FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

föredraget den 23 september 1999 *

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande gäller frågan huruvida ett bolag som deltar i ett upphandlingsförfarande enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster [1] har rätt att åberopa tekniska och finansiella kvalifikationer hos ett annat företag till vilket det är knutet i egenskap av dotterbolag.

I — Gemenskapslagstiftningen

2. Enligt artikel 3.1. i direktiv 92/50 skall de upphandlande myndigheterna tillämpa förfaranden som uppfyller bestämmelserna i direktivet då de ingår offentliga upphandlingskontrakt avseende tjänster.

3. Artikel 26 i direktiv 92/50 har följande lydelse:

"1. Anbud kan lämnas in av grupper av tjänsteleverantörer. Dessa grupper får inte åläggas att anta någon särskild juridisk form för att kunna lämna anbud. Den utvalda gruppen får dock åläggas att göra så, när den har blivit tilldelad kontraktet.

2. Anbudssökande eller anbudsgivare, som enligt lagstiftningen i den medlemsstat där de är etablerade är berättigade att utföra den aktuella tjänsteverksamheten, får inte avvisas uteslutande på den grunden att det, enligt lagstiftningen i den medlemsstat där upphandlingen görs, krävs att de skall vara antingen fysiska eller juridiska personer.

3. Juridiska personer får åläggas att i anbudet eller ansökan om deltagande ange namn och relevanta yrkesmässiga kvalifikationer för den personal som skall ansvara för utförandet av tjänsterna."

4. Artikel 31 i direktiv 92/50 har följande lydelse:

"1. Bevis om tjänsteleverantörens finansiella och ekonomiska ställning kan som

* Originalspråk: franska.

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

regel utgöras av en eller flera av följande referenser:

a) Relevanta intyg från banker eller bevis om relevant ansvarsförsäkring för verksamheten.

b) Uppvisande av tjänsteleverantörens balansräkningar eller utdrag ur dessa, om offentliggörande av balansräkningarna krävs enligt bolagslagstiftningen i det land där tjänsteleverantören är etablerad.

c) Uppgift om företagets samlade omsättning och om dess omsättning i samband med sådana tjänster som kontraktet avser under de tre föregående räkenskapsåren.

2. De upphandlande myndigheterna skall i meddelandet om upphandling eller i uppmaningen till anbudsgivning specificera vilken eller vilka av de referenser som nämns i punkt 1 som de har valt samt vilka andra referenser som skall företes.

3. Om en tjänsteleverantör har godtagbart skäl för att inte förete de referenser som de upphandlande myndigheterna begär, får han dokumentera sin ekonomiska och finansiella ställning på varje annat sätt som den upphandlande myndigheten finner lämpligt."

5. Artikel 32 i direktiv 92/50 har följande lydelse:

"1. Tjänsteleverantörernas förmåga att utföra tjänsterna kan bedömas mot bakgrund av framför allt deras yrkesmässiga färdigheter, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

2. Bevis om tjänsteleverantörens tekniska kapacitet får ges i en eller flera av följande former beroende på de upphandlade tjänsternas art, mängd och ändamål:

a) Tjänsteleverantörens utbildningsmässiga och yrkesmässiga kvalifikationer och/eller motsvarande uppgifter beträffande företagsledningen och särskilt den eller de personer som skall ansvara för tillhandahållandet av tjänsterna.

b) En förteckning över de viktigaste tjänster som levererats under de tre föregående åren med uppgift om belopp,

datum och privata eller offentliga mottagare

— i de fall det gäller upphandling från myndigheter skall bevis lämnas i form av intyg som utfärdats eller attesterats av behörig myndighet,

— i de fall det gäller privata köpare skall köparen bekräfta leveransen eller, om detta inte är möjligt, tjänsteleverantören intyga att leveransen ägt rum.

c) Uppgift om vilka tekniker och tekniska organ som anlitas, även om de inte direkt tillhör företaget, särskilt sådana som ansvarar för kvalitetssäkring.

d) Uppgift om årsgenomsnitt för antal anställda på företaget och antal anställda med ledningsfunktion under de tre föregående åren.

e) Uppgift om vilka verktyg och maskinell och teknisk utrustning tjänsteleverantören förfogar över för utförandet av tjänsterna.

f) En beskrivning av vilka åtgärder för kvalitetssäkring tjänsteleverantören har vidtagit och av hans resurser för undersökningar och forskning.

g) I de fall de tjänster som skall levereras är av komplex natur eller undantagsvis är avsedda för ett speciellt ändamål: kontroll av tjänsteleverantörens tekniska kapacitet och, i tillämpliga fall, hans resurser för undersökningar och forskning samt åtgärder för kvalitetssäkring; denna kontroll skall utföras antingen av den upphandlande myndigheten eller av ett behörigt officiellt organ i det land där tjänsteleverantören är etablerad, förutsatt att detta organ ger sitt samtycke.

h) Uppgift om hur stor del av kontraktet tjänsteleverantören eventuellt avser att lägga ut på underleverantörer.

3. Den upphandlande myndigheten skall i meddelandet eller i uppmaningen att lämna

anbud specificera vilka referenser den önskar erhålla.

