



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 26 januari 2023*

”Begäran om förhandsavgörande – Artikel 267 FEUF – Begreppet nationell domstol – Kriterier – Det berörda nationella organets oberoende och huruvida dess jurisdiktion är av tvingande art – Stabilitet vad gäller detta organs sammansättning – Direktiv 2014/24/EU – Förfaranden för offentlig upphandling – Artikel 58 – Urvalskriterier – Möjlighet att bland dessa kriterier införa skyldigheter som följer av specialbestämmelser som är tillämpliga på verksamhet som har samband med det aktuella kontraktet och som inte angetts som urvalskriterier i upphandlingsdokumenten – Artikel 63.1 – Anbudsgivare som utnyttjar andra enheters kapacitet för att uppfylla den upphandlande myndighetens krav – Inte möjligt att kräva att underleverantörer anlitas”

I mål C-403/21,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning, Rumänien) genom beslut av den 22 juni 2021, som inkom till domstolen den 29 juni 2021, i målet

SC NV Construct SRL

mot

Județul Timiș,

ytterligare deltagare i rättegången:

SC Proiect – Construct Regiunea Transilvania SRL,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen),

sammansatt av avdelningsordföranden K. Jürimäe, samt domarna, M. Safjan, N. Piçarra, N. Jääskinen och M. Gavalec (referent),

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

* Rättegångsspråk: rumänska.

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Tjeckiens regering, av M. Smolek och J. Vlácil, båda i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom P. Ondrůšek, M.FL. Stamate och G. Wils, samtliga i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 58 och 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) samt principerna om proportionalitet, ansvar och öppenhet.
- 2 Begäran om förhandsavgörande har framställts inom ramen för en tvist mellan SC NV Construct SRL och Județul Timiș (Distriktet Timiș, Rumänien) angående tilldelning av ett offentligt kontrakt för att utvärdera möjligheten att bygga en väg.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 89/665/EEG

- 3 Artikel 2 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) med rubriken ”Krav på prövningsförfaranden”, har följande lydelse:

”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 [267 FEUF] och är oberoende av den upphandlande myndigheten och prövningsorganet.

Medlemmarna av ett sådant oberoende organ ska utnämnas och avgå ur tjänst på samma villkor som domarkårens medlemmar vad avser den myndighet som ansvarar för deras utnämning, deras mandatperiod och deras avgång. Åtminstone ordföranden för detta oberoende organ ska ha samma juridiska och yrkesmässiga meriter som domarkårens medlemmar. Det oberoende organet ska fatta sina beslut enligt ett förfarande under vilket båda parter har hörts och dessa beslut ska vara rättsligt bindande genom de medel som varje medlemsstat bestämmer.”

Direktiv 2014/24

- 4 Artikel 18 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Principer för upphandling”. I punkt 1 i denna artikel föreskrivs följande.

”De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.”

- 5 Artikel 42 i detta direktiv avser ”[t]ekniska specifikationer”.

- 6 Artikel 58 i direktivet, med rubriken ”Urvalskriterier”, har följande lydelse:

”1. Urvalskriterierna kan avse

- a) behörighet att utöva yrkesverksamheten i fråga,
- b) ekonomisk och finansiell ställning,
- c) teknisk och yrkesmässig kapacitet.

De upphandlande myndigheterna får endast tillämpa kriterierna i punkterna 2, 3 och 4 på ekonomiska aktörer som krav för deltagande. De ska begränsa eventuella krav till sådana som är lämpliga för att se till att anbudssökanden eller anbudsgivaren har den rättsliga och finansiella förmåga samt att de besitter den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha samband med kontraktets föremål och stå i proportion till detta.

2. När det gäller behörighet att utöva en yrkesverksamhet får den upphandlande myndigheten kräva att de ekonomiska aktörerna ska vara anslutna till ett av de yrkes- eller branschregister som finns i den medlemsstat där de är etablerade, enligt vad som anges i bilaga XI, eller uppfylla övriga krav enligt den bilagan.

Vid upphandlingsförfaranden för tjänster får den upphandlande myndigheten kräva, i den utsträckning de ekonomiska aktörerna måste inneha ett särskilt tillstånd eller vara medlemmar i en särskild organisation för att kunna tillhandahålla tjänsten i fråga i sin hemmedlemsstat, att de bevisar att de innehar sådana tillstånd eller är medlemmar i sådana organisationer.

...

4. När det gäller teknisk och yrkesmässig kapacitet får den upphandlande myndigheten ställa krav för att se till att de ekonomiska aktörerna förfogar över nödvändiga personalresurser, tekniska resurser och den erfarenhet som krävs för att fullgöra kontraktet enligt en lämplig kvalitetsstandard.

De upphandlande myndigheterna får särskilt kräva att de ekonomiska aktörerna har tillräcklig erfarenhet, som visas med lämpliga referenser från tidigare fullgjorda kontrakt. ...

...

5. Den upphandlande myndigheten ska i meddelandet om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse ange de villkor för deltagande som krävs, vilka kan uttryckas som minimikrav på förmåga, tillsammans med lämpliga bevis.”

- 7 Artikel 63 i samma direktiv har rubriken ”Utnyttjande av andra enheters kapacitet”. I punkt 1 i denna artikel 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. När det gäller de kriterier avseende utbildnings- och yrkeskvalifikationer som anges i del II led f i bilaga XII, eller avseende relevant yrkeserfarenhet, får de ekonomiska aktörerna emellertid endast åberopa andra enheters kapacitet om samma enheter kommer att utföra de byggtreprenader eller tjänster för vilka denna kapacitet krävs. 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.

På samma villkor kan en grupp av ekonomiska aktörer enligt artikel 19.2 åberopa resurserna hos deltagarna i gruppen eller andra enheter.”

- 8 Artikel 67 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Tilldelningskriterier”. I punkt 3 i den artikeln föreskrivs följande:

”Tilldelningskriterierna ska anses vara kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet om de avser de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska tillhandahållas inom ramen för det kontraktet i alla avseenden och i alla skeden av deras livscykel, inklusive faktorer som berör

a) byggtreprenadernas, varornas eller tjänsternas specifika produktions-, tillhandahållande- eller handelsprocess, eller

b) en specifik process i ett senare skede av deras livscykel,

även då sådana faktorer inte utgör en del av dem.”

- 9 I artikel 70 i direktivet, som har rubriken ”Villkor för fullgörande av kontrakt”, föreskrivs följande:

”En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet ska fullgöras, under förutsättning att de är kopplade till kontraktets föremål i den mening som avses i artikel 67.3 och anges i anbudsinfördran eller upphandlingsdokumenten. Dessa krav får omfatta ekonomiska, innovationsrelaterade, miljörelaterade, sociala eller sysselsättningsrelaterade hänsyn.”

