarknaden i en medlemsstat, där en bank i sitt bindande kreditlöfte som villkor för att bevilja kredit kräver att låntagaren uppfyller villkoren enligt kreditavtalet, vilka inte är konkret specificerade vid tidpunkten för upphandlingsförfarandet, i enlighet med artikel 47.5 i nämnda direktiv 2004/18/EG utgöra ett ”godtagbart skäl” för anbudsgivaren att inte förete de referenser som den upphandlande myndigheten begär, trots att anbudsgivaren kan bevisa sin ekonomiska och finansiella ställning med en försäkran på heder och samvete som bekräftar ett tillräckligt kreditförhållande med banken?
- 3) Kan den omständigheten att de olika kontrakten redan nästan har genomförts av den vinnande anbudsgivaren, vid domstolsprövningen av ett beslut varigenom den nationella myndigheten för offentlig upphandling har uteslutit en anbudsgivare, utgöra ett objektiva hinder som medför att den nationella domstolen inte kan iaktta artikel 47.1 och 47.2 i [stadgan], jämförd med artikel 1.1 och artikel 2.3 och 2.6–8 i [direktiv 89/665]?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

- 24 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 47.1 a och 47.4 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att en upphandlande myndighet inte får utesluta en anbudsgivare från ett anbudsförfarande med motiveringen att anbudsgivaren inte uppfyller kriteriet om ekonomisk och finansiell ställning som anges i meddelandet om upphandling, varvid det uppställs

krav på att tillhandahålla en försäkran från en bank som intygar bankens åtagande att bevilja kredit motsvarande det belopp som anges i upphandlingsmeddelandet och att garantera anbudsgivaren tillgång till det beloppet under hela kontraktperioden.

- 25 Domstolen är enligt artikel 267 FEUF inte behörig att tillämpa regler i unionsrätten på ett visst fall utan är endast behörig att uttala sig om tolkningen av fördragen och de rättsakter som beslutats av Europeiska unionens institutioner. Domstolen kan emellertid, inom ramen för det samarbete mellan domstolar som har inrättats genom nämnda artikel, med utgångspunkt i handlingarna i målet tillhandahålla uppgifter om unionsrättens tolkning som den nationella domstolen kan behöva för att bedöma verkningarna av en viss unionsrättslig bestämmelse (dom av den 16 juli 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, C-83/14, EU:C:2015:480, punkt 71 och där angiven rättspraxis).
- 26 Enligt artikel 44 i direktiv 2004/18 får den upphandlande myndigheten kräva att anbudsgivarna uppfyller miniminivåerna för kapacitet. Dessa miniminivåer ska framgå av meddelandet om upphandling.
- 27 I detta avseende anges i artikel 47.1 i samma direktiv de referenser som i allmänhet kan krävas av en ekonomisk aktör för att visa sin ekonomiska och ekonomiska ställning. Dessa referenser syftar till att fastställa att anbudsgivaren har nödvändiga medel för att fullgöra ett offentligt kontrakt. Bland dessa referenser anges ”lämpliga intyg från banker”.
- 28 I enlighet med artikel 47.4 ska de upphandlande myndigheterna i meddelandet om upphandling specificera vilka referenser de har valt samt vilka andra referenser som ska företes.
- 29 I förevarande fall krävdes i meddelandet om upphandling, såsom kriterium för att visa ekonomisk och finansiell ställning, att anbudsgivare skulle tillhandahålla en handling som utfärdats av en bank som intygade att anbudsgivaren beviljats en kredit på minst 3 000 000 euro, vilken skulle vara giltig under hela kontraktperioden, det vill säga under 48 månader.
- 30 Det framgår av handlingarna som inkommit till domstolen att den uteslutna anbudsgivaren lämnade en försäkran från en bank som innehöll uppgifter om dess ekonomiska situation och ett intyg om öppnandet av en kontokredit på ett belopp överstigande 5 000 000 euro. Den uteslutna anbudsgivaren lämnade också en försäkran enligt vilken denne intygade på heder och samvete att ett belopp på minst 3 000 000 euro skulle krediteras dess konto och vara tillgängligt under hela kontraktets löptid om dess anbud skulle antas.
- 31 Den upphandlande myndigheten ansåg emellertid att den uteslutna anbudsgivaren inte hade uppfyllt kraven vad gäller ekonomisk och finansiell ställning, eftersom dennes ekonomiska och finansiella situation inte motsvarade villkoren för deltagande. Deltagande krävde nämligen företeende av ett bevis med sådan form och innehåll som angetts.
- 32 I detta hänseende påpekar domstolen att artikel 47 i direktiv 2004/18 ger de upphandlande myndigheterna stor frihet, vilket framför allt framgår av uttrycket ”som regel” i den bestämmelsen. Såsom framgår av domstolens rättspraxis, bemyndigas uttryckligen de upphandlande myndigheterna enligt artikel 47.4 i nämnda direktiv, tvärtemot artikel 48 i det direktivet som inrättar ett slutet system och begränsar de metoder för bedömning och kontroll som är tillgängliga för dessa myndigheter och begränsar därför möjligheterna att fastställa krav, att välja de referenser som måste företes av anbudssökande eller anbudsgivare för att bevisa deras ekonomiska och ekonomiska ställning. Eftersom artikel 44.2 i direktiv 2004/18 hänvisar till nämnda artikel 47 föreligger samma valfrihet vad gäller miniminivåerna för ekonomisk och finansiell ställning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 2012, *Édukövízig och Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, punkt 28).

