Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 28 april 2022*

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2014/24/EU – Offentlig upphandling – Artikel 63 – En grupp av ekonomiska aktörer utnyttjar andra enheters kapacitet – Den upphandlande myndigheten får kräva att vissa kritiska uppgifter ska utföras av en deltagare i nämnda grupp – Nationell lagstiftning enligt vilken det ledande företaget ska uppfylla villkoren och utföra tjänsterna till största delen”

I mål C-642/20,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Högsta förvaltningsdomstolen för regionen Sicilien, Italien) genom beslut av den 14 oktober 2020, som inkom till domstolen den 27 november 2020, i målet

Caruter Srl

mot

S.R.R. Messina Provincia SCpA,

Comune di Basicò

Comune di Falcone,

Comune di Fondachelli Fantina,

Comune di Gioiosa Marea,

Comune di Librizzi,

Comune di Mazzarrà Sant’Andrea,

Comune di Montagnareale,

Comune di Oliveri,

Comune di Piraino,

Comune di San Piero Patti,

* Rättegångsspråk: italienska.

Comune di Sant'Angelo di Brolo,

Regione Siciliana – Urega – Ufficio regionale espletamento gare d'appalti lavori pubblici Messina,

Regione Siciliana – Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità,

ytterligare deltagare i rättegången:

Ditta individuale Pippo Pizzo,

Onofaro Antonino Srl,

Gial Plast Srl,

Colombo Biagio Srl,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden C. Lycourgos samt domarna S.-Rodin (referent), J.-C. Bonichot, L.S. Rossi och O. Spineanu-Matei,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Ditta individuale Pippo Pizzo, genom R. Rotigliano, avvocato,

– Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av C. Colelli, avvocato dello Stato, och M. Cherubini, procuratore dello Stato,

– Europeiska kommissionen, genom G. Wils, G. Gattinara och P. Ondrůšek, 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 63 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65), jämförd med principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster i artiklarna 49 och 56 FEUF.

2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Caruter Srl och å andra sidan S.R.R. Messina Provincia SCpA (nedan kallat SRR), Comune di Basicò (kommunen Basicò, Italien), Comune di Falcone (kommunen Falcone, Italien), Comune di Fondachelli Fantina (kommunen Fondachelli Fantina, Italien), Comune di Gioiosa Marea (kommunen Gioiosa Marea, Italien), Comune di Librizzi (kommunen Librizzi, Italien), Comune di Mazzarrà Sant'Andrea (kommunen Mazzarrà Sant'Andrea, Italien), Comune di Montagnareale (kommunen Montagnareale, Italien), Comune di Oliveri (kommunen Oliveri, Italien), Comune di Piraino (kommunen Piraino, Italien), Comune di San Piero Patti (kommunen San Piero Patti, Italien), till Comune di Sant'Angelo di Brolo (kommunen Sant'Angelo di Brolo, Italien) samt Regione Siciliana – Urega – Ufficio regionale espletamento gare d'appalti lavori pubblici Messina (Regionen Sicilien – Urega – Messinas regionala myndighet för offentlig upphandling av byggentreprenader, Italien) och Regione Siciliana – Assessorato regional e delle infrastrutture e della mobilità (Regionen Sicilien – Regionala myndigheten för infrastruktur och mobilitet, Italien). Målet rör tilldelning av ett offentligt kontrakt för tjänster avseende bortskaffande, insamling och transport av sorterat och osorterat fast hushållsavfall samt andra renhållningstjänster i 33 kommuner som är samlade inom SRR.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3 Skälen 1 och 2 i direktiv 2014/24 har följande lydelse:

> ”(1) Offentlig upphandling av medlemsstaternas myndigheter eller för deras räkning måste överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), särskilt om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, bland annat om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. För offentliga kontrakt över ett visst värde bör dock bestämmelser fastställas om samordning av nationella upphandlingsförfaranden för att se till att dessa principer omsätts i praktiken och för att säkerställa att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.
>
> (2) … [Upphandlingsreglerna] … bör därför ses över och moderniseras, i syfte att använda offentliga medel effektivare, i synnerhet genom att underlätta små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling … Det finns även ett behov av att klargöra grundläggande begrepp och principer för att säkerställa rättslig säkerhet samt inbegripa vissa aspekter i väletablerad rättspraxis från Europeiska unionens domstol.”

