Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (åttonde avdelningen)

den 11 maj 2017*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Direktiv 2004/17/EG — Principer för tilldelning av kontrakt — Artikel 10 — Principen om likabehandling av anbudsgivarna — Skyldighet för de upphandlande enheterna att begära att anbudsgivarna ändrar eller kompletterar sitt anbud — Rätt för den upphandlande myndigheten att vid vägran behålla bankgarantin — Direktiv 92/13/EEG — Artikel 1.3 — Överprövningsförfarande — Beslut att tilldela ett kontrakt — Uteslutning av en anbudsgivare — Talan om ogiltigförklaring — Berättigat intresse av att få saken prövad”

I mål C-131/16,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Krajowa Izba Odwoławcza (Nationella överklagandenämnden, Polen) genom beslut av den 19 februari 2016, som inkom till domstolen den 1 mars 2016,

Archus sp. z o.o.,

Gama Jacek Lipik

mot

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA,

ytterligare deltagare i rättegången:

Digital-Center sp. z o.o.,

meddelar

DOMSTOLEN (åttonde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Vilaras (referent) samt domarna M. Safjan och D. Šváby,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA, genom A. Olszewska,

* Rättegångsspråk: polska.

— Polens regering, genom B. Majczyna, i egenskap av ombud,

— Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av M. F. Di Matteo, avvocato dello Stato,

— Europeiska kommissionen, genom K. Herrmann och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,

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

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 10 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), och artikel 1.3 i rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, 1992, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, 2007, s. 31) (nedan kallat direktiv 92/13).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan, å ena sidan, Archus sp. z.o.o. och Gama Jacek Lipik (nedan tillsammans kallade Archus och Gama) och, å andra sidan, Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA (polskt bolag som ägnar sig åt utvinning av olja och gas). Målet rör den sistnämnda partens beslut att inte anta Archus och Gamas anbud i ett anbudsförfarande avseende ett offentligt kontrakt och att anta det anbud som lämnats av Digital-Center sp. z o.o.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3 I artikel 10 i direktiv 2004/17 föreskrivs följande:

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

4 Artikel 1.3 i direktiv 92/13 har följande lydelse:

”Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.”

5 I artikel 2a.2 tredje stycket i direktiv 92/13 föreskrivs följande:

”Anbudssökandena ska anses vara berörda om den upphandlande enheten inte har lämnat information om avslaget på deras ansökan innan de berörda anbudsgivarna meddelats beslutet om tilldelning av kontraktet.”

Polsk rätt

6 I artikel 25 i Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015, position 2164) (lag av den 29 januari 2004 om offentlig upphandling) (nedan kallad Pzp) föreskrivs följande:

”1. I förfarandet för tilldelning av kontrakt kan den upphandlande myndigheten endast anmoda den ekonomiska aktören att lämna de uppgifter eller handlingar som krävs för att genomföra förfarandet. De uppgifter och handlingar som styrker

1) att villkoren för att få delta i förfarandet har uppfyllts, och

2) att de varor, tjänster och byggentreprenader som erbjudits uppfyller de villkor som anges av den upphandlande myndigheten,

anges av den upphandlande myndigheten i meddelandet om upphandling, förfrågningsunderlaget, eller i anbudsinfordran.

2. Ordföranden för ministerrådet har genom förordning angett typen av handlingar som den upphandlande myndigheten kan begära av den ekonomiska aktören samt den form i vilken handlingarna kan inges …”

7 I artikel 26.3 Pzp föreskrivs följande:

”Den upphandlande myndigheten ska anmoda de ekonomiska aktörer som inte lämnat de uppgifter eller handlingar som avses i artikel 25.1 som krävs av den upphandlande myndigheten inom den angivna fristen eller som inte lämnat fullmakter eller som lämnat in uppgifter eller handlingar som avses i artikel 25.1 som krävs av den upphandlande myndigheten som är behäftade med fel, eller som lämnat felaktiga fullmakter, att inge dessa inom en angiven tidsfrist, såvida inte den ekonomiska aktörens anbud ska förkastas eller förfarandet annulleras, trots att ovannämnda handlingar lämnas in. De uppgifter och handlingar som lämnas in på begäran av den upphandlande myndigheten ska visa att den ekonomiska aktören uppfyllt villkoren för att få delta i förfarandet och att de varor, tjänster och byggentreprenader som erbjudits uppfyller de villkor som anges av den upphandlande myndigheten senast den dag då fristen för anbudsansökan eller fristen för inlämnande av anbud gått ut.”

