FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

föredraget den 23 oktober 1997 *

I — Inledning

1. Genom förevarande begäran om förhandsavgörande vill Raad van State van België att domstolen skall klargöra räckvidden av ett tidigare avgörande från domstolen [1], i vilket den har tolkat direktiven 71/304/EEG [2] och 71/305/EEG [3] och därvid förklarat att holdingbolag kan upptas på listorna över entreprenörer som får delta i förfaranden för offentlig upphandling, om bolagen i fråga visar att de faktiskt förfogar över de resurser som är nödvändiga för att uppfylla kontrakten. Den omtvistade frågan i förevarande mål är huruvida medlemsstaterna är förpliktade eller inte att ta hänsyn till den kontrollerande ställning som ett holdingbolag har i förhållande till bolagen som tillhör koncernen.

II — Bakgrund

2. De omständigheter som har givit upphov till förevarande begäran om förhandsavgörande är desamma som i mål C-389/92, som ledde till ovannämnda dom av den 14 april 1994, vars domslut är föremål för tolkningsfrågan.

3. Det hänvisas till handlingarna i det målet för en fullständig redogörelse för de faktiska och rättsliga omständigheterna i förevarande tvist. Domstolen beslutade i det målet att "rådets direktiv 71/304/EEG av den 26 juli 1971 om att upphäva begränsningar av friheten att tillhandahålla tjänster inom sektorn offentliga bygg- och anläggningsarbeten och vid tilldelningen av offentliga bygg- och anläggningskontrakt till entreprenörer verksamma genom agenturer eller filialer och rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten skall tolkas så att de tillåter den behöriga myndigheten att, när den prövar en ansökan om godkännande som har ingivits av en dominerande juridisk person i en företagskoncern, bedöma de kriterier som en entreprenör skall uppfylla med beaktande av de bolag som ingår i koncernen, om den juridiska personen i fråga visar att den faktiskt förfogar över dessa bolags resurser som är nödvändiga för att uppfylla kontrakten. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om dessa förutsättningar är uppfyllda i det enskilda fallet".

* Originalspråk: italienska.

1 — Dom av den 14 april 1994 i mål C-389/92, Ballast Nedam Groep NV (Rec. 1994, s. I-1289).

2 — Rådets direktiv av den 26 juli 1971 om att upphäva begränsningar av friheten att tillhandahålla tjänster inom sektorn offentliga bygg- och anläggningsarbeten och vid tilldelningen av offentliga bygg- och anläggningskontrakt till entreprenörer verksamma genom agenturer eller filialer (EGT L 185, s. 1).

3 — Rådets direktiv av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5, fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå).

4. Den hänskjutande domstolen vill nu få klarhet i, med beaktande även av generaladvokat Gulmanns förslag till avgörande i ovannämnt mål [4], vilken exakt innebörd som skall ges till ordet "tillåter", som används i domslutet i den ovannämnda domen och huruvida ordet innebär att medlemsstaterna har ett utrymme för skönsmässig bedömning vid prövningen av godkännandet i fråga.

Raad van State van België ställde därför följande fråga till domstolen för att lösa den tvist angående vilken talan väckts:

"Skall ordet 'tillåter' i satsen 'tillåter den behöriga myndigheten att ... bedöma ... med beaktande av ...' i domslutet i domen av den 14 april 1994 i mål C-389/92 förstås som 'förpliktar'?

Om ordet 'tillåter' i ovannämnda sats inte skall förstås som 'förpliktar', betyder det att den ifrågavarande medlemsstaten har ett utrymme för skönsmässig bedömning i detta avseende, även då det villkor som domstolen har uppställt är uppfyllt?

I vilka fall och av vilka skäl skall de bolag som tillhör en dominerande juridisk person i en företagskoncern beaktas?"

III — Redogörelse för tvisten

5. Den fråga som har underställts domstolens prövning skall lösas genom att det omtvistade ordet "tillåter" sätts i samma sammanhang som i det tidigare nämnda avgörandet. Det är oomtvistat att domstolen när den använde detta uttryck hänförde sig till syftet med direktiven 71/304/EEG och 71/305/EEG, det vill säga att liberalisera sektorn för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten och göra det möjligt för europeiska företag att delta i de förfaranden för upphandling som utlyses i medlemsstaterna och därmed upphäva de begränsningar som hindrar ett effektivt genomförande av friheten att tillhandahålla tjänsterna i fråga. [5] Domstolens avsikt har varit att säkerställa möjligheten för företag i andra medlemsstater att delta på samma villkor som företag i medlemsstaten i sådana förfaranden för offentlig upphandling som omfattas av direktiv 71/305/EEG.