- 33 Det framgår dock uttryckligen av artikel 44.2 andra stycket i direktiv 2004/18 att miniminivåerna för den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Av detta följer att kraven vad gäller ekonomisk och finansiell ställning ska objektivt sett kunna ge upplysningar om denna ställning hos en ekonomisk aktör, och den nivå som fastställs måste vara anpassad till hur betydande det aktuella kontraktet är, i den meningen att den objektivt sett utgör en positiv indikation på att det finns en tillräcklig ekonomisk och finansiell grundval för att genomföra kontraktet, utan att därför gå utöver vad som rimligen är nödvändigt för att uppnå detta syfte (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 2012, Édukóvízig och Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, punkt 29).
- 34 Det ska vidare erinras om att det enligt principen om likabehandling krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och den principen innebär således att samma villkor gäller för alla anbudsgivare. Vidare är syftet med kravet på öppenhet, vilket är en följd av den förstnämnda principen, att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. 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 anbudet från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna (dom av den 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 36 och där angiven rättspraxis).
- 35 När det gäller det första kravet som uttryckligen nämns i meddelandet om upphandling att den ekonomiska garantin måste tillhandahållas ”för fullgörandet av kontraktet”, verkar det framgå av ordalydelsen i den första frågan att den upphandlande myndigheten ansåg att ett sådant krav inte var uppfyllt eftersom den kredit som beviljats anbudsgivaren, trots att den överskred det belopp som krävdes enligt nämnda meddelande om upphandling, var en kontokredit som inte var öronmärkt för fullgörandet av kontraktet.
- 36 I detta hänseende måste det noteras att ett krav på att erhålla ett lån som är knutet till kontraktets fullgörande är objektivt sett ägnat att upplysa om anbudsgivarens ekonomiska förmåga att fullgöra kontraktet. Såsom Europeiska kommissionen har påpekat är en allokering av lånet till visst ändamål ägnat att visa att anbudsgivaren verkligen har tillgång till resurser som denne inte själv äger och som är nödvändiga för att kunna fullgöra kontraktet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 december 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, punkt 29). Det åligger emellertid återigen den hänskjutande domstolen att kontrollera att det belopp som krävs i meddelandet om upphandling står i proportion till kontraktets föremål.
- 37 När det gäller kravet som också anges i meddelandet om upphandling angående beviljandet av en kredit på minst 3 000 000 euro ”för kontraktets löptid (48 månader)”, fastän det i artikel 47 i direktiv 2004/18 visserligen inte uttryckligen föreskrivs att den upphandlande myndigheten får kräva att en anbudsgivare ska ha tillgång till de resurser som är nödvändiga för att genomföra kontraktet under hela kontraktets löptid, finner domstolen, liksom generaladvokaten i punkt 46 i sitt förslag till avgörande, att den upphandlande myndighetens kontroll av att de ekonomiska och finansiella kriterierna är uppfyllda inom ramen för förfarandet vid tilldelning av kontraktet kräver att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att anbudsgivaren faktiskt kan använda de olika resurser som den åberopar under hela kontraktets löptid (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 januari 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, punkt 26 och där angiven rättspraxis).
- 38 Vidare är den fortsatta tillgången till det belopp som krävs under kontraktets fullgörande ett användbart verktyg för att på ett konkret sätt bedöma den ekonomiska och finansiella ställningen hos anbudsgivaren i förhållande till sina åtaganden. Det korrekta genomförandet av kontraktet är i själva verket i sig kopplat till huruvida anbudsgivaren har de ekonomiska resurser som krävs för att fullgöra kontraktet.