8 Artikel 46.4a Pzp har följande lydelse:

”Den upphandlande myndigheten ska behålla garantin och räntorna om den ekonomiska aktören, efter begäran enligt artikel 26.3, av skäl som är hänförliga till denne inte lämnat in de uppgifter eller handlingar som avses i artikel 25.1, fullmakterna, den förteckningen över enheter som tillhör samma grupp som avses i artikel 24.2 punkten 5 eller information som visar att aktören inte tillhör någon grupp eller om aktören inte samtyckt till en rättelse av ett fel som avses i artikel 87.2 punkten 3, vilket inneburit att det inte varit möjligt att välja anbudet som det mest fördelaktiga.”

9 I artikel 87 Pzp föreskrivs följande:

”1. Vid granskningen och utvärderingen av anbud kan den upphandlande myndigheten anmoda den ekonomiska aktören att klargöra innehållet i de anbud som lämnats. Förhandlingar mellan den upphandlande myndigheten och den ekonomiska aktören avseende det anbud som lämnats och ändringar av innehållet i detta är otillåtna, om inte annat följer av punkterna 1a och 2.

1a. Vid de konkurrenspräglade dialoger som förs i samband med granskningen och utvärderingen av anbud kan den upphandlande myndigheten anmoda de ekonomiska aktörerna att klargöra och utveckla innehållet i anbudet och lämna ytterligare uppgifter, varvid det är otillåtet att göra väsentliga ändringar i anbudet eller ändra de krav som anges i förfrågningsunderlaget.

2. De ändringar i anbudet som ska göras av den upphandlande myndigheten omfattar:

1) uppenbara skrivfel,

2) uppenbara räknefel, med beaktande av konsekvenserna av rättningarna av räknefelen,

3) andra fel som gör att anbudet inte uppfyller villkoren i förfrågningsunderlaget men som inte leder till väsentliga ändringar av innehållet i anbudet, varvid den ekonomiska aktör vars anbud har rättats omedelbart ska underrättas härom.”

10 Artikel 179.1 Pzp har följande lydelse:

”Varje ekonomisk aktör, deltagare i upphandlingen eller annan enhet, som har eller har haft intresse av att erhålla kontrakt eller lidit eller kan lida skada till följd av den upphandlande myndighetens överträdelse av bestämmelserna i denna lag, har rätt att utnyttja de rättsmedel som anges i detta kapitel.”

11 I artikel 180.1 Pzp föreskrivs följande:

”Enbart åtgärder eller underlåtenheter som strider mot denna lag och som den upphandlande myndigheten gjort sig skyldig till i upphandlingsförfarandet kan överklagas.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12 Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo offentliggjorde den 3 juni 2015 i *Europeiska unionens officiella tidning*, under nummer 2015/S 105–191838, ett meddelande om offentlig upphandling i syfte att tilldela ett offentligt kontrakt för digitalisering av handlingarna i dess centrala geologiska arkiv och utarbetande av en digital version av handlingarna som ska vara tillgänglig på dess intranät. Föremålet för kontraktet var att skanna pappershandlingar från dessa arkiv, genomföra en digital hantering av de skannade handlingarna och spara dessa på varaktiga lagringsmedier som ofta används i angivna digitala format samt som mikrofilmer.

13 I punkt 4.1 i förfrågningsunderlaget angavs att anbudsgivarna skulle bifoga två handlingar till sina anbud. Den första handlingen skulle vara en skannad kopia av en handling som fastställts av den upphandlande myndigheten, sparad på ett varaktigt lagringsmedium och redigerad enligt en detaljerad beskrivning i punkt 4.1 a i förfrågningsunderlaget. Den andra handlingen skulle vara ett provexemplar av mikrofilmen på 35 mm innehållande den tryckta produkten, utvärderad mot bakgrund av kvalitetskriteriet, i A4-format och en förstoring av den i A0-format, det vill säga 16 gånger, samt en beskrivning av metoden för mikrofilmning och de tekniska parametrarna som anges i punkt 4.1 b i förfrågningsunderlaget (nedan kallat provexemplaret).