Det är uppenbart att en möjlighet för en medlemsstat att utöva ett fritt skön i fråga om det godkännande som kan utgöra ett villkor för deltagande i förfaranden för upp-

4 — Förslag till avgörande av den 24 februari 1994 (Rec. 1994, s. I-1291).

5 — Se sjunde övervägandet i ingressen till direktiv 71/304/EEG och nionde övervägandet i ingressen till direktiv 71/305/EEG.

handling skulle frånta den i artikel 28.4 i direktiv 71/305/EEG fastställda regeln dess värde. Enligt denna regel får det "för registrering av entreprenörer från andra medlemsstater i en officiell förteckning ... inte krävas ytterligare bevis eller uppgifter utöver vad som krävs av inhemska entreprenörer och under inga förhållanden fler än vad som föreskrivs i artikel 23—26".

6. Det skall vidare erinras om att domstolen i den tidigare domen har använt ordet "tillåter" som är precis samma ord som den hänskjutande domstolen använde vid formuleringen av begäran om förhandsavgörande i det målet. Detta uttryck skall således tolkas mot bakgrund av domen i fråga och kan förklaras med beaktande av det villkor som domstolen har uppställt, nämligen att "den juridiska personen i fråga visar att den faktiskt förfogar över dessa bolags [de bolag som tillhör koncernen] resurser som är nödvändiga för att uppfylla kontrakten".

7. Det framgår av ovanstående att medlemsstaten inte har något utrymme för skönsmässig bedömning vid prövningen av godkännandet av holdingbolaget, om de villkor som domstolen har uppställt är uppfyllda. Det ankommer emellertid på medlemsstaten att bedöma om holdingbolagen uppfyller dessa villkor. Enligt min mening är det i detta syfte även nödvändigt att medlemsstaten fastställer lämpliga kriterier som gör det möjligt att fastställa förutsättningarna för att det skall anses att en koncern tillhandahåller tillräckliga garantier för uppfyllelse av ingångna kontrakt vid ett eventuellt förfarande för offentlig upphandling.

8. Det skulle i detta hänseende vara önskvärt att gemenskapslagstiftaren ingrep för att harmonisera och samordna de olika bolagsrättsliga bestämmelser som reglerar dels koncernens ansvar, dels det individuella ansvaret för de bolag som tillhör koncernen för de kontrakt som ingås av holdingbolaget till följd av ett förfarande för offentlig upphandling. Det uppstår nämligen svårlösta problem till följd av att en koncern i dess helhet likställs med den enskilde entreprenören. Detta är omfattande frågor som borde beaktas i större utsträckning i lagstiftningsarbetet. Generaladvokat Gulmann hänvisade till dessa frågor i sitt förslag till avgörande [6] i mål C-389/92. Han varnade domstolen för att ge ett allmänt och abstrakt svar och föredrog att domstolen begränsade sig till att avgöra det anhängiga målet.

9. Sådana problem som uppstår ur intressekonflikter mellan den dominerande juridiska personen i en koncern och de bolag som tillhör koncernen, eller sådana problem som beror på att föremålet för verksamheten i de bolag som slutligen skall utföra de arbeten som är föremål för upphandling inte är lämpat för detta ändamål, skulle kunna leda till allvarliga problem för den upphandlande

6 — I fotnot 4 nämnt förslag till avgörande.

myndigheten, om de inte upptäcks och löses i tid. Det bör vidare framhållas att de nationella domstolarnas rättspraxis i fråga om intressekonflikter inom koncerner eller om rättsakters ogiltighet på grund av att de strider mot föremålet för bolagets verksamhet i allmänhet härrör från situationer då ett koncernbolags borgenärer eller ett minoritetsbolag försöker dra nytta av bristerna i den omtvistade transaktionen för att undvika att en del av dotterbolagets kapital undanhålls dem och i stället uppgår i holdingbolagets kapital eller för att göra gällande den dominerande juridiska personens kapitalansvar. De nationella domstolarna har i sin rättspraxis försökt finna lösningar på dessa problem från fall till fall. Även om dessa lösningar kan förbättras har de gjort det möjligt att i stor utsträckning bemöta kravet på att dels säkerställa en korrekt och sund utveckling av affärstransaktionerna, dels säkerställa insynen i förhållandena mellan borgenärer, bolagsmän och bolag. [7]

