Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (åttonde avdelningen)

den 26 september 2024*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2004/18/EG – Artikel 47.3 – Artikel 48.4 – En anbudsgivare utesluts från upphandlingsförfarandet – Det är inte möjligt att reducera det ursprungliga antalet medlemmar i den tillfälliga företagssammanslutning som lämnat ett anbud – Oförenlighet – Ett anbuds giltighetstid – Anbudet upphör inte att gälla när det löper ut – Anbudet måste enligt rättspraxis uttryckligen tas tillbaka – Den provisoriska säkerhet som åtföljer anbudet går förlorad – Automatisk tillämpning av denna åtgärd – Artikel 2 – Principer för offentlig upphandling – Proportionalitetsprincipen – Principen om likabehandling – Kravet på öppenhet – Åsidosättande”

I de förenade målen C-403/23 och C-404/23,

angående två beslut att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien), av den 16 juni 2023, som inkom till domstolen den 30 juni respektive den 3 juli 2023, i målen

Luxone Srl, som agerar för egen räkning och i egenskap av ombud för en tillfällig sammanslutning av företag som ska bildas med Iren Smart Solutions SpA (C-403/23),

Sofein SpA, tidigare Gi One SpA (C-404/23)

mot

Consip SpA,

ytterligare deltagare i rättegången:

Elba Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni SpA,

Sofein SpA, tidigare Gi One SpA (C-403/23),

Iren Smart Solutions SpA,

Consorzio Stabile Energie Locali Scarl,

City Green Light Srl,

Enel Sole Srl,

* Rättegångsspråk: italienska.

Luxone Srl (C-404/23),

meddelar

DOMSTOLEN (åttonde avdelningen)

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

generaladvokat: P. Pikamäe,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Luxone Srl, som agerar för egen räkning och i egenskap av ombud för en tillfällig sammanslutning av företag som ska bildas med Iren Smart Solutions SpA, och Sofein SpA, genom P. Leozappa, avvocato,

– Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av A. De Curtis, L. Fiandaca och D.G. Pintus, avvocati dello Stato,

– Europeiska kommissionen, genom G. Gattinara och G. Wils, båda i egenskap av ombud,

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

följande

Dom

1 Respektive begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114), artikel 6 FEU, artiklarna 49, 50, 54 och 56 FEUF, artiklarna 16, 49, 50 och 52 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) samt av artikel 4 i protokoll nr 7 till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Strasbourg den 22 november 1984.

2 Respektive begäran har framställts i två mål mellan, å ena sidan, Luxone Srl, som agerar för egen räkning och i egenskap av ombud för en tillfällig sammanslutning av företag som ska bildas med Iren Smart Solutions SpA (mål C-403/23), respektive Sofein SpA, tidigare Gi One SpA (mål C-404/23), och, å andra sidan, den upphandlande myndigheten Consip SpA. Målen rör den upphandlande myndighetens beslut att dels utesluta den tillfällig företagssammanslutning, som Luxone och Sofein ingick i, ur ett förfarande för offentlig upphandling, dels förverka den provisoriska säkerhet som medlemmarna i denna företagssammanslutning hade ställt för att kunna delta i förfarandet.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2004/18

3 I skälen 2 och 32 i direktiv 2004/18 angavs följande:

”(2) Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Bestämmelserna om samordning bör därför tolkas i överensstämmelse med såväl de ovannämnda reglerna och principerna som andra bestämmelser i fördraget.

…

(32) För att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling bör det fastställas bestämmelser om underleverantörer.”

4 I artikel 2 i direktivet, som hade rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, föreskrevs följande:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

5 Artikel 4 hade rubriken ”Ekonomiska aktörer”. I punkt 2 i den artikeln föreskrevs följande:

”Grupper av ekonomiska aktörer får lämna anbud eller anmäla sig som anbudssökande. De upphandlande myndigheterna får inte kräva att sådana grupper skall anta en viss juridisk form för att få lämna ett anbud eller en anbudsansökan, men de får kräva att den utsedda gruppen skall anta en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet skall kunna fullgöras korrekt.”

6 Artikel 45 i direktivet hade rubriken ”Anbudssökandes eller anbudsgivares personliga ställning”. I punkt 2 i den artikeln föreskrevs följande:

”En ekonomisk aktör får uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt om han

…

c) enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetiken,

d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,

…

g) i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt detta avsnitt eller har underlåtit att lämna sådan information.

Medlemsstaterna skall i enlighet med nationell rätt och med hänsyn till gemenskapsrätten fastställa villkoren för tillämpning av denna punkt.”

7 Artikel 47 i direktiv 2004/18 hade rubriken ”Ekonomisk och finansiell ställning”. I punkterna 2 och 3 i den artikeln föreskrevs följande:

”2. En ekonomisk aktör får vid behov och när det gäller ett bestämt kontrakt åberopa andra enheters kapacitet oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och dessa enheter. I detta fall skall han bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna, t.ex. genom att lägga fram ett åtagande från enheterna.

3. En grupp av ekonomiska aktörer enligt artikel 4 får på samma villkor åberopa resurserna hos deltagare i gruppen eller hos andra enheter.”

8 I artikel 48 i direktivet, med rubriken ”Teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet”, föreskrevs följande:

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

…

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.

4. På samma villkor får en sådan grupp av ekonomiska aktörer som avses i artikel 4 åberopa kapaciteten hos deltagarna i gruppen eller hos andra enheter.”