Rumänsk rätt

Lag nr 101/2016

- 10 I artikel 2.1 i Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (lag nr 101/2016 om rättsmedel vid tilldelning av offentliga kontrakt, sektorsspecifika kontrakt och kontrakt om byggkoncessioner och om tjänstekoncessioner samt om organisation av Statens nämnd för tvistlösning och om dess verksamhet), av den 19 maj 2016 (*Monitorul Oficial al României*, del I, nr 393 av den 23 maj 2016), i den version som är tillämplig i det nationella målet (nedan kallad lag nr 101/2016), anges följande:

”Den som anser sig ha lidit skada av att en rättighet eller ett berättigat intresse har åsidosatts genom ett beslut av en upphandlande myndighet eller genom underlåtenhet att fatta beslut om en ansökan inom den frist som föreskrivs i lag, kan genom ett administrativt klagomål eller överklagande eller via domstol, begära att beslutet ogiltigförklaras, att den upphandlande myndigheten förklaras vara skyldig att utfärda ett beslut eller att vidta korrigerande åtgärder eller att erkänna den påstådda rättigheten eller det berättigade intresset.”

- 11 Artikel 4.1 denna lag har följande lydelse:

”För att lösa tvisten kan den person som anser sig ha lidit skada vända sig till:

- a) antingen, genom ett administrativt klagomål eller överklagande, till Statens nämnd för tvistlösning,
- b) eller, genom att väcka talan, till domstol.”

- 12 I artikel 15.1 i nämnda lag föreskrivs följande:

”Förfarandet för tvistlösning ska iaktta legalitetsprincipen, principen om skyndsamhet, principen om ett kontradiktoriskt förfarande, principen om rätten till försvar, principen om opartiskhet och principen om den administrativa och dömande verksamhetens oberoende.”

- 13 I artikel 28.1 i samma lag föreskrivs följande:

”Nämndens beslut ska vara bindande för parterna i ärendet.”

14 I artikel 37 i lag nr 101/2016 föreskrivs följande:

”1. Statens nämnd för tvistlösning ... är ett oberoende organ med administrativ och dömande verksamhet.

...

3. Inom ramen för sin verksamhet är nämnden endast underställd lagen, och vid plenarsammanträden är nämnden beslutsför om majoriteten av dess medlemmar är närvarande.

4. Nämnden ska vara oberoende när det fattar sina beslut och är inte underställt någon offentlig myndighet eller institution.”

15 I artikel 44.4 i denna lag föreskrivs följande:

”Nämnden ska utöva sina befogenheter med iakttagande av principerna om medlemmarnas oberoende och sammansättningens stabilitet.”

16 Artikel 45 i nämnda lag har följande lydelse:

”1. Nämndens medlemmar väljs ut efter uttagningsprov och utses genom beslut av premiärministern på de villkor som föreskrivs i lag.

2. Nämndens medlemmar väljs ut på grundval av deras yrkesskicklighet och goda anseende. De sökande måste ha [bedrivit] universitetsstudier, ha tio års yrkeserfarenhet inom juridik, ekonomi eller teknikområdet samt minst tre års erfarenhet på området för offentlig upphandling.

...

4. Nämndens ordförande ska lämna förslag till premiärministern avseende utnämning av medlemmar i nämnden vad gäller de sökande som godkänts för deltagande i uttagningsprovet.”

17 I artikel 47.1–47.3 i samma lag föreskrivs följande:

”1. Nämndens medlemmar får inte

a) bedriva affärsverksamhet, direkt eller via mellanhänder,

b) vara delägare eller ledamöter i lednings-, förvaltnings- eller kontrollorgan för icke-affärsdrivande bolag, bolag som regleras i Legea societăţilor nr. 31/1990 [(lag nr 31/1990 om bolag)], i dess ändrade och kompletterade lydelse, inbegripet banker eller andra kreditinstitut, försäkringsbolag eller finansiella bolag, statliga företag, statliga bolag, eller autonoma förvaltningar,

c) vara medlemmar i en ekonomisk intressegruppering,

d) vara medlemmar i ett politiskt parti och utöva verksamhet av politisk art eller delta i sådan verksamhet,

- e) utöva någon som helst offentlig eller privat verksamhet, med undantag för undervisning inom högre utbildning och konstnärligt litterärt skapande,
- f) utöva någon annan yrkesverksamhet eller rådgivningsverksamhet.

2. Nämndens medlemmar är skyldiga att inge redovisningar av sina tillgångar och intresseförklaringar ...

3. Nämndens medlemmar får inte delta i ett beslut avseende ett klagomål om de befinner sig i någon av de situationer som anges nedan, vid äventyr av att det meddelade beslutet annars ogiltigförklaras:

- a) om de själva, deras make/maka eller släktingar i uppstigande eller nedstigande led har ett intresse av utgången av tvisten eller är makar till, släktingar till eller besvägrade, till och med fjärde ledet, med någon av parterna,
- b) det har förekommit ett straffrättsligt förfarande mellan medlemmen och en av parterna upp till fem år innan ärendet avgörs,
- c) om medlemmen offentligt har yttrat sig över det klagomål som nämnden prövar,
- d) om det fastställs att de från någon av parterna har erhållit materiella tillgångar eller löften om materiella tillgångar eller andra förmåner.”

18 I artikel 48 bis i lag nr 101/2016 föreskrivs följande:

”1. Fastställandet av disciplinära förseelser som nämndens medlemmar gjort sig skyldiga till ska åläggas den disciplinkommitté som ska inrättas inom ramen för nämnden.

2. Disciplinnämnden består av tre medlemmar, varav en utses av nämndens ordförande, en väljs av nämndens medlemmar med enkel majoritet och en är företrädare för den nationella myndigheten för offentliga tjänstemän.

3. På förslag av disciplinnämnden tillämpas disciplinåtgärderna av nämndens ordförande, med undantag för disciplinåtgärden avskedande från offentlig tjänst, vilken tillämpas av den person som enligt lag är behörig att tillsätta någon på tjänsten.”

Arbetsordningen för Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning, Rumänien)

19 I artikel 39.1 i arbetsordningen för Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) anges de disciplinåtgärder som kan vidtas när en tjänsteman gör sig skyldig till en disciplinär förseelse, i enlighet med bland annat Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 57/2019 privind Codul administrativ (regeringens undantagsförordning nr 57/2019 om förvaltningslagen) av den 3 juli 2019 (Monitorul Oficial al României, del I, nr 555 av den 5 juli 2019) (nedan kallad förvaltningslagen).