14 Den första handlingens kvalitet skulle utvärderas enligt kriterierna för bedömning av anbuden, medan provexemplarets kvalitet skulle utvärderas såsom ”tillfredsställande/icke tillfredsställande”. Om provexemplaret inte var tillfredsställande skulle anbudet avslås med tillämpning av artikel 89.1 punkten 2 Pzp.

15 Anbudsgivarna var också skyldiga att överföra ett belopp på 20 000 polska zloty (PLN) såsom garanti avseende deras anbud.

16 Två anbud ingavs inom ramen för detta anbudsförfarande. Det ena ingavs tillsammans av Archus och Gama och det andra ingavs av Digital-Center.

17 Den 15 oktober 2015 ingav Archus och Gama en begäran om ändring av anbudet med tillämpning av artikel 87.2 punkten 3 Pzp, i syfte att ersätta det provexemplar av mikrofilmen som de bifogat anbudet och som inte var förenligt med specifikationerna i förfrågningsunderlaget med ett nytt provexemplar. Som stöd för begäran åberopade de ett oavsiktligt misstag.

18 Den 17 november 2015 besvarade den upphandlande myndigheten denna begäran och angav därvid att den ansåg att det nya provexemplaret kompletterade de översända handlingarna, med tillämpning av artikel 26.3 Pzp. Den upphandlande myndigheten angav emellertid också att Archus och Gama inte hade lämnat information rörande metoden för mikrofilmning av provexemplaret och de tekniska parametrarna enligt punkt 4.1 b i förfrågningsunderlaget. De ombads därför att komplettera denna information.

19 Efter att ha utvärderat de två första provexemplaren av mikrofilmen som lämnats av Archus och Gama, avslog den upphandlande myndigheten slutligen deras anbud med motiveringen att de inte var förenliga med punkt 4.1 b i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten ansåg att provexemplaren inte möjliggjorde en avläsning med en upplösning på minst 200 punkter per tum (dpi) av den mikrofilmade kopian i A0-format. Den upphandlande myndigheten ansåg vidare att anbudet från Digital-Center var det mest fördelaktiga.

20 Archus och Gama överklagade den upphandlande myndighetens beslut att avslå deras anbud och att anta Digital-Centers anbud till Krajowa Izba Odwoławcza (Nationella överklagandenämnden, Polen).

21 Den hänskjutande domstolen har i huvudsak angett att den upphandlande myndigheten, enligt nationell rätt rörande offentlig upphandling, kan kräva att anbudsgivarna lämnar ”uppgifter och handlingar” samt provexemplar av de produkter som ska tillhandahållas inom ramen för kontraktet. Den upphandlande myndigheten har även en skyldighet att anmoda anbudsgivarna att i förekommande fall komplettera de handlingar som saknas eller innehåller fel, i syfte att handlingarna ska överensstämma med kraven i förfrågningsunderlaget. Detta gäller dock inte om anbudet ska avslås av andra skäl eller om det är nödvändigt att annullera förfarandet.

22 Den hänskjutande domstolen hyser för det första tvivel när det gäller giltigheten av den upphandlande myndighetens skyldighet att uppmana en anbudsgivare att komplettera en handling som krävs enligt förfrågningsunderlaget eller att inge ett nytt provexemplar i enlighet med förfrågningsunderlaget, såsom i förevarande mål, eftersom detta kan leda till att anbudsgivaren ändrar innehållet i sitt anbud, vilket kan skada öppenheten i anbudsförfarandet. Den hänskjutande domstolen är också osäker på huruvida det är lagligt att kvarhålla den garanti som anbudsgivaren lämnat när denne inte rättar sig efter anmodan från den upphandlande myndigheten om att komplettera en handling. Den hänskjutande domstolen frågar sig slutligen vilken rättslig betydelse ogiltigförklaringen av Digital-Centers anbud har för Archus och Gama.