- 39 I förevarande fall är således villkoret att anbudsgivaren ska förfoga över medel under hela kontraktets genomförande ägnat att säkerställa att de mål som eftersträvas i artikel 47.1 i direktiv 2004/18 uppfylls.
- 40 Det ankommer emellertid på den nationella domstolen att fastställa relevansen av de bevis som tillhandahållits av anbudsgivaren i detta avseende, bland annat avtalet om en kontokredit.
- 41 Av det ovan anförda följer att den första frågan ska besvaras på följande sätt. Artikel 47.1 a och 47.4 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att en upphandlande myndighet får utesluta en anbudsgivare från ett anbudsförfarande med motiveringen att anbudsgivaren inte uppfyller kriteriet om ekonomisk och finansiell ställning som anges i meddelandet om upphandling, varvid det uppställs krav på att tillhandahålla en försäkran från en bank som intygar bankens åtagande att bevilja kredit motsvarande det belopp som anges i upphandlingsmeddelandet och att garantera anbudsgivaren tillgång till det beloppet under hela kontraktperioden.

Den andra frågan

- 42 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida, för det fall det i ett meddelande om upphandling krävs en försäkran från en bank som intygar bankens åtagande att bevilja en kredit motsvarande det belopp som anges i meddelandet om upphandling och att garantera anbudsgivarens tillgång till beloppet under hela kontraktets löptid, det förhållandet att de banker som anbudsgivaren kontaktat inte anser sig kunna lämna anbudsgivaren en försäkran på de villkor som anges i meddelandet om upphandling, i så fall kan utgöra en "godtagbart skäl" i den mening som avses i artikel 47.5 i direktiv 2004/18, så att ovannämnda anbudsgivare i förekommande fall får bevisa sin ekonomiska och finansiella ställning genom någon annan handling som den upphandlande myndigheten anser lämplig, såsom en försäkran på heder och samvete som intygar, för det fall anbudet skulle antas, att anbudsgivarens konto kommer att krediteras med ett belopp som motsvarar det som anges i meddelandet om upphandling så snart kontraktet ingåtts och att det kommer att finnas tillgängligt under hela kontraktets löptid.
- 43 Enligt artikel 47.5 i direktiv 2004/18 får anbudsgivare, som inte av något godtagbart skäl kan ange de referenser som den upphandlande myndigheten anser lämpliga, bevisa sin ekonomiska och finansiella ställning genom någon annan handling, förutsatt att den upphandlande myndigheten anser att en sådan handling är lämplig för detta ändamål.
- 44 I det aktuella fallet lämnade den uteslutna anbudsgivaren en försäkran på heder och samvete som intygar, för det fall dennes anbud skulle godtas, att dess konto kommer att krediteras med minst 3 000 000 euro under hela kontraktets löptid, eftersom anbudsgivaren gjorde gällande att det var omöjligt att erhålla en försäkran från en bank som intygar ett åtagande att bevilja en kredit motsvarande det belopp som anges i meddelandet om upphandling.
- 45 Det ankommer härvid på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida det förelåg sakliga omständigheter som gjorde det omöjligt för den uteslutna anbudsgivaren att lämna de referenser som begärts av den upphandlande myndigheten. Detta är, såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 53 i sitt förslag till avgörande, fallet om nämnda anbudsgivare i Slovakien inte kan erhålla sådana referenser som krävs enligt meddelandet om upphandling.
- 46 Det är endast om den hänskjutande domstolen skulle finna att det förelåg en sådan objektiv omöjlighet som det åligger denna domstol att pröva huruvida den upphandlande myndigheten gjorde en riktig bedömning när den ansåg att den försäkran på heder och samvete som anbudsgivaren lämnat inte utgjorde en lämplig handling för att bevisa anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning. Det ankommer även på den hänskjutande domstolen att i enlighet med artikel 44.2 i direktivet, i förening