Förvaltningslagen

20 I artikel 492 i förvaltningslagen, med rubriken "Administrativt disciplinansvar", föreskrivs följande:

"1. Om offentliga tjänstemän genom vårdslöshet åsidosätter de skyldigheter som följer av den offentliga tjänst som de innehar, och de regler om yrkesutövning och medborgerligt uppförande som föreskrivs i lag, utgör detta en disciplinär förseelse och medför ett disciplinärt ansvar för dem.

2. Följande omständigheter utgör disciplinära förseelser:

- a) en systematisk försening vid utförandet av arbetet,
- b) upprepade försummelser vid utförandet av arbetet,
- c) oberättigad frånvaro från arbetet,
- d) underlåtenhet att iaktta arbetstiderna,
- e) interventioner i ansökningar utanför den rättsliga ramen eller insisterande på att ansökningar handläggs utanför den rättsliga ramen,
- f) underlåtenhet att iaktta tystnadsplikten eller sekretessen för uppdrag av denna natur,
- g) yttranden som skadar den offentliga myndighet eller institution där den offentliga tjänstemannen är verksam,
- h) utövande av verksamhet av politisk karaktär under arbetstid,
- i) oberättigad vägran att utföra sina arbetsuppgifter,
- j) oberättigad vägran att underkasta sig arbetsmedicinska kontroller och läkarundersökningar enligt rekommendationer från arbetsläkaren, i enlighet med bestämmelser i lag,
- k) åsidosättande av bestämmelserna om de skyldigheter och förbud som föreskrivs i lagen för statstjänstemän, förutom bestämmelserna om intressekonflikter och oförenligheter,
- l) åsidosättande av bestämmelserna om oförenligheter om den offentliga tjänstemannen inte har agerat för att få åsidosättandena att upphöra inom femton kalenderdagar räknat från den dag då oförenligheten uppkom,
- m) åsidosättande av bestämmelserna om intressekonflikter,
- n) andra omständigheter som beskrivs som disciplinära förseelser i normativa rättsakter som rör offentlig anställning och tjänstemän eller som är tillämpliga på dessa.

3. Med disciplinåtgärder avses följande:

...

f) avskedande från offentlig tjänst.

4. De disciplinära förseelser som avses i punkt 2 kan leda till följande disciplinåtgärder:

- a) någon av de disciplinåtgärder som avses i punkt 3 a eller b för de disciplinära förseelser som avses i punkt 2 a, b och d,
- b) någon av de disciplinåtgärder som avses i punkt 3 b–f för sådana disciplinära förseelser som avses i punkt 2 c,
- c) någon av de disciplinåtgärder som avses i punkt 3 c–f för de disciplinära förseelser som avses i punkt 2 e–h,
- d) någon av de disciplinåtgärder som avses i punkt 3, för de disciplinära förseelser som avses i punkt 2 i–k och m,
- e) den disciplinåtgärd som avses i punkt 3 f, på de villkor som anges i artikel 520, för de disciplinära förseelser som avses i punkt 2 l,
- f) någon av de disciplinåtgärder som avses i punkt 3 för sådana disciplinära förseelser som avses i punkt 2 n.

...

6. Vid fastställandet av disciplinåtgärden, i enlighet med bestämmelserna i punkt 4, ska hänsyn tas till orsaken till den disciplinära förseelsen och hur allvarlig den är, de omständigheter under vilka förseelsen begicks, graden av skuld och konsekvenserna av förseelsen, tjänstemannens allmänna uppträdande under sin tid i tjänsten samt förekomsten av andra disciplinåtgärder som inte raderats ur registret på de villkor som föreskrivs i denna lag.

...”

21 I artikel 568.2 i förvaltningslagen föreskrivs följande:

”Det administrativa disciplinära ansvaret ska fastställas med iakttagande av den kontradiktoriska principen och rätten till försvar och är underställt förvaltningsdomstolarnas kontroll på de villkor som föreskrivs i lag.”

Lagen om offentlig upphandling

22 I artikel 3 i Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (lag nr 98/2016 om offentlig upphandling) av den 19 maj 2016 (*Monitorul Oficial al României*, del I, nr 390 av den 23 maj 2016) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling) föreskrivs följande i punkterna w och yy:

”w) leverantör – enhet som ställer varor till en avtalsparts förfogande, inbegripet, i förekommande fall, installationstjänster och placering av dessa varor, eller som tillhandahåller tjänster till en avtalspart som inte är underleverantör,

...

yy) underleverantör – en ekonomisk aktör som inte är part i ett offentligt upphandlingskontrakt och som utför och/eller tillhandahåller delar av bygg- och anläggningsarbeten, eller som bedriver sådan verksamhet som är föremål för det offentliga upphandlingskontraktet, och som gentemot avtalsparten ansvarar för organisationen och genomförandet av alla etapper som är nödvändiga för detta syfte.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 23 Den 6 april 2021 rangordnade distriktet Timiș, i dess egenskap av upphandlande myndighet, NV Construct på fjärde plats inom ramen för ett öppet anbuds förfarande för tilldelning av ett kontrakt som avser ”utarbetande av teknisk och ekonomisk dokumentation – genomförbarhetsstudie och tekniskt projekt – avseende investeringar: för byggandet av den distriktsväg som förbinder Timișoaras internationella flygplats ’Traian Vuia’ med motorvägen A1”.
- 24 Den 16 april 2021 vände sig NV Construct till Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning), som är det hänskjutande organet, i syfte att få de tre anbudsgivare som rangordnats före NV Construct diskvalificerade, samt att det skulle göras en ny bedömning av deras anbud.
- 25 NV Construct har i huvudsak gjort gällande att dessa tre anbudsgivare inte iakttagit krav som inte fanns med i upphandlingsdokumenten, men som var nödvändiga att uppfylla på grund av speciallagar som reglerar olika verksamheter som måste utföras, eller kan komma att utföras, vid fullgörandet av kontraktet. Den upphandlande myndigheten borde således ha kontrollerat att anbudsgivarna eller deras underleverantörer var auktoriserade och godkända av Autoritatea Feroviară Română (Rumäniens järnvägsmyndighet, Rumänien). Eftersom den anbudsgivare som tilldelats kontraktet hade för avsikt att använda sig av utomstående enheters kapacitet för att fullgöra kontraktet, borde anbudsgivaren för att följa artikel 3.1 yy i lagen om offentlig upphandling med nödvändighet ha anlitat underleverantörer, med uteslutande av alla andra former av samarbete. Slutligen borde en underentreprenör ha utsetts för verksamheten ”Tjänster för upprättande av dokumentation för yttrande och godkännande av [arealuttag] av exproprierad mark och av byte av användningskategori”, även om det inte är säkert att dessa tjänster kommer att användas, eftersom det i upphandlingsdokumenten anges att denna verksamhet ska genomföras ”endast i förekommande fall”.
- 26 Den upphandlande myndigheten och den anbudsgivare som tilldelats kontraktet har gjort gällande att upphandlingsdokumenten inte innehåller någon uppgift om att det i anbudet uteslutande ska anges aktörer som godkänts av den rumänska järnvägsmyndigheten och Asociația Națională a Evaluatorilor Autorizați din România (Rumäniens nationella sammanslutning för auktoriserade bedömare). Enligt den upphandlande myndigheten är det dessutom vid tidpunkten för inlämnandet av anbudet omöjligt att veta om det kommer att vara nödvändigt att använda sig av de tjänster för utarbetande av dokumentation som ska användas för arealuttag av den exproprierade marken och för att utarbeta en jordmånsstudie. Detta är skälet till att den anbudsgivare som tilldelats kontraktet i sitt anbud har angett att denne själv och ”endast i förekommande fall” åtar sig att upprätta dessa handlingar. Den omständigheten att den anbudsgivare som tilldelats kontraktet inte från början nämnde sin avsikt att lägga ut dessa tjänster på underentreprenad medför inte heller några svårigheter, eftersom anbudsgivaren kan söka nya underleverantörer efter det att kontraktet undertecknats. Dessutom utnämndes experter från den nationella sammanslutningen för auktoriserade bedömare, vilka lämnade förklaringar om tillgänglighet.