23 Mot denna bakgrund beslutade Krajowa Izba Odwoławcza (Nationella överklagandenämnden, Polen) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Ska artikel 10 i [direktiv 2004/17] tolkas så, att den upphandlande myndigheten kan vara skyldig att anmoda de ekonomiska aktörer som inte lämnat de ’uppgifter eller handlingar’ som krävs av den upphandlande myndigheten inom den angivna fristen (det vill säga den frist som föreskrivs för att lämna anbud) som styrker att de varor, tjänster och byggentreprenader som erbjudits uppfyller de villkor som angetts av den upphandlande myndigheten (begreppet inbegriper även prover som är föremål för kontraktet) eller som lämnat in ’uppgifter eller handlingar’ som krävs av den

upphandlande myndigheten som är behäftade med fel, att komplettera eller korrigera ’uppgifter eller handlingar’ (prover) inom en angiven nya tidsfrist, utan att det fastställs ett förbud mot att kompletterande ’uppgifter eller handlingar’ (prover) får medföra en ändring av innehållet i anbudet?

2) Ska artikel 10 i [direktiv 2004/17] tolkas så, att den upphandlande myndigheten får behålla den säkerhet som den ekonomiska aktören ställt om den ekonomiska aktören underlåtit att, på den upphandlande myndighetens begäran om att göra kompletteringar, lämna de ’uppgifter eller handlingar’ (prover) som styrker att de varor, tjänster och byggentreprenader som erbjudits uppfyller de villkor som angetts av den upphandlande myndigheten när sådana kompletteringar innebär en ändring av innehållet i anbudet eller när den inte lämnat sitt medgivande till att den upphandlande myndigheten ändrar anbudet, vilket innebar att det anbud som lämnats av den ekonomiska aktören inte kunde antas som det mest fördelaktiga anbudet?

3) Ska artikel 1.3 i [direktiv 92/13] tolkas så, att begreppet kontrakt som avses i denna bestämmelse i uttrycket ’intresse av att få kontrakt om viss offentlig upphandling’ innebär ’förfarandet för tilldelning av kontrakt i en offentlig upphandling’ (som i förevarande fall offentliggjordes genom meddelande av den 3 juni 2015) eller ’föremålet för kontraktet’ (i förevarande fall digitalisering av den upphandlande myndighetens arkiverade handlingar), oavsett om den upphandlande myndigheten till följd av att överklagandet vinner bifall kommer att vara tvungen att annullera förfarandet för tilldelning av kontrakt i en offentlig upphandling och eventuellt inleda ett andra förfarande för tilldelning av kontrakt i en offentlig upphandling?”

Prövning av den första frågan

24 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida principen om likabehandling av ekonomiska aktörer som anges i artikel 10 i direktiv 2004/17 ska tolkas så, att den utgör hinder för att en upphandlande myndighet, inom ramen för ett anbudsförfarande, anmodar anbudsgivarna att lämna de uppgifter och handlingar som krävs och som inte lämnats av anbudsgivarna inom den frist som föreskrivs för att lämna anbud eller att rätta dessa uppgifter eller handlingar om de är behäftade med fel, utan att den upphandlande myndigheten dessutom är skyldig att underrätta anbudsgivarna om att det är förbjudet för dem att ändra innehållet i de lämnade anbuden.

25 I detta hänseende erinrar domstolen inledningsvis om att den upphandlande myndighetens skyldighet att iaktta principen om likabehandling av anbudsgivarna, som har till syfte att främja utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens mellan företag som deltar i en offentlig upphandling (se, bland annat, dom av den 29 april 2004, kommissionen/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 110, och dom av den 12 mars 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 33), och som överensstämmer med grundtanken bakom de unionsrättsliga bestämmelserna om upphandlingsförfaranden (se, bland annat, dom av den 22 juni 1993, kommissionen/Danmark, C-243/89, EU:C:1993:257, punkt 33, dom av den 25 april 1996, kommissionen/Belgien, C-87/94, EU:C:1996:161, punkt 51, och dom av den 18 oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, punkt 33), bland annat innebär att anbudsgivarna ska behandlas lika både när de utarbetar sina anbud och när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten (se dom av den 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 45, och dom av den 24 maj 2016, MT Højgaard och Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punkt 37).