10. I förevarande mål är situationen emellertid i princip omvänd. Borgenären i fråga är den upphandlande myndigheten och dess avtalsmässiga motpart är det holdingbolag som uppfyller kontraktet genom sina koncernbolag. De band som föreligger mellan ett holdingbolag och dess koncernbolag kan vara mycket olika vad gäller aktieinnehavets storlek och det slags rättsliga band som föreligger mellan bolagen. Den nationella bolagsrätten kan också ha ett avgörande inflytande på koncernens struktur. Den upphandlande myndigheten skulle kunna missgynnas av den omständigheten att den i vissa fall inte lagligen och på ett effektivt sätt kan kräva av holdingbolaget, och inte heller — vilket är viktigare — av de bolag som tillhör koncernen, att de kontrakt som holdingbolaget har ingått genom upphandlingen uppfylls. [8] Det är med andra ord nödvändigt att alla omständigheter föreligger som gör bolagen i koncernen rättsligt förpliktade att uppfylla kontrakten. [9] Det sammanhang i vilket dessa problem ingår blir avsevärt mer komplicerat om man beaktar följderna av att olika medlemsstaters bolagsrätt är tillämplig samtidigt, till och med inom samma koncern, och av den därmed nödvändiga tillämpningen av internationell privaträtt, som ibland inte är tillräcklig för att utreda den juridiska labyrint i vilken uttolkaren hamnar och framför allt inte heller för att säkerställa en full balans mellan bestämmelserna i stater med

7 — Se för en jämförande studie bland andra F. Wooldridge, Aspects of the Regulation of Groups of Companies in European Laws, i *European Company Laws-A comparative Approach*, Aldershot, 1991, s. 103; A. Cerrai, A. Mazzoni, La tutela del socio e delle minoranze, i *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milano, 1993, s. 339; K. J. Hopt, Groups of companies. Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies, ibidem, s. 715; C. K. Grierson, Shareholders liability, Consolidation and Pooling, i *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, London, 1994, s. 205.

8 — Den situation som skulle uppstå liknar på många sätt den då ett företag lägger ut en del av ett kontrakt på underentreprenad till tredje man. Se rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 210, 21.7.1989, s. 1), som dock inte är tillämpligt i tiden i förevarande mål. Genom direktivet införs artikel 20 b som föreskriver att "de upphandlande myndigheterna får i kontraktsdokumenten begära, att anbudsgivaren i anbudet anger till vilken del han ämnar lägga ut kontraktet på underentreprenörer. En sådan angivelse inverkar inte på frågan om huvudentreprenörens ansvar".

9 — Se anmärkningar av G. Rossi till dom av den 14 april 1994 i *Giurisprudenza italiana*, del I, avdelning 1, punkt 545, 1995.

olika rättsliga traditioner och uppfattningar. [10]

11. Den rättsprincip som domstolen har fastställt i den nämnda domen ålägger enligt min mening medlemsstaterna dels skyldigheten att följa icke-diskrimineringsprincipen som i detta fall utgörs av förbudet mot att utöva ett fritt skön när godkännandet i fråga ges, dels skyldigheten att skyndsamt fastställa och därmed tillämpa objektiva regler som tillåter insyn för att inom den rättsliga ram som gäller i medlemsstaten säkerställa att det villkor som domstolen har uppställt uppfylls, det vill säga att bolaget i fråga förfogar över de resurser som är nödvändiga för att uppfylla de kontrakt varom är fråga. Om bevis för detta villkor saknas snedvrids konkurrensen, eftersom koncerner som i såväl rättsligt som tekniskt-ekonomiskt avseende saknar lämpliga resurser i sådana fall tillåts delta i förfaranden för upphandling på samma villkor som lämpliga anbudsgivare.

Förslag till avgörande

12. Med hänsyn till vad ovan anförts föreslår jag att den fråga som Raad van State van België har ställt skall besvaras på följande sätt:

Ordet "tillåter" i domslutet i domen av den 14 april 1994 i mål C-389/92 skall förstås som "förpliktar".

10 — Kravet på att en koncern som deltar i ett upphandlingsförfarande har en bestämd rättslig form tillåts i artikel 21 i direktiv 71/305/EEG, enligt vilken "[a]nbud kan lämnas in av grupper av entreprenörer. Dessa grupper får inte åläggas att anta någon särskild juridisk form för att kunna lämna anbud. Den utvalda gruppen får dock åläggas att göra så, när den har blivit tilldelad kontraktet". I fråga om ett holdingbolag kan denna bestämmelse naturligtvis ge upphov till olika tolkningar beroende på om gruppen betraktas som en enhet, och artikel 21 är då inte tillämplig, eller om den berörda bestämmelsen tillämpas på ett holdingbolag och således kan medföra krav på att företagsgrupperingen antar en klar juridisk form.

Det ankommer på de nationella myndigheterna att säkerställa att det villkor som har uppställts för förpliktelsen att likställa bolag iakttas, särskilt skyldigheten att — på grundval av kriterier som inte är diskriminerande och som effektivt kan garantera även de upphandlande myndigheternas rättigheter och berättigade förväntningar — bedöma huruvida ett bolag förfogar över de resurser som är nödvändiga för att uppfylla de kontrakt varom är fråga.