- 27 Det hänskjutande organet har inledningsvis påpekat att värdet av det tjänstekontrakt som ska tilldelas uppskattas till 1 970 967 rumänska lei (RON) (cirka 421 553 euro), vilket innebär att värdet överstiger tröskelvärdet för tillämpning av direktiv 2014/24.
- 28 Detta organ har understrukit att de rumänska domstolarna är oeniga om huruvida en upphandlande myndighet kan utesluta en ekonomisk aktör vars anbud inte uppfyller en skyldighet som följer av den lagstiftning som är tillämplig på ett yrke, utan att ens ge denna aktör en möjlighet att korrigera sitt anbud och när denna skyldighet inte uttryckligen nämndes i upphandlingsdokumenten i fråga.
- 29 Förevarande mål ger således tillfälle att klargöra dels huruvida de specialbestämmelser som reglerar varje verksamhet som berörs av ett kontrakt, oavsett vilken betydelse dessa verksamheter har i kontraktet, ska anses komplettera upphandlingsdokumenten, dels huruvida anbudsgivarna är skyldiga att i sina anbud ange de underleverantörer till vilka de kommer att anförtro sådan verksamhet som inte har någon väsentlig betydelse för kontraktet.
- 30 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) har påpekat att det följer av bland annat dom av den 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), att en ekonomisk aktör inte kan uteslutas från förfarandet på grund av att denne inte har uppfyllt krav som inte anges i upphandlingsdokumenten.
- 31 I det nationella målet är emellertid bestämmelserna om konstruktion, modernisering, underhåll och reparation av järnvägsinfrastrukturen, vilka inte återfinns i upphandlingsdokumenten, bindande för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet först vid fullgörandet av det aktuella kontraktet. Dessutom är antalet godkända ekonomiska aktörer för vissa verksamheter på denna marknad begränsat. En skyldighet att utse dem som underleverantörer skulle följaktligen drastiskt minska konkurrensen och samtidigt öka den administrativa bördan för deltagarna i det anbuds-förfarande som är aktuellt i det nationella målet, vilket kan strida mot proportionalitetsprincipen. Det hänskjutande organet frågar sig följaktligen om det är nödvändigt att systematiskt kräva att anbudsgivarna ska ange sina eventuella underleverantörer vid den tidpunkt då anbudet lämnas, oavsett omfattningen av den verksamhet som kommer att anförtros dem inom ramen för kontraktet, vid vilken tidpunkt dessa underleverantörer kommer att delta vid utförandet av kontraktet eller sannolikheten för att de kommer att anlitas.
- 32 Enligt detta organ kan dessutom inte upphandlingsdokumenten kompletteras med vissa kriterier, vars tvingande karaktär följer av speciallagar som saknar relevans för offentlig upphandling. Att automatiskt komplettera upphandlingsdokumenten med sådana kriterier skulle innebära ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen åsidosattes och ett ifrågasättande av det utrymme för skönsmässig bedömning som den upphandlande myndigheten har enligt artikel 58.1 andra stycket i direktiv 2014/24 när det gäller att fastställa urvalskriterier.
- 33 Likaså kan de ekonomiska aktörerna i samband med eventuella överklaganden endast ifrågasätta upphandlingsdokument som de anser vara alltför restriktiva, utan att kunna gällande att de är alltför tillåtande och att de bör innehålla ytterligare kriterier som begränsar andra aktörers tillgång till förfarandet i fråga.
- 34 Dessutom kan ekonomiska aktörer med en lägre rangordning inte ifrågasätta en utvärdering av anbud som genomförts i enlighet med kraven i upphandlingsdokumenten. Tvärtom måste de visa att utvärderingen inte är förenlig med dessa dokument, vilket innebär att principen om öppenhet har åsidosatts.

