



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 14 september 2017*

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2004/18/EG – Artikel 47.2 och artikel 48.3 – Anbudsgivare som åberopar andra enheters kapacitet i syfte att uppfylla den upphandlande myndighetens krav – Sådana enheters förlust av nödvändig kapacitet – Nationell lagstiftning som föreskriver att anbudsgivaren ska uteslutas från upphandlingsförfarandet och att en konkurrent ska tilldelas kontraktet”

I mål C-223/16,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) genom beslut av den 3 november 2015, som inkom till domstolen den 20 april 2016, i målet

Casertana Costruzioni Srl

mot

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise,

Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S.,

ytterligare deltagare i rättegången:

Consorzio Stabile Infratech,

W.E.E. Water Environment Energy SpA,

Massimo Fontana,

Studio Tecnico Associato Thinkd,

Claudio Della Rocca,

Nicola Maione,

Vittorio Ciotola,

Fin.Se.Co. SpA,

Edilgen SpA,

* Rättegångsspråk: italienska.

Site Srl,

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden R. Silva de Lapuerta samt domarna E. Regan, A. Arabadjiev, C.G. Fernlund och S. Rodin (referent),

generaladvokat: N. Wahl,

justitiesekreterare: handläggaren I. Illéssy,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 15 mars 2017,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Casertana Costruzioni Srl, genom E. Sticchi Damiani och G. Ceceri, avvocati,
- Consorzio Stabile Infratech, genom L. Lentini och F. Migliarotti, avvocati,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av C. Colelli, avvocato dello Stato,
- Europeiska kommissionen, genom G. Gattinara och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 11 maj 2017 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 47 och artikel 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 (EUT L 134, 2004, s. 114), och av artikel 63 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).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Casertana Costruzioni Srl (nedan kallat Casertana) och Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise (Infrastruktur- och transportministeriet – interregional tillsynsmyndighet för offentliga bygg- och anläggningsarbeten i Kampanien och Molise, Italien) och Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S. (regional markskyddsmyndighet i Kampanien, Italien), angående ett upphandlingsförfarande för tilldelning av ett kontrakt för planeringen av genomförandet, samordningen av säkerheten under planeringsfasen och utförandet av byggnation inom ramen för projektet kallat "La Bandiera Blu" på Domiziokusten.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2004/18

- 3 I artikel 47.2 i direktiv 2004/18 föreskrevs följande:

”En ekonomisk aktör får vid behov och när det gäller ett bestämt kontrakt åberopa andra enheters kapacitet oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och dessa enheter. I detta fall skall han bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna, t.ex. genom att lägga fram ett åtagande från enheterna.”

- 4 Artikel 48.3 i direktiv 2001/14 hade följande lydelse:

”En ekonomisk aktör får vid behov och i ett visst kontrakt utnyttja andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan aktören och dessa enheter. I detta fall skall han bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet, t.ex. genom att lägga fram enheternas åtagande att förse den ekonomiska aktören med nödvändiga resurser.”

- 5 Direktiv 2004/18 upphävdes genom direktiv 2014/24.

Direktiv 2014/24

- 6 I artikel 63.1 i direktiv 2014/24 föreskrivs följande:

”När det gäller de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning som anges i artikel 58.3 och de kriterier för teknisk och yrkesmässig kapacitet som anges i artikel 58.4, 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 ... Om en ekonomisk aktör vill åberopa andra enheters kapacitet ska denne bevisa för den upphandlande myndigheten att den kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna, exempelvis genom att lägga fram ett åtagande från enheterna i fråga rörande detta.

Den upphandlande myndigheten ska i enlighet med artiklarna 59, 60 och 61 kontrollera om de enheter vars kapacitet den ekonomiska aktören avser att utnyttja uppfyller relevanta urvalskriterier och om det finns skäl för uteslutning i enlighet med artikel 57. Den upphandlande myndigheten får begära att den ekonomiska aktören byter ut en enhet som inte uppfyller ett relevant urvalskriterium eller för vilken det föreligger obligatoriska skäl för uteslutning. Den upphandlande myndigheten får begära, eller får av medlemsstaten åläggas att begära, att den ekonomiska aktören byter ut en enhet för vilken det föreligger icke-obligatoriska skäl för uteslutning.