26 Denna princip kräver särskilt att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och således att samma anbudsvillkor ska gälla för alla anbudsgivare (dom av den 25 april 1996, kommissionen/Belgien, C-87/94, EU:C:1996:161, punkt 54, dom av den 12 december 2002, Universale-Bau m.fl., C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 93, och dom av den 12 mars 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 33).

27 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 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 36, och dom av den 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 31).

28 Om den upphandlande myndigheten fick begära att en anbudssökande, vars anbud den anser är oklart eller inte uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget, ska lämna förtydliganden på dessa punkter, skulle det nämligen finnas en risk för att det framstår som om denna upphandlande myndighet, för det fall denna anbudssökandes anbud slutligen antas, har förhandlat fram detta anbud bakom stängda dörrar, till nackdel för övriga anbudssökande och i strid med likabehandlingsprincipen (dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 37).

29 Domstolen har emellertid redan fastslagit att principen om likabehandling inte utgör hinder för att ett anbud kan ändras eller kompletteras på vissa punkter, när det är uppenbart att anbudet behöver klargöras eller när det rör sig om att avhjälpa uppenbara materiella fel, på villkor att ett visst antal krav iakttas (se, för ett liknande resonemang, avseende förfaranden för selektiva anbudsinfordringar som omfattas 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), dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, punkterna 35–45, när det gäller utvärderingen av anbuden, och dom av den 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punkterna 30–39, när det gäller det första urvalet av anbudsgivare).

30 En begäran om förtydligande av ett anbud, som får göras först sedan den upphandlande myndigheten tagit del av samtliga anbud, ska i princip skickas på ett likvärdigt sätt till samtliga anbudsgivare som befinner sig i samma situation och ska avse samtliga punkter i anbudet som kräver ett förtydligande (se dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, punkterna 42–44, och dom av den 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punkterna 34 och 35).

31 Dessutom får denna begäran inte leda till att den berörda anbudsgivaren i själva verket inger ett nytt anbud (se dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 40, och dom av den 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 36).

32 Slutligen ankommer det allmänt på den upphandlande myndigheten, när den utövar sitt utrymme för skönsmässig bedömning för att begära att sökandena ska förtydliga sina anbud, att behandla sökandena på ett likartat och lojalt sätt, så att det inte kan framstå som om begäran om förtydligande, efter förfarandet för urval av anbuden och med hänsyn till dess utgång, på ett otillbörligt sätt gynnade eller missgynnade den eller de anbudssökande som var föremål för begäran (dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 41, och dom av den 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 37).

33 En begäran om förtydligande kan inte kompensera frånvaron av en handling eller upplysning som krävdes enligt kontraktshandlingarna, eftersom det ankommer på den upphandlande myndigheten att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 40).

34 I förevarande fall har den hänskjutande domstolen, i begäran om förhandsavgörande, angett att anbudsgivarna var skyldiga att till sina anbud bifoga provexemplar av de digitaliserade arkivhandlingarna, vilka skulle utarbetas enligt riktlinjerna i punkt 4.1 i förfrågningsunderlaget, och att ange tillvägagångssättet och kvalitén avseende digitaliseringen.

35 I förevarande fall var det Archus och Gama som i egenskap av anbudsgivare gav in en begäran till den upphandlande myndigheten om ändring av anbudet med tillämpning av artikel 87.2 punkten 3 Pzp, i syfte att ersätta det provexemplar av mikrofilmen som de bifogat anbudet och som inte var förenligt med specifikationerna i förfrågningsunderlaget med ett nytt provexemplar.

36 I enlighet med den rättspraxis som citerats i punkt 29 i förevarande dom får en anmodan från den upphandlande myndigheten till en anbudsgivare att lämna uppgifter och handlingar i princip inte avse något annat än ett förtydligande av anbudsgivarens anbud eller en rättelse av ett uppenbart fel i anbudet. Anmodan ska således inte ge anbudsgivaren en allmän möjlighet att lämna uppgifter och handlingar som krävdes enligt förfrågningsunderlaget och som inte lämnats inom den frist som fastställts för att lämna anbud. Enligt den rättspraxis som nämnts i punkt 31 i förevarande dom får en anmodan inte heller leda till att en anbudsgivare lämnar handlingar som innehåller ändringar som i själva verket utgör ett nytt anbud.

