DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)
den 2 december 1999 *

I mål C-176/98,

angående en begäran enligt artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG), från Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Italien), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Holst Italia SpA

och

Comune di Cagliari,

i närvaro av

Ruhrwasser AG International Water Management,

angående tolkningen av rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139),

* Rättegångsspråk: italienska.

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden på sjätte avdelningen J.C. Moitinho de Almeida, tillförordnad avdelningsordförande på femte avdelningen, samt domarna L. Sevón, C. Gulmann, J.-P. Puissochet (referent) och M. Wathelet,

generaladvokat: P. Léger,

justitiesekreterare: byrådirektören L. Hewlett,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

— Holst Italia SpA, genom advokaterna C. Colapinto, Rimini, P. Leone, Rom, A. Tizzano och G.M. Roberti, Neapel,

— Comune di Cagliari, genom advokaterna F. Melis och G. Farci, Cagliari,

— Ruhrwasser AG International Water Management, genom advokaterna M. Vignolo och G. Racugno, Cagliari samt R.A. Jacchia, Milano,

— Italiens regering, genom professor U. Leanza, chef för utrikesministeriets avdelning för diplomatiska tvister, i egenskap av ombud, biträdd av F. Quadri, avvocato dello Stato,

— Nederländernas regering, genom tillförordnade generalsekreteraren vid utrikesministeriet T.T. van den Hout, i egenskap av ombud,

— Österrikes regering, genom W. Okresek, Sektionschef, regeringskansliet, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av P. Stancanelli, rättstjänsten, i egenskap av ombud,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid sammanträdet den 20 maj 1999 av: Holst Italia SpA, företrätt av advokaterna C. Colapinto, P. Leone, G.M. Roberti och F. Sciaudone, Neapel, Comune di Cagliari, företrädd av advokaterna F. Melis och G. Farci, Ruhrwasser AG International Water Management, företrätt av advokaterna M. Vignolo och R.A. Jacchia, Italiens regering, företrädd av F. Quadri samt kommissionen, företrädd av P. Stancanelli,

och efter att den 23 september 1999 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna har genom beslut av den 10 februari 1998, som inkom till domstolen den 11 maj samma år, i enlighet med artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) ställt en fråga om tolkningen

av rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

2 Frågan har uppkommit i en tvist mellan Holst Italia SpA (nedan kallat Holst Italia) och Comune di Cagliari [Cagliari kommun] med anledning av att kommunen genom förhandlat förfarande tilldelat Ruhrwasser AG International Water Management (nedan kallat Ruhrwasser) ett kontrakt avseende insamling och rening av avloppsvatten från tätbebyggelse.

Gemenskapslagstiftningen

3 I direktiv 92/50 fastställs kriterier för kvalitativt urval för att avgöra vilka anbudssökande som får delta i förfaranden för offentlig upphandling av tjänster.

4 Artikel 31 har följande lydelse:

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

6 Dessutom anges i artikel 25 i direktiv 92/50 följande:

"De upphandlande myndigheterna får i kontraktsdokumenten begära att anbudsgivaren i sitt anbud skall ange till vilken del han ämnar lägga ut kontraktet på underleverantörer.

En sådan angivelse skall inte påverka huvudleverantörens ansvar."

7 Slutligen preciseras i artikel 26 i direktiv 92/50 följande:

"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."

Tvisten vid den nationella domstolen

8 År 1996 organiserade Comune di Cagliari ett förhandlat förfarande, enligt vilket kontraktet skulle tilldelas den anbudsgivare som lämnat det förmånligaste anbudet, avseende driften under tre år av reningsverk och avloppspumpverk.

9 I meddelandet om upphandling, som publicerades i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* den 3 januari 1997, föreskrevs närmare bestämt att intresserade företag, vid äventyr av att de annars skulle avvisas från förfarandet, skulle bevisa dels att deras genomsnittliga årsomsättning uppgått till minst 5 000 000 000 ITL för perioden 1993—1995 och avsett driften av reningsverk och avloppspumpverk, dels 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.