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.

...”

Italiensk rätt

- 7 I artikel 40.1 och 40.2 i decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lagstiftningsdekret nr 163 om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, tjänster och varor till genomförande av direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG) av den 12 april 2006 (ordinarie tillägg till GURI nr 100, av den 2 maj 2006) föreskrivs följande:

”1. Personer som i någon form utför offentliga bygg- och anläggningsarbeten ska vara godkända och försäkra att deras verksamhet utövas med iakttagande av principerna om kvalitet, professionalitet och lojalitet. Enligt samma målsättning ska de av företagets produkter, processer, tjänster och kvalitetssystem som dessa personer använder certifieras i enlighet med gällande lagstiftning.

2. Förordningen som avses i artikel 5 reglerar denna enhetliga certifieringsordning för samtliga personer som i någon form utför offentliga bygg- och anläggningsarbeten till ett värde på över 150 000 euro, på grundval av vilken typ av arbete det rör sig om och storleken på arbetet. Förordningen som avses i artikel 5 möjliggör också en regelbunden översyn av godkännandekategorierna och eventuella införanden av nya kategorier.”

- 8 I artikel 49 i nämnda dekret föreskrivs följande:

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

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 9 Enligt beslutet om hänskjutande anordnade den interregionala tillsynsmyndigheten för offentliga bygg- och anläggningsarbeten i Kampanien och Molise, genom delegering från den regionala markskyddsmyndigheten i Kampanien, i juni 2013, ett öppet upphandlingsförfarande för tilldelning av ett kontrakt för planeringen av genomförandet, samordningen av säkerheten under planeringsfasen och utförandet av byggnation inom ramen för projektet kallat ”La Bandiera Blu” på Domiziokusten.
- 10 I förfrågningsunderlaget angavs att det för att få delta i upphandlingen krävdes ett certifikat utfärdat av Società Organismo di Attestazione (certifieringsorgan) med avseende på de kvalifikationer som krävs för att tillhandahålla tjänster för projektering och genomförande i vissa kategorier.
- 11 Casertana deltog i upphandlingen såsom ledare av en tillfällig företagssammanslutning under bildande och har uppgett att det, med avseende på kraven i lagdekret nr 163, åberopade de två stödföretagens kvalifikationer, varav det ena stödföretaget var Consorzio Stabile GAP.
- 12 Under förfarandet och efter det att urvalsförfarandet för att få delta i upphandlingen hade avslutats förlorade nämnda stödföretag de nödvändiga kvalifikationerna för den tjänstekategorin varför det endast var godkänt i en lägre tjänstekategori.
- 13 Genom beslut av den 8 oktober 2014 tilldelades en tillfällig företagssammanslutning ledd av Consorzio Stabile Infratech kontraktet, medan den företagssammanslutning som leddes av Casertana rankades som näst bästa anbudsgivare.
- 14 Casertana överklagade till Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Regionala förvaltningsdomstolen i Kampanien, Italien) och ifrågasatte det slutliga beslutet om tilldelning av det aktuella kontraktet på flera punkter.

