Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
föredraget den 3 mars 2016[1]

Mål C-46/15

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA
mot
AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal

(begäran om förhandsavgörande från Tribunal Central Administrativo Sul (Centrala förvaltningsrätten Syd, Portugal))

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Artikel 48.2 a ii — Direkt effekt — Förfaranden vid offentlig upphandling — Ekonomiska aktörer — Teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet — Bevis”

I – **Inledning**

1. Denna begäran om förhandsavgörande avser en tvist mellan Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA (nedan kallat Ambisig) och AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (nedan kallad AICP).

2. Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster[2].

3. Denna bestämmelse avser teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet hos de aktörer som berörs av den aktuella upphandlingen. Tribunal Central Administrativo Sul (Centrala förvaltningsrätten Syd, Portugal) har, genom sina tolkningsfrågor, dels önskat får klarhet i huruvida den har direkt effekt, dels hur dess bevisregler ska tolkas.

II – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Unionsrätten*

4. I avdelning II i direktiv 2004/18 anges bestämmelser om offentliga kontrakt. Kvalitativa urvalskriterier utvecklas i avsnitt 2 i kapitel VII, vilket bland annat omfattar artiklarna 45 och 48.

1 — Originalspråk: franska.
2 — EUT L 134, s. 114.

5. I artikel 45.2 g i direktiv 2004/18 föreskrivs att en ekonomisk aktör får uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt om han ”i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt detta avsnitt eller har underlåtit att lämna sådan information”.

6. Artikel 48 i direktiv 2004/18, som har rubriken ”Teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet” har följande lydelse:

”1. En ekonomisk aktörs tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet ska bedömas och kontrolleras i enlighet med punkterna 2 och 3.

2. Bevis på en ekonomisk aktörs tekniska kapacitet får lämnas i en eller flera av följande former beroende på de aktuella byggentreprenadernas, varornas eller tjänsternas art, kvantitet eller betydelse och ändamål:

…

ii) En förteckning över de viktigaste leveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren, med angivande av värde, tidpunkt och privata eller offentliga mottagare. Bevis ska lämnas på varuleveranserna och de utförda tjänsterna

— i form av intyg som ska vara utfärdade eller attesterade av den behöriga myndigheten om det gäller köp av en upphandlande myndighet,

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

…”

B – *Portugisisk rätt*

1. Lagen om offentlig upphandling

7. Direktiv 2004/18 införlivades med portugisisk rätt genom lagen om offentlig upphandling (Código dos Contratos Públicos), godkänd genom lagdekret nr 18/2008, av den 29 januari 2008, i ändrad lydelse ompublicerad i bilaga till lagdekret nr 278/2009, av den 2 oktober 2009 (*Diário da República*, serie 1, nr 192, av den 2 oktober 2009) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling).

8. Artikel 165 i lagen om offentlig upphandling har följande lydelse:

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

a) anbudsgivarnas yrkeserfarenhet,

b) de tillgångar avseende personal, teknologi, utrustning eller annat, som anbudsgivarna använder,

c) anbudsgivarnas organisatoriska modell och kapacitet, särskilt beträffande ledning och integration av specialkompetens, datasystem och system för kvalitetskontroll,

d) anbudsgivarnas kapacitet att vidta miljöförvaltningsåtgärder inom ramen för genomförandet av det kontrakt som ska slutas,

e) upplysningar i l'Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P:s databas, beträffande entreprenörer när det gäller ett förfarande vid offentlig upphandling av byggentreprenad eller koncession för offentlig byggentreprenad.

…

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

2. Meddelandet om upphandling

9. I artikel 12 i meddelandet om upphandling föreskrivs följande:

"Anbudsgivarna måste för att bli utvalda uppvisa följande handlingar:

…

c) En förklaring från kunden, på papper försett med företagets logotyp och stämpel, som styrker att anbudsgivaren har genomfört miljö- och/eller kvalitetssystemet [som krävs enligt artikel 8 i meddelandet om upphandling], i enlighet med förklaringsmodellen i bilaga VIII till detta meddelande om upphandling. Förklaringen ska vara undertecknad och bestyrkt av notarius publicus, advokat eller av annat behörigt organ, varvid den undertecknandes ställning ska preciseras.

…

f) En förklaring från kunden, på papper försett med företagets logotyp och stämpel, som styrker att anbudsgivaren har genomfört system för förvaltning, utveckling och inrättandet av en plattform för tekniskt nätverkssamarbete, en mjukvara för förvaltning och samordningsåtgärder [som krävs enligt artikel 8 i meddelandet om upphandling] och som preciserar det aktuella beloppet, i enlighet med förklaringsmodellen i bilaga IX i detta meddelande om upphandling. Förklaringen ska vara undertecknad och bestyrkt av notarius publicus, advokat eller annat behörigt organ, varvid den undertecknandes ställning ska preciseras. …"

III – **Bakgrund till tvisten i det nationella målet**

10. Enligt beslutet om hänskjutande beslutade AICP att den 23 april 2013 inleda ett selektivt anbudsförfarande med ett föregående urval av deltagare avseende ett offentligt kontrakt för tillhandahållande av tjänster beträffande inrättande av system för förvaltning av miljö, kvalitet och en teknisk plattform.