9 Bilaga VII A till direktivet hade rubriken ”Information som skall finnas i meddelanden om offentlig upphandling”. I punkterna 14 och 21 i det avsnitt som rörde ”Meddelande om upphandling” föreskrevs att det i ett meddelande om upphandling skulle anges ”[i] tillämpliga fall, de säkerheter och garantier som begärs” respektive ”[d]en tid anbudsgivaren skall vara bunden av sitt anbud (öppna förfaranden)”.

Direktiv 2004/17

10 Det följer av artiklarna 3–9 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 2004, s. 1) att direktivet var tillämpligt på offentlig upphandling som rörde en eller flera verksamheter inom följande områden: gas, värme och el, vatten, transporttjänster, och undersökning av förekomsten av eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen.

11 Artikel 11.2 i direktiv 2004/17 hade samma lydelse som artikel 4.2 i direktiv 2004/18, förutom att uttrycket ”de upphandlande myndigheterna” hade ersatts med en hänvisning till de ”upphandlande enheterna”.

Italiensk rätt

12 Decreto legislativo n.°163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lagstiftningsdekret nr 163 om offentliga byggentreprenad-, tjänste- och varukontrakt, med införlivande av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG) av den 12 april 2006 (GURI nr 100 av den 2 maj 2006, ordinarie tillägg nr 107) (nedan kallad den gamla lagen om offentlig upphandling) innehöll en artikel 11 med rubriken ”Stegen i upphandlingsförfaranden”. I punkt 6 i den artikeln föreskrevs följande:

”En anbudsgivare får endast lämna ett anbud. Anbudet är bindande under den tid som anges i meddelandet om upphandling eller i inbjudan eller, om ingen tidsperiod anges, i 180 dagar från det att fristen för att lämna anbud har löpt ut. Den upphandlande myndigheten kan begära att anbudsgivarna förlänger denna giltighetsperiod.”

13 Artikel 37 i den gamla lagen om offentlig upphandling hade rubriken ”Tillfälliga företagssammanslutningar och ordinära konsortier av anbudsgivare”. I punkterna 8–10 samt 18 och 19 i den artikeln föreskrevs följande:

”8. Anbud får lämnas av de personer som avses i artikel 34.1 d och 34.1 e, även om dessa ännu inte har bildats. I så fall ska anbudet vara undertecknat av alla ekonomiska aktörer som kommer att bilda den aktuella tillfälliga företagssammanslutningen eller det aktuella ordinära konsortiet av anbudsgivare och innehålla ett åtagande om att ovannämnda aktörer i händelse av tilldelning av kontraktet kommer att lämna särskild kollektiv fullmakt till en av dem, som utsetts i anbudet och som benämns som ledarföretag, med rätt att underteckna kontraktet för egen räkning och å de deltagande företagens vägnar.

9. … Med förbehåll för bestämmelserna i punkterna 18 och 19 är det förbjudet att ändra sammansättningen av den tillfälliga företagssammanslutningen eller det ordinära konsortiet av anbudsgivare på något sätt jämfört med den sammansättning som framgår av det åtagande som gjordes i samband med anbudet.

10. Bristande iakttagande av förbuden i den föregående punkten medför att tilldelningen av kontraktet ska ogiltigförklaras eller att kontraktet är ogiltigt samt att de anbudsgivare, som parallellt med eller efter upphandlingsförfarandet har bildat den aktuella företagssammanslutningen eller det aktuella ordinära konsortiet av anbudsgivare, utesluts.

…

18. Om ledarföretaget går i konkurs eller om näringsidkaren – när ledarföretaget är en enskild firma – avlider, blir föremål för förbud mot att utöva vissa rättigheter eller verksamheter, ställs under förvaltarskap eller går i konkurs samt i de fall som avses i lagstiftningen mot maffia får den upphandlande myndigheten fortsätta kontraktsförhållandet med en annan ekonomisk aktör som har utsetts till ledarföretag på de sätt som föreskrivs i denna lag, under förutsättning att denne uppfyller lämpliga krav på kvalificering för att utföra de arbeten, leverera de varor eller tillhandahålla de tjänster som kvarstår. Om dessa villkor inte är uppfyllda får den upphandlande myndigheten häva kontraktet.

19. Om ett av de deltagande företagen går i konkurs eller om näringsidkaren – när det deltagande företaget är en enskild firma – avlider, blir föremål för förbud mot att utöva vissa rättigheter eller verksamheter, ställs under förvaltarskap eller går i konkurs samt i de fall som avses i lagstiftningen mot maffia är ledarföretaget – om detta inte utser en annan ekonomisk aktör att träda in i det deltagande företagets ställe som uppfyller de fastställda lämplighetskraven – skyldigt att genomföra kontraktet i egen regi eller genom de övriga deltagande företagen, under förutsättning att dessa uppfyller lämpliga krav på kvalificering för att utföra de arbeten, leverera de varor eller tillhandahålla de tjänster som kvarstår.”

