Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JÄÄSKINEN
föredraget den 8 september 2015 [1]

Mål C-324/14

PARTNER Apelski Dariusz
mot
Zarząd Oczyszczania Miasta

(begäran om förhandsavgörande från Krajowa Izba Odwoławcza (Polen))

”Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Artikel 48.3 — En ekonomisk aktörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet — Anbudsgivares utnyttjande ”vid behov” av andra enheters kapacitet — Arten av förbindelserna mellan anbudsgivaren och dessa andra enheter — Utformning och omfattning av nyttjandet av andra enheters kapacitet — Uppgifter som ska anges i meddelandet om upphandling — Betydelsen av direktiv 2014/24/EU för tolkningen av direktiv 2004/18”

I – **Inledning**

1. Denna begäran om förhandsavgörande från Krajowa Izba Odwoławcza (nationell appellationsdomstol) avser två rättsliga frågor som har betydelse för offentlig upphandlingsrätt och en tredje fråga som gäller den vidare frågan om i vilken omfattning ett direktiv som ännu inte trätt i kraft vid den relevanta tiden och vars tid för genomförande inte löpt ut, av tidsskäl kan utgöra stöd för tolkningen av ett direktiv som det slutligen ska ersätta.

2. Det som har hänt är att Zarząd Oczyszczania Miasta (den kommunala renhållningsmyndigheten) (nedan kallad den upphandlande myndigheten), som är en organisatorisk enhet inom huvudstaden Warszawa, uteslöt PARTNER Dariusz Apelski (nedan kallad PARTNER) från ett förfarande för offentlig upphandling av ett kontrakt avseende mekanisk renhållning av gatorna i Warszawa. Den gjorde detta på grund av att den inte var övertygad att PARTNER skulle kunna fullgöra kontraktet på ett riktigt sätt mot bakgrund av att en del av dess anbud omfattade tjänster som skulle tillhandahållas av en utomstående som hade sin verksamhet i en annan relativt avlägsen polsk stad.

3. I den första gruppen av frågor från Krajowa Izba Odwoławcza ombeds domstolen i huvudsak, för att inte säga enbart, att klarlägga vilken bevisning som erfordras av en ekonomisk aktör som utnyttjar ”andra enheters kapacitet” för ett visst kontrakt enligt artikel 48.3 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]. Dessa frågor avser innehållet i meddelandet om upphandling och klarläggande av anbudet. Den andra gruppen av frågor avser under vilka förutsättningar som en elektronisk auktion som redan genomförts av en upphandlande myndighet ska upphävas på grund av felaktigheter under anbudsförfarandet.

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

4. Slutligen, med den sista frågan ombeds domstolen ge klarhet i huruvida Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG [3] kan vara till ledning vid tolkningen av direktiv 2004/18 vid besvarande av förevarande frågor trots att direktiv 2014/24 inte ännu hade trätt i kraft vid den tidpunkt som den offentliga upphandlingen hade offentliggjorts.

II – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Direktiv 2004/18*

5. Enligt artikel 2 i direktiv 2004/18, som har rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, föreskrivs att ”upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt”.

6. I artikel 44 i direktiv 2004/18, som har rubriken Kontroll av lämplighet och val av deltagare samt tilldelning av kontrakt, anges följande:

”1. Kontrakt skall tilldelas på grundval av kriterierna i artiklarna 53 och 55 och med beaktande av artikel 24, efter det att lämpligheten hos de ekonomiska aktörer som inte har uteslutits enligt artiklarna 45 och 46 har kontrollerats av den upphandlande myndigheten enligt de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet som avses i artiklarna 47–52 samt, i förekommande fall, de icke-diskriminerande regler och kriterier som avses i punkt 3.

2. Den upphandlande myndigheten får kräva miniminivåer för anbudssökandes och anbudsgivares kapacitet, enligt artiklarna 47 och 48.

Omfattningen av den information som åsyftas i artiklarna 47 och 48 samt miniminivåerna för den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt måste ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

Dessa miniminivåer skall framgå av meddelandet om upphandling.

…”

7. I 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 skall 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:

a) i) …

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.

3 — EUT L 94, s. 65.

…

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

…”

8. I artikel 51 i direktiv 2004/18, som har rubriken ”Kompletterande handlingar och upplysningar”, föreskrivs följande: ”[D]en upphandlande myndigheten får anmoda de ekonomiska aktörerna att komplettera eller förtydliga inlämnade certikat och handlingar med tillämpning av artiklarna 45–50.”

9. I artikel 54 i direktiv 2004/18, som har rubriken ”Användning av elektroniska auktioner”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna får föreskriva att den upphandlande myndigheten får genomföra elektroniska auktioner.

…

4. Innan en elektronisk auktion inleds skall den upphandlande myndigheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbuden i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda viktningen för dessa.

Alla anbudsgivare som har lämnat godtagbara anbud skall samtidigt bjudas in med elektroniska medel för att lämna nya priser och/eller nya värden. …

…

8. Efter att ha stängt den elektroniska auktionen skall den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet i enlighet med artikel 53 på grundval av resultaten av den elektroniska auktionen.

En upphandlande myndighet får inte utnyttja elektroniska auktioner på otillbörligt sätt eller på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen eller så att föremålet för kontraktet, så som det utlystes genom meddelandet om upphandling och fastställdes i förfrågningsunderlaget, ändras.”

B – *Direktiv 2014/24*

10. I artikel 63 i direktiv 2014/24, som har rubriken ”Utnyttjande av andra enheters kapacitet”, föreskrivs följande:

”1. 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 byggentreprenader 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.

…

2. När det gäller kontrakt avseende byggentreprenader, tjänstekontrakt och monterings- eller installationsarbeten inom ramen för ett varukontrakt, får den upphandlande myndigheten kräva att vissa kritiska uppgifter ska utföras direkt av anbudsgivaren …”

11. I artikel 90.1 i direktiv 2014/24, som har rubriken ”[i]nförlivande och övergångsbestämmelser”, föreskrivs följande: ”[M]edlemsstaterna ska sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 18 april 2016. De ska genast överlämna texten till dessa bestämmelser till kommissionen.” Enligt artikel 93 trädde direktiv 2014/24 i kraft den tjugonde dagen efter det att det hade offentliggjorts i EUT, vilket skedde den 28 mars 2014.