10 Ruhrwasser, som inskrevs i företagsregistret först den 9 juni 1996, kunde inte förete någon omsättning för åren 1993—1995 och kunde heller inte visa att det

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.

11 För att bevisa sin behörighet att delta i anbudsförfarandet, vilket slutligen ledde till att företaget tilldelades kontraktet, ingav Ruhrwasser uppgifter rörande en annan enhet, det offentligrättsliga tyska organet Ruhrverband, ensam aktieägare i företaget RWG Ruhr—Wasserwirtschafts—Gesellschaft, vilket tillsammans med fem andra bolag deltagit i upprättandet av det gemensamma företaget Ruhrwasser i form av aktiebolag enligt tysk rätt, vilket ägs till en sjättedel av vart och ett av moderbolagen och som har till syfte att göra det möjligt för dessa att erhålla kontrakt utomlands i fråga om insamling och rening av avloppsvatten.

12 Holst Italia, som likaledes deltog i förfarandet och vars anbud ansågs vara mindre fördelaktigt av den tilldelande nämnden, väckte talan vid Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna om ogiltigförklaring av kommunstyrelsens i Cagliari beslut att tilldela Ruhrwasser kontraktet, på grund av att sistnämnda företag inte företett de handlingar som krävdes för att kunna inkomma med anbud.

13 Ruhrwasser deltog i förfarandet vid Tribunale och inkom med ett genkäromål i syfte att ogiltigförklara meddelandet om upphandling på grund av att detta förbjöd anbudsgivande företag att förete referenser avseende andra företag i syfte att bevisa sin behörighet att inkomma med anbud.

14 Efter att ha prövat förhållandena mellan Ruhrwasser och de bolag som deltagit i bildandet av detta, fastslog Tribunale att "det föreligger ett nära samband mellan Ruhrverband och Ruhrwasser som gör det möjligt för det sistnämnda företaget att använda sig av det förstnämndas tillgångar och organisation". Under dessa

villkor fann Tribunale det nödvändigt att kontrollera om direktiv 92/50 skall tolkas så, att referenser avseende en till sökandeföretaget knuten enhet kan godkännas som bevis för sökandeföretagets kapacitet.

15 Enligt Tribunale förhåller det sig så, att även om domstolen i sin dom av den 14 april 1994 i mål C-389/92, Ballast Nedam Groep, nedan kallat målet Ballast Nedam Groep I (REG 1994, s. I-1289), och av den 18 december 1997 i mål C-5/97, Ballast Nedam Groep, nedan kallad Ballast Nedam Groep II (REG 1997, s. I-7549), har medgivit att ett företag kan bevisa att det uppfyller de krav som ställs genom att hänvisa till andra bolag som tillhör samma koncern, skiljer sig situationen i förevarande mål från situationen i de båda ovannämnda målen. Dels avsåg de målen inte upphandling av tjänster utan offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, som regleras genom 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 genom rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5), dels hade det i de ovannämnda målen Ballast Nedam Groep I och Ballast Nedam Groep II aktuella bolaget, till skillnad från Ruhrwasser, en dominerande ställning inom den bolagskoncern vars kapacitet det gjorde anspråk på såsom holdingbolag i förhållande till sina dotterbolag.

16 För att få klarhet i om domstolens lösning i de tidigare avgörandena kunde tillämpas även på ett fall som det i målet vid den nationella domstolen, trots de rättsliga och faktiska skillnaderna, beslutade Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna att vilandeförklara målet och att ställa domstolen följande tolkningsfråga:

"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?"

Tolkningsfrågan

17 Enligt Holst Italia är det inom ramen för direktiv 92/50 möjligt att åberopa referenser till en annan enhet än det anbudsgivande företaget endast om detta företag kan bevisa att det finns ett tydligt strukturellt band som förenar det med den enhet som besitter den kapacitet som är nödvändig för att genomföra kontraktet.