4. Den information som avses i artikel 31 och i punkterna 1—3 i denna artikel skall begränsas till vad som har samband med föremålet för kontraktet och den upphandlande myndigheten skall ta hänsyn till tjänsteleverantörernas legitima intresse att skydda tekniska hemligheter och handelshemligheter."

II — Faktiska omständigheter och förfarandet i den nationella domstolen

6. Comune di Cagliari (Cagliari kommun) inledde ett upphandlingsförfarande avseende driften under tre års tid av reningsverket Is Arenas och avloppspumpverken i Is Arenas, San Bartolomeo och Borgo Sant'Elia genom ett meddelande om upphandling, som publicerades i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* den 3 januari 1997. För att få inge anbud måste intresserade företag bevisa att deras genomsnittliga årsomsättning avseende drift av reningsverk och avloppspumpverk uppgick till minst 5 000 000 000 ITL samt att de handhaft den faktiska driften av minst en anläggning för rening av avloppsvatten från tätbebyggelse under två på varandra följande år under loppet av de tre föregående åren.

7. Bolagen Holst Italia SpA (nedan kallat Holst Italia) och Ruhrwasser AG International Water Management SpA (nedan kallat Ruhrwasser) tilläts delta i anbudsförfarandet. Genom beslut av den tilldelande nämnden av den 13 juni 1997, godkänt genom kommunstyrelsens beslut av den 17 augusti 1997, antogs Ruhrwassers anbud, som var fördelaktigast för den upphandlande myndigheten.

8. Ruhrwasser är ett aktiebolag som är bildat enligt tysk rätt. Dess aktier innehas av ett konsortium bestående av sex tyska bolag, vilka äger en sjättedel vardera av aktierna. Dess syfte är att möjliggöra för konsortiet att erhålla kontrakt, i synnerhet utomlands, avseende vattenförsörjning och rening av avloppsvatten. Ruhrverband, ett offentligrättsligt organ med uppgift att på tyskt territorium handha offentliga nyttigheter vad gäller avloppsrening, äger samtliga aktier i RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft mbH (nedan kallat RWG), som är medlem i konsortiet. Det är ostridigt att Ruhrverband har referenser som skulle ha varit tillräckliga för att kvalificera det för deltagande i Comune di Cagliaris upphandlingsförfarande.

9. Det är även ostridigt att Ruhrwasser i sig självt däremot inte hade de kvalifikationer som krävdes för behörighet att inge anbud, då det var ett nybildat bolag, som inskrevs i företagsregistret först den 9 juli 1996. Därför åberopade Ruhrwasser de tekniska och finansiella kvalifikationer som innehades av Ruhrverband, som genom sitt dotterbolag RWG deltog i det joint venture vilket låg till grund för bildandet av Ruhrwasser.

Den upphandlande myndigheten ansåg att dessa indirekta referenser var giltiga.

10. Holst Italia väckte talan vid Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Italien) om ogiltigförklaring av beslutet att tilldela dess konkurrent kontraktet. Som grund härför angavs i huvudsak att beslutet stred mot det i meddelandet om upphandling uppställda villkoret att endast kvalifikationer hos de intresserade företagen själva kunde beaktas vid bedömningen av deras behörighet att delta i förfarandet. Ruhrwasser å sin sida inkom med genkäromål i syfte att få meddelandet om upphandling ogiltigförklarat på grund av att detta inte tillät tjänsteleverantörer att genom lämplig dokumentation åberopa kvalifikationer som företaget inte besitter direkt, men till vilka det ändå har tillgång.

III — Tolkningsfrågan

11. Den nationella domstolen fann att det för att kunna avgöra denna fråga var nödvändigt att utreda huruvida direktiv 92/50 tillåter en anbudssökande i ett upphandlingsförfarande att åberopa tekniska och finansiella kvalifikationer hos ett annat rättssubjekt till vilket kandidaten är knuten. Den beslutade därför att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen:

"Tillåter rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster att ett företag bevisar att det uppfyller de tekniska och finansiella krav som ställs för att tillåtas delta i ett anbudsförfarande som har utlysts för att anförtro driften av en offentlig tjänst genom att åberopa referenser till ett annat rättssubjekt, vilket ensamt äger ett av de företag som är delägare i det förstnämnda?"

IV — Svaret på tolkningsfrågan

12. Den hänskjutande domstolen frågar sammanfattningsvis om ett företag som inger ett anbud i ett offentligt upphandlingsförfarande avseende tjänster personligen måste uppfylla de tekniska och finansiella villkor som uppställs av den upphandlande myndigheten eller om företaget har rätt att åberopa det förhållandet att ett annat företag, som delvis och indirekt äger det anbudsgivande företaget, uppfyller villkoren.

13. För att kunna besvgemenskapsrättsliga förutsättningarna enligt direktiv 92/50 och domstolens praxis.

Direktiv 92/50: ändamål och tillämpliga bestämmelser

14. Direktiv 92/50 har två huvudsakliga målsättningar, fri rörlighet för tjänster [2] och utövande av en effektiv konkurrens inom tjänstesektorn. [3] Näringsidkare måste kunna förflytta sig och tillhandahålla tjänster utan restriktioner beroende på deras nationella ursprung eller hemvist och på så sätt, genom ökningen av och möjligheten till jämförelse mellan anbuden, bidra till förbättring av kvaliteten på de utbjudna tjänsterna och de ekonomiska villkoren för tjänsternas utförande inom gemenskapen.