III – **Sakomständigheter, förfarande och tolkningsfrågor**

12. Den upphandlande myndigheten genomförde en offentlig upphandling avseende ett kontrakt för ”en omfattande mekanisk renhållning av vägnätet i huvudstaden Warszawa under vinter- och sommarsäsongerna 2014–2017 – Steg I”. Upphandlingen offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 24 december 2013, eftersom värdet översteg tröskelvärdena som gäller inom EU. Den upphandlande myndigheten delade upp kontraktet i åtta delar som omfattade de olika områdena i Warszawa och godtog anbud för delar av kontraktet utan att begränsa antalet delar för vilka en ekonomisk aktör kunde lämna anbud. Den genomförde ett öppet förfarande (öppen anbudsgivning) med möjlighet till en elektronisk auktion.

13. Vinterväghållning består i att förebygga och avlägsna halka genom saltning och plogning av nationella, regionala och kommunala vägar som nyttjas av allmänna transportmedel i staden. Sommarväghållning innebär sopning och våtrengöring av vägarna. Enligt förfrågningsunderlaget skulle de ekonomiska aktörerna visa att de under de tre åren före tidsfristen för att lämna anbud, eller, i fall där denna verksamhet pågått kortare tid, under denna tid utfört eller varit i färd med att utföra en tjänst eller tjänster bestående i vinterunderhåll av vägar till ett värde av minst 1 000 000 PLN.

14. Den upphandlande myndigheten angav att vid utvärderingen av huruvida det villkoret var uppfyllt skulle den endast beakta tjänster som använt fuktningstekniken för att förebygga eller avlägsna ishalka.[4] Den upphandlande myndigheten angav också att när anbud för fler än en del lämnades skulle den ekonomiska aktören ha utfört arbeten till ett motsvarande högre värde, det vill säga 1 000 000 PLN multiplicerat med antalet delar för vilka denna lämnade anbud. En ekonomisk aktör som lämnade anbud för åtta delar måste därför visa att tjänster utförts till ett värde av minst 8 000 000 PLN.[5]

15. I en förteckning över tjänsteuppdrag som var bifogad till anbudet hänvisade PARTNER till 14 uppdrag, varav tolv grundade sig på dess egen erfarenhet och två på den erfarenhet som PUM Sp. z o.o. (nedan kallat PUM), ett företag i Grudziądz (cirka 227 kilometer från Warszawa) hade, som en annan enhet vars kapacitet PARTNER utnyttjade. PARTNER bifogade till anbudet ett åtagande av PUM ”att ställa erforderliga resurser till förfogande”. I åtagandet angavs att de tillhandahållna resurserna skulle innebära rådgivning avseende bland annat utbildning av den ekonomiska aktörens anställda och samråd med den ekonomiska aktören omfattande hjälp att lösa problem som kunde uppstå under genomförandet av kontraktet.

4 — Det vill säga sodiumklorid eller en blandning av sodiumklorid och kalciumklorid som är fuktad när den strös ut och blir till en saltlösning.

5 — I begäran om förhandsavgörande anges att den upphandlande myndigheten vid förhandlingen vid den nationella domstolen uppgav att den utvärderade uppfyllelsen av det villkoret genom sammanläggning av värdet av de tjänster som visats och godtagits delat med 1 000 000 och erhöll på det sättet det antal delar för vilka den ekonomiska aktören uppfyllt det villkoret.

16. Efter det att den upphandlande myndigheten den 11 mars 2014 informerat PARTNER om att den ansåg att PARTNER inte hade erforderliga resurser för att genomföra kontraktet svarade PARTNER den 18 mars 2014 att om den upphandlande myndigheten ansåg att den angivna erfarenheten var otillräcklig skulle dess övriga erfarenhet ha fördelats i följande ordning: delarna V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. Härvid gjorde PARTNER gällande att när en ekonomisk aktör lämnar anbud avseende flera delar kan anbudet behandlas separat för varje del. Därför får inte ett uteslutande av en ekonomisk aktör och förkastande av den ekonomiska aktörens anbud avse hela kontraktet utan endast de enskilda delar därav för vilka den ekonomiska aktören inte uppfyllt villkoren.

17. Den upphandlande myndigheten beaktade inte PARTNER:s partiella erfarenhet och uteslöt det från upphandlingen beträffande varje del enligt artikel 24.2.4 i lagen om offentlig upphandling (Ustawa PZP) [6] med motiveringen att det inte visat att det uppfyllde villkoren för att delta i upphandlingen. Den upphandlande myndigheten ansåg att det, med hänsyn till arbetenas särskilda beskaffenhet, kännedom om stadens topografi och tidskraven för att uppnå den speciella kvaliteten på vinterunderhåll, inte skulle vara möjligt att på ett tillförlitligt sätt fullgöra skyldigheten enligt den genomförda upphandlingen utan personligt deltagande av PUM för att uppfylla kontraktskraven. Den upphandlande myndigheten anordnade därefter en elektronisk auktion i vilken PARTNER inte inbjöds att delta.

18. I sitt överklagande till Krajowa Izba Odwoławcza påstod PARTNER att den upphandlande myndigheten gjort en felaktig granskning och utvärdering av anbuden. Det anförde att den upphandlande myndigheten inte framhållit i förfrågningsunderlaget att uppfyllelse av villkoret avseende kunskap och erfarenhet förutsatte att den enhet som tillhandahöll PARTNER sådan kunskap och erfarenhet deltog personligen i genomförandet av kontraktet eller att erfarenheten skulle avse specifik topografisk kunskap.

19. Krajowa Izba Odwoławcza har hänskjutit följande frågor till domstolen enligt artikel 267 FEUF:

”1) Ska artikel artikel 48.3 i direktiv 2004/18/EG, jämförd med artikel 2 i samma direktiv, till den del det gäller formuleringen att en ekonomisk aktör ’vid behov’ får utnyttja andra enheters kapacitet, tolkas så, att den gäller varje situation där en viss ekonomisk aktör inte har det yrkeskunnande som krävs av den upphandlande myndigheten och önskar utnyttja andra enheters kapacitet? Eller ska hänvisningen till att en ekonomisk aktör enbart får åberopa andra enheters resurser ’vid behov’ betraktas som en begränsning som innebär att andra enheters resurser enbart får åberopas i undantagsfall och inte generellt för att styrka de ekonomiska aktörernas kompetens i ett förfarande för offentlig upphandling?

