



## Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tionde avdelningen)

den 10 oktober 2013\*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Principen om likabehandling — Selektivt förfarande — Meddelande om upphandling — Begäran om att det sista offentliggjorda årsbokslutet ska bifogas ansökningshandlingarna — Detta årsbokslut saknas i vissa anbudssökandes ansökningshandlingar — Möjlighet för den upphandlande myndigheten att begära att dessa anbudssökande ska tillhandahålla detta bokslut efter det att den frist som fastställts för att inkomma med ansökningshandlingarna har löpt ut”

I mål C-336/12,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Østre Landsret (Danmark) genom beslut av den 4 juli 2012, som inkom till domstolen den 16 juli 2012, i målet

**Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser**

mot

**Manova A/S,**

meddelar

DOMSTOLEN (tionde avdelningen)

sammansatt av E. Juhász, tillförordnad ordförande på tionde avdelningen, samt domarna A. Rosas och D. Šváby (referent),

generaladvokat: Y. Bot,

justitiesekreterare: handläggaren M. Aleksejev,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 6 juni 2013,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Manova A/S, genom J. Munk Plum, advokat,
- Danmarks regering, genom V. Pasternak Jørgensen, i egenskap av ombud, biträdd av R. Holdgaard, advokat,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av S. Fiorentino, avvocato dello Stato,

\* Rättegångsspråk: danska.

- Nederländernas regering, genom B. Koopman och C. Wissels, båda i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom U. Nielsen och A. Tokár, båda 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 principen om likabehandling.
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser (ministeriet för forskning, innovation och högre utbildning) och Manova A/S (nedan kallat Manova) rörande lagenligheten hos en offentlig upphandling som organiserats av Undervisningsministeriet (utbildningsministeriet, nedan kallat ministeriet).

### Tillämpliga bestämmelser

#### *Unionsrätt*

- 3 I skäl 2 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, s. 114) anges följande:

”Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i [EG-]fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen.”
- 4 I artikel 2 i direktivet, som avser principer för tilldelning av kontrakt, föreskrivs följande:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”
- 5 Enligt artikel 21 i direktivet omfattas offentlig upphandling avseende tjänster förtecknade i bilaga II B till direktivet endast av artikel 23 om tekniska specifikationer och artikel 35.4 om resultatet av upphandlingsförfarandet i samma direktiv. Kategori 24 i ovannämnda bilaga avser tjänster rörande undervisning och yrkesutbildning.
- 6 Enligt artikel 51 i direktiv 2004/18 ”[får]den upphandlande myndigheten ... anmoda de ekonomiska aktörerna att komplettera eller förtydliga inlämnade certifikat och handlingar med tillämpning av artiklarna 45–50”.

### *Dansk rätt*

- 7 Direktiv 2004/18 införlivades i dansk rätt genom förordning nr 937 av den 16 september 2004 (nedan kallad förordning nr 937/2004), vilken gällde vid den tidpunkt då det upphandlingsförfarande som avses i det nationella målet genomfördes. Enligt 1 § första stycket i förordning nr 937/2004 ska den upphandlande myndigheten följa bestämmelserna i detta direktiv, vars text bifogas förordningen som bilaga.
- 8 Avsnitt II i lag om inhämtande av anbud avseende vissa offentliga och offentligt finansierade kontrakt (lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentlig støttede kontrakter), vilken offentliggjordes genom förordning nr 1410 av den 7 december 2007, innehåller bestämmelser om offentlig upphandling av varor och tjänster. Enligt 15a § punkt 1 i lagen ska ovannämnda avsnitt tillämpas för upphandling av offentliga tjänster som omfattas av bilaga II B till direktiv 2004/18 och vars värde överstiger 500 000 DKK, såsom upphandlingen i det nationella målet.
- 9 Enligt 15d § första stycket i lagen ska den upphandlande myndigheten vid planering och genomförande av upphandlingsförfarandet säkerställa att ”urvalet av anbudsgivare sker på grundval av objektiva, sakliga och icke-diskriminerande kriterier och att det inte sker någon särbehandling mellan anbudsgivarna.”