18 Ett sådant strukturellt band, som enligt käranden vid den nationella domstolen utgör en grundläggande garanti för den upphandlande myndigheten, förutsätter enligt domstolens rättspraxis att det anbudsgivande bolaget utövar ett dominerande inflytande över den enhet som det hänvisar till och att det fullständigt och faktiskt förfogar över samtliga enhetens medel. Detta är enligt Holst Italia inte fallet när anbudsgivaren endast åberopar åtaganden av kommersiell karaktär som en enhet, vilken innehar en minoritetsandel av dess kapital, har iklätt sig. Att i ett sådant fall tillåta att tredje mans kapacitet beaktades, skulle innebära att de åberopade kvalifikationerna helt förlorade sin personliga karaktär.

19 Även den italienska regeringen svävar i tvivelsmål om huruvida ett dotterbolag som indirekt ägs av ett organ kan göra anspråk på att förfoga över detta organs tekniska och finansiella medel, men anser att det ankommer på den nationella domstolen att bedöma den bevisning som anbudsgivaren företett i detta avseende.

20 Ruhrwasser anser däremot, i likhet med den nederländska och den österrikiska regeringen, att den rättsliga arten av bandet mellan de associerade företagen inte i

något fall kan vändas mot dessa så att koncernmedlemmar inte tillåts tillgodoräkna sig varandras kapacitet. Oavsett vilken organisationsform som valts, borde det endast vara relevant att beakta vilka konsekvenser denna organisationsform skulle medföra för företagens möjligheter att förfoga över tillgängliga medel.

21 Därav följer, enligt Ruhrwasser, att i ett fall då det utöver strukturella band, exempelvis i fråga om ägande av kapital, även finns bindande åtaganden om att det dotterbolag som deltar i anbudsgivningen skall få förfoga över [organets] medel, är det faktiskt bevisat att detta verkligen förfogar över medlen för att genomföra kontraktet.

22 Kommissionen anser att det principiella svar som domstolen gav i sina domar i de ovannämnda målen Ballast Nedam Groep I och II är analogt tillämpligt på ett fall som det som är aktuellt i förevarande mål. Kommissionen insisterar emellertid på att det inte kan presumeras att anbudsgivaren faktiskt förfogar över de medel som är nödvändiga för att genomföra kontraktet, oavsett vilka de rättsliga förhållandena är mellan anbudsgivaren och medlemmarna i den koncern denna tillhör, och att det ankommer på den nationella domstolen att göra en grundlig prövning av den bevisning som anbudsgivaren är skyldig att förete. Det är av beslutet om hänskjutande inte möjligt att avgöra om det i målet vid den nationella domstolen har gjorts en sådan prövning på grundval av tillräcklig bevisning.

23 Domstolen påpekar inledningsvis att direktiv 92/50, såsom anges i dess sjätte övervägande, syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten inom sektorn offentlig upphandling av tjänster, på samma sätt som direktiven 71/304 och 71/305 syftar till att säkerställa att tjänster fritt skall kunna tillhandahållas inom sektorn offentliga bygg- och anläggningsarbeten (se domen i det ovannämnda målet Ballast Nedam Groep I, punkt 6).

24 I det syftet anges i avdelning VI, kapitel 1, i direktiv 92/50 gemensamma regler för deltagande i förfaranden för offentlig upphandling av tjänster bland vilka

ingår en möjlighet att lägga ut en del av kontraktet på underleverantörer (artikel 25) och en möjlighet för grupper av tjänsteleverantörer att lämna in anbud samtidigt som de inte får åläggas att anta någon särskild juridisk form för att kunna lämna anbud (artikel 26).

25 De kriterier för kvalitativt urval som fastslås i avdelning VI, kapitel 2, i direktiv 92/50 har dessutom som enda syfte att definiera regler för objektiv bedömning av anbudsgivarens kapacitet, i synnerhet i fråga om dennes finansiella och ekonomiska ställning och tekniska kapacitet. Enligt en av dessa regler, som föreskrivs i artikel 31.3, får en tjänsteleverantör dokumentera sin ekonomiska och finansiella ställning på varje sätt som den upphandlande myndigheten finner lämpligt. I en annan av dessa bestämmelser, som anges i artikel 32.2 c, föreskrivs uttryckligen att tjänsteleverantörernas tekniska kapacitet kan motiveras med uppgift om vilka tekniker och tekniska organ som anlitas för att utföra tjänsten, även om de inte direkt tillhör företaget (se i fråga om direktiv 71/305 domen i det ovannämnda målet Ballast Nedam Groep I, punkt 12).