- 35 Slutligen skulle det strida mot avtalsfriheten, de ekonomiska aktörernas organisationsrätt och artikel 63 i direktiv 2014/24 att kräva att användningen underleverantörer är det enda sättet att utöva en verksamhet som omfattas av ett kontrakt. Eftersom det följer av denna artikel 63 att det räcker med att ett åtagande företes för att visa att urvalskriterierna är uppfyllda, bör en förklaring om tillgänglighet var tillräcklig när det gäller verksamhet av mindre betydelse för kontraktet för vilka det inte krävs att sådana kriterier uppfylls.
- 36 Mot denna bakgrund beslutade Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:
- ”1) Ska bestämmelserna i artikel 58 i direktiv [2014/24], proportionalitetsprincipen och principen om ansvarsskyldighet tolkas så, att den upphandlande myndigheten har rätt att fastställa kriterierna för teknisk kapacitet, det vill säga bedöma om det är nödvändigt eller ej att i upphandlingsdokumenten ta med kriterier avseende teknisk kapacitet och yrkesmässiga kriterier och kriterier avseende förmåga att bedriva teknisk och yrkesmässig verksamhet som följer av bestämmelser i speciallagstiftning, när det gäller verksamhet av ringa betydelse inom ramen för kontraktet?
- 2) Utgör principerna om öppenhet och proportionalitet hinder för att upphandlingsdokumenten automatiskt kompletteras med kvalificeringskriterier som följer av den speciallagstiftning som är tillämplig på den verksamhet som är knuten till det kontrakt som ska tilldelas, vilka kriterier inte angavs i upphandlingsdokumenten och som den upphandlande myndigheten har beslutat att inte ålägga de ekonomiska aktörerna?
- 3) a) Utgör artikel 63 i [direktiv 2014/24] och proportionalitetsprincipen hinder för att från anbudsförfarandet utesluta en anbudsgivare som inte med namn har utpekat en ekonomisk aktör som underleverantör för att visa att vissa kriterier är uppfyllda vilka avser teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga att bedriva teknisk och yrkesmässig verksamhet, vilka kriterier följer av bestämmelser i speciallagstiftning men inte anges i upphandlingsdokumenten, när anbudsgivaren i fråga har valt en annan avtalsmässig form för specialisters medverkan i upphandlingen, det vill säga ett varukontrakt/avtal om tillhandahållande av tjänster, eller har lämnat in en försäkran från dessa specialister om att de är tillgängliga?
- b) Tillkommer rätten att bestämma sin organisation och avtalsförhållandena inom koncernen den ekonomiske aktören, och finns det även en möjlighet att låta vissa leverantörer delta i fullgörandet av kontraktet, när dessa leverantörer inte ingår bland de enheter som anbudsgivaren avser att åberopa för att styrka att de relevanta kriterierna är uppfyllda?”

Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning

- 37 Det ska inledningsvis prövas huruvida Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) kan kvalificeras som en ”nationell domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF.
- 38 Det hänskjutande organet anser sig ha tillerkänts denna ställning av EU-domstolen i beslut av den 17 oktober 2018, Beny Alex (C-353/18, ej publicerat, EU:C:2018:829). Domstolen konstaterar dock att den i detta beslut endast avvisade den begäran om förhandsavgörande som detta organ

hade framställt, eftersom det var uppenbart att den inte kunde tas upp till prövning, i den mening som avses i artikel 53.2 i domstolens rättegångsregler, utan att kvalificera organet som en ”nationell domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF.

- 39 Enligt fast rättspraxis ska EU-domstolen, vid bedömningen av huruvida det hänskjutande organet utgör en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF, vilket är en rent unionsrättslig fråga, beakta ett antal omständigheter, såsom huruvida organet är upprättat enligt lag, organet är av stadigvarande karaktär, dess jurisdiktion är av tvingande art, förfarandet är kontradiktoriskt, organet tillämpar rättsregler och huruvida det har en oberoende ställning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 juni 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, EU:C:1966:39, s. 395, och dom av den 21 januari 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punkt 51).
- 40 Med hänsyn till de uppgifter som Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) lämnade till domstolen den 6 juli 2022 som svar på en begäran från domstolen av den 16 maj 2022, finns det ingen anledning att betvivla att detta organ uppfyller kriterierna att organet ska vara upprättat enligt lag, att det ska vara av stadigvarande karaktär, att förfarandet ska vara kontradiktoriskt och att organet ska tillämpa rättsregler. Däremot uppkommer frågan huruvida samma organ uppfyller dels kravet på att dess jurisdiktion ska vara av tvingande art, dels kravet på en oberoende ställning.
- 41 Vad för det första gäller frågan huruvida det hänskjutande organets jurisdiktion är av tvingande art, framgår det visserligen av artikel 4.1 i lag nr 101/2016, jämförd med artikel 2.1 i samma lag, att den som anser att någon av dennes rättigheter eller berättigade intressen har påverkats negativt av en upphandlande myndighets handling eller underlåtenhet kan välja att vända sig antingen genom administrativt klagomål eller överklagande till Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning), eller väcka talan vid en domstol med en avdelning som är behörig att pröva förvaltningsrättsliga mål. Det framgår av handlingarna i målet att den rumänska lagstiftaren således, i syfte att införliva artikel 2.9 i direktiv 89/665, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66, valde att ge behörighet att avgöra denna typ av tvister till både, å ena sidan, det hänskjutande organet, och, å andra sidan, de domstolar som har en avdelning som är behörig att pröva förvaltningsrättsliga mål.
- 42 Det bör påpekas att besluten från Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning), vars behörighet inte är beroende av parternas överenskommelse, är bindande för parterna (se, analogt, dom av den 6 oktober 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, punkt 23).
- 43 Under dessa omständigheter uppfyller Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) villkoret att dess jurisdiktion ska vara av tvingande art.
- 44 Vad för det andra gäller kravet på en oberoende ställning kräver den externa aspekten av principen om de nationella domstolarnas oavhängighet att det berörda organet fullgör sina uppgifter helt självständigt, utan att vara underställd någon annan och utan att ta emot order eller instruktioner från något håll. Härvidlag är det av avgörande betydelse att det garanteras att ledamöterna i en domstol ska vara oavsättliga, så att de fall där ledamöterna får skiljas från sina tjänster ska vara särskilt reglerade genom uttryckliga lagbestämmelser som erbjuder mer omfattande garantier än dem som gäller enligt allmänna förvaltningsrättsliga och arbetsrättsliga bestämmelser vid entlediganden som utgör missbruk (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 januari 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punkterna 56–60).