15. För att möjliggöra införandet av en inre marknad utan inre gränser med garanterad fri rörlighet för tjänster [4] återfinns i direktiv 92/50 bestämmelser med syfte att undanröja hinder för utövandet av denna frihet. [5]

16. Artikel 3.2 i direktiv 92/50 lyder som följer: "De upphandlande myndigheterna skall säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer." Det finns anledning att fastställa huruvida det utgör diskriminering att avvisa en anbudsgivare av det skälet att han inte personligen uppfyller de av den upphandlande myndigheten uppställda villkoren om teknisk och finansiell kapacitet.

17. I direktiv 92/50 räknas ett antal kriterier på diskriminerande handlingssätt upp. Det preciseras sålunda i direktivet att "[t]jänster skall... kunna tillhandahållas av såväl fysiska som juridiska personer", [6] vilket antyder att ett företags juridiska form inte får utgöra ett hinder för dess rätt att lämna anbud. Detta förhållningssätt återfinns även i artikel 26.2, som förbjuder att anbud avvisas uteslutande på den grunden att anbudet lämnas av en fysisk eller juridisk person.

18. Följden av detta är att krav på en bestämd juridisk struktur för tilldelning av kontrakt kan anses vara en oberättigad inskränkning av näringsidkares rätt att konkurrera på lika villkor.

19. Detta bekräftas i artikel 26.1 i direktiv 92/50 beträffande den tänkta situationen

2 — Sjätte övervägandet.
3 — Tjugonde övervägandet.
4 — Andra övervägandet.
5 — Sjätte övervägandet.
6 — Ibid.

då flera företag gemensamt ämnar inge ett anbud. I denna bestämmelse tillåts grupper av tjänsteleverantörer uttryckligen att lämna anbud och förbjuds upphandlande myndigheter att ålägga sådana grupper "att anta någon särskild juridisk form för att kunna lämna anbud".

20. Dessa bestämmelser ger tydligt vid handen att gemenskapslagstiftaren bekymrar sig mindre om tjänsteleverantörernas juridiska skepnad än om deras förmåga att utföra de uppdrag de får vid tilldelningen av kontraktet och deras förmåga att oberoende av sin egen organisation sammanställa de nödvändiga resurserna för utförandet. Avskaffandet av hinder relaterade till näringsidkarnas juridiska status är ett sätt att öka antalet anbud, framför allt från företag i andra medlemsstater än den där upphandlingsförfarandet äger rum, utan att sänka de materiella krav som uppställs i syfte att erhålla ett gott utförande av tjänsten i fråga.

21. Vid tolkningen av direktiv 92/50 bör alltså snarare ett praktiskt än ett formellt förhållningssätt intas. Vissa skyldigheter enligt direktiv 92/50 har alltså, trots att de kan verka något formalistiska, syftet att främja att förpliktelserna enligt kontraktet uppfylls väl och att begränsa riskerna för de upphandlande myndigheterna.

22. Ett betecknande exempel på denna typ av krav återfinns i artikel 26.3, i vilken den upphandlande myndigheten tillåts att ålägga juridiska personer att "ange namn och relevanta yrkesmässiga kvalifikationer för den personal som skall ansvara för utförandet av tjänsterna". Även om den upphandlande myndigheten saknar rätt att avvisa en juridisk persons anbud uteslutande på grund av dennas juridiska form, har myndigheten rätt att inhämta de upplysningar som gör det möjligt för den att uppskatta anbudsgivarens förmåga att under de givna förutsättningarna utföra vad som erbjudits i anbudet.

23. Gemenskapslagstiftaren har alltså tillsett att utövandet av den fria rörligheten i dess fulla utsträckning inte skall inskränka det goda utförandet av tjänsterna. Om uppdrag inte utförs väl skulle de gemenskapsrättsliga bestämmelserna vara meningslösa. Direktiv 92/50 måste tolkas på så sätt att det innebär en avvägning mellan de två grundläggande kraven på eftersträvande av tillräcklig liberalisering av marknaderna och uppställande av regler som tillförsäkrar den upphandlande myndigheten väl utförda tjänster.

24. Den upphandlande myndigheten måste ha möjlighet att göra en bedömning av anbudsgivarnas förmåga att på önskat vis

utföra det uppdrag som upphandlingen gäller.

25. Artiklarna 31 och 32 i direktiv 92/50 är en följd av denna målsättning. I den förstnämnda artikeln uppräknas de bevis på tjänsteleverantörens finansiella och ekonomiska ställning som kan krävas av denne och formerna för bevisningen. Vidare återfinns en bestämmelse rörande en alternativ lösning för det fall att anbudsgivaren omöjligen kan förete begärda referenser. I den sistnämnda artikeln uppställs ett antal bedömningskriterier avseende anbudsgivarnas förmåga att leverera de begärda tjänsterna, ges en förteckning över bevis på teknisk kapacitet och preciseras de villkor enligt vilka den upphandlande myndigheten kan kräva sådana bevis.