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

- 10 Ministeriet publicerade den 12 september 2008 ett meddelande om upphandling och lämnade därmed en anbudsinfordran avseende drift av sju studie- och yrkesvägledningscenter från den 1 augusti 2009. Kontraktsvärdet översteg det tröskelvärde som stadgas i artikel 7 i direktiv 2004/18.
- 11 Tjänsterna, som huvudsakligen bestod av vägledning till utbildningssökande vid val av högre utbildning och yrke, omfattas av avsnitt 24 i bilaga II B till direktiv 2004/18.
- 12 Eftersom ministeriet bedömde att den upphandling som avses i det nationella målet avsåg komplexa tjänster, som skulle nödvändiggöra förhandlingar med anbudsgivarna, inleddes den med ett urvalsförfarande.
- 13 Punkten ”Kriterier för kvalitativt urval” i meddelandet om upphandling innehöll följande bestämmelse:

”Anbudsgivare som önskar att få sin ansökan prövad ska som grund för en bedömning av deras tekniska och ekonomiska kapacitet lämna följande upplysningar och uppfylla nedan angivna minimikrav

[...]

  - 2) Ingivande av senaste årsbokslut, förutsatt att anbudsgivaren är skyldig att upprätta bokslut.
  - 3) Referensförteckning [...]
  - 4) Upplysningar om anbudsgivarens utbildningsmässiga och tekniska kvalifikationer [...]

Om [ministeriet] mottar fler än tre ansökningar för vart och ett av de sju områdena, som samtliga uppfyller ovanstående villkor, kommer urvalet av sökande som inbjuds att lämna anbud och delta i det förhandlade förfarandet att ske genom urval av de sökande som kan dokumentera den bästa och mest relevanta erfarenheten i förhållande till de tjänster som upphandlingen avser. Referenser (3) väger således tyngre än upplysningar om yrkesmässiga och tekniska kvalifikationer (4).”

- 14 Vid utgången av fristen för att ansöka om att delta i upphandlingen, det vill säga den 14 oktober 2008, hade ansökningar om att få delta i urvalsförfarandet kommit in från 10 företag eller institutioner, bland annat från Syddansk Universitet (Syddanmarks universitet, nedan kallat SDU), Københavns Universitet (Köpenhamns universitet, nedan kallat KU) och Manova.
- 15 Ansökningshandlingarna från SDU och KU innehöll inte deras respektive årsbokslut. KU hänvisade härvidlag till sin webbplats.
- 16 Den 29 oktober 2008 begärde ministeriet per e-post att de två universiteten skulle tillhandahålla sina årsbokslut, vilket KU gjorde samma dag och SDU dagen efter.
- 17 Den 4 november 2008, valdes nio sökande ut att lämna anbud, inbegripet Manova, SDU och KU. Tre sökande uppmanades att lämna anbud för samtliga studie- och yrkesvägledningscenter. Avseende två av dessa center konkurrerade således Manova med antingen SDU eller KU.
- 18 När utvärderingen av anbuden rörande dessa två studie- och yrkesvägledningscenter var klar den 1 maj 2009 bedömde ministeriet att anbuden från KU respektive SDU var ekonomiskt fördelaktigare än anbuden från Manova, som var den enda övriga anbudssökande som hade lämnat ett konkurrerande anbud för dessa center. Ministeriet tilldelade därför de två universiteten kontrakten avseende centren, vilka fortfarande gäller.
- 19 Manova överklagade beslutet att tilldela de två universiteten kontrakten till Klagenævnet for Udbud (överklagandenämnden för offentlig upphandling). Nämnden fastslog i beslut av den 10 mars 2010 att ministeriet hade åsidosatt principen om likabehandling genom att inte avslå de ansökningar om att få delta i upphandlingen som ingetts av SDU och KU med motiveringen att de inte hade tillhandahållit sina årsbokslut vid samma tidpunkt som när de ansökte om att få delta i urvalsförfarandet och nämnden ogiltigförklarade därför nämnda kontrakt.
- 20 Ministeriet överklagade detta beslut den 29 april 2010. Målet hänvisades till Østre Landsret (regional överrätt i Östdanmark).
- 21 Østre Landsret har påpekat att det följer av praxis från Klagenævnet for Udbud att artikel 51 i direktiv 2004/18, och, generellt, principen om likabehandling, utgör hinder för att en upphandlande myndighet uppmanar en anbudssökande eller en anbudsgivare att tillhandahålla upplysningar, vilka utgjorde en förutsättning för att få delta i upphandlingen och där underlåtelse att inkomma med dessa skulle innebära uteslutning från förfarandet, men som sistnämnda hade underlåtit att tillhandahålla.
- 22 Østre Landsret har även erinrat om att förordning nr 712 av den 15 juni 2011, som ersatte förordning nr 937/2004 med verkan från den 1 juli 2011, innehåller en 12§, vilken i princip möjliggör för den upphandlande myndigheten – med beaktande av principen om likabehandling – att välja att inte avslå ansökningar eller anbud som inte uppfyller de formella krav som framgår av upphandlingsdokumenten, exempelvis på grund av bristande upplysningar.
- 23 Østre Landsret anser att frågan hur en upphandlande myndighet har rätt att agera när handlingar som den benämner ”historiska” inte har bifogats anbudssökandens ansökan om att få delta i ett upphandlingsförfarande och räckvidden av principen om likabehandling i en sådan situation lämnar utrymme för tvivel.