11. Enligt artikel 8.1 a–c i meddelandet om upphandling skulle anbudsgivarna uppfylla flera kumulativa villkor avseende sin tekniska kapacitet.

12. I artikel 12.1 c och f i samma meddelande om upphandling föreskrevs att anbudsgivarna, för att bli utvalda, skulle styrka dessa villkor genom kundförklaringar på papper försett med företagets logotyp och stämpel. Dessa skulle även vara undertecknade och bestyrkta av notarius publicus, advokat eller annat behörigt organ, varvid den undertecknandes ställning skulle preciseras.

13. Inom ramen för denna anbudsinfordran godkände AICP, den 30 augusti 2013, den slutliga urvalsrapport som juryn sammanställt. Enligt denna rapport valdes bolaget Índice ICT & Management Lda och de båda övriga anbuden uteslöts, däribland Ambisigs anbud.

14. Av skäl som inte har angetts i beslutet om hänskjutande, ogiltigförklarades detta beslut, den 14 november 2013, genom en dom av Tribunal Central Administrativo Sul (Centrala förvaltningsrätten Syd). Den förpliktade vidare AICP att, inom 20 dagar, anta ett nytt beslut avseende valet av förfarande och utfärda ett nytt meddelande om upphandling, utan de konstaterade olagligheterna, samt att vidta alla härvid kopplade åtgärder.

15. I enlighet med den domen beslutade AICP, den 10 december 2013, att inleda ett nytt selektivt upphandlingsförfarande med ett föregående urval av deltagare avseende ett offentligt kontrakt för tillhandahållande av tjänster beträffande inrättande av system för förvaltning av miljö, kvalitet och en teknisk plattform i 13 företag.

16. Efter detta nya urvalsförfarande beslutade AICP att, den 27 mars 2014, godkänna den slutliga urvalsrapport som upprättats av den jury som valde anbudsgivaren ”Índice ICT & Management Lda” och uteslöt Ambisigs anbud.

17. Ambisig väckte talan mot detta beslut vid Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (förvaltnings- och skattedomstol i Leiria, Portugal) som ogiltigförklarade det den 11 juni 2014. Ambisig bestred emellertid avgörandet vid den kollegiala sammanslutningen vid nämnda domstol och gjorde gällande att den i detta beslut felaktigt hade underkänt den grund för talan som avsåg bland annat att artikel 12.1 c och f i meddelandet om upphandling var oförenlig med de beviskrav som anges i artikel 48 i direktiv 2004/28 och med de principer om konkurrens, opartiskhet och proportionalitet som följer av lagen om offentlig upphandling.

18. Genom dom av den 6 augusti 2014 ogillade Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (förvaltnings- och skattedomstol i Leiria) Ambisigs klagomål och fastställde således sitt avgörande av den 11 juni 2014. Ambisig beslutade att överklaga detta avgörande till Tribunal Central Administrativo Sul (Centrala förvaltningsrätten Syd).

19. Det är inom ramen för den talan som förevarande begäran om förhandsavgörande har framställts. Tribunal Central Administrativo Sul (Centrala förvaltningsrätten Syd) har uttryckt viss tveksamhet beträffande räckvidden av de beviskrav som anges i artikel 48 i direktiv 2004/18 och huruvida kraven i meddelandet om upphandling är förenliga med denna artikel.

IV – **Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen**

20. Genom beslut av den 29 januari 2015, som inkom till domstolen den 5 februari 2015, har Tribunal Central Administrativo Sul (Centrala förvaltningsrätten Syd) således beslutat att vilandeförklara målet och till domstolen ställa följande tolkningsfrågor:

”1. Medför den omständigheten att portugisisk lagstiftning inte reglerar den fråga som behandlas i artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i … direktiv 2004/18 … att nämnda bestämmelse är direkt tillämplig i den nationella rättsordningen så att enskilda har rätt att åberopa den gentemot upphandlande enheter?

2. Ska artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 tolkas så, att den utgör hinder för en tillämpning av bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet och som inte gör det möjligt för en ekonomisk aktör att lämna bevis på de utförda tjänsterna genom en undertecknad försäkran från aktören själv, utom om det har styrkts att det är omöjligt eller mycket svårt att erhålla ett intyg från en privat köpare?

3. Ska artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 tolkas så, att den utgör hinder för en tillämpning av bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet och som, vid äventyr av uteslutning, kräver att en namnunderskrift på en försäkran av en privat köpare ska vara bestyrkt av notarius publicus, advokat eller annat behörigt organ?”

21. Skriftliga yttranden har inkommit från Ambisig, den portugisiska regeringen och Europeiska kommissionen. Den portugisiska regeringen och kommissionen yttrade sig även vid förhandlingen den 28 januari 2016.

V – **Bedömning**

A – *Den första tolkningsfrågan*

22. Den hänskjutande domstolen har, genom den första tolkningsfrågan, önskat få klarhet i huruvida artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att den, när den inte har införlivats med nationell rätt, kan ge enskilda rättigheter som de kan åberopa gentemot upphandlande enheter inom ramen för tvister som prövas av nationella domstolar. Det ska således fastställas huruvida denna bestämmelse har direkt effekt.