4 Artikel 2 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Definitioner”, och där föreskrivs följande i punkt 1:

”I detta direktiv gäller följande definitioner:

…

10. *ekonomisk aktör*: varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller enheter, inbegripet tillfälliga företagssammanslutningar, som erbjuder sig att utföra byggentreprenader och/eller ett byggnadsverk, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden.

…”

5 Artikel 19 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Ekonomiska aktörer”, och där föreskrivs följande i punkt 2:

”Grupper av ekonomiska aktörer, inbegripet tillfälliga sammanslutningar, får delta i upphandlingsförfaranden. De upphandlande myndigheterna får inte kräva att de ska ha en viss juridisk form för att få lämna ett anbud eller en anbudsansökan.

De upphandlande myndigheterna får vid behov i upphandlingsdokumenten klargöra hur grupper av ekonomiska aktörer ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk kunskap och yrkeskunskap som avses i artikel 58, förutsatt att detta motiveras av objektiva skäl och är proportionerligt. Medlemsstaterna får fastställa standardvillkor för hur grupper av ekonomiska aktörer ska uppfylla dessa krav.

Villkor för dessa grupper av ekonomiska aktörers fullgörande av ett kontrakt som skiljer sig från dem som gäller för enskilda deltagare ska också motiveras av objektiva skäl och vara proportionella.”

6 Artikel 58 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Urvalskriterier”, och där föreskrivs följande i punkterna 3 och 4:

”3. När det gäller ekonomisk och finansiell ställning får den upphandlande myndigheten ställa krav för att se till att de ekonomiska aktörerna har den nödvändiga ekonomiska och finansiella kapaciteten att fullgöra kontraktet. När det gäller ekonomisk och finansiell ställning får den upphandlande myndigheten ställa krav för att se till att de ekonomiska aktörerna har den nödvändiga ekonomiska och finansiella kapaciteten att fullgöra kontraktet. Dessutom får den upphandlande myndigheten kräva att de ekonomiska aktörerna tillhandahåller information om sina bokslut …. Den får också kräva en lämplig nivå på ansvarsförsäkringen för verksamheten.

…

4. När det gäller teknisk och yrkesmässig kapacitet får den upphandlande myndigheten ställa krav för att se till att de ekonomiska aktörerna förfogar över nödvändiga personalresurser, tekniska resurser och den erfarenhet som krävs för att fullgöra kontraktet enligt en lämplig kvalitetsstandard.

…”

7 Artikel 63 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Utnyttjande av andra enheters kapacitet”, och där föreskrivs följande:

”1. När det gäller de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning som anges i artikel 58.3 och de kriterier för teknisk och yrkesmässig kapacitet som anges i artikel 58.4, får en ekonomisk aktör vid behov och i ett visst kontrakt utnyttja andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan den ekonomiska aktören och dessa enheter. När det gäller … kriterier avseende utbildnings- och yrkeskvalifikationer … eller avseende relevant yrkeserfarenhet, får de ekonomiska aktörerna emellertid endast åberopa andra enheters kapacitet om samma enheter kommer att utföra de byggentreprenader eller tjänster för vilka denna kapacitet krävs. Om en ekonomisk aktör vill åberopa andra enheters kapacitet ska denne bevisa för den upphandlande myndigheten att den kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna, exempelvis genom att lägga fram ett åtagande från enheterna i fråga rörande detta.

…

På samma villkor kan en grupp av ekonomiska aktörer enligt artikel 19.2 åberopa resurserna hos deltagarna i gruppen eller andra enheter.

2. När det gäller kontrakt avseende byggentreprenader, tjänstekontrakt och monterings- eller installationsarbeten inom ramen för ett varukontrakt, får den upphandlande myndigheten kräva att vissa kritiska uppgifter ska utföras direkt av anbudsgivaren eller om anbud lämnas in av en grupp av ekonomiska aktörer i enlighet med artikel 19.2, en deltagare i gruppen.”