14 Artikel 38 i den lagen hade rubriken ”Allmänna villkor”. I punkt 1 f i den artikeln föreskrevs följande:

”Följande personer ska uteslutas från upphandlingsförfaranden för koncessioner, offentliga byggentreprenadkontrakt, varukontrakt och tjänstekontrakt och får inte tilldelas underentreprenadkontrakt eller ingå därmed sammanhängande avtal:

…

f) personer som enligt den upphandlande myndighetens motiverade bedömning har agerat grovt vårdslöst eller i ond tro vid utförandet av tjänster som tilldelats av den upphandlande myndighet som har publicerat meddelandet om offentlig upphandling, eller har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten …”

15 Artikel 48 i den lagen hade rubriken ”Kontroll av att kravet är uppfyllt”. I punkt 1 i den artikeln föreskrevs följande:

”De upphandlande myndigheterna ska, innan de öppnar kuverten med ingivna anbud, begära att ett antal anbudsgivare som inte understiger 10 procent av de ingivna anbuden, avrundat uppåt till nästa heltal, vilka har valts ut genom offentlig lottdragning, inom tio dagar från begäran ska styrka att de uppfyller kraven rörande ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och organisatorisk förmåga, som eventuellt uppställs i meddelandet om upphandling, genom att inge de handlingar som anges i nämnda meddelande eller i inbjudan. De upphandlande myndigheterna ska vid en kontroll undersöka huruvida anbudsgivarna uppfyller kravet på kvalificering för att utföra arbetet med hjälp av det dataregister som avses i artikel 7.10 eller med hjälp av infrastruktur- och transportministeriets webbplats. Vad gäller kontrakt som tilldelats entreprenörer, samt vad gäller varuleverantörer eller tjänsteleverantörer ska kontrollen av att kravet i artikel 42.1 a i denna lag är uppfyllt göras med hjälp av den nationella databas för offentlig upphandling som avses i artikel 6a i denna lag. Om sådan bevisning inte läggs fram, eller om bevisningen inte bekräftar de uppgifter som angetts i anbudsansökan eller i anbudet, ska de upphandlande myndigheterna utesluta deltagaren från upphandlingsförfarandet och ta den provisoriska säkerheten i anspråk, samt underrätta myndigheten

om detta med avseende på de åtgärder som avses i artikel 6.11. Myndigheten ska även dra in [rätten att] delta i upphandlingsförfaranden under en till tolv månader.”

16 I artikel 75 i samma lag, som hade rubriken ”Garantier som åtföljer anbudet”, föreskrevs följande:

”1. Anbudet ska förses med en garanti, motsvarande 2 procent av det grundpris som angetts i meddelandet om upphandling eller i inbjudan, i form av en säkerhet eller borgen, enligt anbudsgivarens eget val. …

…

6. Garantin ska täcka situationen då kontraktet inte undertecknas på grund av ett agerande av den som har tilldelats kontraktet, och garantin ska automatiskt frisläppas när kontraktet undertecknas.

…

9. Den upphandlande myndigheten ska, i den handling varigenom de som inte har tilldelats kontraktet underrättas om beslutet om tilldelning, samtidigt besluta att den garanti som avses i punkt 1 frisläpps för dessa utan dröjsmål och i vart fall senast inom trettio dagar efter det att kontraktet tilldelats, även om garantin fortfarande är giltig.”

Målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

17 Genom ett meddelande som offentliggjordes den 21 december 2015 inledde Consip ett öppet anbudsförfarande för tilldelning av ett kontrakt, som var uppdelat i tolv delar och som avsåg tillhandahållande av belysning samt därtill hörande och valfria tjänster.

18 En tillfällig företagssammanslutning under bildande, i vilken Luxone var det ledande företaget (nedan kallad den tillfälliga företagssammanslutningen Luxone), lämnade in ett anbud avseende fyra av dessa tolv delar. I företagssammanslutningen ingick även Consorzio Stabile Energie Locali Scarl (nedan kallat CSEL), Iren Servizi e Innovazione SpA (numera Iren Smart Solutions), Gestione Integrata Srl och Exitone SpA.

19 Genom skrivelse av den 28 september 2018 anmodade Gi One, numera Sofein, Consip att notera att bolaget hade övertagit Exitones och Gestione Integratas ”alla rättigheter och skyldigheter”.

20 Consip förbehöll sig visserligen rätten att vid inledandet av förfarandet för kontroll av avvikelser i anbuden bedöma huruvida Exitone utan avbrott uppfyllde de allmänna villkoren i artikel 38 i den gamla lagen om offentlig upphandling, men inledde inte något efterföljande förfarande.

21 Det aktuella upphandlingsförfarandet, vilket skulle ha avslutats senast den 18 april 2017, förlängdes vid åtta tillfällen i ”syfte att säkerställa att Consip fick den tid som behövdes för att avsluta förfarandet”. Varje förlängning gjorde det nödvändigt dels att bekräfta de anbud som under tiden hade löpt ut, dels att förlänga de provisoriska säkerheter som åtföljde dessa anbud.

22 Efter den sjunde begäran om bekräftelse av dessa anbud den 2 mars 2020, underrättade den tillfälliga företagssammanslutningen Luxone, genom skrivelse av den 30 mars 2020, Consip om att Luxone och Iren Smart Solutions, till skillnad från Sofein och CSEL, bekräftade de anbud som

de tidigare hade lämnat. Sofein och CSEL angav att med hänsyn till hur länge förberedelserna för tilldelning av det aktuella kontraktet hade pågått, var de anbud som lämnades under år 2016 ”… inte längre hållbara ur affärsmässig synvinkel eller utifrån en korrekt och ansvarsfull drift av verksamheten”.

23 Genom skrivelse av den 9 juni 2020 begärde Consip, för åttonde gången, att samtliga medlemmar i den tillfälliga företagssammanslutningen Luxone skulle bekräfta det anbud som hade löpt ut samt att giltighetstiden för den provisoriska säkerhet som åtföljde detta skulle förlängas till och med den 30 november 2020.

24 Genom skrivelse av den 18 juni 2020, vilken Consip inte besvarade, upprepade Luxone och Iren Smart Solutions sina anbud, samtidigt som de erinrade om att Sofein och CSEL inte ville bekräfta sina anbud.