2) Ska artikel 48.3, jämförd med artikel 2 i direktiv 2004/18 tolkas så, att den omständigheten att en ekonomisk aktör utnyttjarandra enheters kapacitet vad gäller deras kunskap och erfarenhet ’oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan den ekonomiska aktören och dessa enheter’ samt ’förfogar över deras resurser’ innebär att den ekonomiska aktören vid fullgörandet av kontraktet inte måste ha några förbindelser med dessa enheter eller att förbindelserna enbart behöver vara mycket lösa och obestämda, det vill säga att den ekonomiska aktören kan genomföra ett kontrakt självständigt (utan andra enheters deltagande) eller deltagandet kan bestå i ’rådgivning’, ’samråd’, ’utbildning’ och liknande? Eller ska artikel 48.3 tolkas så att den enhet vars kapacitet den ekonomiska aktören utnyttjar själv måste genomföra kontraktet i den omfattning dess kapacitet åberopats?

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (lag om offentlig upphandling, konsoliderad text, *Dziennik Ustaw*, 2013, rubrik 907). I artikel 24.2 punkt 4 i lagen om offentlig upphandling föreskrivs följande: ”Från upphandlingsförfarandet ska även ekonomiska aktörer som … inte visat att de uppfyllt villkoren för deltagande i förfarandet utestängas.”

3) Ska artikel 48.3 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 2 i samma direktiv tolkas så, att en ekonomisk aktör som har egen erfarenhet, som emellertid är mindre omfattande än den som den ekonomiska aktören skulle vilja upplysa den upphandlande myndigheten om (till exempel otillräcklig erfarenhet för att lämna ett anbud avseende samtliga delar av kontraktet), dessutom får utnyttja andra enheters kapacitet för att förbättra sin ställning i upphandlingen?

4) Ska artikel 48.3 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 2 i samma direktiv tolkas så, att den upphandlande myndigheten i meddelandet om upphandling samt i förfrågningsunderlaget får (eller till och med måste) ange de villkor på vilka en ekonomisk aktör får utnyttja andra enheters kapacitet, till exempel hur den andra enheten bör delta i genomförandet av kontraktet, hur en ekonomisk aktörs och andra enheters kapaciteter kan räknas samman, huruvida den andra enheten ansvarar solidariskt med den ekonomiska aktören för att kontraktet verkställs korrekt i den omfattning som den ekonomiska aktören utnyttjat dess kapacitet?

5) Innebär principen att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, som anges i artikel 2 i direktiv 2004/18, att det är möjligt att utnyttja andra enheters kapacitet enligt artikel 48.3 i en situation där kapaciteten hos två eller flera enheter, som inte har den kapacitet avseende kunskap och erfarenhet som krävs av den upphandlande myndigheten, räknas samman?

6) Innebär därför principen att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, som anges i artikel 2 i direktiv 2004/18, att artiklarna 44 och 48.3 i direktiv 2004/18 kan tolkas så, att de villkor för deltagande i upphandlingen som uppställs av den upphandlande myndigheten kan uppfyllas endast formellt i syfte att delta i förfarandet och oberoende av den ekonomiska aktörens faktiska yrkeskunnande?

7) Innebär principen att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, som anges i artikel 2 i direktiv 2004/18, att en ekonomisk aktör, när det är tillåtet att lämna anbud på delar, efter lämnandet av anbuden, till exempel vid komplettering eller klarläggande av handlingarna, får ange till vilken av delarna de av honom anförda resurserna ska hänföras för att visa att villkoren för deltagande i upphandlingen har uppfyllts?

8) Innebär principen att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och öppenhetsprincipen, som anges i artikel 2, i direktiv 2004/18 att det är möjligt att upphäva en auktion som ägt rum och att en elektronisk auktion ska göras om för det fall den inte genomförts på ett korrekt sätt i ett väsentligt avseende, till exempel när inte alla ekonomiska aktörer som lämnat giltiga anbud bjudits in att delta?

9) Är det förenligt med principen att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och öppenhetsprincipen, som anges i artikel 2 i direktiv 2004/18, att kontrakt kan tilldelas en ekonomisk aktör vars anbud antagits till följd av en sådan auktion, utan att den görs om för det fall det inte är möjligt att fastställa huruvida det skulle ha ändrat utgången av auktionen om den ekonomiska aktören hade deltagit som inte fick delta?

10) Är det tillåtet att vid tolkningen av bestämmelserna i direktiv 2004/18 använda innehållet i bestämmelserna i direktiv 2014/24 … och ingressen därtill som vägledning, trots att tidsfristen för att införliva det inte har löpt ut, eftersom unionslagstiftarens antaganden och avsikter förklaras i vissa avseenden och i den mån som det inte strider mot direktiv 2004/18?”

20. Skriftliga yttranden har inkommit från PARTNER, Remondis sp.z o.o. och MR Road Service sp. Z o.o., som intervenerat i rättegången vid den nationella domstolen, den spanska, den lettiska och den polska regeringen samt kommissionen. Samtliga, med undantag av den lettiska regeringen, deltog vid förhandlingen som ägde rum den 7 maj 2015, vilket även den upphandlande myndigheten gjorde fastän den inte avgivit skriftligt yttrande.

IV – **Bedömning**

A – *Frågor rörande utnyttjande av en annan ekonomisk aktörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet (frågorna 1, 2, 3,5 och 6)*

21. Med dessa frågor, som jag kommer att behandla tillsammans, vill den nationella hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i under vilka omständigheter en anbudsgivare får, för ett visst kontrakt, utnyttja andra enheters kapacitet avseende teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet när anbud lämnas för ett visst kontrakt. Denna möjlighet behandlas i artikel 48.3 i direktiv 2004/18. Jag anser att dessa frågor i grunden avser tre problem. Dessa är 1) en anbudsgivares rätt att utnyttja extern kapacitet för att uppfylla kontraktskrav avseende teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet, 2) möjligheten att i praktiken utnyttja utomståendes kapacitet och 3) huruvida sådan kapacitet kan överföras på det sättet att den kan utnyttjas mot bakgrund av det berörda kontraktets art och syfte. Det säger sig självt att artikel 2, som innehåller den grundläggande principen om icke-diskriminering och öppenhet, har betydelse för svaren på samtliga frågor.

22. Till att börja med är det lämpligt att peka på skillnaden mellan att utnyttja andra enheters kapacitet enligt artikel 48.3 i direktiv 2004/18 och att anlita underleverantörer som regleras i artikel 25 i samma direktiv. Som framhållits i skriftliga yttranden av den spanska regeringen skiljer sig dessa rättsliga arrangemang från varandra i två avseenden. Vad gäller utnyttjande av utomståendes kapacitet ingår den i anbudsgivarens kapacitet före tilldelning av kontraktet medan anlitande av underentreprenör sker vid tidpunkten för genomförande av kontraktet. För det andra gäller begränsningar för anlitande av underentreprenör som inte tillämpas på utnyttjande av utomståendes kapacitet.[7]

1. En ekonomisk aktörs rätt att utnyttja extern kapacitet

23. Vad gäller orden ”vid behov” i artikel 48.3 i direktiv 2004/18 innebär dessa inte i sig någon begränsning av de situationer i vilka en ekonomisk aktör kan utnyttja utomståendes resurser vid lämnande av anbud avseende ett offentligt kontrakt.