26. Det saknas anledning att ödsla särskilt många ord på skälet till att dessa bestämmelser har införts, eftersom det är uppenbart att deras syfte är att skydda den upphandlande myndigheten från näringsidkare med större intresse av att tilldelas lönsamma kontrakt än att utföra sin huvudsakliga uppgift enligt kontrakten, nämligen att samvetsgrant utföra de uppdrag som dessa avser.

27. Man kan dock av bestämmelserna utläsa två faktorer som båda är till lika stor nytta vid prövningen av den aktuella tolkningsfrågan.

28. För det första får inte priset för att erhålla en mycket stor mängd anbud — vilket i sig ligger i den upphandlande myndighetens intresse — bli att utförandet av tjänsterna kan bli bristfälligt. Detta motiverar de ovan nämnda skyddsreglerna och berättigar att man vid tolkningen av de bestämmelser där de återfinns beaktar risken för sådana bedrägerier som kan omintetgöra reglernas skyddseffekter. Följderna av ett godtagande av att de rättsliga förutsättningarna enligt direktiv 92/50 kan uppfyllas av andra än det anbudsgivande företaget måste därför noggrant utvärderas.

29. För det andra finns det, även om de ovan nämnda två artiklarnas omnämnande av tjänsteleverantörerna kan ge intryck av att bevisningen endast får röra tjänsteleverantören personligen,[7] andra delar av direktivet som talar för en mindre sträng tolkning.

30. Tjänsteleverantören tillåts sålunda enligt artikel 31.3 under vissa förutsättningar att bevisa sin finansiella och ekonomiska kapacitet "på varje annat sätt som

7 — I artiklarna 31 och 32 betonas tjänsteleverantörens egen finansiella, ekonomiska och tekniska kapacitet. I artikel 32 stadgas likaledes att "tjänsteleverantörernas förmåga att utföra tjänsterna kan bedömas mot bakgrund av framför allt deras yrkesmässiga färdigheter, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet". I sagda artikel nämns "[t]jänsteleverantörens utbildningsmässiga och yrkesmässiga kvalifikationer och/eller motsvarande uppgifter beträffande företagsledningen och särskilt den eller de personer som skall ansvara för tillhandahållandet av tjänsterna" och "[u]ppgift om årsgenomsnitt för antal anställda på företaget och antal anställda med ledningsfunktion under de tre föregående åren". Härmed synes endast företagets interna kvalifikationer åsyftas.

den upphandlande myndigheten finner lämpligt", vilket lämnar ett utrymme för bedömning åt myndigheten i fråga och tillåter den att godta att bevis kan härröra från andra än tjänsteleverantören om sådana bevis medför samma garantier. Artikel 32.2 c avser uttryckligen situationer då de tekniker och tekniska organ som anbudsgivaren förfogar över inte tillhör företaget. Även andra bestämmelser talar för en sådan tolkning, såsom artikel 32.2 h i vilken stadgas om möjlighet för tjänsteleverantören att använda sig av underleverantörer och artikel 32.2 e, i vilken stadgas om "[e]n beskrivning av vilka verktyg och maskinell och teknisk utrustning tjänsteleverantören *förfogar* över för utförandet av tjänsterna",[8] vilket innebär att den föreskrivna beskrivningen inte begränsas till företagets egna utrustning.

31. Hypotesen att den upphandlande myndigheten skulle behöva kräva att anbudsgivaren personligen besitter all efterfrågad kapacitet undergrävs således av själva ordalydelsen av direktiv 92/50, eftersom det i direktivet förekommer flera hänvisningar till att företaget kan ställa tillgångar som det inte självt äger till förfogande. Detta bekräftar vad som antyds i direktivets målsättningar och talar för en mindre strikt tolkning av bestämmelserna angående de sätt på vilka anbudsgivarna kan bevisa sin kapacitet.

8 — Min kursivering.

Domarna i målen Ballast Nedam Groep

32. Även domstolens praxis, såsom den utformats i domarna i målen Ballast Nedam Groep av den 14 april 1994[9] och den 18 december 1997[10], talar för en tolkning i en sådan riktning.

33. I målet Ballast Nedam I var frågan huruvida ett holdingbolag kunde avvisas från ett upphandlingsförfarande avseende bygg- och anläggningskontrakt — i det aktuella fallet genom att det godkännande som bolaget tidigare innehaft inte förnyades — på grund av att bolaget självt inte utförde arbete av sådan typ och, om så inte var fallet, på vilket sätt bolaget kunde bevisa att det innehade den nödvändiga kapaciteten för att delta i förfarandet.[11]

9 — C-389/92, REG 1994, s. I-1289, nedan kallad "domen i målet Ballast Nedam I"

10 — C-5/97, REG 1997, s. I-7549, nedan kallad "domen i målet Ballast Nedam II".