26 Det framgår såväl av bestämmelsernas syfte som av deras ordalydelse att en person inte kan uteslutas ur ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster endast på grund av att denne avser att ta medel i anspråk för att genomföra kontraktet som inte är dess egna, utan som tillhör en eller flera andra enheter (se i fråga om direktiven 71/304 och 71/305 domen i det ovannämnda målet Ballast Nedam Groep I punkt 15).

27 Det är således tillåtet för en tjänsteleverantör som inte själv uppfyller de minimivillkor som krävs för att delta i ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster att hos den upphandlande myndigheten åberopa kapacitet hos tredje man som han avser att utnyttja om kontraktet tilldelas honom.

28 Externa referenser får emellertid inte åberopas villkorslöst. Det ankommer nämligen på den upphandlande myndigheten, såsom preciseras i artikel 23 i direktiv 92/50, att kontrollera tjänsteleverantörernas lämplighet i enlighet med de

angivna kriterierna. Denna kontroll syftar i synnerhet till att garantera den upphandlande myndigheten att anbudsgivaren faktiskt kommer att kunna använda de medel av olika slag som han åberopar under den period som omfattas av kontraktet.

29 När ett bolag, i syfte att tillåtas delta i ett anbudsförfarande, hänvisar till organ eller företag som det är knutet till genom direkta eller indirekta band, oavsett bandens rättsliga beskaffenhet, för att bevisa sin finansiella, ekonomiska och tekniska kapacitet, måste bolaget visa att det faktiskt förfogar över resurser hos dessa organ eller företag, som det inte självt äger men som är nödvändiga för att uppfylla kontrakten (se i fråga om direktiven 71/304 och 71/305 domen i det ovannämnda målet Ballast Nedam Groep I, punkt 17).

30 Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om den åberopade bevisningen är relevant i detta avseende. Inom ramen för denna kontroll är det inte tillåtet enligt direktiv 92/50 vare sig att a priori utesluta viss bevisning eller att presumera att tjänsteleverantören förfogar över tredje mans resurser på grundval endast av att de tillhör samma koncern.

31 Svaret på tolkningsfrågan blir således följande. Direktiv 92/50 skall tolkas så, att det tillåter att en tjänsteleverantör, för att bevisa att han uppfyller de ekonomiska, finansiella och tekniska villkoren för att delta i ett anbudsförfarande i syfte att teckna ett kontrakt om offentlig upphandling av tjänster, åberopar andra enheters kapacitet, oavsett den rättsliga beskaffenheten av de band som leverantören har till enheterna i fråga, under förutsättning att denne kan bevisa att han faktiskt

förfogar över resurser hos dessa enheter, som är nödvändiga för att genomföra kontraktet. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om detta har bevisats i förevarande fall.

Rättegångskostnader

32 De kostnader som har förorsakats den italienska, den nederländska och den österrikiska regeringen samt kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

— angående den fråga som genom beslut av den 10 februari 1998 har ställts av Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna — följande dom:

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 tjänsteleverantör, för att bevisa att han uppfyller de ekonomiska, finansiella och

tekniska villkoren för att delta i ett anbudsförfarande i syfte att teckna ett kontrakt om offentlig upphandling av tjänster, åberopar andra enheters kapacitet, oavsett den rättsliga beskaffenheten av de band som leverantören har till enheterna i fråga, under förutsättning att denne kan bevisa att han faktiskt förfogar över resurser hos dessa enheter, som är nödvändiga för att genomföra kontraktet. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om detta har bevisats i förevarande fall.

Moitinho de Almeida Sevón Gulmann

Puissochet Wathelet

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 2 december 1999.

R. Grass D.A.O. Edward

Justitiesekreterare Ordförande på femte avdelningen