1. Huruvida artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 har direkt effekt

23. Villkoren och begränsningarna för att tillerkänna ett direktivs bestämmelser direkt effekt är kända. Enligt domstolens fasta rättspraxis har enskilda, i alla de fall då bestämmelserna i ett direktiv med avseende på innehållet framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa, rätt att åberopa dem inför den nationella domstolen gentemot staten dels då direktivet inte har införlivats med den nationella rätten inom tidsfristen, dels då det inte har införlivats på ett korrekt sätt.[3]

24. En unionsrättslig bestämmelse är ovillkorlig när den medför en skyldighet som inte är förenad med något villkor eller när den, för att kunna verkställas eller medföra verkningar, inte är beroende av att vare sig unionsinstitutionerna eller medlemsstaterna antar någon rättsakt.[4]

25. Artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 uppfyller enligt min uppfattning de ovannämnda villkoren avseende ovillkorlighet och precision. Denna bestämmelse kräver nämligen ingen ytterligare åtgärd för att tillämpas eftersom den dels föreskriver att bevis på en ekonomisk aktörs tekniska kapacitet får lämnas i form av en förteckning över de viktigaste leveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren, med angivande av värde, tidpunkt och privata eller offentliga mottagare, dels preciserar att bevis för tjänsten, om det gäller privata köp, ska lämnas i form av intyg från köparen eller, om detta inte är möjligt, enbart genom en försäkran från den ekonomiska aktören.

3 — Se, för ett liknande resonemang, bland flera domar, dom Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punkt 18 och där angiven rättspraxis).

4 — Se, för ett liknande resonemang, dom Almos Agrárkülkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328, punkt 32) och dom Larentia + Minerva och Marenave Schiffahrt (C-108/14 och C-109/14, EU:C:2015:496, punkt 49).

26. Domstolen har dessutom tidigare slagit fast att artikel 26 i Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts [5] kan åberopas av enskilda vid de nationella domstolarna, ”eftersom ingen särskild genomförandeåtgärd krävs för iakttagandet av [de] krav [som anges i denna]”. [6] Även om denna artikel i direktiv 71/305 enbart avsåg upphandling av byggentreprenader och inte upphandling av tjänster, kan reglerna om bevis av teknisk kapacitet i denna bestämmelse, beträffande ovillkorlighet och precision likställas med dem som föreskrivs i artikel 48 i direktiv 2004/18.

27. Det ska slutligen påpekas att domstolen även allmänt har funnit att bestämmelserna i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster [7] kan åberopas av en enskild vid en nationell domstol ”om det efter en enskild prövning av bestämmelsernas ordalydelse framgår att dessa är ovillkorliga och tillräckligt klara och precisa”. [8] Bland dessa bestämmelser fanns emellertid artikel 32, i vilken det redan, i dess punkt 2, föreskrevs att tjänsteleverantörens tekniska kapacitet kunde berättigas genom ”[e]n förteckning över de viktigaste tjänster som levererats under de tre föregående åren med uppgift om belopp, datum och privata eller offentliga mottagare [och att] i de fall det [gällde] privata köpare [skulle] köparen bekräfta leveransen eller, om detta inte [var] möjligt, tjänsteleverantören intyga att leveransen ägt rum”.

28. Det kan emellertid konstateras att artikel 48.2 i direktiv 2004/18 återger denna bestämmelse i nästan identiska termer. Denna sistnämnda bestämmelse är således enligt min uppfattning ovillkorlig och tillräckligt precis för att kunna åberopas av enskilda i nationella domstolar.

2. Behovet av att kvalificera den upphandlade enheten som ”stat”

29. För att Ambisig ska kunna åberopa artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18, ankommer det på den hänskjutande domstolen att försäkra sig om att den aktuella upphandlande enheten inte är en ”enskild”.

30. Enligt fast rättspraxis kan nämligen inte ett direktiv i sig medföra skyldigheter för en enskild. Det kan således inte som sådant åberopas gentemot enskilda vid en nationell domstol. [9]

31. Ett direktivs bestämmelser med direkt effekt kan således endast åberopas mot en stat, men det har ingen betydelse i vilken egenskap denna stat agerar. [10]

32. Det följer av fast rättspraxis att ”ett organ – oberoende av sin rättsliga form – som av staten har getts ansvaret att erbjuda en offentlig tjänst under dess överinseende, och som för detta ändamål har särskilda befogenheter som går utöver de befogenheter som följer av normala regler, som är tillämpliga på relationerna mellan enskilda, förekommer bland de organ mot vilka det är möjligt att åberopa bestämmelserna i ett direktiv som kan ha direkt effekt”. [11]

33. Det följer av namnet på den aktuella upphandlande enheten i det nationella målet att det rör sig om en sammanslutning av helt privata företag som inte tillhandahåller någon allmännyttig tjänst och som, under alla omständigheter, inte har några särskilda befogenheter för att genomföra sina uppdrag.