- 15 Den tillfälliga företagssammanslutning som tilldelats kontraktet ingav därefter ett anslutningsöverklagande i syfte att få fastställt att klaganden i det nationella målet inte längre får delta i upphandlingsförfarandet, under åberopande av att det borde ha uteslutits från upphandlingsförfarandet med hänsyn till att dess stödföretag hade förlorat de kvalifikationer som krävdes för att få delta i anbudsförfarandet under pågående upphandlingsförfarande. Klaganden i det nationella målet anförde till sitt försvar att den förlust av kvalifikationer som drabbat stödföretaget utgjorde ett fall av force majeure som inte kunde leda till automatisk uteslutning av dess sammanslutning.
- 16 Genom beslut av den 27 mars 2015 biföll Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Regionala förvaltningsdomstolen i Kampanien) den vinnande företagssammanslutningens anslutningsöverklagande på den första grunden med motiveringen att stödföretagets förlust av de nödvändiga kvalifikationerna för godkännandet under pågående upphandlingsförfarande medförde att den sammanslutning som klaganden i det nationella målet ledde uteslöts. Rätten i fråga fann vidare att de argument som klaganden i det nationella målet anfört avseende påståendet att det förelåg ett fall av force majeure saknade relevans.
- 17 Den 8 juli 2015 överklagade Casertana avgörandet från Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Regionala förvaltningsdomstolen i Kampanien). En anbudsgivare som förlitat sig på att stödföretaget har de nödvändiga kvalifikationerna kan, enligt Casertana, inte hållas ansvarig för förlusten av sådana kvalifikationer när det inte är anbudsgivarens fel. Det går inte att påvisa någon "försummelse" från anbudsgivarens sida och rätten borde därför ha erkänt den möjlighet att byta ut stödföretaget som anbudsgivaren har enligt såväl domstolens praxis som artikel 63 i direktiv 2014/24, där denna möjlighet uttryckligen föreskrivs.
- 18 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:
- "Utgör artikel 47.2 och artikel 48.3 i direktiv 2004/18 ... vilka har ersatts av artikel 63 i direktiv 2014/24 ... hinder för nationella bestämmelser som utesluter, eller kan tolkas så att de utesluter, möjligheten för en ekonomisk aktör, det vill säga en anbudsgivare, att ange ett annat företag i stället för det som ursprungligen anlitats som 'stödföretag', när det senare inte längre uppfyller eller i mindre omfattning uppfyller kraven för deltagande, och som således medför att den ekonomiska aktören utesluts från upphandlingen på grund av en omständighet som varken objektivt eller subjektivt kan hänföras till denna aktör?"

Prövning av tolkningsfrågan

- 19 Den hänskjutande domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida artikel 47.2 och artikel 48.3 i direktiv 2004/18, jämförda med artikel 63 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning som utesluter möjligheten för en ekonomisk aktör som deltar i en offentlig upphandling att byta ut ett stödföretag som förlorat de nödvändiga kvalifikationerna efter det att anbudet har lämnats in och som innebär att denna aktör automatiskt utesluts.

Huruvida artikel 63.1 i direktiv 2014/24 är tillämplig

- 20 Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida artikel 48.3 i direktiv 2004/18 ska tolkas mot bakgrund av artikel 63.1 i direktiv 2014/24.
- 21 Domstolen påpekar inledningsvis att det i det avseendet följer av fast rättspraxis att det tillämpliga direktivet i princip är det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av ett offentligt kontrakt. Efter det

att fristen för att införliva ett direktiv har löpt ut är däremot bestämmelserna i direktivet inte längre tillämpliga (dom av den 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 31 och där angiven rättspraxis, och dom av den 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 83).

- 22 Det i det nationella målet aktuella meddelandet om upphandling skickades den 7 juni 2013 till *Europeiska unionens officiella tidning* och publicerades den 10 juni 2013 i *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (Republiken Italiens officiella tidning). Direktiv 2014/24 antogs först den 26 februari 2014 och tidsfristen för att införliva direktivet, enligt artikel 90 däri löpte i vilket fall som helst ut den 18 april 2016.
- 23 I juni 2013, när meddelandet om den i det nationella målet aktuella upphandlingen publicerades, var direktiv 2014/24 således inte tillämpligt i tiden (*ratione temporis*).
- 24 Avseende huruvida artikel 48.3 i direktiv 2004/18 ska tolkas mot bakgrund av artikel 63.1 i direktiv 2014/24, som motsvarar nämnda artikel 48.3, påpekas att sistnämnda bestämmelse har formulerats i allmänna ordalag och inte uttryckligen anger under vilka villkor en ekonomisk aktör får åberopa andra enheters kapacitet i en offentlig upphandling (dom av den 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punkterna 87 och 88).
- 25 I artikel 63.1 i direktiv 2014/24 föreskrivs däremot framdeles att de ekonomiska aktörerna endast får åberopa andra enheters kapacitet ”om samma enheter kommer att utföra de byggentreprenader eller tjänster för vilka denna kapacitet krävs” (dom av den 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 89) och att ”[d]en upphandlande myndigheten får begära att den ekonomiska aktören byter ut en enhet som inte uppfyller ett relevant urvalskriterium eller för vilken det föreligger obligatoriska skäl för uteslutning”.
- 26 Det är visserligen riktigt att det bland annat av skäl 2 i direktiv 2014/24 framgår att direktivet syftar till att klargöra vissa grundläggande begrepp och principer för att säkerställa rättssäkerheten samt inbegripa vissa aspekter i fast praxis från EU-domstolen på området. Icke desto mindre kvarstår det faktum att det i artikel 63 i direktivet görs betydande förändringar när det gäller rätten för en ekonomisk aktör att åberopa andra enheters kapacitet inom ramen för en offentlig upphandling (dom av den 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 90).
- 27 Artikel 63.1 i direktiv 2014/24 kan nämligen knappast anses ligga i linje med artikel 48.3 i direktiv 2004/18. Att klargöra dess innebörd utan artikel 63.1 innebär i stället att det införs nya villkor som inte förekom i den tidigare lagstiftningen (dom av den 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 91).
- 28 Under dessa omständigheter kan denna bestämmelse i direktiv 2014/24 inte användas som underlag för tolkningen av artikel 48.3 i direktiv 2004/18, eftersom det i förevarande fall inte är fråga om att skingra tvivel beträffande tolkningen av innehållet i sistnämnda bestämmelse (dom av den 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 92).