Italiensk rätt

8 Artikel 83 i decreto legislativo av den 18 april 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (supplemento ordinario alla GURI n. 91, del 19 aprile 2016) (lagen om offentlig upphandling) rör urvalskriterier och hjälp med att förbereda dokumentationen, och där föreskrivs följande i punkt 8:

”Den upphandlande myndigheten ska i meddelandet om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse ange de villkor för deltagande som krävs, vilka kan uttryckas som minimikrav på förmåga, tillsammans med lämpliga bevis. Den ska även göra en formell och materiell kontroll av genomförandeförmågan, av teknisk och yrkesmässig kapacitet, inbegripet personalresurser inom företaget, och av den verksamhet som faktiskt bedrivs. För de enheter som avses i artikel 45.2 d–g ska den upphandlande myndigheten i meddelandet om upphandling i förekommande fall ange till vilken del de olika deltagande konkurrenterna ska uppfylla nämnda kriterier. Det ledande företaget ska, under alla omständigheter, uppfylla kriterierna och utföra tjänsterna till största delen. Meddelanden om upphandling och inbjudningar att lämna anbud får inte innehålla andra krav utformade som uteslutningskriterier än de som föreskrivs i denna lag och andra gällande lagbestämmelser. Sådana krav är under alla omständigheter ogiltiga.”

9 Artikel 89 i lagen om offentlig upphandling rör möjligheten att utnyttja andra enheters kapacitet, och där föreskrivs följande i punkt 1:

”En ekonomisk aktör – antingen på egen hand eller som medlem av en grupp enligt artikel 45 – får när det gäller en specifik upphandling uppfylla kraven på ekonomisk, finansiell, teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt artikel 83.1 b och c, som krävs för att delta i ett upphandlingsförfarande och, under alla omständigheter, med undantag av kraven i artikel 80, genom att åberopa andra enheters kapacitet,

vilket även inbegriper enheter som deltar i gruppen, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan den ekonomiska aktören och dessa enheter. …”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

10 SRR inledde ett förfarande för offentlig upphandling för tilldelning av ett offentligt kontrakt för tjänster avseende bortskaffande, insamling och transport till behandlingsanläggningar av sorterat och osorterat fast hushållsavfall och därmed jämförligt avfall samt andra renhållningstjänster i 33 kommuner som är samlade inom SRR. Kontraktet hade ett totalt värde på 42 005 042,16 euro exklusive mervärdesskatt och en löptid på sju år. Det var uppdelat i tre delar. I meddelandet om upphandling angavs för varje del de krav på ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet som krävdes. Vidare angavs att tilldelningsgrunden i upphandlingen var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på grundval av det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris.

11 Del 2 i kontraktet hade ett värde av 19 087 724,73 euro och avsåg tillhandahållande av tjänster åt 11 kommuner. Denna del av kontraktet tilldelades en tillfällig företagssammanslutning bestående av Ditta individuale Pippo Pizzo, Onofaro Antonino Srl och Gial Plast Srl (nedan kallad ATI Pippo Pizzo), medan en tillfällig företagssammanslutning bestående av Caruter Srl och Gilma Srl (nedan kallad ATI Caruter) placerades på andra plats.

12 Caruter överklagade beslutet att tilldela ATI Pippo Pizzo del 2 av kontraktet till Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (Regionala förvaltningsdomstolen för Sicilien, Italien). ATI Pippo Pizzo gav för sin del in ett anslutningsöverklagande mot beslutet att låta ATI Caruter delta i upphandlingen.

13 Genom dom av den 19 december 2019 biföll nämnda domstol huvudöverklagandet och upphävde beslutet att låta ATI Pippo Pizzo delta i upphandlingen och att tilldela nämnda del av kontraktet till det bolaget. Den biföll även anslutningsöverklagandet och upphävde beslutet att låta ITI Caruter delta i upphandlingen.