- 24 Mot denna bakgrund beslutade Østre Landsret att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen:

”Innebär den unionsrättsliga principen om likabehandling att en upphandlande myndighet, efter det att fristen för att ansöka om att få delta i upphandlingen har löpt ut, inte får begära in en upplysning, som anges i meddelandet om ett urvalsförfarande, om en anbudssökandes senaste årsbokslut när den berörda sökanden inte har bifogat ett sådant bokslut till sin ansökan om att få delta i upphandlingen?”

### Prövning av tolkningsfrågan

- 25 Østre Landsret har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida principen om likabehandling ska tolkas så, att den utgör hinder för att en upphandlande myndighet efter det att fristen för att ansöka om att få delta i ett upphandlingsförfarande löpt ut begär att en anbudssökande ska inkomma med handlingar som beskriver denna sökandes situation, såsom offentliggjorda årsbokslut, vilka skulle inges enligt meddelandet om upphandling, men som den berörda sökanden inte hade bifogat ansökningshandlingarna.
- 26 Domstolen erinrar inledningsvis om att även om, enligt artikel 21 i direktiv 2004/18, offentlig upphandling av tjänster förtecknade i bilaga II B till detta direktiv endast omfattas av artiklarna 23 och 35.4 i detta ska fördragets grundläggande regler och unionsrättens allmänna principer tillämpas på sådana upphandlingar, när de har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Domstolen har nämligen funnit att det system som har inrättats av unionslagslagstiftaren för offentlig upphandling av tjänster i denna bilaga inte kan tolkas på så sätt att det utgör hinder för att tillämpa de principer som följer av artiklarna 43 EG och 49 EG, nu artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF (se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 18 november 2010 i mål C-226/09, kommissionen mot Irland, REU 2010, s. I-11807, punkterna 29 och 31).
- 27 Det framgår av de yttranden som har avgetts till domstolen att så, enligt den upphandlande myndighetens egen uppfattning, är fallet i det nationella målet, eftersom det i meddelandet om offentlig upphandling bland annat angavs att sökandena skulle lova på tro och heder att de hade uppfyllt sina skyldigheter avseende betalning av bidrag till system för social säkerhet och betalat skatt inte bara i Danmark utan i förekommande fall även i den medlemsstat där de är etablerade. Det ankommer emellertid på den nationella domstolen att göra de nödvändiga bedömningarna i detta avseende.
- 28 Bland huvudmålsättningarna med de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling ingår målet att säkerställa fri rörlighet för tjänster och att säkerställa att konkurrensen på marknaden för sådana tjänster inte snedvrids i någon medlemsstat. För att främja detta dubbla syfte tillämpar unionsrätten bland annat principen om likabehandling av anbudsgivare eller sökande och den skyldighet att agera öppet som följer av denna princip.
- 29 Tillämpningen av principen om likabehandling i förfaranden för offentlig upphandling utgör således inte ett mål i sig utan ska bedömas mot bakgrund av de målsättningar som eftersträvas med nämnda princip.
- 30 Enligt fast rättspraxis kräver den principen att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se dom av den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom, REG 2005, s. I-1559, punkt 27 och där angiven rättspraxis).
- 31 Principen om likabehandling och skyldigheten att förfara på ett öppet sätt utgör 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 av en anbudsgivare, vars anbud den anser är oklart eller inte uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 mars 2012 i mål C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl., punkterna 36 och 37).