Artikel 47.2 och artikel 48.3 i direktiv 2004/18

- 29 Enligt fast rättspraxis ger artikel 47.2 och artikel 48.3 i förordning nr 2004/18 ekonomiska aktörer rätt att åberopa andra enheters kapacitet, oberoende av arten av förbindelserna mellan den ekonomiska aktören och dessa enheter, förutsatt att nämnda ekonomiska aktör bevisar för den upphandlande myndigheten att den kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet (dom av den 10 oktober 2013, *Swm Costruzioni 2* och *Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 29).

- 30 Dessa bestämmelser innehåller inte något 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. Domstolen har dessutom uttryckligen hänvisat till möjligheten för en ekonomisk aktör att utnyttja resurser som tillhör en eller flera andra enheter för att genomföra ett kontrakt, eventuellt utöver den ekonomiska aktörens egna resurser (dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punkterna 30 och 32).
- 31 En sådan tolkning är förenlig med det mål som eftersträvas med direktiven inom detta område, nämligen att öppna upp offentliga kontrakt för så bred konkurrens som möjligt, vilket inte enbart ska gagna de ekonomiska aktörerna utan även de upphandlande myndigheterna. En sådan tolkning bidrar dessutom till att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar, vilket även, enligt vad som framgår av skäl 32 i direktiv 2004/18 är ett av direktivets mål (dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punkt 34).
- 32 Casertana har i förevarande fall ifrågasatt den bedömning som Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Regionala förvaltningsdomstolen i Kampanien) har gjort, enligt vilken Casertana automatiskt uteslutits från det i det nationella målet aktuella upphandlingsförfarandet av det skälet att Consorzio Stabile GAP hade förlorat sitt godkännande för klassificering i den aktuella tjänstekategorin.
- 33 Domstolen erinrar i det avseendet om att det framgår av skäl 46 och artikel 2 i direktiv 2004/18 att den upphandlande myndigheten ska behandla ekonomiska aktörer likvärdigt och icke-diskriminerande och förfara på ett öppet sätt (dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 60, och dom av den 4 maj 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, punkt 35).
- 34 Enligt principerna om likabehandling och icke-diskriminering krävs sålunda att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud. Dessa principer innebär således att anbuderna ska omfattas av samma villkor för alla anbudsgivare. Syftet med kravet på öppenhet är vidare att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Denna skyldighet innebär att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, ska vara formulerade 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 anbuderna från anbudsgivarna uppfyller kriterierna för upphandlingen i fråga (dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 61 och där angiven rättspraxis, och dom av den 4 maj 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, punkt 36).
- 35 Principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt kravet på öppenhet utgör dessutom, såsom framgår av domstolens praxis, hinder för att det sker någon förhandling mellan den upphandlande myndigheten och en anbudsgivare i ett förfarande för offentlig upphandling, vilket innebär att anbudet i princip inte kan ändras efter att det har getts in vare sig på initiativ av den upphandlande myndigheten eller på initiativ av anbudsgivaren. Härav följer att den upphandlande myndigheten inte får begära förtydliganden från en anbudsgivare, vars anbud den upphandlande myndigheten anser vara oklart eller inte uppfylla kraven i de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget (dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 62 och där angiven rättspraxis, och dom av den 4 maj 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, punkt 37).
- 36 Domstolen har emellertid preciserat att artikel 2 i direktiv 2004/18 inte utgör något hinder för att uppgifterna i anbudet kan rättas eller kompletteras på en specifik punkt, bland annat på grund av att det är uppenbart att uppgifterna kräver en enkel förklaring eller för att undanröja uppenbara sakfel (dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 63 och där angiven rättspraxis, och dom av den 4 maj 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, punkt 38).