14 I domskälen anförde nämnda domstol att enligt artikel 83.8 i lagen om offentlig upphandling, jämförd med artikel 89 i samma lag, kan ett ledande företag alltid utnyttja andra – i gruppen ingående – ekonomiska aktörers kapacitet, dock under förutsättning att det självt uppfyller villkoren för att delta i upphandlingen och utför tjänsterna till största delen i förhållande till de andra ekonomiska aktörerna. Vad beträffade det aktuella fallet fann den dock att Ditta individuale Pippo Pizzo inte på egen hand uppfyllde villkoren i meddelandet om upphandling och därför inte hade rätt att åberopa kapaciteten hos de övriga företagen i den tillfälliga företagssammanslutning i vilken Ditta individuale Pippo Pizzo var det ledande företaget.

15 ATI Caruter överklagade denna dom till den hänskjutande domstolen, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Högsta förvaltningsdomstolen för regionen Sicilien, Italien). ATI Pippo Pizzo gav för sin del in ett anslutningsöverklagande mot nämnda dom.

16 Den hänskjutande domstolen har i sin begäran om förhandsavgörande angett att den anser att den tolkning som domstolen i första instans gjort av lagen om offentlig upphandling har gjort, enligt vilken det ledande företaget under alla omständigheter ska uppfylla villkoren för tillträde och utföra tjänsterna till största delen, skulle kunna strida mot artikel 63 i direktiv 2014/24, eftersom den artikeln inte förefaller begränsa möjligheten för en ekonomisk aktör att utnyttja utomstående aktörers kapacitet.

17 Det är mot denna bakgrund som Consiglio di giustizia amministrativa per Regione Siciliana (Högsta förvaltningsdomstolen för regionen Sicilien) har beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”Utgör artikel 63 i direktiv [2014/24], som rör möjligheten att utnyttja andra enheters kapacitet, jämförd med principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster i artiklarna 49 och 56 FEUF, hinder för att tillämpa den italienska nationella lagstiftningen om ’kriterier för urval och för avhjälpande av brister i ogiltiga anbud’, som kommer till uttryck i artikel 83.8 [tredje] meningen] i [lagen om offentlig upphandling] och som innebär ett krav på att om andra enheters kapacitet utnyttjas (i den mening som avses i artikel 89 i [lagen om offentlig upphandling]), så ska det ledande företaget under alla omständigheter uppfylla villkoren och utföra tjänsterna till största delen?”

Ansökan om skyndsam handläggning

18 Den hänskjutande domstolen ansökte om att förevarande mål ska handläggas skyndsamt i enlighet med artikel 105 i domstolens rättegångsregler.

19 Till stöd för sin ansökan anförde den hänskjutande domstolen följande. Förevarande mål ger upphov till en principfråga som har inverkan på beslut som fattas av ekonomiska aktörer som vill utnyttja ett utomstående företags kapacitet för att delta i en upphandling och ett stort antal mål vid italienska domstolar gäller denna fråga. Den fortsatta handläggningen av den nu aktuella upphandlingen är beroende av EU-domstolens avgörande, eftersom alla övriga frågor i målet redan är avgjorda. Del 2 i det nu aktuella kontraktet rör tjänster avseende insamling och transport av fast hushållsavfall samt andra renhållningstjänster i elva kommuner i regionen Sicilien. Värdet av denna del uppgår till 19 087 724,73 euro.

20 EU-domstolen gör i denna del följande bedömning. I artikel 105.1 i rättegångsreglerna föreskrivs att domstolens ordförande, på ansökan av den hänskjutande domstolen eller i undantagsfall på eget initiativ, efter att ha hört referenten och generaladvokaten, får besluta att ett mål om förhandsavgörande ska handläggas skyndsamt, när målet är av sådan beskaffenhet att det måste avgöras utan dröjsmål.