- 45 Vad gäller den interna aspekten av principen om de nationella domstolarnas oavhängighet hänger den samman med begreppet opartiskhet och innebär att organet ska hålla samma avstånd i förhållande till parterna i tvisten och till parternas respektive intressen med avseende på saken i tvisten. Begreppet oavhängighet avser således framför allt att det berörda organet ska vara utomstående i förhållande till den myndighet som fattat det omtvistade beslutet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 januari 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punkterna 61 och 62).
- 46 Dessa skyddsregler för oavhängighet och opartiskhet förutsätter att det finns regler – särskilt vad gäller organets sammansättning, utnämningar, förordnandenas längd, de grunder på vilka ledamöterna får lägga ned sina röster samt jävsgrunder och grunder enligt vilka en ledamot får entledigas – som utesluter allt rimligt tvivel som enskilda skulle kunna hysa beträffande organets förmåga att inte låta sig påverkas av yttre omständigheter och dess neutralitet i förhållande till de motstående intressena (dom av den 21 januari 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punkt 63).
- 47 I förevarande fall framgår det av de uppgifter som domstolen har tillgång till att lag nr 101/2016 vid flera tillfällen understryker den externa aspekten av oavhängigheten för Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning). Det är därför som det i punkterna 1, 3 och 4 i artikel 37 i denna lag föreskrivs att denna nämnd ”är ett oberoende organ med administrativ och rättslig verksamhet”, att den ”endast [är] underställd lagen” och att den ”ska vara oberoende ... och ... inte underordnad någon offentlig myndighet eller institution”. Det framgår även av artikel 15.1 i nämnda lag att förfarandet för att avgöra tvister bland annat iakttar principen om förvaltningsmyndigheters och domstolars oberoende. I artikel 44.4 i samma lag föreskrivs i samma anda att Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) ”ska utöva sina befogenheter med beaktande av medlemmarnas oberoende och sammansättningens stabilitet”.
- 48 Vad gäller utnämning av organets medlemmar framgår det av artikel 45 i lag nr 101/2016 att dessa medlemmar väljs ut efter uttagningsprov på grundval av deras yrkesskicklighet och goda anseende bland de sökande som har en universitetsutbildning och en yrkeserfarenhet på tio år inom de områden som avses i denna artikel, samt minst tre års erfarenhet på området för offentlig upphandling. De utnämns genom beslut av premiärministern, på förslag av ordföranden för nämnda organ, för de sökande som godkänts för att delta uttagningsprovet.
- 49 Det framgår vidare av artikel 48 bis i lag nr 101/2016 att de disciplinära förseelser som begåtts av det hänskjutande organets medlemmar endast kan fastställas av en disciplinkommitté som upprättats inom organet. På förslag av denna disciplinkommitté tillämpas disciplinåtgärderna av organets ordförande, med förbehåll för avskedande från offentlig tjänst, som endast kan beslutas av den myndighet som utnämner organets medlemmar, det vill säga den rumänska premiärministern.
- 50 Dessutom föreskrivs i artikel 39.1 i arbetsordningen för Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) en proportionerlig skala över påföljder i enlighet med artikel 492.6 i förvaltningslagen.
- 51 Slutligen kan rättssäkerheten säkerställas genom att det i artikel 39 hänvisas till förvaltningslagen för att fastställa i vilka fall en medlem av Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) riskerar att entledigas från offentlig tjänst.

- 52 Denna påföljd kan således bland annat utdömas mot en medlem av Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) som inte kan motivera sin frånvaro från arbetet eller som inte har följt bestämmelserna om tystnadsplikt eller intressekonflikter. Sådana situationer som avses i artikel 492.2 i förvaltningslagen, jämförd med punkt 4 i denna artikel, utgör undantagsfall som ger uttryck för berättigade och tvingande skäl för att besluta om en sådan påföljd, med iakttagande av proportionalitetsprincipen och lämpliga förfaranden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 januari 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punkterna 59, 60 och 67). Medlemmarna i Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) åtnjuter således, under mandatperioden, en garanti om sammansättningens stabilitet från vilken undantag endast kan göras av skäl som uttryckligen räknas upp i lag (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 januari 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punkt 70).
- 53 Det ska emellertid preciseras att principen om sammansättningens stabilitet, som medlemmarna i Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) omfattas av enligt artikel 44.4 i lag nr 101/2016, ska tolkas i enlighet med kravet på oberoende ställning, såsom det definieras i punkt 44 ovan – ett krav som varje nationellt organ ska uppfylla för att kunna kvalificeras som en ”nationell domstol” i den mening som avses i artikel 267 FEUF – för att denna princip ska överensstämma med principen om oavsättlighet.
- 54 I det svar som omnämns i punkt 40 ovan har Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) understrukit att dess medlemmar är underkastade regler om oförenlighet och förbud motsvarande dem som gäller för domare och att medlemmarna endast entledigas om det föreligger en allvarlig disciplinär förseelse. För det fall att en av dessa medlemmar påförs en sådan påföljd har vederbörande dessutom rätt att överklaga beslutet till förvaltningsdomstol enligt artikel 568.2 i förvaltningslagen.
- 55 Det hänskjutande organet har dessutom uppgett att i praktiken har inte någon av dess medlemmar entledigats sedan organet bildades år 2006.
- 56 När det gäller den interna aspekten av principen om de nationella domstolarnas oavhängighet i den mening som avses i artikel 267 FEUF, förefaller den säkerställas genom artikel 47 i lag nr 101/2016, som syftar till att undvika situationer som kan ge upphov till intressekonflikter. Således ska medlemmarna i Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) inte bedriva affärsverksamhet, vara ledamöter i en ekonomisk aktörs beslutande organ, vara engagerade i politisk verksamhet eller utöva offentlig eller privat verksamhet, med undantag för undervisning inom högre utbildning. Dessa oförenligheter är för övrigt desamma som de som gäller för domare enligt rumänsk rätt. Medlemmarna i Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) omfattas av bestämmelserna om jävsinvändningar i artikel 47.3 i lag nr 101/2016, enligt vilka medlemmarna inte får delta i ett beslut avseende ett klagomål, vid äventyr av att det meddelade beslutet annars ogiltigförklaras, om de befinner sig i någon av de situationer som räknas upp i denna bestämmelse.
- 57 Det framgår dessutom av artikel 15.1 i nämnda lag att förfarandet för att lösa tvister vid det hänskjutande organet bland annat följer principerna om kontradiktoriskt förfarande, skydd för rätten till försvar och opartiskhet.

- 58 Mot bakgrund av det ovan anförda konstaterar domstolen att Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) kan anses utgöra en "nationell domstol" i den mening som avses i artikel 267 FEUF och att förevarande begäran om förhandsavgörande följaktligen kan tas upp till sakprövning.