- 37 Vad gäller ändringar hänförliga till vinnande enheter har domstolen redan slagit fast att beslutet att godta den vinnande företagssammanslutningens ändrade sammansättning medför en ändring i förhållande till beslutet om tilldelning av kontraktet som kan betraktas som betydande om den, med hänsyn till det aktuella upphandlingsförfarandets särdrag, avser en omständighet som varit avgörande för beslutet om tilldelning. Om så är fallet ska nödvändiga åtgärder enligt nationell rätt vidtas för att avhjälpa oegentligheterna i förfarandet, inbegripet ett eventuellt genomförande av ett nytt tilldelningsförfarande (dom av den 8 maj 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox m.fl.*, C-161/13, EU:C:2014:307, punkt 39 och där angiven rättspraxis).
- 38 På området för koncessionsavtal har domstolen dessutom slagit fast att ett byte av underentreprenör kan, även om denna möjlighet föreskrivs i avtalet, i undantagsfall utgöra en betydande ändring i en av de väsentliga delarna i koncessionsavtalet, när användning av en underentreprenör i stället för en annan, med hänsyn till den aktuella prestationens särdrag, har varit en avgörande faktor vid avtalets ingående (dom av den 13 april 2010, *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 39).
- 39 Såsom generaladvokaten har anført i punkt 47 i förslaget till avgörande skulle denna möjlighet, som på ett oförutsägbart sätt endast gäller en företagssammanslutning, att byta ut ett utomstående företag som ingår i sammanslutningen och som förlorat det godkännande som krävs för att inte bli utesluten leda till en betydande ändring av anbudet och även själva identiteten på sammanslutningen. En sådan ändring av anbudet innebär att den upphandlande myndigheten tvingas göra en ny kontroll samtidigt som den ger denna företagssammanslutning en konkurrensmässig fördel, eftersom den då skulle kunna optimera sitt anbud för att bättre stå sig i förhållande till sina konkurrenter i det aktuella upphandlingsförfarandet.
- 40 En sådan situation strider mot principen om likabehandling som kräver att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och innebär att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare. Vidare snedvrider den en sund och effektiv konkurrens mellan de företag som deltar i ett upphandlingsförfarande.
- 41 Vad slutligen angår Casertanas argument att det föreligger ett fall av force majeure konstateras att även om direktiv 2004/18, såsom har anförts ovan i punkterna 30 och 31, ger en anbudsgivare möjlighet att ta hjälp av en eller flera utomstående enheter utöver sina egna resurser i syfte att fullgöra de kriterier som den upphandlande myndigheten har ställt upp, förblir denna anbudsgivare, i egenskap av ledare för en företagssammanslutning, ansvarig för att sammanslutningen fullgör sina skyldigheter och de villkor för att få lämna anbud som den upphandlande myndigheten har fastställt i upphandlingsunderlaget.
- 42 Av det anförda följer att frågan ska besvaras enligt följande. Artikel 47.2 och artikel 48.3 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning som utesluter möjligheten för en ekonomisk aktör som deltar i en offentlig upphandling att byta ut ett stödföretag som förlorat de nödvändiga kvalifikationerna efter det att anbudet har lämnats in och som innebär att denna aktör automatiskt utesluts.

Rättegångskostnader

- 43 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 (första avdelningen) följande:

Artikel 47.2 och artikel 48.3 i direktiv 2004/18 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning som utesluter möjligheten för en ekonomisk aktör som deltar i en offentlig upphandling att byta ut ett stödföretag som förlorat de nödvändiga kvalifikationerna efter det att anbudet har lämnats in och som innebär att denna aktör automatiskt utesluts.

Underskrifter