11 — Domen i målet Ballast Nedam II å andra sidan innehåller en tolkning av domen i målet Ballast Nedam I angående frågan huruvida det är obligatoriskt eller frivilligt för myndigheten som skall bedöma begäran om godkännande att beakta referenser till utomstående företag. Domstolen preciserade att "den behöriga myndighet som beslutar angående en ansökan om godkännande som har ingivits av en dominerande juridisk person i en koncern *är tvungen att* vid bedömningen av sökandens lämplighet... beakta uppgifterna om de bolag som ingår i koncernen, om det visas att sagda juridiska person faktiskt förfogar över dessa bolags resurser som är nödvändiga för att uppfylla kontrakten" (punkt 14, min kursivering). Denna dom är mindre intressant vid prövningen av det nu aktuella målet än domen i målet Ballast Nedam I, eftersom frågan i det mål vid den nationella domstolen vari den aktuella begäran om förhandsavgörande har framställts är om den upphandlande myndigheten över huvud taget har rätt att beakta referenser till andra än anbudsgivaren på sätt som skett och inte om det står domstolen fritt att beakta sådana referenser eller om den är skyldig att göra det.

34. Domstolen fann härvid att de i det nämnda målet tillämpliga direktiven [12] "skulle tolkas på så sätt att de tillåter myndigheten att, vid prövning av en ansökan om godkännande som har ingivits av en dominerande juridisk person i en koncern, bedöma de villkor som en entreprenör skall uppfylla med beaktande av de bolag som ingår i koncernen, om den juridiska personen i fråga visar att den *faktiskt förfogar* över dessa bolags resurser, i den mån de är nödvändiga för att utföra det uppdrag upphandlingen avser" och att "det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om dessa förutsättningar är uppfyllda i målet vid den nationella domstolen". [13]

35. Domstolen godtog alltså att en näringsidkare, som inte själv kan utföra ett uppdrag i enlighet med en upphandling på grund av att han inte motsvarar de kvalitativa villkor som uppställts, kan åberopa andra företags resurser, under förutsättning att dessa resurser faktiskt ställs till hans förfogande.

36. Två punkter i domen möjliggör bestämmandet av den ovannämnda domens exakta räckvidd och därmed även avgörandet huruvida den är av sådan art att den är överförbar till det nu aktuella målet.

37. Å ena sidan uttalade sig domstolen i domen i målet Ballast Nedam I om tolkningen av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling av bygg- och anläggningskontrakt medan den nuvarande tolkningsfrågan handlar om gemenskapsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling av tjänster. Det är därför på sin plats att utreda huruvida det som gäller på det ena området även gäller på det andra.

38. Skillnaderna mellan de två rättsområdena är att det beträffande offentlig upphandling av bygg- och anläggningskontrakt förekommer mer explicita uttalanden om entreprenörers rätt att anförtro utförandet av uppdraget som upphandlingen avser till andra näringsidkare. [14] Dessa uttalanden stödjer ytterligare argumenten för att en sådan rätt föreligger vad gäller bygg- och anläggningsområdet och de tidigare nämnda skillnaderna minskar inte den styrka med vilken de ovan nämnda förhållandena [15] enligt min mening talar för att tjänsteleverantörer har samma rättigheter.

39. För att dra slutsatsen att lösningen av rättsfrågan i målet Ballast Nedam I inte är tillämplig vid offentlig upphandling av tjänster måste det visas att det är mindre lämpligt att anbudsgivaren använder sig av

12 — Rådets direktiv 71/304/EEG av den 26 juli 1971 om att upphäva begränsningar av friheten att tillhandahålla tjänster inom sektorn offentliga bygg- och anläggningsarbeten och vid tilldelningen av offentliga bygg- och anläggningskontrakt till entreprenörer verksamma genom agenturer eller filialer (EGT L 185, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 1, s. 107) och rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningskontrakt (EGT L 185, s. 1).

13 — Punkt 18, min kursivering.

14 — Enligt ordalydelsen av direktiv 71/304 "kan de som låter utföra arbete genom underentreprenörer eller dotterbolag tilldelas kontrakt vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten" (domen i målet Ballast Nedam I, punkt 10). I rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305 (EGT L 210, s. 1) stadgas bland annat att upphandling av bygg- och anläggningsarbeten antingen "... syftar... till utförandet eller såväl projekteringen som utförandet av arbeten eller till 'utförandet, oavsett medel, av arbeten som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven'" (domen i målet Ballast Nedam I, punkt 14).

15 — Punkterna 14—31 i detta förslag till avgörande.

resurser utanför sitt företag för utförande av tjänster än för utförande av bygg- och anläggningsarbeten.

40. Något sådant är emellertid inte visat. Det är för övrigt svårt att se av vilka skäl de tekniska eller finansiella villkor som krävs av anbudsgivarna måste uppfyllas av näringsidkaren personligen när det gäller tjänster, när detta inte är nödvändigt vad gäller bygg- och anläggningsarbeten. Detta gäller i synnerhet som det är fråga om bevisning angående ett företags finansiella och ekonomiska kapacitet och den strikt ekonomiska och kvantitativa garanti som skall uppställas saknar samband med själva föremålet för upphandlingen. Vad gäller bevisen för tjänsteleverantörens tekniska kapacitet behöver man endast erinra sig ordalydelsen av artikel 32.2 c i direktiv 92/50, vari den upphandlande myndigheten ges möjlighet att ta del av uppgifter om vilka tekniker och tekniska organ utanför tjänsteleverantörens företag som anlitas. I denna bestämmelse bekräftas det uttryckligen att anbudsgivarna vid upphandling av tjänster har möjlighet att åberopa extern kompetens till stöd för sitt anbud.