37 I vart fall kan en skyldighet enligt nationell rätt för en upphandlande myndighet att anmoda anbudsgivarna att lämna de uppgifter och handlingar som krävs och som inte lämnats inom fristen för att lämna anbud eller att rätta fel i uppgifter och handlingar endast godtas i den mån de kompletteringar och rättelser som gjorts av anbudet inte leder till att anbudet ändras på ett betydande sätt. Det framgår nämligen av punkt 40 i dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191), att det ursprungliga anbudet endast i undantagsfall kan rättas för att åtgärda uppenbara materiella fel och att en sådan rättning inte får leda till ett i själva verket nytt anbud.

38 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att mot bakgrund av omständigheterna i det nationella målet pröva huruvida den ändring som Archus och Gama har gjort kan anses utgöra en ändring av ett uppenbart fel i anbudet.

39 Den första frågan ska således besvaras på följande sätt. Principen om likabehandling av ekonomiska aktörer som anges i artikel 10 i direktiv 2004/17 ska tolkas så, att den utgör hinder för att den upphandlande myndigheten, inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling, anmodar en anbudsgivare att lämna de uppgifter och handlingar som ska lämnas enligt förfrågningsunderlaget och som inte lämnats av anbudsgivaren inom den frist som föreskrivs för att lämna anbud. Denna artikel utgör däremot inte hinder för att den upphandlande myndigheten anmodar en anbudsgivare att förtydliga ett anbud eller att rätta ett uppenbart materiellt fel i anbudet, under förutsättning att en sådan anmodan skickas till samtliga anbudsgivare som befinner sig i samma situation, att samtliga anbudsgivare behandlas lika och lojalt och att förtydligandet eller ändringen inte innebär att ett nytt anbud lämnas, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.

Prövning av den andra frågan

40 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 10 i direktiv 2004/17 ska tolkas så, att den utgör hinder för att den upphandlande myndigheten, under sådana omständigheter som föreligger i det nationella målet, behåller den säkerhet som ställts av en anbudsgivare i ett förfarande för offentlig upphandling, när anbudsgivaren antingen underlåtit att lämna handlingar som styrker att anbudet är förenligt med de krav som den upphandlande myndigheten fastställt i förfrågningsunderlaget, med anledning av att innehållet i anbudet skulle ha ändrats, eller inte lämnat sitt medgivande till att den upphandlande myndigheten rättar anbudet, vilket innebar att det anbud som lämnats av den ekonomiska aktören inte kunde antas.

41 Det framgår av fast rättspraxis att det förfarande som har införts genom artikel 267 FEUF utgör ett medel för samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna, genom vilket EU-domstolen tillhandahåller de nationella domstolarna de uppgifter om tolkningen av unionsrätten som de behöver för att kunna avgöra anhängiga tvister (se, bland annat, dom av den 12 juni 2003,

Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, punkt 30, dom av den 15 september 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, punkt 16, och dom av den 19 juni 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, punkt 31).

42 Inom ramen för detta samarbete presumeras frågor om tolkningen av unionsrätten vara relevanta. En begäran från en nationell domstol kan sålunda bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten vid den nationella domstolen eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (se, bland annat, dom av den 21 januari 2003, Bacardi-Martini och Cellier des Dauphins, C-318/00, EU:C:2003:41, punkt 43, dom av den 15 september 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, punkt 17, och dom av den 19 juni 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, punkt 32).

43 Den uppgift som EU-domstolen har anförtrotts inom ramen för mål om förhandsavgörande är nämligen att bidra till rättskipningen i medlemsstaterna och inte att avge rådgivande yttranden i allmänna eller hypotetiska frågor (se, bland annat, dom av den 12 juni 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, punkt 32, och dom av den 15 september 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, punkt 18).

44 Såsom framgår av beslutet om hänskjutande motsvarar omständigheterna i det nationella målet inte uppenbart någon av de två situationer som beskrivs av den hänskjutande domstolen inom ramen för den andra frågan.