- 32 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 (domen i det ovannämnda målet SAG ELV Slovensko m.fl., punkt 40).
- 33 Domstolen har i ovannämnda dom angett vissa krav som är förbundna med möjligheten att skriftligen begära av anbudsgivarna att de ska förtydliga sina anbud.
- 34 En begäran om förtydligande av ett anbud får göras först sedan den upphandlande myndigheten tagit del av samtliga anbud och ska i princip på motsvarande sätt skickas till samtliga anbudsgivare som befinner sig i samma situation (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet SAG ELV Slovensko m.fl., punkterna 42 och 43).
- 35 Begäran ska vidare omfatta samtliga punkter i anbudet som behöver förtydligas (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet SAG ELV Slovensko m.fl., punkt 44).
- 36 Denna begäran får dessutom inte leda till att den berörda anbudsgivaren i själva verket inger ett nytt anbud (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet SAG ELV Slovensko m.fl., punkt 40).
- 37 Slutligen ankommer det allmänt på den upphandlande myndigheten, när den utövar sitt utrymme för skönsmässig bedömning för att begära att sökandena ska förtydliga sina anbud, att behandla sökandena på ett likartat och lojalt sätt, så att det inte kan framstå som om begäran om förtydligande, efter förfarandet för urval av anbuderna och med hänsyn till dess utgång, på ett otillbörligt sätt gynnade eller missgynnade den eller de anbudssökande som var föremål för begäran (domen i det ovannämnda målet SAG ELV Slovensko m.fl., punkt 41).
- 38 Denna slutsats om anbud som getts in av anbudsgivare kan överföras till handlingar som anbudssökande har gett in under urvalsfasen i ett selektivt förfarande.
- 39 Den upphandlande myndigheten kan således begära att de upplysningar som framgår av sådana handlingar rättas eller kompletteras i enskilda delar, såvida denna begäran avser omständigheter eller upplysningar, såsom offentliggjorda årsbokslut, som det objektivt går att kontrollera att de förelåg före den tidpunkt då fristen för att lämna in ansökningshandlingarna för att få delta i upphandlingen löpte ut.
- 40 Det ska emellertid preciseras att så inte skulle vara fallet om det av upphandlingsdokumenten framgick att om en handling eller upplysning saknades skulle detta innebära att sökanden uteslöts från upphandlingen. Det ankommer således på den upphandlande myndigheten att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, REG 2004, s. I-3801, punkt 115).
- 41 Det förefaller i detta mål som om de villkor som anges i punkterna 39 och 40 i denna dom har iakttagits. Det ankommer emellertid på den nationella domstolen att göra de nödvändiga bedömningarna i detta avseende.

- 42 Mot bakgrund av vad som anförts ovan ska frågan besvaras som följer. Principen om likabehandling ska tolkas så, att den inte utgör hinder för att en upphandlande myndighet efter det att fristen för att ansöka om att få delta i en offentlig upphandling har löpt ut, begär att en anbudssökande ska inkomma med handlingar som beskriver denna sökandes situation, såsom ett offentliggjort årsbokslut, vars förekomst före utgången av fristen för ansökan om att få delta i ett upphandlingsförfarande objektivt kan kontrolleras, såvida det inte i upphandlingsdokumenten uttryckligen krävdes att dessa upplysningar skulle ha getts in vid äventyr att anbudssökanden annars skulle uteslutas från upphandlingsförfarandet. En sådan begäran får inte otillbörligt gynna eller missgynna den eller de anbudssökande som var föremål för begäran.

### **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 (tionde avdelningen) följande:

**Principen om likabehandling ska tolkas så, att den inte utgör hinder för att en upphandlande myndighet efter det att fristen för att ansöka om att få delta i en offentlig upphandling har löpt ut, begär att en anbudssökande ska inkomma med handlingar som beskriver denna sökandes situation, såsom ett offentliggjort årsbokslut, vars förekomst före utgången av fristen för ansökan om att få delta i ett upphandlingsförfarande objektivt kan kontrolleras, såvida det inte i upphandlingsdokumenten uttryckligen krävdes att dessa upplysningar skulle ha getts in vid äventyr att anbudssökanden annars skulle uteslutas från upphandlingsförfarandet. En sådan begäran får inte otillbörligt gynna eller missgynna den eller de anbudssökande som var föremål för begäran.**

Underskrifter