41. Domen i målet Ballast Nedam I är alltså ur denna synvinkel sett enligt min mening fullt tillämplig.

42. Den andra frågan rör det anbudsgivande företagets ställning gentemot de företag vars kapacitet det åberopar. Som den italienska regeringen och Holst Italia har påpekat saknar anbudsgivaren, Ruhrwasser, bestämmande inflytande i Ruhrverband, som formellt innehar de i målet begärda kvalifikationerna. I domen i målet Ballast Nedam I noterade domstolen tvärtom att holdingbolaget, som gjorde gällande att det hade rätt att inge anbud, var den dominerande juridiska personen i en koncern.

43. Av detta skulle man kunna dra slutsatsen att ett företags dominerande ställning är en nödvändig förutsättning för att det skall kunna åberopa annan kapacitet än sin egen. Ju större bestämmanderätt en anbudsgivare har över andra företag, i desto högre grad garanterar bestämmanderätten givetvis den upphandlande myndigheten att de andra företagens resurser faktiskt kommer att stå till näringsidkarens förfogande i den mån det behövs för avtalet.

44. Jag anser dock inte att utomstående företag, som helt eller delvis innehar den kapacitet som åberopas av anbudsgivaren och som ställer resurser för ett gott utförande av det uppdrag upphandlingen avser till dennes förfogande, nödvändigtvis måste inta en underordnad ställning gentemot anbudsgivaren. Som framgått ovan kräver syftet med direktiv 92/50 en tolkning som främjar företagens möjlighet att delta i ett upphandlingsförfarande, under förutsättning att urvalet sker på grundval av bevisen för den kompetens företagen faktiskt har

tillgång till och av de erbjudna garantiernas soliditet.

45. Det är på detta sätt som domen i målet Ballast Nedam I bör tolkas och tillämpas i förevarande mål.

46. Domstolen fastslog att ett holdingbolag inte kunde avvisas från upphandlingsförfarandet på grund av att arbetet skulle komma att utföras av andra juridiska personer än holdingbolaget i fråga. Härvid tillade domstolen att det "rättsliga band som föreligger mellan bolaget och dess dotterbolag" saknade betydelse i detta sammanhang [16] och att det ankom på den nationella domstolen att med hänsyn till de faktiska och rättsliga omständigheterna som åberopats i målet bedöma huruvida företaget har visat att det faktiskt förfogar över dotterbolagens resurser. [17]

47. Det är slående att det inte görs någon affär av den beslutsrätt som holdingbolaget i egenskap av moderbolag har och det intresse detta förhållande kan ha för den behöriga myndighetens möjlighet att försäkra sig om att de begärda resurserna faktiskt kommer att ställas till moderbolagets förfogande. Tvärtom understryks det att bolagets juridiska organisation saknar relevans i sammanhanget och att domstolens direkta kontroll av att medlen faktiskt ställs till förfogande måste innebära en verklig insats.

48. Detta uttalande och de ovan nämnda delarna av innehållet i och syftet med direktiv 92/50 talar för att domstolens bedömning i domen i målet Ballast Nedam I skall utsträckas till att gälla även förhållandena mellan Ruhrwasser och Ruhrverband, trots att ägarförhållandena är de motsatta jämfört med dem som förelåg i det tidigare målet och trots att Ruhrwasser inte har en "dominerande", utan en underordnad ställning.

49. Givetvis kan inte den slutsatsen dras att den upphandlande myndigheten i dessa båda, från varandra vitt skilda, juridiska situationer skulle ha samma garanti att de utifrån kommande resurserna faktiskt står till det anbudsgivande företagets förfogande.

50. Jag vill endast påpeka att det inte är möjligt att med ledning av det rättsliga band som föreligger mellan två företag avgöra huruvida de resurser, angående vilka den upphandlande myndigheten enligt direktiv 92/50 har rätt att kräva bevis, faktiskt kommer att ställas till det anbudsgivande företagets förfogande. Även om det står den nationella domstolen fritt att göra bedömningen att den upphandlande myndigheten, på grund av detta

16 — Domen i målet Ballast Nedam I, punkt 17.
17 — Ibid.

bands art eller på grund av andra faktiska och rättsliga omständigheter i målet, inte är tillförsäkrad nödvändig kompetens för utförande av det uppdrag som upphandlingen avser förefaller det enligt min mening alltför långtgående att göra den bedömningen att det förhållandet att ett företag vid ingivande av anbud i ett upphandlingsförfarande åberopar teknisk, finansiell och ekonomisk kapacitet hos ett företag som det helt eller delvis tillhör i princip skulle utesluta det från upphandlingsförfarandet. Det sätt på vilket säkerställande av att de resurser och de garantier som krävs från den upphandlande myndighetens sida faktiskt står till anbudsgivarens förfogande sker har föga betydelse, såvida det kan visas att så är fallet.