5 — EGT L 185, s. 5. Svensk översättning finns ej.

6 — Dom Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, punkt 43).

7 — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139.

8 — Dom Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432, punkt 47).

9 — Se, för ett liknande resonemang, dom Marshall (152/84, EU:C:1986:84, punkt 48), dom Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, punkt 20), och dom Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punkt 22).

10 — Se, för ett liknande resonemang, dom Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punkt 23).

11 — Dom Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punkt 24 och där angiven rättspraxis).

34. Som svar på de frågor som domstolen ställde vid förhandlingen den 28 januari 2016, bekräftade representanten för den portugisiska regeringen att AICP var en privaträttslig sammanslutning, som inte tillhandahöll och som inte hade i uppdrag att tillhandahålla allmännyttiga tjänster. Enligt dess förklaringar är det endast det förhållandet att AICP:s verksamhet till största delen finansieras av offentligrättsliga organ som medför att lagstiftningen om offentlig upphandling ska tillämpas. [12]

35. Det ankommer emellertid på Tribunal Central Administrativo Sul (Centrala förvaltningsrätten Syd) att kontrollera huruvida AICP vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet var ett organ som ålagts att under ett offentligt organs tillsyn tillhandahålla en allmännyttig tjänst, och om denna företagssammanslutning därför faktiskt hade sådana särskilda befogenheter. [13]

36. Om detta inte är fallet, kan artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 inte göras gällande mot denna sammanslutning. I detta fall är den hänskjutande domstolen emellertid skyldig att tillämpa principen om en enhetlig tolkning och i möjligaste mån tolka varje relevant bestämmelse i den nationella rätten mot bakgrund av ordalydelsen och syftet i direktiv 2004/18 så att det resultat som avses i direktivet uppnås och, därmed, följa artikel 288 tredje stycket FEUF. [14]

B – *Den andra tolkningsfrågan*

37. Genom den andra tolkningsfrågan har den hänskjutande domstolen önskat få klarhet i huruvida artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 utgör hinder för en tillämpning av bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet och som inte gör det möjligt för en ekonomisk aktör att bevisa sin tekniska kapacitet genom en försäkran undertecknad av aktören själv, utom om det har styrkts att det är omöjligt eller mycket svårt att erhålla en försäkran från en privat köpare.

38. Den hänskjutande domstolen har således bett domstolen att klargöra den eventuella hierarkin mellan de bevismedel som är tillåtna enligt artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18.

39. I artikel 48.2 a ii i direktiv 2004/18 föreskrivs att bevis på en ekonomisk aktörs tekniska kapacitet får lämnas i form av en förteckning över de viktigaste leveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren. Om det gäller privata köp föreskrivs i andra strecksatsen i denna bestämmelse två bevismedel för att styrka de utförda åtgärderna (leveranser eller tjänster). Dessa kan styrkas antingen ”i form av intyg från köparen eller, *om detta inte är möjligt*, enbart genom en försäkran från den ekonomiska aktören”. [15]

40. Vid tolkningen av en unionsbestämmelse ska enligt domstolens fasta praxis inte bara dess lydelse beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som den ingår i. [16]

12 — I enlighet med artikel 1.9 i direktiv 2004/18.

13 — Se, för ett liknande resonemang, dom Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, punkt 31).

14 — Se, för ett liknande resonemang, dom Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punkt 24 och där angiven rättspraxis). Domstolen bekräftade uttryckligen hierarkin mellan de tillämpliga lösningarna i en tvist mellan enskilda i målet som ledde till domen Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200) genom att slå fast att ”[o]m den nationella rätten inte kan tolkas på ett sätt som är förenligt med [det aktuella] direktiv[et] – vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva – kan [den relevanta artikeln] i direktivet inte åberopas i en tvist mellan enskilda, … för att säkerställa att [den rättighet som den föreskriver] ges full verkan och för att nationella bestämmelser som strider däremot ska sättas åt sidan. I en sådan situation kan den part som lidit skada till följd av att nationell rätt inte är förenlig med unionsrätten i övrigt åberopa den rättspraxis [avseende medlemsstaternas utomobligatoriska ansvar för åsidosättande av unionsrätten] som bygger på domen Francovich m.fl. (C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428) för att i förekommande fall erhålla ersättning för den lidna skadan (se dom Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, punkt 43)” (punkt 48). Med andra ord, om den nationella domstolen, i en tvist mellan enskilda, inte kan tolka den nationella rätten i enlighet med det tillämpliga direktivet, kan den inte tillämpa detta direktiv, men kan inte heller underlåta att tillämpa de nationella bestämmelser som strider mot direktivet. I detta fall är den enda lösning som erbjuds den enskilda som påverkas negativt att göra gällande medlemsstatens ansvar för åsidosättande av unionsrätten.

15 — Min kursivering.

16 — Se, bland annat, dom Yaesu Europe (C-433/08, EU:C:2009:750, punkt 24), dom Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, punkt 13), dom Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862, punkt 34), och dom Lanigan (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, punkt 35).