25 Genom skrivelse av den 30 september 2020 inledde Consip ett förfarande för att kontrollera att villkoret i artikel 38.1 f i den gamla lagen om offentlig upphandling var uppfyllt och för att bedöma om den omständigheten att Sofein och CSEL hade dragit sig ur var laglig. Consip ansåg nämligen att dessa två bolag rättsstridigt hade ”dragit sig ur” den tillfälliga företagssammanslutningen Luxone, eftersom de inte hade bekräftat sina anbud.

26 Genom beslut av den 11 november 2020 (nedan kallat beslutet om uteslutning av den 11 november 2020) uteslöt Consip den tillfälliga företagssammanslutningen Luxone från det aktuella upphandlingsförfarandet.

27 För det första påpekade Consip att artikel 11.6 i den gamla lagen om offentlig upphandling endast gav anbudsgivaren, det vill säga i förevarande fall den tillfälliga företagssammanslutningen Luxone i dess helhet, rätt att frånträda anbudet efter det att en viss tidsfrist löpt ut. Denna rätt kan följaktligen inte utövas av endast en del av medlemmarna i företagssammanslutningen.

28 För det andra kritiserade Consip närmare bestämt Sofein för att ha dragit sig ur nämnda sammanslutning för att kringgå artikel 38.1 i den lagen. Enligt den bestämmelsen borde Sofein nämligen ha uteslutits från det aktuella upphandlingsförfarandet på grund av agerandet av de två bolag som Sofein hade efterträtt, vilket kunde påverka Sofeins tillförlitlighet och för vilket det var ansvarigt. Consip anklagade även Sofein för att ha begått straffbara gärningar.

29 För det tredje anklagade Consip Luxone för ”bristande yrkesetik”, vilket framgår av det åtal som väckts för obstruktion av offentliga upphandlingsförfaranden och av den dom som Tribunale di Messina (Domstolen i Messina, Italien) meddelade den 14 juli 2020 mot den person som fram till den 22 juli 2019 var verkställande direktör för det bolag som Luxone efterträtt.

30 För det fjärde klandrade Consip CSEL för att ha dragit sig ur den tillfälliga företagssammanslutningen Luxone i syfte att dölja att detta bolag inte uppfyllde de föreskrivna villkoren och att det inte förfogade över de resurser som var nödvändiga för att fullgöra det aktuella kontraktet.

31 Genom beslut av den 12 november 2020 beslutade Consip om förverkande av de provisoriska säkerheter på totalt 2 950 000 euro som hade ställts för de fyra delar avseende vilka den tillfälliga företagssammanslutningen Luxone hade lämnat anbud.

32 Som svar på Consips beslut av den 11 och den 12 november 2020 hävdade CSEL, i en skrivelse av den 20 november 2020, att det oavbrutet hade uppfyllt samtliga föreskrivna villkor för att delta i det aktuella förfarandet. Den omständigheten att CSEL inte hade bekräftat anbudet, vilket inte kunde anses innebära att det hade dragit sig ur den tillfälliga företagssammanslutningen Luxone, berodde för övrigt på en övergripande omorganisation av företaget.

33 Genom skrivelse av den 10 december 2020 fastställde Consip beslutet om uteslutning av den 11 november 2020.

34 Luxone, som agerar för egen räkning och i egenskap av ombud för den tillfälliga företagssammanslutningen Luxone, och Sofein överklagade, genom två separata överklaganden och utan framgång, beslutet om uteslutning av den 11 november 2020 och beslutet av den 12 november 2020 till Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien). De överklagade även nämnda domstols avgöranden till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien), som är den hänskjutande domstolen.

35 Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har angett att den har beslutat att skjuta upp verkställigheten av beslutet om förverkande av de provisoriska säkerheterna, bland annat på grund av storleken på totalbeloppet.

36 Den hänskjutande domstolen anser att det, till och med innan den prövar överklagandena i den del de avser beslutet om uteslutning av den 11 november 2020, är lämpligt att bedöma huruvida artikel 11.6 i den gamla lagen om offentlig upphandling – som av de italienska förvaltningsdomstolarna tolkas så, att avsaknaden av bekräftelse av ett anbud eller endast en delvis bekräftelse av detta, vid den tidpunkt då anbudet löper ut och upphör att vara bindande för den berörda anbudsgivaren, ska likställas med att den aktör som inte har bekräftat sitt anbud eller endast delvis har bekräftat detta har dragit sig ur den tillfälliga företagssammanslutning som lämnat anbudet – är förenlig med unionsrätten.

37 För det fall vissa av medlemmarna i en sådan företagssammanslutning drar sig ur denna anser den hänskjutande domstolen att artikel 11.6, artikel 37 punkterna 8–10, 18 och 19 samt artikel 38.1 f i den lagen innebar att den upphandlande myndigheten var skyldig att utesluta de aktörer som ingick i företagssammanslutningen, med hänsyn till förbudet mot att ändra sammansättningen i denna. De enda undantagen från principen att en tillfällig företagssammanslutning inte får ändras angavs i artikel 37.18 och 37.19 i den lagen.

38 Syftet med bestämmelsen i artikel 11.6 i den gamla lagen om offentlig upphandling var att säkerställa att det anbud som lämnats kvarstod under hela den tid som förfarandet för offentlig upphandling förutsågs pågå och inte att begränsa dess verkningar i tiden. Enligt Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) innebar denna bestämmelse inte att anbudet upphörde att gälla när fristen hade löpt ut, utan endast att den berörda anbudsgivaren kunde frånträda sitt anbud, förutsatt att nämnda anbudsgivare uttryckligen åberopade den möjligheten. Dessutom skulle principen att en tillfällig företagssammanslutning inte får ändras subjektivt tillämpas även i de fall då företagssammanslutningen ännu inte formellt hade bildats.