Prövning av tolkningsfrågorna

Fråga 1

- 59 Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 1 för att få klarhet i huruvida artikel 58 i direktiv 2014/24, jämförd med principerna om proportionalitet och öppenhet, vilka garanteras i artikel 18.1 första stycket i samma direktiv, ska tolkas så, att den upphandlande myndigheten har möjlighet att som urvalskriterier föreskriva skyldigheter enligt särskilda bestämmelser som är tillämpliga på verksamhet som kan behöva genomföras inom ramen för fullgörandet av ett offentligt kontrakt och som inte har någon väsentlig betydelse.
- 60 Upphandlande myndigheter, vilka är de som har bäst förutsättningar att bedöma sina egna behov, har av unionslagstiftaren getts ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställandet av urvalskriterier, vilket bland annat framgår av den återkommande användningen av verbet "få" i artikel 58 i direktiv 2014/24. De har således enligt punkt 1 i denna artikel ett visst bedömningsutrymme vid fastställandet av de villkor för deltagande i ett upphandlingsförfarande som de anser har samband med kontraktets föremål och står i proportion till detta samt är lämpliga för att se till att anbudssökande eller anbudsgivare har den rättsliga och finansiella förmåga samt den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Enligt punkt 4 i nämnda artikel får den upphandlande myndigheten närmare bestämt fritt bedöma de villkor för deltagande som den anser är ägnade att bland annat säkerställa att kontraktet fullgörs enligt en kvalitetsstandard som den anser vara lämplig (dom av den 31 mars 2022, Smetna palata na Republika Bulgaria, C-195/21, EU:C:2022:239, punkt 50).
- 61 Vid utövandet av detta stora utrymme för skönsmässig bedömning får den upphandlande myndigheten besluta att bland de urvalskriterier som anges i ett meddelande om upphandling eller ett förfrågningsunderlag inkludera skyldigheter som följer av specialbestämmelser som är tillämpliga på verksamheter som kan behöva genomföras inom ramen för fullgörandet av ett offentligt kontrakt och som inte har någon väsentlig betydelse.
- 62 Omvänt kan den upphandlande myndigheten lika gärna använda detta stora utrymme för skönsmässig bedömning för att anse att dessa skyldigheter inte ska ingå bland urvalskriterierna. Ett sådant val kan bland annat förklaras av att nämnda skyldigheter inte har någon väsentlig betydelse eller att de verksamheter som skyldigheterna i fråga är tillämpliga på endast kan komma att genomföras under vissa förhållanden. Den upphandlande myndigheten kan också föredra att nämna samma skyldigheter i villkoren för fullgörande av kontraktet så att endast den anbudsgivare som tilldelas kontraktet måste uppfylla dem (se, analogt, dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punkterna 88 och 89).
- 63 Direktiv 2014/24 utesluter nämligen inte att tekniska krav kan betraktas både som urvalskriterier som avser teknisk och yrkesmässig kapacitet och som tekniska specifikationer och/eller villkor för fullgörande av kontraktet, i den mening som avses i artikel 58.4, artikel 42 respektive artikel 70 i

direktivet (dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 84). Omvänt kan en upphandlande myndighet besluta att kraven endast ska anses ingå i en av dessa kategorier.

- 64 Härvidlag följer det av artikel 70 i direktiv 2014/24 att en upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet ska fullgöras, under förutsättning att de är kopplade till kontraktets föremålet i den mening som avses i artikel 67.3 i nämnda direktiv och anges i anbudsinfördran eller upphandlingsdokumenten.
- 65 Ett krav på att anbudsgivarna ska uppfylla samtliga villkor för kontraktets fullgörande redan när anbudet lämnas in är dessutom ett alltför långtgående krav som därmed riskerar att avskräcka dessa aktörer från att delta i upphandlingsförfaranden och därigenom åsidosätta de principer om proportionalitet och öppenhet som uppställs i artikel 18.1 i nämnda direktiv (dom av den 8 juli 2021, Sanresa, C-295/20, EU:C:2021:556, punkt 62).
- 66 Mot bakgrund av ovanstående ska fråga 1 besvaras enligt följande. Artikel 58 i direktiv 2014/24, jämförd med principerna om proportionalitet och öppenhet, vilka garanteras i artikel 18.1 första stycket i samma direktiv, ska tolkas så, att den upphandlande myndigheten har möjlighet att som urvalskriterium föreskriva skyldigheter enligt särskilda bestämmelser som är tillämpliga på verksamhet som kan behöva genomföras inom ramen för fullgörandet av ett offentligt kontrakt och som inte har någon väsentlig betydelse.

Fråga 2

- 67 Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 2 för att få klarhet i huruvida principerna om proportionalitet och öppenhet, vilka garanteras i artikel 18.1 första stycket i direktiv 2014/24, ska tolkas så, att de utgör hinder för att upphandlingsdokumenten automatiskt kompletteras med de kvalificeringskriterier som följer av specialbestämmelser som är tillämpliga på verksamhet som har samband med det kontrakt som ska tilldelas, när den upphandlande myndigheten inte har avsett att ålägga de berörda ekonomiska aktörerna dessa kriterier.
- 68 Såsom framgår av svaret på den första frågan kan de skyldigheter som följer av specialbestämmelser som är tillämpliga på verksamhet i samband med en offentlig upphandling inte automatiskt läggas till de kriterier som uttryckligen nämns i upphandlingsdokumenten, eftersom den upphandlande myndigheten annars skulle förlora sitt stora utrymme för skönsmässig bedömning när den fastställer vilka urvalskriterier som ska tillämpas på de ekonomiska aktörerna som villkor för deltagande i ett upphandlingsförfarande.
- 69 Den andra frågan ska således besvaras enligt följande. Principerna om proportionalitet och öppenhet som garanteras i artikel 18.1 första stycket i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att de utgör hinder för att upphandlingsdokumenten automatiskt kompletteras med kvalificeringskriterier som följer av specialbestämmelser som är tillämpliga på verksamhet som har samband med det kontrakt som ska tilldelas, när den upphandlande myndigheten inte har avsett att ålägga de berörda ekonomiska aktörerna dessa kriterier.