51. Ingenting ger stöd för antagandet att arten av det rättsliga förhållandet mellan Ruhrwasser och Ruhrverband är sådant att det nödvändigtvis och a priori måste uteslutas att Ruhrverband till följd av bolagsordning eller avtalsenliga förpliktelser skulle kunna ha tvingande förpliktelser som garanterar Comune di Cagliari att nödvändiga resurser för utförandet av de avtalsenliga förpliktelserna faktiskt kommer att ställas till dess förfogande. Svaret på denna fråga beror på vad som framkommer vid prövningen av de faktiska omständigheter som omnämns i handlingarna i målet och de tillämpliga nationella rättsreglerna. Dessa frågor kan endast bedömas av den nationella domstolen.

Den nationella domstolens bedömning av vissa faktiska och rättsliga omständigheter

52. För att försäkra sig om att den kapacitet hos tredje man som anbudsgivaren åberopar faktiskt står till dennes förfogande bör hänskjutande domstol granska de faktiska och rättsliga omständigheter som rör innehållet i de avtal som eventuellt slutits mellan Ruhrwasser, RWG och Ruhrverband — eller mellan de två företag som berörs av den tvistiga offentliga upphandlingen — eller förhållandet mellan bolagen enligt bolagsordningen samt huruvida det rättsliga bandet mellan företagen har något tvingande inslag.

53. Utredningen angående *innebörden av den förpliktelse* som moderbolaget har gentemot sitt dotterbolag bör vara sådan att det klarläggs huruvida den tekniska kompetens och de finansiella garantier som åberopas av dotterbolaget kommer att på lämpligt sätt bidra till fullgörandet av de åtgärder som är nödvändiga för utförandet av det uppdrag som upphandlingen avser.

54. I målet vid den nationella domstolen berör den bevisning som efterfrågats av den upphandlande myndigheten i ekonomiskt och finansiellt hänseende årsomsättningen avseende driften av reningsverk och avloppspumpverk. Detta krav, som framställts i enlighet med artikel 31.1 c i direktiv 92/50, kan enligt min mening endast uppfyllas om det fastställs att anbudsgivaren i betydande omfattning kan utnyttja det företags tjänster som han hänvisar till.

55. Denna referens innebär för den upphandlande myndigheten i målet en garanti

för en viss minimiyrkeserfarenhet. För att vara till verklig nytta måste denna erfarenhet utnyttjas direkt vid utförandet av det uppdrag upphandlingen avser. Det är alltså av stor vikt att försäkra sig om att det företag vars erfarenhet åberopas, även om det inte kommer att utföra samtliga åtgärder som beskrivs av den upphandlande myndigheten, åtminstone kommer att stå för arbetsledningen och på så sätt kommer att låta den nämnda myndigheten dra fördel av den åberopade tekniska kompetensen. [18]

56. Detta resonemang är överförbart på den andra garantin som den upphandlande myndigheten begär. Garantin i fråga avser handhavande av den faktiska driften av en anläggning för rening av avloppsvatten under två på varandra följande år under loppet av de tre föregående åren. Ett sådant villkor är meningslöst om anbudsgivaren som tilldelas kontraktet efter åberopande av ett annat företags erfarenhet inte kan styrka att det andra företaget till betydande del kommer att utföra det uppdrag upphandlingen avser.

57. För det andra finns det, för att kunna bedöma huruvida de åberopade resurserna faktiskt står till anbudsgivarens förfogande, skäl att utreda huruvida den rättsfigur som använts inte bara är rättsenlig utan även *tvingande* och därmed säkerställer de önskade effekterna. [19]

58. Den nationella domstolen har anledning att utreda exempelvis om det finns ett avtal enligt vilket moderbolaget är bundet av en förpliktelse att i viss omfattning ställa tekniska resurser och finansiella garantier till sitt dotterbolags förfogande, huruvida detta avtal verkligen är bindande för moderbolaget och om nämnda bolag kan stämmas inför behörig domstol om uppdraget inte utförs.

59. Jag vill i detta hänseende särskilt påpeka att bandet mellan två företag kan vara mer eller mindre starkt och dotterbolagets ekonomiska självständighet gentemot moderbolaget mer eller mindre omfattande beroende på hur stor del av det ena bolaget som ägs av det andra, vilket inte saknar följder för de garantier och de

18 — I fullständighetens namn bör det dock påpekas att hänskjutande domstol inte alltid kan tillerkänna bevis i enlighet med direktiv 92/50 samma vikt om de rör en utomstående näringsidkare. Fakta rörande ett företags finansiella soliditet som åberopas av ett anbudsgivande företag hos den upphandlande myndigheten kan knappast anses utgöra en reell garanti om företaget som tilldelats kontraktet saknar livskraft i sig. I frånvaro av direkt avtalsrelation mellan den upphandlande myndigheten och det utomstående företaget kan det sistnämnda företagets finansiella referenser visa sig vara otillräckliga för att skydda det företags intresse som tilldelas kontraktet. Föreställningen om "faktiskt förfogande" har alltså inte samma värde när det gäller finansiell och ekonomisk kapacitet och det är inte säkert att det ligger i den upphandlande myndighetens intresse att i detta avseende godta bevis avseende tredje mans kapacitet. Denna nyanskillnad får oundvikligen följder för de upphandlande myndigheternas rätt att godta denna typ av garanti och för tolkningen av tillämplig gemenskapsrätt. För övrigt är det viktigt att känna till innebörden av de förpliktelser som förbinder det anbudsgivande företaget med det utomstående företaget och som kan ge det senare företaget förpliktelser gentemot den upphandlande myndigheten.