24. Jag framhöll i mitt förslag till avgörande i målet Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130) att ordalydelsen i artikel 48.3 i direktiv 2004/18 tyder på en rätt för ekonomiska aktörer att välja denna metod för att uppfylla urvalskriterierna förutsatt att de kan visa att de faktiskt förfogar över de andra enheternas resurser som erfordras för att genomföra kontraktet i fråga.[8] Denna tolkning är mest förenlig med målet att öppna offentliga kontrakt för största möjliga konkurrens och att underlätta tillgång därtill för små och medelstora företag.

7 — I artikel 25 i direktiv 2004/18 föreskrivs att den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget får begära eller kan åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på utomstående samt vilka underentreprenörer som föreslås. Bestämmelsen föreskriver sedan att detta inte ska påverka frågan om den ekonomiska aktörens ansvar som huvudman.

8 — Samma förslag, punkt 24. Se också särskilt dom Siemens och ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159), punkt 46, och dom Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133) och dom Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636).

25. Domstolen fann i målet Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), och det bekräftades dessutom senare i artikel 48.3 i direktiv 2004/18, att arten av de rättsliga förbindelserna mellan den ekonomiska aktören och de utomstående som den avser utnyttja saknar betydelse. [9]

26. Mot bakgrund av domstolens praxis kan det därför i princip inte föreligga någon invändning mot att en anbudsgivare i dessutom utnyttjar andra enheters kapacitet för att förbättra sin position i kontraktsupphandlingen. Detta gäller emellertid under förutsättning av de begränsningar som jag kommer att behandla nedan. Som framhållits av kommissionen i dess skriftliga yttranden är det avgörande att anbudsgivaren *faktiskt har* andra enheters kapacitet *till sitt förfogande* för att på ett riktigt sätt kunna fullgöra kontraktet. Detta ”förfogande” behöver inte ha någon särskild juridisk form.

2. Tillgång i praktiken till utomståendes kapacitet som utnyttjas av anbudsgivaren

27. Oaktat vad som sagts i de föregående punkterna har anbudsgivare som utnyttjar andra enheters kapacitet bevisbördan för att inför den upphandlande myndigheten styrka att de faktiskt är tillgängliga för dem. [10] Med denna utgångspunkt kan artikel 48.3 i direktiv 2004/18 närmast beskrivas som en regel om beviskrav och som överlämnar värderingen av denna bevisning till den upphandlande myndigheten. Enligt artikel 44.1 i direktiv 2004/18 ska den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos anbudssökandena eller anbudsgivarna i enlighet med de kriterier som anges i artiklarna 47–52 i direktiv 2004/18. [11] Med andra ord, som framhölls av den upphandlande myndigheten och den polska regeringen vid förhandlingen, är en upphandlande myndighet skyldig att förvissa sig om att den vinnande anbudsgivaren faktiskt har förmåga att fullgöra kontraktet på ett riktigt sätt.

28. Ändamålet med bestämmelserna i direktiv 2004/18 avseende utomståendes deltagande i fullgörande av offentliga kontrakt är att undvika en situation där ett företag skulle ha rätt att bli tilldelat ett kontrakt trots att det saknar nödvändiga resurser för att fullgöra kontraktet. Enligt artikel 48.3 i direktiv 2004/18 förbjuds därför en upphandlande myndighet att ha en rent formell inställning till den bevisning som tillhandahålls av en anbudsgivare på grund av de skyldigheter som den är bunden av. Med andra ord är det inte godtagbart att anbudsgivare hänvisar till utomståendes kapacitet om det görs endast i syfte att formellt uppfylla villkoret om minsta kapacitet som angetts i meddelandet om upphandling.

3. Möjlighet att överföra teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet

29. I målet Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), tolkade domstolen artiklarna 47.2 och 48.3 i direktiv 2004/18, jämförda med artikel 44.2 i direktiv 2004/18, så, att de utgör hinder för en generell regel om förbud mot att ekonomiska aktörer som deltar i ett anbudsförfarande avseende offentlig upphandling, för en och samma kvalifikationskategori utnyttjar flera företags kapacitet. Domstolen anmärkte vidare att ”det kan finnas arbeten av sådan beskaffenhet att det krävs en viss kapacitet som inte kan uppnås genom att flera aktörers lägre kapacitet samlas” och att ”i en sådan situation har den upphandlande myndigheten rätt att kräva att en enda ekonomisk aktör uppnår miniminivån för kapacitet”. [12]

9 — Generaladvokaten Jääskinens förslag till avgörande Swm Costruzioni och Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), punkt 22. Denna inställning grundar sig på domstolens slutsatser i dom Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636) och i dom Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), i vilka de rättsliga förbindelserna i fråga avsåg bolag i samma grupp. Se punkterna 20–22 i förslaget.

10 — Se mitt förslag till avgörande Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130), punkt 23.

11 — Dom Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), punkt 26. Se för ett liknande resonemang dom Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), punkt 28.

12 — Dom Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646) punkt 35.

30. Det aktuella problemet är emellertid huruvida den kapacitet avseende teknisk och yrkesmässig förmåga som angavs i meddelandet om upphandling kan överföras. Om den inte kan det, är PARTNER inte kvalificerad som anbudsgivare.

31. Möjligheten att överföra teknisk kapacitet avser frågan om huruvida teknologi eller kunnande på ett meningsfullt sätt kan överföras från en ekonomisk aktör till en annan, exempelvis genom konsultationer och rådgivning. Parternas skriftliga yttranden behandlar också frågor som snarare gäller huruvida olika enheters kapacitet av detta slag kan läggas till i allmänhet, vilket enligt min uppfattning är den ståndpunkt som unionslagstiftaren intagit i artikel 48 i direktiv 2004/18. I målet vid den nationella domstolen gäller emellertid den egentliga tvistefrågan huruvida PUM:s tekniska förmåga kunde överföras till PARTNER utan att den förstnämnda ekonomiska aktören deltog direkt i fullgörandet av kontraktet. Tvisten gäller inte endast att lägga liknande kapacitet till den som PARTNER redan har.