Fråga 3 a

- 70 Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 3 a för att få klarhet i huruvida artikel 63.1 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att den utgör hinder för att en anbudsgivare utesluts från ett upphandlingsförfarande på grund av att vederbörande inte har angett den underentreprenör som anbudsgivaren avser att anförtro fullgörandet av skyldigheter som följer av särskilda bestämmelser som är tillämpliga på verksamhet som har samband med det aktuella kontraktet och som inte anges i upphandlingsdokumenten, när anbudsgivaren i sitt anbud har preciserat att denne kommer att fullgöra dessa skyldigheter genom att använda en annan enhets kapacitet utan att dock vara bunden till den senare genom ett underleverantörsavtal.
- 71 Det framgår av punkt 62 ovan att om de skyldigheter som följer av specialbestämmelser som är tillämpliga på verksamhet som har samband med det aktuella kontraktet och som inte angetts som urvalskriterium i upphandlingsdokumenten skulle kvalificeras som villkor för fullgörande av kontraktet och om den anbudsgivare som tilldelats kontraktet inte uppfyllde dessa krav vid den tidpunkt då kontraktet tilldelades, skulle åsidosättandet av villkoret inte påverka frågan huruvida tilldelningen av kontraktet var förenlig med bestämmelserna i direktiv 2014/24 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 89).
- 72 För det fall de skyldigheter som följer av specialbestämmelser som är tillämpliga på de verksamheter som är knutna till det aktuella kontraktet och som inte anges i upphandlingsdokumenten faktiskt utgör urvalskriterier i den mening som avses i artikel 58 i direktiv 2014/24, är det tillräckligt att erinra om att artikel 63.1 i direktivet ger varje ekonomisk aktör rätt att i ett visst kontrakt utnyttja andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan den ekonomiska aktören och dessa enheter, i syfte att uppfylla de olika kategorier av urvalskriterier som räknas upp i artikel 58.1 i nämnda direktiv och som anges i punkterna 2–4 i samma artikel (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punkterna 29 och 33, och dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 150).
- 73 Det framgår dessutom klart av den sista meningen i artikel 63.1 i direktiv 2014/24 att om en ekonomisk aktör önskar utnyttja andra enheters kapacitet, räcker det att denna aktör visar för den upphandlande myndigheten att aktören kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna, till exempel genom att lägga fram ett åtagande från enheterna i fråga rörande detta.
- 74 Det är följaktligen uppenbart att underentreprenörer endast utgör ett av de sätt på vilka en ekonomisk aktör kan använda sig av andra enheters kapacitet och att den upphandlande myndigheten således inte kan ålägga en aktör att använda underentreprenörer.
- 75 Mot bakgrund av det ovan anförda ska fråga 3 a besvaras enligt följande. Artikel 63.1 i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att den utgör hinder för att en anbudsgivare utesluts från ett upphandlingsförfarande på grund av att vederbörande inte har angett den underentreprenör som anbudsgivaren avser att anförtro fullgörandet av skyldigheter som följer av särskilda bestämmelser som är tillämpliga på verksamhet som har samband med det aktuella kontraktet och som inte anges i upphandlingsdokumenten, när anbudsgivaren i sitt anbud har preciserat att denne kommer att fullgöra dessa skyldigheter genom att använda en annan enhets kapacitet utan att dock vara bunden till den senare genom ett underleverantörsavtal.

Fråga 3 b

- 76 Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 3 b för att få klarhet i huruvida artikel 63.1 i direktiv 2014/24, jämförd med proportionalitetsprincipen i artikel 18.1 första stycket i samma direktiv, ska tolkas så, att en ekonomisk aktör har rätt att upprätta sin organisation och avtalsförhållanden inom koncernen och om denne även kan låta tjänsteleverantörer eller varuleverantörer delta inom ramen för ett kontrakt om den berörda leverantören inte ingår bland de enheter vars kapacitet anbudsgivaren avser att förlita sig på för att visa att de relevanta kriterierna uppfylls.
- 77 EU-domstolen erinrar härvidlag om att det förvisso framgår av dess fasta praxis att nationella domstolars frågor om tolkningen av unionsrätten presumeras vara relevanta. Dessa frågor ställs mot bakgrund av den beskrivning av omständigheterna i målet och tillämplig lagstiftning som den nationella domstolen på eget ansvar har lämnat och vars riktighet det inte ankommer på EU-domstolen att pröva (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 september 1999, Beck och Bergdorf, C-355/97, EU:C:1999:391, punkt 22, och dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny, C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkt 43).
- 78 Det framgår dock även av fast rättspraxis att det förfarande som har införts genom artikel 267 FEUF utgör 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. En begäran om förhandsavgörande är inte till för att möjliggöra rådgivande yttranden i allmänna eller hypotetiska frågor, utan för att tillgodose behov knutna till det faktiska avgörandet av ett mål (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 december 1981, Beck och Bergdorf, 244/80, EU:C:1981:302, punkt 18, och dom av den 26 mars 2020, Miasto Łowicz och Prokurator Generalny, C-558/18 och C-563/18, EU:C:2020:234, punkt 44).
- 79 Mot denna bakgrund och med hänsyn till att det är beslutet om hänskjutande som utgör grund för förfarandet vid EU-domstolen, måste den nationella domstolen, i själva beslutet om hänskjutande, klargöra den faktiska och rättsliga bakgrunden till det nationella målet. Detta krav ska särskilt iakttas på områden som kännetecknas av komplicerade rättsliga och faktiska omständigheter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 januari 1993, Telemarsicabruzzo m.fl., C-320/90–C-322/90, EU:C:1993:26, punkterna 6 och 7, och beslut av den 25 april 2018, Secretaria Regional de Saúde dos Açores, C-102/17, EU:C:2018:294, punkterna 28 och 29).
- 80 I förevarande fall kan det konstateras att beslutet om hänskjutande inte innehåller en beskrivning av de faktiska och rättsliga omständigheterna i det nationella målet som är tillräcklig för att domstolen ska kunna ge ett användbart svar på fråga 3 b.
- 81 Följaktligen kan fråga 3 b inte tas upp till sakprövning.

Rättegångskostnader

- 82 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

- 1) **Artikel 58 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, jämförd med principerna om proportionalitet och öppenhet vilka garanteras i artikel 18.1 första stycket i samma direktiv,**

ska tolkas så,

att den upphandlande myndigheten har möjlighet att som urvalskriterium föreskriva skyldigheter enligt särskilda bestämmelser som är tillämpliga på verksamhet som kan behöva genomföras inom ramen för fullgörandet av ett offentligt kontrakt och som inte har någon väsentlig betydelse.

- 2) **Principerna om proportionalitet och öppenhet som garanteras i artikel 18.1 första stycket i direktiv 2014/24**

ska tolkas så,

att de utgör hinder för att upphandlingsdokumenten automatiskt kompletteras med kvalificeringskriterier som följer av specialbestämmelser som är tillämpliga på verksamhet som har samband med det kontrakt som ska tilldelas, när den upphandlande myndigheten inte har avsett att ålägga de berörda ekonomiska aktörerna dessa kriterier.

- 3) **Artikel 63.1 i direktiv 2014/24.**

ska tolkas så,

att den utgör hinder för att en anbudsgivare utesluts från ett upphandlingsförfarande på grund av att vederbörande inte har angett den underentreprenör som anbudsgivaren avser att anförtro fullgörandet av skyldigheter som följer av särskilda bestämmelser som är tillämpliga på verksamhet som har samband med det aktuella kontraktet och som inte anges i upphandlingsdokumenten, när anbudsgivaren i sitt anbud har preciserat att denne kommer att fullgöra dessa skyldigheter genom att använda en annan enhets kapacitet utan att dock vara bunden till den senare genom ett underleverantörsavtal.

Underskrifter