41. Som generaladvokaten Trstenjak angav i punkt 37 i sitt förslag till avgörande Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99), är emellertid ”ordalydelsen i en bestämmelse enligt gängse tolkningsprinciper alltid … *utgångspunkten* och sätter samtidigt gränser för varje tolkning”.[17] Jag instämmer vidare med den precision som generaladvokaten Léger har gett enligt vilken andra tolkningar är den som är kopplad till lydelsen inte behövs när den aktuella texten är helt klar och otvetydig: ”I detta fall är nämligen de [union]srättsliga bestämmelserna i sig själva fullt tillräckliga.”[18]

42. I förevarande mål kan det konstateras att artikel 48.1 a ii i direktiv 2004/18 är helt klar och otvetydig och detta i alla språkversionerna.

43. Uttrycket ”à défaut” (om detta inte är möjligt) som använts i den franska språkversionen av denna bestämmelse betyder ”en l’absence de”[19] (i avsaknad av), ”à la place de” (i stället för) eller ”faute de quelque chose”[20] (i brist på annat). Det kan således inte tolkas på något annat sätt än som en hierarki av resonemang. Konkret är det bevismedel som följer begreppet ”à défaut” (om detta inte är möjligt) – det vill säga försäkran från den ekonomiska aktören – nödvändigtvis underordnat i förhållande till det som föregår begreppet, det vill säga intyg från köparen.

44. Vissa språkversioner är ännu tydligare i det avseendet att de inte bara anger ett begrepp motsvarande ”à défaut” utan uttryckligen endast tillåter en försäkran från den ekonomiska aktören om ovannämnda intyg från köparen saknas.[21]

45. Vidare skulle begreppet ”om detta inte är möjligt” inte ha någon betydelse om den ekonomiska aktören kunde välja fritt bland de bevismedel som tillåts i artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18. Det skulle nämligen alltid vara lättare för den ekonomiska aktören att själv upprätta en försäkran än att be tredjepart att lämna en sådan försäkran.

46. En försäkran av den ekonomiska aktören utgör således ett underordnat bevismedel, när det inte har varit möjligt att erhålla ett intyg från köparen. I detta fall ankommer det på den ekonomiska aktören att styrka att det inte har varit möjligt för denna att erhålla nämnda intyg.

47. Eftersom det i artikel 45.2 g i direktiv 2004/18 föreskrivs att en ekonomisk aktör får uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt ”om han i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt detta avsnitt eller har underlåtit att lämna sådan information”, ska den upphandlande enheten kunna kontrollera huruvida dessa upplysningar eller skälen till varför de saknas är sanningsenliga.

17 — Min kursivering.

18 — Generaladvokaten Légers förslag till avgörande i målet Schulte (C-350/03, EU:C:2004:568, punkt 88). Se även, *e contrario*, dom Tecom Mican och Arias Domínguez (C-223/14, EU:C:2015:744, punkt 35).

19 — Enligt definition i ordboken *Le Petit Robert*, 2014.

20 — Enligt definitioner i ordboken *Larousse.fr*.

21 — Se, bland annat, den spanska språkversionen i vilken artikel 48.2 a ii i direktiv 2004/18 har följande lydelse: ”cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, *a falta de este certificado* [om sådan försäkran saknas], simplemente mediante una declaración del operador económico” (min kursivering). I den italienska versionen anges också ”in mancaza di tale attestazione”. Slutligen avser unionslagstiftaren, enligt den tyska språkversionen, en situation där ”falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist”. Den grekiska språkversionen är ännu tydligare i den mån den hänför till en ”omöjlighet” att lägga fram ett intyg från köparen: ”εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, *εάν τούτο δεν είναι δυνατόν* [om detta är omöjligt], με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα” (min kursivering).

48. Denna möjlighet till kontroll för den upphandlande enheten är i än högre grad viktig, då domstolen redan har slagit fast att det, enligt likabehandlingsprincipen och den skyldighet till öppenhet som följer av denna och som åligger de upphandlande myndigheterna enligt artikel 2 i direktiv 2004/18, ankommer på dem att ”strängt följa de kriterier som [de själva] har fastställt, på så sätt att myndighete[rna] är skyldig[a] att från upphandlingsförfarandet utesluta en ekonomisk aktör som har underlåtit att tillhandahålla handlingar eller uppgifter som en aktör enligt kontraktshandlingarna måste inge med risk för att annars uteslutas”. [22]

49. Som kommissionen har understrukit i sitt skriftliga yttrande ska detta ytterligare krav emellertid vara förenligt med proportionalitetsprincipen.

50. Detta innebär att användningen av en försäkran av den ekonomiska aktören inte kan vara begränsad till fall då det är absolut omöjligt att erhålla ett intyg från köparen (som vid en konkurs exempelvis). Ett hinder för att erhålla sådan försäkran, såsom en köpares omotiverade vägran eller en begäran av denna om ekonomisk ersättning, skulle kunna räcka. Vidare ska bevis för denna omöjlighet bedömas konkret. Således kan det i händelse av en konkurs krävas att en officiell handling lämnas in, medan enbart en skriftväxling eller avsaknad av svar (som kan styrkas genom en eller flera påminnelser exempelvis) kan räcka för att styrka köparens ovilja.