32. Mycket beror på kontraktets innehåll, beskaffenhet och föremål. Det finns kapacitet som kan överföras. Om vi tänker oss en offentlig vårdgivares upphandling av ett kontrakt avseende undersökning av en viss form av cancer med standardutrustning som ska avse en viss grupp av människor. Låt oss ytterligare anta att det i kontraktsvillkoren anges att i oklara fall ska resultaten bekräftas av en specialist med särskilda och mycket omfattande yrkesmässiga kvalifikationer. Under sådana omständigheter finns det inte någon anledning till att en anbudsgivare inte skulle kunna utnyttja en utomstående för ett nödvändigt samråd. Om kontraktet emellertid avsåg undersökning med en ny och ovanlig metod kan den upphandlande myndigheten rimligtvis kräva att anbudsgivaren själv har den relevanta kapaciteten. Här föreligger en fråga om de faktiska omständigheterna kring tilldelning av kontraktet.

33. Som jag redan nämnt ska således varje kontrakts beskaffenhet och behovet av att det fullgörs beaktas. Detta är en fråga som ska bedömas av den nationella domstolen.

34. Huruvida en upphandlande myndighet får kräva att en utomstående ska delta vid fullgörande av kontraktet som det enda sättet att visa att anbudsgivaren har erforderlig kapacitet till sitt förfogande är också en fråga som ska bedömas från fall till fall. Allt beror på kontraktets beskaffenhet och ändamål. Jag anser att det är lätt att tänka sig situationer där den insats som är i fråga har en sådan teknisk svårighetsgrad att den måste utföras av en utomstående som har det behövliga expertkunnandet, om dennes kapacitet utnyttjas, snarare än att den ifrågavarande insatsen utförs av anbudsgivaren själv med stöd av råd och vägledning av en sådan utomstående.

4. Slutsats avseende frågorna 1, 2, 3, 5 och 6

35. På grund av ovanstående överväganden kan frågorna 1, 2, 3, 5 och 6 besvaras på följande sätt. Artiklarna 44 och 48.3 i direktiv 2004/18, jämförda med artikel 2 i samma direktiv, ska tolkas så, att uttrycket ”vid behov” inte i sig innebär någon väsentlig begränsning av de situationer i vilka en ekonomisk aktör kan utnyttja andra enheters resurser för att visa inför en upphandlande myndighet att han har den tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet som erfordras för fullgörande av ett visst offentligt kontrakt. Arten av de rättsliga förbindelserna mellan den ekonomiska aktören och den utomstående enheten saknar betydelse men den ekonomiska aktören måste visa inför den upphandlande myndigheten att den faktiskt förfogar över samtliga resurser för att fullgöra kontraktsvillkoren. En anbudsgivare får utnyttja andra enheters kapacitet för att visa sin tekniska och/eller yrkesmässiga förmåga under förutsättning av de begränsningar som följer av beskaffenheten av och ändamålet med det kontrakt som ska fullgöras.

B – *Meddelande om upphandling, förfrågningsunderlag och solidariskt ansvar (fråga 4)*

36. Fråga 4 avser i huvudsak huruvida den upphandlande myndigheten i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget kan (eller till och med måste) ange reglerna enligt vilka anbudsgivarna får eller inte får utnyttja andra enheters kapacitet. För att vara mer specifik, är det tillåtet för den upphandlande myndigheten att föreskriva på vilket sätt anbudsgivaren är skyldig att delta i genomförandet av kontraktet, på vilket sätt anbudsgivarens och andra enheters kapacitet kan kombineras och huruvida den andra enheten har solidariskt ansvar med anbudsgivaren för det rätta fullgörandet av kontraktet i den omfattning som anbudsgivaren utnyttjat dennes kapacitet?

37. Den spanska regeringen har i sina skriftliga yttranden anfört att reglerna för hur en anbudsgivare kan utnyttja andra enheters kapacitet – förutsatt att dessa krav är proportionella och är direkt knutna till det berörda kontraktet – ska anges i meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget. Den polska regeringen har anfört detsamma i sina skriftliga yttranden.

38. Enligt min uppfattning är den rätta ståndpunkten emellertid den som intagits av kommissionen. Den har i sina skriftliga yttranden framhållit att eftersom anbudsgivare har rätt att utnyttja utomståendes kapacitet är upphandlande myndigheter förhindrade att föreskriva några uttryckliga villkor som inskränker den rätten. Anbudsgivaren har rätt att avgöra hur han ska nyttja denna kapacitet. Kommissionen gjorde en riktig bedömning när den tillade att det av praktiska skäl kan vara nästintill omöjligt för den upphandlande myndigheten att i förväg bestämma på vilka sätt andra enheters kapacitet kan utnyttjas. Den kan inte i förväg förutse alla olika situationer när andra enheters kapacitet kan komma till användning. Detta gäller naturligtvis under förutsättning att det inte föreligger sådana omständigheter som enligt domen i målet Swm 2 costruzione utesluter sådant utnyttjande.

39. De allmänna principer som utvecklats i domstolens praxis avseende meddelandet om upphandling och förfrågningsunderlaget samt *öppenhetsprincipen* har betydelse för denna fråga. Jag påminner om att skyldigheten att iaktta öppenhet har till syfte att förhindra att det förekommer någon risk för godtycke från den upphandlande myndighetens sida[13] och att det enligt principen om likabehandling och skyldigheten att iaktta öppenhet är förbjudet för den upphandlande myndigheten att av skäl som inte angetts i förfrågningsunderlaget förkasta ett anbud som uppfyller kraven i anbudsinfordran.[14] Jag noterar också att det i artikel 23.2 i direktiv 2004/18 anges att tekniska specifikationer ”skall tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och får inte innebära omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens” medan enligt artikel 23.3 c) tekniska krav kan innefatta krav avseende prestanda.

40. Jag anser att om de särskilda villkoren som anges i domen i målet Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, i punkt 35) föreligger och den upphandlande myndigheten föreskriver som ett *villkor för förfarandet om tilldelning av kontrakt* att minimikapaciteten i fråga ska uppfyllas av en enda ekonomisk aktör, är den skyldig att ange detta i förväg, antingen i meddelandet om upphandling och/eller i förfrågningsunderlaget. Under sådana

13 — Dom SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228), punkt 26 och där angiven rättspraxis.