45 Såsom framgår av prövningen av den första frågan rör det nationella målet väsentligen frågan huruvida den upphandlande myndigheten, utan att åsidosätta principen om likabehandling i artikel 10 i direktiv 2004/17, får godta att en anbudsgivare, efter det att denne lämnat sitt anbud, byter ut en handling som krävts enligt förfrågningsunderlaget, i förevarande fall ett provexemplar av en mikrofilm, i den mån det provexemplar som lämnats påstås ha lämnats av misstag. Det framgår inte på något sätt av beslutet om hänskjutande att Archus och Gama har underlåtit att lämna de handlingar som krävs enligt förfrågningsunderlaget eller underlåtit att medge att den upphandlande myndigheten rättar deras anbud. Det kan således konstateras att det problem som beskrivits av den hänskjutande domstolen inom ramen för den andra frågan är hypotetiskt.

46 Under dessa förhållanden ska den andra tolkningsfrågan från den hänskjutande domstolen avvisas, eftersom det är uppenbart att den inte kan tas upp till sakprövning.

Prövning av den tredje frågan

47 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida artikel 1.3 i direktiv 92/13 ska tolkas så, att begreppet ”kontrakt om viss offentlig upphandling”, i den mening som avses i denna bestämmelse, avser ett visst förfarande för tilldelning av kontrakt eller själva föremålet för kontraktet, som ska tilldelas efter ett förfarande för tilldelning av ett kontrakt, för det fall endast två anbud har lämnats och för det fall den anbudsgivare vars anbud avslagits skulle kunna ha ett berättigat intresse av att den andra anbudsgivarens anbud avslås och att ett nytt anbudsförfarande följaktligen inleds.

48 Den hänskjutande domstolen har i detta hänseende angett att en ekonomisk aktör som lämnat ett anbud inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling inte, när dennes anbud avslagits, har ett berättigat intresse av att väcka talan mot beslutet att tilldela en annan anbudsgivare kontraktet. Även om en anbudsgivare såsom Archus och Gama säkerligen har ett berättigat intresse av att väcka talan mot ett beslut om att avslå anbudet, eftersom anbudsgivaren i detta fall behåller en chans att

tilldelas kontraktet, har anbudsgivaren däremot inte längre något berättigat intresse i det fortsatta förfarandet för offentlig upphandling, från det att dennes anbud slutligen avslagits, åtminstone för det fall flera anbud lämnats och valts ut.

49 Det är mot denna bakgrund som den hänskjutande domstolen ställt frågan huruvida begreppet ”kontrakt om viss offentlig upphandling”, i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 92/13, avser ett eventuellt inledande av ett nytt förfarande för offentlig upphandling.

50 Domstolen erinrar om att det i artikel 1.3 i direktiv 92/13 föreskrivs att medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

51 I mål rörande tolkningen av motsvarande bestämmelser i artikel 1.3 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, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48) har domstolen slagit fast att anbudsgivarna, inom ramen för upphandlingsförfaranden, har ett berättigat intresse av att de andra anbuden uteslöts i syfte att erhålla kontraktet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 juli 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punkt 33, dom av den 5 april 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 27, och dom av den 21 december 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, punkt 29), oberoende av antalet deltagare i förfarandet och antalet deltagare som väckt talan (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 april 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 29).

52 Uteslutning av en anbudsgivare kan nämligen för det första leda till att den andra anbudsgivaren direkt får kontraktet i samma upphandlingsförfarande. För det fall att alla anbudsgivarna blir uteslutna och det inleds ett nytt anbudsförfarande, skulle för det andra respektive anbudsgivare kunna delta i det förfarandet och därigenom indirekt få kontraktet (se dom av den 5 april 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 27).

53 Den princip som fastställdes i dom av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), och dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), är inte tillämplig på situationen i det nationella målet.

54 Det mål som anhängiggjorts vid den hänskjutande domstolen rör nämligen ett förfarande för offentlig upphandling där två anbud lämnats, där den upphandlande myndigheten samtidigt antagit två beslut om att avslå en av anbudsgivarens anbud och om att tilldela den andra anbudsgivaren kontraktet och där den anbudsgivare vars anbud avslagits väckt talan mot dessa båda beslut. Inom ramen för denna talan har anbudsgivaren åberopat den upphandlande myndighetens avslag på anbudet på grund av att det inte uppfyllde specifikationerna i förfrågningsunderlaget.