39 I förevarande fall motiveras dessutom uteslutandet av den tillfälliga företagssammanslutningen Luxone från det aktuella upphandlingsförfarandet av Sofeins förhållningssätt, eftersom Sofein genom att dra sig ur denna företagssammanslutning försökte undandra sig den kontroll av dess ”moraliska tillförlitlighet” som hade tillkännagetts. Det framgår emellertid av praxis från

Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) att den omständigheten att en av medlemmarna i en företagssammanslutning drar sig ur denna ska bero på de organisatoriska behov som är utmärkande för den tillfälliga företagssammanslutningen eller konsortiet.

40 Den hänskjutande domstolen anser att de omtvistade bestämmelserna i den gamla lagen om offentlig upphandling är förenliga med artikel 4.2 i direktiv 2004/18 och med artikel 11.2 i direktiv 2004/17, som har en liknande lydelse.

41 Luxone och Sofein har emellertid kritiserat Consiglio di Statos (Högsta förvaltningsdomstolen) praxis, eftersom den i praktiken tvingar medlemmarna i en tillfällig företagssammanslutning att fortsätta att vara bundna av sina anbud under obestämd tid, inbegripet när det bindande anbudet har löpt ut flera gånger. En sådan tolkning strider mot principen om näringsfrihet, som garanteras i artikel 16 i stadgan, mot proportionalitetsprincipen och konkurrensprincip samt mot etableringsfriheten och frihet en att tillhandahålla tjänster, vilka stadfästs i artiklarna 49, 50, 54 och 56 FEUF.

42 Den hänskjutande domstolen har medgett att förbudet för en medlem i en sådan företagssammanslutning att frånträda det anbud som lämnats och som har löpt ut på nytt, vid äventyr av att hela företagssammanslutningen utesluts, särskilt i förfaranden som pågår under lång tid, framstår som oproportionerligt för att säkerställa att anbudet är seriöst, åtminstone när de ekonomiska aktörer som har bekräftat anbudet fortfarande själva kan uppfylla samtliga villkor för att delta i förfarandet för offentlig upphandling. Enligt artikel 2 i direktiv 2004/18, jämförd med skäl 2 i samma direktiv, får de åtgärder som medlemsstaterna vidtar inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.

43 Luxone och Sofein har vidare gjort gällande att beslutet av den 12 november 2020 om förverkande av de provisoriska säkerheterna är rättsstridigt till följd av att beslutet om uteslutning av den 11 november 2020 är rättsstridigt och att beslutet är behäftat med fel. Förverkande av dessa säkerheter kan nämligen endast ske i de två fall som föreskrivs i artikel 48.1 respektive artikel 75.6 i den gamla lagen om offentlig upphandling, det vill säga när den anbudsgivare som kontrolleras inte kan styrka att denne uppfyller ”kraven rörande ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och organisatorisk förmåga” och när ett kontrakt inte har undertecknats på grund av ”ett agerande av den som har tilldelats kontraktet”. Tvisterna vid den nationella domstolen omfattas emellertid inte av något av dessa två fall.

44 Trots den omständigheten att Corte costituzionale (Författningsdomstolen, Italien) i dom nr 198 av den 26 juli 2022 slog fast att förverkandet av en säkerhet inte utgjorde en straffrättslig påföljd, anser den hänskjutande domstolen, i likhet med Luxone och Sofein, att det automatiska förverkandet av de provisoriska säkerheterna, med hänsyn till omfattningen av den ”ekonomiska börda” som ålagts dessa bolag, i förhållande till nämnda bolag liknar en sådan påföljd.

45 I artikel 49.3 i stadgan föreskrivs att ”[s]traffets stränghet [inte] bör … vara oproportionerlig i förhållande till lagöverträdelsen”. Även artikel 1 i tilläggsprotokoll nr 1 till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Paris den 20 mars 1952, och artikel 17 i stadgan har tolkats så, att de syftar till att säkerställa att agerandet och den ålagda påföljden står i proportion till varandra genom att förbjuda en omotiverad begränsning av rätten till egendom och därmed undvika en ”orimlig och oproportionerlig uppoffring” i förhållande till det eftersträvade målet. Proportionalitetsprincipen uttrycks även allmänt i skäl 2 i direktiv 2004/18.

46 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målen och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Utgör direktiv [2004/18], artiklarna 16 och 52 i [stadgan], principerna om proportionalitet, konkurrens, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster i artiklarna 49, 50, 54 respektive 56 FEUF hinder för nationella bestämmelser (artiklarna 11.6, 37.8–37.10, 37.18, 37.19 och 38.1 f i den gamla lagen om offentlig upphandling) enligt vilka det, för det fall giltighetsperioden för det ursprungliga anbud som har lämnats av en tillfällig företagssammanslutning under bildande löper ut, inte är tillåtet att reducera det ursprungliga antalet medlemmar i sammanslutningen i samband med att anbudets giltighetsperiod förlängs? Är nämnda nationella bestämmelser närmare bestämt förenliga med de allmänna unionsrättsliga principerna om näringsfrihet och ändamålsenlig verkan samt med artikel 16 i [stadgan]?