21 EU-domstolen ska först behandla den omständigheten att den fråga som uppkommer i det nu aktuella nationella målet är en fråga som ett stort antal mål vid italienska domstolar gäller. I det avseendet ska det erinras om att förfarandet för skyndsam handläggning enligt artikel 105.1 i rättegångsreglerna utgör ett processrättsligt instrument som är avsett att hantera synnerligen brådskande fall (beslut av domstolens ordförande av den 31 augusti 2010, UEFA och British Sky Broadcasting, C-228/10, ej publicerat, EU:C:2010:474, punkt 6, beslut av domstolens ordförande av den 20 december 2017, M. A. m.fl., C-661/17, ej publicerat, EU:C:2017:1024, punkt 17, och beslut av domstolens ordförande av den 18 januari 2019, Adusbef m.fl., C-686/18, ej publicerat, EU:C:2019:68, punkt 11).

22 Det förhållandet att ett stort antal personer eller rättsliga situationer kan komma att påverkas av den fråga som ställs kan dock inte i sig anses utgöra sådant synnerligt skäl som kan föranleda skyndsam handläggning av målet (beslut av domstolens ordförande av den 8 mars 2018, Vitali, C-63/18, ej publicerat, EU:C:2018:199, punkt 17 och där angiven rättspraxis).

23 EU-domstolen ska därefter behandla den omständigheten att utgången i det nationella målet beror på EU-domstolens svar på den ställda frågan. I det avseendet framgår det av rättspraxis att enbart det visserligen berättigade intresse som enskilda har av att så snabbt som möjligt fastställa omfattningen av de rättigheter som de har enligt unionsrätten inte kan anses visa att det föreligger ett synnerligt skäl enligt artikel 105.1 i rättegångsreglerna (beslut av domstolens ordförande av den 8 mars 2018, Vitali, C-63/18, ej publicerat, EU:C:2018:199, punkt 18 och där angiven rättspraxis).

24 Vad vidare gäller påståendet att de tjänster som omfattas av det nu aktuella offentliga kontraktet är av brådskande art, ska det påpekas att kravet på att ett mål som är anhängigt vid EU-domstolen ska handläggas utan dröjsmål inte kan anses följa enbart av den omständigheten att den hänskjutande domstolen är skyldig att driva handläggningen med inriktning på ett snabbt avgörande av målet och inte heller enbart av den omständigheten att det skulle kunna medföra skadeverkningar för de berörda personerna om utförandet av de tjänster som ett offentligt kontrakt avser försenas eller avbryts (se, för ett liknande resonemang, beslut av domstolens ordförande av den 18 juli 2007, kommissionen/Polen, C-193/07, ej publicerat, EU:C:2007:465, punkt 13 och där angiven rättspraxis, och beslut av domstolens ordförande av den 8 mars 2018, Vitali, C-63/18, ej publicerat, EU:C:2018:199, punkt 19 och där angiven rättspraxis).

25 Vad slutligen gäller värdet på det nu aktuella kontraktet framgår det av fast rättspraxis att ekonomiska intressen, hur viktiga och berättigade de än är, inte i sig kan föranleda skyndsam handläggning (beslut meddelat av domstolens ordförande den 16 mars 2017, Abanca Corporación Bancaria, C-70/17, ej publicerat, EU:C:2017:227, punkt 13 och där angiven rättspraxis).

26 Under dessa omständigheter beslutade domstolens ordförande, efter att ha hört referenten och generaladvokaten, den 13 januari 2021 att inte bifalla ansökan om skyndsam handläggning.

Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning

27 Den italienska regeringen har gjort gällande att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till prövning, eftersom den anser att den frågeställning som är aktuell i det nationella målet är hypotetisk och att det inte har visats att begäran är relevant i förhållande till den konkreta saken i det målet.

28 EU-domstolen gör i denna del följande bedömning. Det följer av fast rättspraxis att det, inom ramen för det samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna som införts genom artikel 267 FEUF, uteslutande ankommer på den nationella domstolen, vid vilken målet anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen. EU-domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts avser tolkningen av unionsrätten (dom av den 4 december 2018, Minister for Justice and Equality och Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, punkt 26 och där angiven rättspraxis).