14 — Samma dom, punkt 28.

omständigheter är möjligheten att utnyttja utomståendes kapacitet i artikel 48.3 i direktiv 2004/18 utesluten. Detta förefaller vara enda sättet att fullgöra skyldigheten att iaktta öppenhet vid utvärderingen av anbudssökandenas lämplighet. Annars skulle inte potentiella anbudsgivare erhålla information om samtliga obligatoriska och ovillkorade krav avseende minimikapacitet. [15]

41. Detta är emellertid en annan fråga än värderingen av huruvida en anbudsgivare som utnyttjar utomståendes kapacitet *faktiskt* uppfyller villkoren för teknisk och/eller yrkesmässig förmåga som krävs i meddelandet om upphandling. Denna fråga kan endast bedömas på grundval av anbuden i jämförelse med kraven på lämplighet som angetts i meddelandet om upphandling och förfrågningsunderlaget mot bakgrund av de kriterier som beskrivits ovan i samband med frågorna 1, 2, 3, 5 och 6.

42. När det slutligen gäller solidariskt ansvar har kommissionen i sina skriftliga yttranden åberopat artikel 63.1 tredje stycket i direktiv 2014/24 till stöd för sitt påstående. PARTNER och den spanska regeringen å andra sidan har gjort gällande att det inte är möjligt att föreskriva solidariskt ansvar mot bakgrund av att det endast är anbudsgivaren som deltagit i anbudsförfarandet som är ansvarig för fullgörandet av kontraktet och inte någon utomstående vars kapacitet anbudsgivaren har utnyttjat.

43. Av de skäl som jag kommer att ange i svaret på fråga 10 kan inte några ovillkorliga regler härledas från direktiv 2014/24 vid tillämpningen av direktiv 2004/18 när de antingen inte återfinns i direktiv 2004/18 eller innebär att mer detaljerad reglering eller mer detaljerade krav införs än vad som föreskrivs i de motsvarande bestämmelserna i det direktivet. Åläggande av solidariskt ansvar bör därför inte ske innan tidsfristen för införlivande av direktiv 2014/24 löpt ut.

44. Av dessa skäl bör domstolen besvara fråga 4 så, att artikel 48.3 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 2 i samma direktiv ska tolkas så, att den upphandlande myndigheten, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, ska ange varje villkor som medför hinder för att tillämpa artikel 48.3 i direktiv 2004/18 för att visa uppfyllelse av krav avseende minimikapacitet. Den upphandlande myndigheten får i övrigt inte föra in uttryckliga villkor eller regler i meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget avseende om eller hur anbudsgivarna får utnyttja andra enheters kapacitet.

C – *Förtydligande av anbudet (fråga 7)*

45. Fråga 7 gäller i huvudsak i vilken omfattning kontakter kan förekomma mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren, till exempel avseende komplettering eller förklaring av handlingar efter inlämnandet av anbud när det är möjligt att lämna anbud på delar. Jag påminner i detta avseende om att den upphandlande myndigheten enligt artikel 51 i direktiv 2004/18 får anmoda de ekonomiska aktörerna att komplettera eller förtydliga inlämnade certifikat och handlingar med tillämpning av artiklarna 45–50 i samma direktiv.

15 — Se analogt rättspraxis beträffande kriterier för kontraktstilldelning, till exempel dom kommissionen/Frankrike (C-299/08, EU:C:2009:769), i punkt 41, där domstolen uttalade att ”både principen om likabehandling och principen om öppenhet, som följer av den förstnämnda principen, medför dessutom krav på att föremålet för varje kontrakt liksom dess *tilldelningskriterier* är klart definierade” (min kursivering). Se även dom ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl. (C-331/04, EU:C:2005:718), i vilken det, i punkt 32, fastställdes att gränser för att lägga särskild vikt vid undergrupper till tilldelningskriterier och dom Universale-Bau m.fl. (C-470/99, EU:C:2002:746), punkt 100, i vilken den upphandlande myndigheten ansågs vara skyldig att i meddelandet om upphandling eller i anbudsinfordran ange reglerna för viktning av kriterierna för att välja ut vilka anbudssökanden som skulle bjudas in att lämna anbud.

46. Enligt min uppfattning kan domstolen ge ett kort svar på denna fråga. Domstolen har redan uteslutit varje förhandling mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna. Upphandlande myndigheter får inte innan anbud förkastas begära förtydligande av anbud som de anser vara oprecisa eller som inte uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget. [16]

47. Så snart som ett anbud lämnats in kan det inte ändras vare sig på initiativ av anbudsgivaren eller på initiativ av den upphandlande myndigheten. [17] Den senare kan undantagsvis begära komplettering av detaljer, till exempel ett rent förtydligande eller en rättelse av uppenbara sakfel utan att begära eller godta någon ändring av anbudet. [18]

48. Enligt min uppfattning är information som lämnas beträffande prioritetsordningen för delar som avses med ett anbud efter det att anbud lämnats, inte endast en precisering utan en materiell ändring av anbudet. Ett godtagande därav skulle innebära ett åsidosättande av principerna om sund konkurrens. Detta är inte ett sådant exceptionellt fall där förtydligande av anbud kan tillåtas.

49. Enligt min uppfattning bör således fråga 7 besvaras enligt följande. I fall där det är tillåtet att lämna anbud på delar, är det inte förenligt med principen om lika och icke-diskriminerande behandling av ekonomiska aktörer enligt artikel 2 i direktiv 2004/18 att tillåta att en ekonomisk aktör, efter det att anbud lämnats, får ange till vilken av delarna de av denne angivna resurserna ska hänföras i syfte att visa att villkoren för deltagande i förfarandet uppfyllts.

D – *Felaktigheter avseende den elektroniska auktionen (frågorna 8 och 9)*

50. Frågorna 8 och 9 avser följderna, såvitt gäller tilldelning av ett kontrakt, av att samtliga lämpliga anbudsgivare inte har tillåtits att delta i en elektronisk auktion.

51. Här påminner jag inledningsvis om att det i artikel 54.4 andra stycket i direktiv 2004/18 föreskrivs att ”alla anbudsgivare som har lämnat godtagbara anbud skall samtidigt bjudas in med elektroniska medel för att lämna nya priser och/eller nya värden”. Enligt artikel 54.8 i direktiv 2004/18 förbjuds utnyttjande av elektroniska auktioner i syfte att, *bland annat*, hindra eller snedvrida konkurrensen. Jag noterar vidare att den nationella domstolens frågor inte avser vilka sanktioner som står till buds för de ekonomiska aktörerna med anledning av en felaktig elektronisk auktion, [19] utan den upphandlande myndighetens skyldigheter enligt direktiv 2004/18 i en sådan situation.

16 — Dom SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191), punkterna 36 och 37. Jag påminner om bestämmelsen i direktiv 2004/18 om konkurrenspräglad dialog vid särskilt komplicerade kontrakt (artikel 29) och förhandlade förfaranden (artikel 30). Dessa bestämmelser saknar emellertid betydelse för förevarande fall.