2) Utgör direktiv [2004/18], artiklarna 16, 49, 50 och 52 i [stadgan], artikel 4 i protokoll nr 7 till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, artikel 6 FEU, principerna om proportionalitet, konkurrens, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster i artiklarna 49, 50, 54 respektive 56 FEUF hinder för nationella bestämmelser (artiklarna 38.1 f, 48 och 75 i den gamla lagen om offentlig upphandling) vilka föreskriver att sanktionen att förverka den provisoriska säkerheten ska tillämpas, som en automatisk konsekvens av att en ekonomisk aktör har uteslutits från ett förfarande för tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt, även oberoende av huruvida samma ekonomiska aktör har tilldelats det aktuella kontraktet eller ej?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

47 EU-domstolen påpekar inledningsvis att det framgår av dess fasta praxis att det enligt det förfarande för samarbete mellan nationella domstolar och EU-domstolen som införts genom artikel 267 FEUF ankommer på EU-domstolen att ge den nationella domstolen ett användbart svar, som gör det möjligt för den domstolen att avgöra det mål som den ska pröva. I detta syfte kan EU-domstolen föranledas att beakta unionsrättsliga normer som den nationella domstolen inte har hänvisat till i den fråga som den ställt. Den omständigheten att en nationell domstol formellt sett har formulerat sin tolkningsfråga med hänvisning till vissa bestämmelser i unionsrätten, utgör nämligen inte hinder för att EU-domstolen tillhandahåller den domstolen alla uppgifter om unionsrättens tolkning som kan vara användbara vid avgörandet av det nationella målet, oberoende av om det har hänvisats därtill i frågorna eller inte. EU-domstolen ska härvid, utifrån samtliga uppgifter som den nationella domstolen har lämnat, och i synnerhet utifrån skälen i beslutet om hänskjutande, avgöra vilka delar av unionsrätten som behöver tolkas med hänsyn till saken i målet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 december 1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, punkt 8 och dom av den 5 december 2023, Nordic Info, C-128/22, EU:C:2023:951, punkt 99 och där angiven rättspraxis).

48 I förevarande fall avser det aktuella kontraktet inte en eller flera av de verksamheter som nämns i artiklarna 3–9 i direktiv 2004/17 och som direktivet är tillämpligt på. Kontraktet omfattas således av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18.

49 Mot denna bakgrund ska den hänskjutande domstolen anses ha ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 47.3 och artikel 48.4 i direktiv 2004/18, jämförda med den allmänna proportionalitetsprincipen, ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning som innebär att det inte är möjligt för de ursprungliga medlemmarna i en tillfällig företagssammanslutning, som är anbudsgivare, att dra sig ur denna företagssammanslutning, när giltighetstiden för det anbud som har lämnats av nämnda företagssammanslutning löper ut och den upphandlande myndigheten vill förlänga giltigheten av de anbud som lämnats in till den.

50 Det ska inledningsvis erinras om att artikel 47.2 och artikel 48.3 i direktiv 2004/18 ger en ekonomisk aktör rätt att åberopa dels de ekonomiska och finansiella resurserna, dels den tekniska och/eller yrkesmässiga kapaciteten hos medlemmarna i företagssammanslutningen eller hos andra enheter, förutsatt att aktören bevisar för den upphandlande myndigheten att företagssammanslutningen kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet. Kumulering av flera ekonomiska aktörers kapacitet är således tillåten enligt direktivet i syfte att uppfylla de minimikrav angående kapacitet som den upphandlande myndigheten har fastställt, förutsatt att den anbudssökande eller anbudsgivare som åberopar en eller flera andra enheters kapacitet bevisar för den upphandlande myndigheten att den verkligen kommer att förfoga över de resurser hos de andra enheterna som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet. En sådan tolkning är förenlig med det i direktiven om offentlig upphandling eftersträvade målet att öppna upp offentliga kontrakt för så bred konkurrens som möjligt, vilket inte enbart ska gagna de ekonomiska aktörerna utan även de upphandlande myndigheterna. En sådan tolkning bidrar dessutom till att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar, vilket även, enligt vad som anges i skäl 32 i direktiv 2004/18 är ett av direktivets mål (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punkterna 29, 33 och 34, och dom av den 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punkterna 25–27).

51 Det framgår även av artikel 47.3 och artikel 48.4 i direktivet att en grupp av ekonomiska aktörer enligt artikel 4 på samma villkor får åberopa resurserna hos deltagare i gruppen eller hos andra enheter.

52 Varken artikel 47.3 eller artikel 48.4 i direktiv 2004/18 innehåller emellertid några särskilda bestämmelser vad gäller ändringar avseende sammansättningen i en grupp av ekonomiska aktörer som är anbudsgivare, med följd att regleringen av en sådan situation omfattas av medlemsstaternas befogenhet (se, analogt, dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punkt 35).

53 I förevarande fall följer det av artikel 37 punkterna 9, 10, 18 och 19 i den gamla lagen om offentlig upphandling att – om inte det ledande företaget eller en medlem av en tillfällig företagssammanslutning gick i konkurs – var varje ändring som påverkade den ursprungliga sammansättningen i en sådan företagssammanslutning, vid äventyr av att samtliga medlemmar i företagssammanslutningen uteslöts från förfarandet för offentlig upphandling, förbjuden.

54 Detta förbud mot att ändra sammansättningen i en tillfällig företagssammanslutning ska emellertid bedömas mot bakgrund av de allmänna principerna i unionsrätten, särskilt principen om likabehandling, kravet på öppenhet som följer av denna och proportionalitetsprincipen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punkt 36).