55 I en sådan situation ska den anbudsgivare som väckt talan anses ha ett berättigat intresse av att den upphandlande myndigheten utesluter anbudet, vilket kan leda till att det är omöjligt för den upphandlande myndigheten att välja ett anbud som uppfyller de ställda kraven (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 juli 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punkt 33, och dom av den 5 april 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 24).

56 Denna tolkning bekräftas av bestämmelserna i artikel 2a.1 och 2a.2 i direktiv 92/13 som uttryckligen föreskriver en rätt att väcka talan för anbudsgivare som inte har uteslutits definitivt, bland annat mot beslut om tilldelning av kontrakt som fattats av de upphandlande myndigheterna.

57 I dom av den 21 december 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988, punkterna 13–16, 31 och 36), har domstolen visserligen fastslagit att en anbudsgivare vars anbud hade uteslutits av den upphandlande myndigheten från ett förfarande om offentlig upphandling kunde nekas rätten att väcka talan mot beslutet om tilldelning av kontraktet. Emellertid hade beslutet att utesluta denna anbudsgivare i det målet bekräftats genom ett avgörande som vunnit laga kraft innan domstolen, vid vilken talan väckts mot beslutet om tilldelning av kontraktet, avgjorde målet, vilket innebar att anbudsgivaren skulle anses definitivt utesluten från upphandlingsförfarandet i fråga.

58 I förevarande fall har Archus och Gama däremot väckt talan mot beslutet att utesluta deras anbud och mot beslutet om tilldelning av kontraktet, vilka antagits samtidigt, och kan därför inte anses vara definitivt uteslutna från förfarandet för tilldelning av det offentliga kontraktet. Det är mot denna bakgrund som den hänskjutande domstolen ställt frågan huruvida begreppet ”kontrakt om viss offentlig upphandling”, i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 93/13, avser ett eventuellt inledande av ett nytt förfarande för offentlig upphandling.

59 Det framgår av det ovan anförda att direktiv 92/13 ska tolkas så, att – i en situation som den i det nationella målet, det vill säga i ett förfarande för offentlig upphandling där två anbud lämnats, där den upphandlande myndigheten samtidigt antagit två beslut om att avslå en av anbudsgivarens anbud och om att tilldela den andra anbudsgivaren kontraktet – den anbudsgivare vars anbud avslagits, som väcker talan mot dessa båda beslut, ska kunna begära att den andra anbudsgivarens anbud utesluts, vilket innebär att begreppet ”kontrakt om viss offentlig upphandling”, i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 92/13, i förekommande fall kan avse ett eventuellt inledande av ett nytt förfarande för offentlig upphandling.

Rättegångskostnader

60 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet 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) **Principen om likabehandling av ekonomiska aktörer som anges i artikel 10 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 ska tolkas så, att den utgör hinder för att den upphandlande myndigheten, inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling, anmodar en anbudsgivare att lämna de uppgifter och handlingar som ska lämnas enligt förfrågningsunderlaget och som inte lämnats av anbudsgivaren inom den frist som föreskrivs för att lämna anbud. Denna artikel utgör däremot inte hinder för att den upphandlande myndigheten anmodar en anbudsgivare att förtydliga ett anbud eller att rätta ett uppenbart materiellt fel i anbudet, under förutsättning att en sådan anmodan skickas till samtliga anbudsgivare som befinner sig i samma situation, att samtliga anbudsgivare behandlas lika och lojalt och att förtydligandet eller ändringen inte innebär att ett nytt anbud lämnas, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.**

2) Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007, ska tolkas så, att – i en situation som den i det nationella målet, det vill säga i ett förfarande för offentlig upphandling där två anbud

lämnats, där den upphandlande myndigheten samtidigt antagit två beslut om att avslå en av anbudsgivarens anbud och om att tilldela den andra anbudsgivaren kontraktet – den anbudsgivare vars anbud avslagits, som väcker talan mot dessa båda beslut, ska kunna begära att den andra anbudsgivarens anbud utesluts, vilket innebär att begreppet ”kontrakt om viss offentlig upphandling”, i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 92/13, i dess lydelse enligt direktiv 2007/66, i förekommande fall kan avse ett eventuellt inledande av ett nytt förfarande för offentlig upphandling.

Underskrifter