51. Sammanfattningsvis anser jag att artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 inte utgör hinder för tillämpningen av bestämmelser som den upphandlande enheten har fastställt och som inte gör det möjligt för en ekonomisk aktör att lämna bevis på sin tekniska kapacitet genom en försäkran undertecknad av aktören själv, utom om det styrks att det är omöjligt eller mycket svårt att erhålla en försäkran från en privat köpare.

C – *Den tredje tolkningsfrågan*

52. Genom den tredje tolkningsfrågan har den hänskjutande domstolen önskat få klarhet i huruvida artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 utgör hinder för tillämpningen av bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet och som, vid äventyr av uteslutning, kräver att en namnunderskrift på ett intyg av en privat köpare ska vara bestyrkt av notarius publicus, advokat eller annat behörigt organ.

53. Den hänskjutande domstolens tveksamhet beror på formuleringen av artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 i dess portugisiska språkversion. I denna nämns nämligen en ”declaração *reconhecida* do adquirente”, [23] det vill säga en ”godkänd” eller ”bestyrkt” försäkran. I de övriga språkversionerna förekommer emellertid inget sådant adjektiv i lydelsen av artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i nämnda direktiv.

54. Enligt EU-domstolens fasta praxis kan den formulering som använts i en av språkversionerna av en unionsrättslig bestämmelse inte ensam ligga till grund för tolkningen av denna bestämmelse eller ges företräde i förhållande till övriga språkversioner. Unionsbestämmelserna ska nämligen tolkas och tillämpas på ett enhetligt sätt mot bakgrund av de olika versionerna på samtliga unionsspråken. I händelse av skillnader mellan de olika språkversionerna av en unionsbestämmelse, ska bestämmelsen i fråga tolkas mot bakgrund av den allmänna systematiken i och syftet med de föreskrifter i vilka den ingår. [24]

22 — Dom Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 42). Se även punkt 43 i denna dom för en hänvisning till likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet, samt artikel 2 i direktiv 2004/18.

23 — Min kursivering.

24 — Se, för ett liknande resonemang, dom Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, punkt 35 och där angiven rättspraxis).

55. Denna likvärdighetsprincip eller princip om språklig jämlikhet sträcker sig emellertid inte till att hindra domstolen från att utesluta en språkversion av en text som motsäger den allmänna betydelse som de övriga språkversionerna delar, genom att grunda sig på en kontextuell och/eller teleologisk tolkning av denna text. [25]

56. I förevarande mål gör den allmänna betydelsen av det begrepp som använts i de övriga språkversionerna det sannolikt inte i sig möjligt att ge ett slutgiltigt svar på denna tolkningsfråga. Det sammanhang i vilket artikel 48 i direktiv 2004/18 ingår och dess utveckling, samt en teleologisk tolkning av detta leder mig att anta den tolkningen att artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 inte kräver att en namnunderskrift på ett intyg av en privat köpare ska vara styrkt av notarius publicus, advokat eller annat behörigt organ.

1. Lydelsen i artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18

57. En jämförelse av olika språkversioner av artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 visar att adjektivet ”reconhecida” (”godkänd” eller ”bestyrkt”) endast förekommer i den portugisiska språkversionen och att det även är den enda språkversion i vilken detta begrepp används avseende de båda föreskrivna bevismedlen.

58. I de övriga språkversionerna används nämligen ordet ”försäkran” endast i det andra hypotetiska fallet (försäkran från den ekonomiska aktören) medan det första fallet avser ett ”intyg” på varuleveranserna och de utförda tjänsterna från köparen. Således används bland annat i den spanska, den tyska, den engelska och den franska språkversionen begreppen ”certificado” och ”declaración”, ”Bescheinigung” och ”Erklärung”, ”certification” och ”declaration” samt ”certification” och ”déclaration”. [26]

59. Användningen av olika ord för vart och ett av de båda hypotetiska fall som avses i artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 kan vara ett uttryck för unionslagstiftarens vilja att särskilja den bevisbörda som är kopplad till dessa. Åtskillnaden mellan begreppen ”intyg” och ”försäkran” skulle i så fall antyda ett större krav på formaliteter i det första fallet. Denna tolkning bekräftas av bestämmelsens lydelse i den portugisiska språkversionen i vilken begreppet ”försäkran” används i båda fallen men med tillägg av adjektivet ”godkänd” eller ”bestyrkt” endast i det första av dessa.

60. Jag kan emellertid inte helt bortse från den omständigheten att artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 tillåter bevis på de tjänster som den ekonomiska aktören har gjort gällande genom ett intyg *från köparen*, utan att det hänförs till någon som helst offentlig handling eller något ingripande av tredjepart. Eftersom en sådan precisering saknas, ska den allmänna betydelsen av ordet ”intyg” inte anses vara något annat än den omständigheten att något försäkras skriftligen. [27]

61. Det kan således konstateras att en bokstavstolkning av den aktuella bestämmelsen inte i sig gör det möjligt att ge den en tolkning med erforderlig säkerhet.