17 — Se dom Manova (C-336/12, EU:C:2013:647) där domstolen i punkt 31 uttalade att ”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 det 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”.

18 — Dom SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191), punkterna 40 och 41. Se även dom Manova (C-336/12, EU:C:2013:647) punkt 32.

19 — Dessa återfinns 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, 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 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (EUT L 335, s. 31).

52. Om en lämplig anbudsgivare som uppfyller kriterierna i meddelandet om upphandling och de tekniska specifikationerna skulle ha blivit inbjuden att delta i en elektronisk auktion enligt artikel 54.4 i direktiv 2004/18 men inte har blivit det, följer det enligt min uppfattning av kravet på lika och icke-diskriminerande behandling som anges i artikel 2 i direktiv 2004/18 att auktionen ska göras om. Detta gäller oavsett om anbudsgivarens deltagande skulle ha ändrat resultatet av auktionen eller inte. [20] Detta betyder att kontraktet inte kan tilldelas på grundval av olagliga eller felaktiga auktioner av detta slag.

53. Jag föreslår därför att frågorna 8 och 9 besvaras så, att det enligt artikel 2 i direktiv 2004/18 fordras att en elektronisk auktion ogiltigförklaras och görs om, om en anbudssökande som uppfyller kriterierna för att delta i förfarandet för tilldelning av kontrakt inte bjudits in att delta i den elektroniska auktionen.

E – *Kan direktiv 2014/24 beaktas vid tolkningen av direktiv 2004/18? (fråga 10)*

54. Den hänskjutande nationella domstolen vill med fråga 10 få klarhet i huruvida det är tillåtet att vid tolkningen av bestämmelserna i direktiv 2004/18 använda innehållet i bestämmelserna i direktiv 2014/24 och ingressen därtill som vägledning, trots att tidsfristen för att införliva det inte har löpt ut, i den mån som vissa av unionslagstiftarens antaganden och avsikter förklaras och det inte strider mot direktiv 2004/18.

55. Detta spörsmål hänger samman med att artikel 63.1 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Utnyttjande av andra enheters kapacitet” och innehåller bestämmelser som är tillämpliga på denna situation som är mer detaljerade än bestämmelserna i direktiv 2004/18. I artikel 63.1 i direktiv 2014/24, i likhet med artikel 48.3 i direktiv 2004/18, föreskrivs att den ”rättsliga arten” av förbindelserna mellan enheterna saknar betydelse. I artikel 63.1 i direktiv 2014/24 tilläggs emellertid att när aktören i fråga är beroende av ”utbildnings- och yrkeskvalifikationer” eller ”yrkeserfarenhet” får den endast utnyttja andra enheters kapacitet om de senare kommer att utföra de byggentreprenader eller tjänster för vilka denna kapacitet krävs. Av artikel 63.2 i direktiv 2014/24 framgår dessutom att den upphandlande myndigheten kan kräva att vissa kritiska uppgifter ska utföras direkt av anbudsgivaren.

56. Jag noterar inledningsvis att det problem som den nationella domstolen står inför avser samspelet *mellan två unionsrättsliga akter*. Rättspraxis rörande medlemsstaternas skyldigheter under fristen för införlivande av ett direktiv [21] avseende tolkning av nationell rätt under den perioden [22] är därför inte relevant.

57. Jag påminner vidare om att domstolen nyligen har uttalat att när direktiv 2014/24/EU har trätt i kraft efter det att omständigheterna inträffade i ett mål som är aktuellt vid en nationell domstol, kan det inte tillämpas i den tvisten. [23] Detta är förenligt med domstolens tidigare avgöranden vad gäller övergångsperioden mellan direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten [24] och direktiv 2004/18. I ett fall där ett anbud uteslöts från förfarandet för tilldelning av ett kontrakt innan tidsfristen för införlivande av direktiv 2004/18 löpt ut uttalade domstolen att det skulle ”strida mot rättssäkerhetsprincipen om de regler som ska tillämpas i målet vid den nationella domstolen bestämdes med hänsyn till dagen för tilldelning av kontraktet”. [25] Den fann därför att ”direktiv 2004/18

20 — PARTNER uppgav vid förhandlingen att det inte bjudits in för att delta i den elektroniska auktionen för tilldelning av kontraktet i fråga.

21 — Se till exempel nyligen generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302), punkt 29 med hänvisning till dom Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628), punkt 45, dom ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265), punkt 58 och dom Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias m.fl. (C-43/10, EU:C:2012:560), punkt 57.

22 — Samma förslag med hänvisning till dom Adeneler m.fl. (C-212/04, EU:C:2006:443) punkterna 122 och 123.

23 — Dom Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204), punkt 24.

24 — EGT L 199, s. 54

25 — Dom Hochtief och Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), punkt 29.

är inte tillämpligt på ett beslut som fattats av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling av byggentreprenader innan fristen för att införliva direktivet har löpt ut”.[26] Den nationella domstolens fråga i det aktuella målet avser emellertid inte förhållandet i detalj mellan de särskilda bestämmelserna i det gamla och nya direktivet utan efterfrågar endast allmän vägledning.

58. Domstolen har dock åtminstone vid ett tillfälle åberopat både ett skäl och en bestämmelse i direktiv 2014/24 vid tolkning av direktiv 2004/18. Den angav emellertid inte några skäl för detta.[27]

59. Enligt min uppfattning ska förhållandet mellan två på varandra följande EU rättsakter såvitt gäller tolkning bedömas med utgångspunkt i lagstiftarens avsikt. Formuleringen av fråga 10 är emellertid inte till någon nytta i detta avseende, eftersom det inte är klart huruvida hänvisningen till ”vissa av unionslagstiftarens antaganden och avsikter” avser direktiv 2014/24 eller direktiv 2004/18.

60. För mig är det uppenbart att lagstiftarens avsikt med direktiv 2004/18 inte kan förklaras genom direktiv 2014/24. Det kan emellertid framgå av ingressen och bestämmelserna i direktiv 2014/24 att lagstiftarens avsikt avseende vissa av bestämmelserna i det direktivet var att lagfästa den rättspraxis som förelåg, i vilken direktiv 2004/18 tillämpats. I sådana situationer finns det inget hinder mot att beakta det senare direktivet vid tolkningen av det förra. Om lagstiftarens avsikt å andra sidan är att avvika från bestämmelserna i direktiv 2004/18 eller gällande rättspraxis kan inte det nya direktivet vara till ledning för tolkningen av det föregående.