19 — Av handlingarna framgår att Ruhrverband utför allmännyttiga tjänster i Tyskland och inte förfogar över sin rätt att bedriva verksamhet utanför tyskt territorium. Ruhrverbands handlingsfrihet beror på omfattningen av dess kompetens. Denna omfattning kan vara av intresse vid den nationella domstolens bedömning av Ruhrverbands förmåga att ställa de resurser som Ruhrwasser åberopar till den upphandlande myndighetens faktiska förfogande.

resurser som den upphandlande myndigheten kan dra fördel av.

60. Om beslutet att delta i anbudsförfarandet härrör från moderbolaget — även om anbudet formellt inges av dotterbolaget — är det givetvis föga troligt att det förstnämnda bolaget skulle vägra att ställa de resurser det förfogar över till dotterbolagets förfogande.

61. Det kan dock inte helt uteslutas att det anbudsgivande dotterbolaget, om det ensamt har rättsliga förpliktelser gentemot den upphandlande myndigheten, kan drabbas av en ändrad inriktning hos moderbolaget, som har bestämmanderätt över dotterbolaget.

62. Det föreligger då anledning att frukta att den upphandlande myndighet som drabbas av de oförutsedda effekterna av att det uppdrag som upphandlingen avsåg utförs illa eller inte utförs alls, och som varken kan erhålla ett skickligt och tillfredsställande utförande av uppdraget eller ekonomisk kompensation för kontraktsbrottet, inte kan väcka talan mot moderbolaget.

63. Utan att göra någon bedömning av tillämplig nationell rätt finner jag att det är sannolikt att underlåtenheten att utföra uppdraget varken kan konstateras eller kompenseras om ett moderbolag, som underlåter att uppfylla sin skyldighet att ställa resurser till dotterbolagets förfogande, har full bestämmanderätt över sitt dotterbolag. Moderbolaget förfogar då ensamt över rätten att genom en rättsprocess få de tvistiga förpliktelserna utförda och har därmed möjlighet att omintetgöra sina egna åtaganden. De garantier som den upphandlande myndigheten erbjuds riskerar då att visa sig vara föga mer än ett utanverk som döljer anbudsgivarens oförmåga att uppfylla sina avtalsenliga förpliktelser.

64. Det uppstår alltså en olägenhet för den upphandlande myndigheten på grund av att det företag som är behörigt att besluta att de för utförandet av uppdraget nödvändiga resurserna och garantierna skall ställas till den upphandlande myndighetens förfogande och det företag som i egenskap av avtalspart är förpliktat att utföra uppdraget är två skilda juridiska personer. Man bör dock inte bortse från att talan som väcks mot dotterbolag aldrig saknar följder för moderbolaget.

65. I målet vid den nationella domstolen verkar Ruhrwasser vara relativt självständigt gentemot Ruhrverband, då dess aktier ägs till lika delar av sex företag och endast ett av dessa, RWG, är helägt av Ruhrverband.

66. Den nationella domstolen bör försäkra sig om att det finns rättsliga medel med vars hjälp anbudsgivaren har rättslig möjlighet att få tillgång till den åberopade kapaciteten innan det utreds att Ruhrwasser har den faktiska möjligheten att göra sina rättigheter gällande gentemot sitt moderbolag.

67. Avgörande i målet är alltså huruvida de rättsliga förhållandena mellan Ruhrwasser och Ruhrverband är tvingande på ett sådant sätt att anbudsgivaren är tillförsäkrad moderbolagets medverkan.

Förslag till avgörande

68. Med hänsyn till ovanstående föreslår jag att den tolkningsfråga som Tribunale amministrativo per la Sardegna har ställt skall besvaras på följande sätt:

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster skall tolkas så, att det tillåter att en upphandlande myndighet, vid bedömningen av huruvida de finansiella och tekniska villkor som ett företag måste uppfylla vid prövning av ett anbud ingivet under ett offentligt upphandlingsförfarande avseende en allmännyttig tjänst är uppfyllda, beaktar referenser till ett annat företag som är ensam aktieägare i ett av de bolag som äger andelar i det förstnämnda bolaget, under förutsättning att det förstnämnda bolaget bevisar att det faktiskt förfogar över resurserna hos det bolag vars kapacitet åberopas.

Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om detta har bevisats i förevarande fall.

Den nationella domstolen bör härvid särskilt försäkra sig om att företaget vars referenser skall beaktas är skyldigt att medverka på ett med hänsyn till referenserna lämpligt sätt vid utförandet av det uppdrag som upphandlingen avser.