55 Den principen, som det erinras om i skäl 2 i direktiv 2004/18 innebär att de regler som medlemsstaterna eller de upphandlande myndigheterna ställer upp inom ramen för genomförandet av bestämmelserna i nämnda direktiv inte får gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de mål som eftersträvas med direktivet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 48, och dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 155).

56 Principen om likabehandling innebär att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, vilket innebär att samma villkor för anbudsgivningen måste gälla för alla anbudsgivare. Syftet med kravet på öppenhet, vilket är en följd av den förstnämnda principen, är att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Kravet på öppenhet innebär att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt dels för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten på ett effektivt sätt ska kunna kontrollera om anbuden från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 november 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44, och dom av den 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 36).

57 Principerna om öppenhet och likabehandling, vilka styr samtliga förfaranden för offentlig upphandling, kräver att de materiella och formella villkoren rörande deltagande i en upphandling är klart definierade i förväg och offentliggörs, särskilt de skyldigheter som anbudsgivarna ska uppfylla så att de kan veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet och vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 februari 2006, La Cascina m.fl., C-226/04 och C-228/04, EU:C:2006:94, punkt 32, och dom av den 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 37).

58 I punkt 21 i bilaga VII A till direktiv 2004/18 föreskrevs att ”[d]en tid anbudsgivaren skall vara bunden av sitt anbud (öppna förfaranden)” utgör en integrerad del av den information som ska finnas i meddelanden om upphandling.

59 För det första följer det av domen av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punkterna 44 och 48), att artikel 47.3 och artikel 48.4 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att medlemmarna i en tillfällig företagssammanslutning kan dra sig ur denna utan att åsidosätta principen om likabehandling. Detta förutsätter att det är klarlagt att de återstående medlemmarna i denna företagssammanslutning uppfyller de villkor för att delta i förfarandet för offentlig upphandling som den upphandlande myndigheten har fastställt och att deras fortsatta deltagande i förfarandet inte försämrar övriga anbudsgivares konkurrenssituation.

60 Artikel 37 punkterna 9, 10, 18 och 19 i den gamla lagen om offentlig upphandling strider således uppenbart mot proportionalitetsprincipen, eftersom det däri föreskrivs ett strikt krav på att en tillfällig företagssammanslutning ska bibehålla sin identitet i rättsligt och materiellt hänseende.

61 Detta gäller i än högre grad eftersom det inte föreskrivs något undantag för det fall den upphandlande myndigheten, vid flera tillfällen, vill förlänga anbudens giltighetstid. En sådan förlängning kräver emellertid att samtliga medlemmar i en tillfällig företagssammanslutning dels

binder upp vissa resurser, både i form av personal och utrustning, inför en eventuell tilldelning av det aktuella kontraktet, dels förlänger den provisoriska säkerhet som ställts, vilket kan utgöra en betydande börda, särskilt för ett litet eller medelstort företag.

62 För det andra framgår det av begäran om förhandsavgörande att den hänskjutande domstolen tolkade artikel 11.6 i den gamla lagen om offentlig upphandling så, att den inte medförde att anbudet upphörde att gälla när den frist som angetts i anbudet hade löpt ut. Anbudsgivaren var således tvungen att uttryckligen åberopa möjligheten att frånträda sitt anbud. Det framgår även av begäran om förhandsavgörande att preciseringen att den omständigheten att en av medlemmarna i en tillfällig företagssammanslutning drar sig ur denna ska bero på de organisatoriska behov som är utmärkande för företagssammanslutningen, endast framgår av den hänskjutande domstolens praxis.

63 Domstolen har emellertid vid flera tillfällen slagit fast att en situation där villkoren för deltagande i ett förfarande för offentlig upphandling följer av en tolkning i rättspraxis av nationell rätt är till särskilt stor nackdel för anbudsgivare som är etablerade i andra medlemsstater, eftersom deras kunskaper om nationell rätt och tolkningen därav inte är jämförbara med kunskaperna hos anbudsgivarna i den berörda medlemsstaten i detta avseende (dom av den 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 46, och beslut av den 13 juli 2017, Saferoad Grawil och Saferoad Kabex, C-35/17, EU:C:2017:557, punkt 22).

64 I den mån de två bolag som har vägrat att förnya sina anbud även har kritiserats för att ha försökt kringgå kontrollen av att urvalskriterierna har iakttagits och därmed undvika att uteslutas från det aktuella upphandlingsförfarandet, ska det slutligen tilläggas att även om den upphandlande myndigheten när som helst kan kontrollera tillförlitligheten hos medlemmarna i en tillfällig företagssammanslutning och därigenom försäkra sig om att dessa inte omfattas av något av de skäl för uteslutning från ett upphandlingsförfarande som anges i artikel 45 i direktiv 2004/18, ankommer det på den upphandlande myndigheten att inom ramen för denna bedömning se till att proportionalitetsprincipen iakttas, såsom den definierats i punkt 55 ovan.

65 När en upphandlande myndighet tillämpar fakultativa skäl för uteslutning från ett förfarande för offentlig upphandling ska den således ägna särskild noggrann uppmärksamhet vid denna princip, eftersom den uteslutning som föreskrivs i den nationella lagstiftningen inte drabbar hela gruppen av ekonomiska aktörer på grund av en försummelse som kan tillskrivas samtliga medlemmar, utan på grund av en försummelse som endast begåtts av en eller flera av dem och utan att det ledande företaget i gruppen har haft någon som helst kontrollbefogenhet över den eller de ekonomiska aktörer med vilka detta företag avsett att bilda en sådan grupp (se, analogt, dom av den 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 48, och dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 156).