25 — Se, för ett liknande resonemang, Lenaerts K. och Guttiérrez-Fons J.A., «To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice», *Columbia Journal of European Law*, 2014, 20th Anniversary Issue, s. 3–61, särskilt s. 14 och de författare som anges i fotnot 78.

26 — Det ska påpekas att i den slovakiska språkversionen används begreppen ”potvrdením”, vilket kan översättas med ”bekräftelse” snarare än ”intyg”, och ”vyhlásením”.

27 — Enligt ordboken *Le Petit Robert*, 2014, är intyg i första hand ett juridiskt begrepp som avser ”skriftlig försäkring”. På spanska är, enligt Internet-ordboken från Real Academia Española, begreppet ”certificado” att hänföra till begreppet ”certificación”, vilket kan definieras som en handling i vilken sanningsenligheten av en omständighet försäkras.

2. Systematisk tolkning av artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18

62. För det första följer det av domstolens fasta praxis att i artikel 48 i direktiv 2004/18 inrättas ett slutet system som begränsar de upphandlande enheternas metoder för bedömning och kontroll, och därmed *deras möjligheter att uppställa krav*. [28]

63. Domstolen preciserade vidare att även inom ramen för ett öppet system (som det som föreskrivs i artikel 47.4 i direktiv 2004/18 när det gäller anbudsgivarnas ekonomiska och finansiella ställning) var de upphandlande enheternas frihet inte obegränsad och att de uppgifter som de valt ”objektivt sett skulle kunna ge upplysningar om denna ställning … utan att därför gå utöver vad som rimligen är nödvändigt för att uppnå detta syfte”. [29]

64. Detta är i än högre grad fallet beträffande de krav som föreskrivs i det slutna bevissystemet i artikel 48 i direktiv 2004/18. Att föreskriva en godkänd underskrift av en privat köpare som bekräftar leveransen eller tillhandahållandet av en tjänst går enligt min uppfattning utöver vad som är nödvändigt för att bevisa den berörda aktörens tekniska kapacitet och är överdrivet formalistiskt i förhållande till en enkel försäkran från den ekonomiska aktören, det underordnade bevismedel som tillåts enligt artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18.

65. Om den upphandlande enheten ställer sig tveksam till den handling som lämnats in till den kan den även, enligt min uppfattning, begära ytterligare upplysningar som kan bevisa att det intyg som lämnats in är autentiskt. Inom ramen för den kontextuella bedömningen ska det nämligen inte förglömmas att artikel 45.2 g i direktiv 2004/18 tillåter att en ekonomisk aktör utesluts från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt om han ”i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras”.

66. Vidare talar även utvecklingen av den tillämpliga lagstiftningen för en icke-formalistisk tolkning av det intyg som krävs.

67. Den bärande tanken med artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 fanns redan i direktiv 92/50 men i en litet annan formulering. Enligt artikel 32.2 b andra strecksatsen i direktiv 92/50 skulle ”*köparen* bekräfta” den tjänsteleverans som den ekonomiska aktören åberopat som bevis för sin tekniska kapacitet. [30]

68. Visserligen återkommer tanken om ”*certification*” (intyg) i verbet ”*certifier*” (bekräfta), men avsaknaden av ingripande av en institutionell tredjepart framkom däremot tydligare, eftersom tyngden tydligt lades på en åtgärd från köparens sida, då denne skulle bekräfta tjänsteleveransen.

69. Det kan även konstateras att den portugisiska versionen av direktiv 92/50 redan använde begreppet ”declaração” för de båda hypotetiska bevismedlen men utan tillägg av något adjektiv i det första fallet.

70. Lydelsen i artikel 32.2 i direktiv 92/50 hade emellertid inte ursprungligen genomgått någon förändring i det förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (KOM(2000) 275 slutlig) [31] som ledde fram till artikel 48.2 i direktiv 2004/18.

28 — Se, för ett liknande resonemang, dom Édukövízig och Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, punkt 28).

29 — Dom Édukövízig och Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, punkt 29).

30 — Min kursivering.

31 — EGT C 29 E, 2001, s. 11. Se artikel 49.3 i nämnda förslag till direktiv.

71. Det var först efter det att Europaparlamentets ändringar avseende, dels de ekonomiska aktörernas deltagande i grupp, dels frågor kopplade till miljön och människors hälsa samt säkerhet för arbetstagare, som artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 upprättades i dess aktuella lydelse. [32]

72. Således kan inte ändringen av lydelsen i den omtvistade bestämmelsen göras gällande, eftersom de överväganden som lett till denna var oberoende av lagstiftarens vilja att öka den formalism som är kopplad till ett intyg från köparen på den ekonomiska aktörens tjänsteleveranser.

73. Tvärtom går Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18 [33] till och med längre i riktning mot en förminskad bevisformalism genom att varje hänvisning till intyg från köparen har tagits bort.