med skäl 39 i samma direktiv, fastställa huruvida omfattningen av den information och den kapacitet som krävs har ett samband med och står i proportion till föremålet för kontraktet samt att urvalskriterierna tillämpats på ett icke-diskriminerande sätt.

- 47 Vad beträffar de faktiska omständigheterna ankommer det på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida det objektivt sett var omöjligt för den uteslutna anbudsgivaren att tillhandahålla de referenser som krävdes av den upphandlande myndigheten, och om så är fallet huruvida den upphandlande myndigheten hade grundad anledning att anse att den försäkran på heder och samvete som tillhandahållits av anbudsgivaren inte utgjorde en lämplig handling för att bevisa dennes ekonomiska och finansiella ställning.
- 48 Den andra frågan ska följaktligen besvaras på följande sätt. Artikel 47.5 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att för det fall det i ett meddelande om upphandling krävs en försäkran från en bank som intygar bankens åtagande att bevilja en kredit motsvarande det belopp som anges i meddelandet om upphandling och att garantera anbudsgivarens tillgång till beloppet under hela kontraktets löptid, kan då det förhållandet att de banker som anbudsgivaren kontaktat inte anser sig kunna lämna anbudsgivaren en försäkran på de villkor som anges i meddelandet om upphandling i så fall utgöra ett "godtagbart skäl" i den mening som avses i denna artikel, så att nämnda anbudsgivare i förekommande fall får bevisa sin ekonomiska och finansiella ställning genom någon annan handling som den upphandlande myndigheten anser lämplig, under förutsättning att det objektivt sett var omöjligt för anbudsgivaren att lämna de referenser som begärts av den upphandlande myndigheten, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.