61. På den andra sidan av skalan nämner den hänskjutande domstolen ett förbehåll. Fråga 10 innebär att ett beaktande av direktiv 2014/24 är uteslutet om det ”strider mot direktiv 2004/18”. Detta följer naturligtvis av rättssäkerhetsprincipen som innebär att retroaktiv tillämpning är förbjuden av rättsakter som inte är tillämpliga i tiden.[28]

62. I frågans kärna ligger emellertid de bestämmelser i direktiv 2014/24 som innebär att aspekter läggs till i direktiv 2004/18 eller den rättspraxis i vilken det tillämpats när det inte finns någon logisk motsägelse mellan rättsakterna och direktiv 2004/18 inte innehåller några uppgifter om eller är oklar beträffande den aktuella frågan.

63. Jag anser att det följer av rättssäkerhetsprincipen att ovillkorliga regler och bestämmelser i direktiv 2014/24 inte kan tillämpas som ”tolkningar” av direktiv 2004/18 till nackdel för ekonomiska aktörer som deltar i förfaranden om kontraktstilldelning. Om lagstiftarens avsikt med relevanta bestämmelser i direktiv 2014/24 snarare är att åstadkomma ytterligare harmonisering av gällande lagstiftning och rättspraxis och inte att bryta ned den föreligger emellertid inte något hinder mot att använda dem till ledning för tolkningen av direktiv 2004/18.

26 — Ibid., punkt 30. Jag tillägger att detta synsätt är förenligt med det som domstolen tillämpade i dom Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242), punkt 27 och dom kommissionen/Frankrike (C-337/98, EU:C:2000:543), punkterna 38 och 39.

27 — Dom Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), punkt 37. Jag noterar också att generaladvokaten Kokott i sitt förslag till avgörande i målet Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2006:410), punkt 50 hänvisade till en bestämmelse i direktiv 2004/18 för att bekräfta en tolkning av rådets direktiv 93/37 av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, s. 54) fastän det förra ännu inte var aktuellt av tidsskäl. Domstolen konstaterade emellertid i punkt 61 i domen i målet Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31) att bestämmelsen i fråga i direktiv 2004/18 var ”av tidsskäl inte tillämplig på omständigheterna i målet vid den nationella domstolen”. Se också ett uttalande av generaladvokaten Wahl i förslag till avgörande Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:291), punkt 40, och domstolens underkännande av betydelsen av direktiv 2014/24 i punkt 8 i domen i målet Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino”, m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440).

28 — På denna punkt påminner jag om domstolens klassiska formulering i domen i målet Fédesa m.fl. (C-331/88, EU:C:1990:391), punkt 45, där domstolen fann att ”rättssäkerhetsprincipen i allmänhet förbjuder att en gemenskapsrättslig åtgärd får verkan från en tidpunkt innan den publiceras men det kan undantagsvis förhålla sig annorlunda när det eftersträvade syftet kräver detta och med vederbörligt beaktande av befogade förväntningar hos dem som berörs”. Dessa nödvändiga förutsättningar för retroaktivitet föreligger inte i detta mål.

64. På grund av dessa skäl föreslår jag att fråga 10 besvaras så, att det är tillåtet att vid tolkningen av bestämmelserna i direktiv 2004/18 använda innehållet i bestämmelserna i direktiv 2014/24 och ingressen därtill som vägledning, trots att tidsfristen för att införliva det inte har löpt ut, i den mån som det innebär en kodifiering av den rättspraxis i vilken direktiv 2004/18 tillämpats eller innebär att aspekter läggs till i det direktivet, men inte strider mot direktiv 2004/18 eller innebär ovillkorliga regler eller bestämmelser till nackdel för ekonomiska aktörer.

V – **Förslag till avgörande**

65. På grund av de föregående skälen föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som hänskjutits av Krajowa Izba Odwoławcza på följande sätt:

Frågorna 1, 2, 3, 5 och 6

Artiklarna 44 och 48.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, jämförda med artikel 2 i samma direktiv, ska tolkas så, att uttrycket ”vid behov” inte i sig innebär någon väsentlig begränsning av de situationer i vilka en ekonomisk aktör kan utnyttja andra enheters resurser för att inför en upphandlande myndighet visa att aktören i fråga har den tekniska och/eller yrkesmässiga kapacitet som erfordras för fullgörande av ett visst offentligt kontrakt. Arten av de rättsliga förbindelserna mellan den ekonomiska aktören och den utomstående enheten saknar betydelse men den ekonomiska aktören måste visa inför den upphandlande myndigheten att han faktiskt förfogar över samtliga resurser för att fullgöra kontraktsvillkoren. En anbudsgivare får utnyttja andra enheters kapacitet för att visa sin tekniska och/eller yrkesmässiga förmåga under förutsättning av de begränsningar som följer av beskaffenheten av och ändamålet med det kontrakt som ska fullgöras.

Fråga 4

Artikel 48.3 i direktiv 2004/18 jämförd med artikel 2 i samma direktiv ska tolkas så, att den upphandlande myndigheten, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, ska ange varje villkor som medför hinder för att tillämpa artikel 48.3 i direktiv 2004/18 för att visa uppfyllelse av krav avseende minimikapacitet. Den upphandlande myndigheten får i övrigt inte föra in uttryckliga villkor eller regler i meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget avseende om eller hur anbudsgivarna får utnyttja andra enheters kapacitet.

Fråga 7

I fall där det är tillåtet att lämna anbud på delar är det inte förenligt med principen om lika och icke-diskriminerande behandling av ekonomiska aktörer enligt artikel 2 i direktiv 2004/18, att tillåta att en ekonomisk aktör, efter det att anbud lämnats, får ange till vilken av delarna de av denna angivna resurserna ska hänföras i syfte att visa att villkoren för deltagande i förfarandet uppfyllts.

Frågorna 8 och 9

Enligt artikel 2 i direktiv 2004/18 fordras att en elektronisk auktion ogiltigförklaras och görs om, om en anbudssökande som uppfyller kriterierna för att delta i förfarandet för tilldelning av kontrakt inte anmodats att delta i den elektroniska auktionen.

Fråga 10

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG kan användas till ledning för tolkningen av direktiv 2004/18 trots att tiden för införlivandet av direktiv 2014/24 ännu inte löpt ut, men endast i

den omfattning som det innebär en kodifiering av den rättspraxis i vilken direktiv 2004/18 tillämpats eller att aspekter läggs till i det direktivet, men inte strider mot direktiv 2004/18 eller innehåller tvingande regler eller villkor till nackdel för ekonomiska aktörer.