66 Enligt proportionalitetsprincipen ska den upphandlande myndigheten nämligen göra en konkret och individuell bedömning av den berörda enhetens inställning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 31). Den upphandlande myndigheten ska i detta sammanhang beakta de medel som anbudsgivaren hade till sitt förfogande för att kontrollera om den enhet som anbudsgivaren avsåg att använda sig av gjorde sig skyldig till regelbrott (dom av den 3 juni 2021, Rad Service m.fl., C-210/20, EU:C:2021:445, punkt 40, och dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 157).

67 Mot denna bakgrund ska den första frågan besvaras enligt följande. Artikel 47.3 och artikel 48.4 i direktiv 2004/18, jämförda med den allmänna proportionalitetsprincipen, ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning som innebär att det inte är möjligt för de ursprungliga medlemmarna i en tillfällig företagssammanslutning, som är anbudsgivare, att dra sig ur denna företagssammanslutning, när giltighetstiden för det anbud som har lämnats av nämnda företagssammanslutning löper ut och den upphandlande myndigheten vill förlänga giltigheten av de anbud som lämnats in till den. Detta förutsätter att det är klarlagt dels att de återstående medlemmarna i denna företagssammanslutning uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har fastställt, dels att deras fortsatta deltagande i det aktuella upphandlingsförfarandet inte försämrar övriga anbudsgivares konkurrenssituation.

Den andra frågan

68 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida proportionalitetsprincipen och principen om likabehandling samt kravet på öppenhet, såsom de anges i artikel 2 och skäl 2 i direktiv 2004/18, ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning som föreskriver att den provisoriska säkerhet som en anbudsgivare har ställt automatiskt ska förverkas efter det att anbudsgivaren har uteslutits från ett förfarande för tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt, trots att anbudsgivaren inte har tilldelats det aktuella kontraktet.

69 Såsom framgår av punkterna 61 och 62 i domen av den 28 februari 2018, MA.T.I. SUD och Duemme SGR (C-523/16 och C-536/16, EU:C:2018:122), uppfyller den omständigheten att den upphandlande myndigheten i förväg fastställer storleken på den provisoriska säkerhet som ska ställas, i meddelandet om upphandling visserligen de krav som följer av principerna om likabehandling av anbudsgivare, öppenhet och rättssäkerhet, eftersom den provisoriska säkerheten objektivt gör det möjligt att undvika att den upphandlande myndigheten behandlar anbudsgivare godtyckligt eller diskriminerande. Ett automatisk förverkande av den säkerhet som fastställts i förväg, oavsett vilken typ av rättelser som eventuellt görs av en försumlig anbudsgivare och därmed i avsaknad av individuella skäl, framstår emellertid som oförenligt med de krav som följer av proportionalitetsprincipen.

70 Även om förverkandet av nämnda säkerhet utgör ett lämpligt medel för att uppnå de legitima mål som den berörda medlemsstaten eftersträvar med beaktande dels av behovet av att anbudsgivarna tar mer ansvar för sina anbud och utgör ett incitament för dem att förbereda sina anbud noggrant och med omsorg, dels av behovet att kompensera för den ekonomiska börda som kontrollen av att anbuden är korrekta medför för den upphandlande myndigheten, framstår beloppet för säkerheten i en sådan situation som den aktuella som uppenbart orimligt med hänsyn till hur det aktuella upphandlingsförfarandet har genomförts (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 februari 2018, MA.T.I. SUD och Duemme SGR, C-523/16 och C-536/16, EU:C:2018:122, punkterna 63 och 64).

71 Mot denna bakgrund ska den andra frågan besvaras enligt följande. Proportionalitetsprincipen och principen om likabehandling samt kravet på öppenhet, såsom de anges i artikel 2 och skäl 2 i direktiv 2004/18, ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning som föreskriver att den provisoriska säkerhet som en anbudsgivare har ställt automatiskt ska förverkas efter det att anbudsgivaren har uteslutits från ett förfarande för tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt, trots att anbudsgivaren inte har tilldelats det aktuella kontraktet.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (åttonde avdelningen) följande:

1) **Artikel 47.3 och artikel 48.4 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, jämförda med den allmänna proportionalitetsprincipen,**

   ska tolkas så,

   att de utgör hinder för en nationell lagstiftning som innebär att det inte är möjligt för de ursprungliga medlemmarna i en tillfällig företagssammanslutning, som är anbudsgivare, att dra sig ur denna företagssammanslutning, när giltighetstiden för det anbud som har lämnats av nämnda företagssammanslutning löper ut och den upphandlande myndigheten vill förlänga giltigheten av de anbud som lämnats in till den. Detta förutsätter att det är klarlagt dels att de återstående medlemmarna i denna företagssammanslutning uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har fastställt, dels att deras fortsatta deltagande i det aktuella upphandlingsförfarandet inte försämrar övriga anbudsgivares konkurrenssituation.

2) **Proportionalitetsprincipen och principen om likabehandling samt kravet på öppenhet, såsom de anges i artikel 2 och skäl 2 i direktiv 2004/18,**

   ska tolkas så,

   att de utgör hinder för en nationell lagstiftning som föreskriver att den provisoriska säkerhet som en anbudsgivare har ställt automatiskt ska förverkas efter det att anbudsgivaren har uteslutits från ett förfarande för tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt, trots att anbudsgivaren inte har tilldelats det aktuella kontraktet.

Underskrifter