Den tredje frågan

- 49 Enligt domstolens fasta praxis utgör det förfarande som har införts genom artikel 267 FEUF ett medel för samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna, genom vilket EU-domstolen tillhandahåller de nationella domstolarna de uppgifter om unionsrättens tolkning som de behöver för att kunna avgöra de mål som de ska pröva (se, bland annat, beslut av den 8 september 2016, Caixabank och Abanca Corporación Bancaria, C-91/16 och C-120/16, ej publicerat, EU:C:2016:673, punkt 13 och där angiven rättspraxis).
- 50 Domstolen har vid upprepade tillfällen framhållit att det krävs att den nationella domstolen klargör den faktiska och rättsliga bakgrunden till de frågor som ställs, eller att den åtminstone förklarar de faktiska omständigheter som ligger till grund för dessa frågor, eftersom det är nödvändigt att komma fram till en tolkning av unionsrätten som är användbar för den nationella domstolen (se, bland annat, beslut av den 8 september 2016, Caixabank och Abanca Corporación Bancaria, C-91/16 och C-120/16, ej publicerat, EU:C:2016:673, punkt 14 och där angiven rättspraxis).
- 51 Kraven på innehållet i en begäran om förhandsavgörande anges uttryckligen i artikel 94 i domstolens rättegångsregler samt i punkt 15 i Europeiska unionens domstols rekommendationer till nationella domstolar om begäran om förhandsavgörande (EUT C 439, 2016, s. 1). Där framgår att en begäran om förhandsavgörande skall innehålla "[s]aken och en sammanfattning av de relevanta omständigheterna, såsom dessa har utretts av den hänskjutande domstolen eller, i vart fall, en redogörelse för de faktauppgifter som ligger till grund för frågorna", "[l]ydelsen av de nationella bestämmelser som kan vara tillämpliga och, i förekommande fall, relevant nationell rättspraxis" samt "[e]n redogörelse för de skäl som fått den hänskjutande domstolen att undra över tolkningen eller giltigheten av de aktuella unionsrättsliga bestämmelserna, och för det samband som den hänskjutande domstolen har funnit föreligga mellan de unionsrättsliga bestämmelserna och den nationella lagstiftning som är tillämplig i det nationella målet" (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 20 juli 2016, Stanleybet Malta och Stoppani, C-141/16, ej publicerat, EU:C:2016:596, punkterna 8 och 9 och där angiven rättspraxis).

- 52 I förevarande fall innehåller begäran om förhandsavgörande inte några uppgifter om de nationella bestämmelser som syftar till att införliva direktiv 89/665 angående prövningsförfaranden och deras verkningar, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66. I begäran har bland annat inte angetts huruvida Slovakien, enligt artikel 2.6 i nämnda direktiv, har föreskrivit att det angripna beslutet först måste ogiltigförklaras för att skadestånd ska kunna begäras, eller huruvida Slovakien, i enlighet med artikel 2.7 andra stycket i det direktivet, har föreskrivit att den behöriga myndighet som ansvarar för prövningsförfarandena, efter det att kontraktet har ingåtts, enbart får bevilja skadestånd.
- 53 Begäran om förhandsavgörande saknar dessutom precision när det gäller omständigheterna i det nationella målet såvitt avser det överklagande som den uteslutna anbudsgivaren ingett, liksom beträffande anledningen till att upphandlingsförfarandet fortsatte trots att den upphandlande myndighetens beslut överklagats.
- 54 Utan dessa uppgifter kan domstolen inte lämna något användbart svar på den tredje frågan, vilken följaktligen inte kan tas upp till sakprövning.

Rättegångskostnader

- 55 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 (andra avdelningen) följande:

- 1) Artikel 47.1 a och 47.4 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 ska tolkas så, att en upphandlande myndighet får utesluta en anbudsgivare från ett anbudsförfarande med motiveringen att anbudsgivaren inte uppfyller kriteriet om ekonomisk och finansiell ställning som anges i meddelandet om upphandling, varvid det uppställs krav på att tillhandahålla en försäkran från en bank som intygar bankens åtagande att bevilja kredit motsvarande det belopp som anges i upphandlingsmeddelandet och att garantera anbudsgivaren tillgång till det beloppet under hela kontraktperioden.
- 2) Artikel 47.5 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att för det fall det i ett meddelande om upphandling krävs en försäkran från en bank som intygar bankens åtagande att bevilja en kredit motsvarande det belopp som anges i meddelandet om upphandling och att garantera anbudsgivarens tillgång till beloppet under hela kontraktets löptid, kan då det förhållandet att de banker som anbudsgivaren kontaktat inte anser sig kunna lämna anbudsgivaren en försäkran på de villkor som anges i meddelandet om upphandling i så fall utgöra ett ”godtagbart skäl” i den mening som avses i denna artikel, så att nämnda anbudsgivare i förekommande fall får bevisa sin ekonomiska och finansiella ställning genom någon annan handling som den upphandlande myndigheten anser lämplig, under förutsättning att det objektivt sett var omöjligt för anbudsgivaren att lämna de referenser som begärts av den upphandlande myndigheten, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.

Underskrifter