74. Numera föreskrivs i artikel 60.4 i detta direktiv – som ersätter artikel 48.2 i direktiv 2004/18 – endast att ”[b]evis på en ekonomisk aktörs tekniska kapacitet får lämnas i en eller flera av de former som anges i del II i bilaga XII, beroende på de aktuella byggentreprenadernas, varornas eller tjänsternas art, kvantitet eller betydelse och ändamål”.

75. Enligt denna bilaga XII del II a ii i direktiv 2014/24 ska bevis på ekonomiska aktörers tekniska kapacitet bestå av ”[e]n förteckning över de viktigaste leveranser eller tjänster som utförts under högst de tre senaste åren, med angivande av värde, tidpunkt och privata eller offentliga mottagare. Om det är nödvändigt för att garantera en tillfredsställande konkurrensnivå kan de upphandlande myndigheterna ange att bevis på relevanta leveranser eller tjänster som utfördes mer än tre år tidigare kommer att beaktas”. Kravet på att nämnda förteckning ska åtföljas av ett intyg från köparen har således försvunnit.

76. Även om direktiv 2014/24 inte är tillämpligt i det aktuella målet, är detta nya direktiv, genom vilket direktiv 2004/18 upphävs, till hjälp i den mån det ger uttryck för unionslagstiftarens aktuella vilja. Detta kan således hjälpa oss att ge en liknande tidigare bestämmelse en aktualiserad betydelse, dock under förutsättning att den inte tolkas *contra legem*.

77. I förevarande fall anser jag att direktiv 92/50 och direktiv 2014/24, utan att gå emot lydelsen i den tillämpliga bestämmelsen, bekräftar unionslagstiftarens vilja att avseende bevis på den ekonomiska aktörens tekniska kapacitet inte föreskriva någon särskild formalitet.

78. Med andra ord kräver artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18, placerad i dess sammanhang och i ett historiskt perspektiv, ingenting annat än en försäkran eller en bekräftelse, från köparen, om att den tjänsteleverans som den ekonomiska aktören har gjort gällande i syfte att erhålla kontraktet överensstämmer med verkligheten.

3. Teleologisk tolkning av artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18

79. En sådan tolkning är slutligen även förenlig med syftet med direktiv 2004/18, nämligen att underlätta den fria rörligheten för varor, etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster samt, mer allmänt, att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. [34]

32 — Se ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (KOM(2002) 236 slutlig), EGT C 203 E, 2002, s. 210, särskilt s. 223 och 224.

33 — EUT L 94, s. 65.

34 — Se skäl 2 i direktiv 2004/18.

80. Att underställa godkännandet av ett intyg från köparen ett krav på att det ska vara bestyrkt av notarius publicus, advokat eller annat behörigt organ kan emellertid enligt min uppfattning strida mot detta syfte.

81. Ett sådant villkor skulle nämligen kunna avskräcka vissa potentiella anbudsgivare som, inför den praktiska svårigheten (på grund av tidsfrister som fastställts i meddelandet om upphandling exempelvis) att uppfylla detta ytterligare villkor, skulle avstå från att lämna in ett anbud.

4. Slutsats avseende den tredje tolkningsfrågan

82. Sammanfattningsvis anser jag att den kontextuella och den teleologiska tolkningen av artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 bekräftar den allmänna betydelsen av begreppet ”intyg” som anges i denna och att det inte ska dras någon särskild slutsats av tillägget av ordet ”reconhecida” i den portugisiska språkversionen.

83. Det sammanhang i vilket artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 ingår och dess utveckling, samt den teleologiska tolkningen av den leder fram till ett fastställande av tolkningen att ordet ”intyg” eller begreppet ”intygad försäkran” som används i den portugisiska versionen inte kräver någon särskild formalitet.

84. Följaktligen anser jag att artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 utgör hinder för tillämpningen av bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet och som, vid äventyr av uteslutning, kräver att namnunderskrift på ett intyg av en privat köpare ska vara bestyrkt av notarius publicus, advokat eller annat behörigt organ.

VI – **Förslag till avgörande**

85. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara tolkningsfrågorna från Tribunal Central Administrativo Sul (Centrala förvaltningsrätten Syd) på följande sätt:

1) Artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster ska tolkas så, att den, om den inte har införlivats med den nationella rätten, kan ge enskilda rättigheter som de kan göra gällande gentemot upphandlande enheter inom ramen för förfaranden som har inletts vid de nationella domstolarna, under förutsättning av den aktuella upphandlande enheten omfattas av begreppet stat i den mening som avses i domstolens rättspraxis.

2) Artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 utgör inte hinder för en tillämpning av bestämmelser som fastställts av en upphandlande enhet och som gör det möjligt för en ekonomisk aktör att lämna bevis på de utförda tjänsterna enbart genom en undertecknad försäkran från aktören själv endast om det har styrkts att det är omöjligt eller mycket svårt att erhålla ett intyg från en privat köpare.

3) Artikel 48.2 a ii andra strecksatsen i direktiv 2004/18 utgör hinder för en tillämpning av bestämmelser som fastställts av den upphandlande enheten och som, vid äventyr av uteslutning, kräver att en namnunderskrift på ett intyg av en privat köpare ska vara bestyrkt av notarius publicus, advokat eller annat behörigt organ.