29 Härav följer att frågor som rör unionsrätten presumeras vara relevanta. En fråga som ställts av en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen eller bedömningen av giltigheten av en unionsbestämmelse inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet 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, för ett liknande resonemang, dom av den 26 februari 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, punkt 29, och beslut av den 26 mars 2021, Fedasil, C-134/21, EU:C:2021:257, punkt 48).

30 Vad beträffar det nu aktuella fallet ska det påpekas att den hänskjutande domstolens fråga avser tolkningen av unionsrättsliga bestämmelser, särskilt artikel 63 i direktiv 2014/24, och att beslutet om hänskjutande innehåller en tillräcklig redogörelse för de faktiska och rättsliga omständigheterna för att EU-domstolen ska kunna fastställa frågans omfattning.

31 Dessutom framgår det inte att den begärda tolkningen av unionsrätten saknar samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller att frågeställningen är hypotetisk. Det kan nämligen konstateras att medan det enligt artikel 63 i direktiv 2014/24 endast är tillåtet för de upphandlande myndigheterna att kräva att det ledande företaget i en grupp självt ska utföra ”vissa kritiska uppgifter”, framgår det av beslutet om hänskjutande att det företag som tilldelats det nu aktuella kontraktet uteslöts från upphandlingen på grund av att det företaget inte skulle ha utfört tjänsterna ”till största delen”, såsom krävs enligt artikel 83.8 i lagen om offentlig upphandling.

32 Av detta följer att ett svar från EU-domstolen avseende den tolkning som begärts av den hänskjutande domstolen framstår som nödvändigt för att den ska kunna döma i saken.

33 Begäran om förhandsavgörande kan således upptas till prövning.

Prövning av tolkningsfrågan

34 Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artikel 63 i direktiv 2014/24, jämförd med artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF, ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken det ledande företaget i en grupp av ekonomiska aktörer som deltar i ett förfarande för offentlig upphandling ska uppfylla de kriterier som anges i meddelandet om upphandling och utföra de tjänster som kontraktet avser till största delen.

35 EU-domstolen gör följande bedömning. Inledningsvis kan det konstateras att direktiv 2014/24, såsom framgår av beslutet om hänskjutande, är tillämpligt på omständigheterna i det nationella målet. Det ska vidare påpekas att bestämmelserna i det direktivet, enligt skäl 1 i detsamma, ska tolkas mot bakgrund av principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa. Det saknas följaktligen anledning att göra en separat prövning av tolkningsfrågan på grundval av artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF (se, analogt, dom av den 10 november 2016, Ciclat, C-199/15, EU:C:2016:853, punkt 25). Det kan för övrigt konstateras att förevarande begäran om förhandsavgörande inte ger upphov till någon ny fråga om principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster eller de principer som följer därav. Det räcker följaktligen att pröva tolkningsfrågan på grundval av direktiv 2014/24.

36 Av artikel 63.1 i direktiv 2014/24 framgår att när det gäller kriterier för ekonomisk och finansiell ställning och kriterier för teknisk och yrkesmässig kapacitet, får en ekonomisk aktör i ett visst kontrakt utnyttja andra enheters kapacitet och att en grupp av ekonomiska aktörer, på samma villkor, får utnyttja kapaciteten hos deltagare i gruppen eller hos andra enheter. I artikel 63.2

anges vidare att för vissa typer av kontrakt, däribland tjänstekontrakt, ”får den upphandlande myndigheten kräva att vissa kritiska uppgifter ska utföras direkt av anbudsgivaren eller, om anbud lämnas in av en grupp av ekonomiska aktörer, en deltagare i gruppen”.

37 EU-domstolen finner dock att det krav som i artikel 83.8 i lagen om offentlig upphandling ställs på det ledande företaget i en grupp av ekonomiska aktörer att det ska utföra tjänsterna ”till största delen” i förhållande till samtliga medlemmar i gruppen, det vill säga utföra den största delen av samtliga tjänster som omfattas av kontraktet, går längre än det villkor som föreskrivs i direktiv 2014/24, vilket endast innebär att den upphandlande myndigheten har rätt att i meddelandet om upphandling ange att vissa kritiska uppgifter ska utföras direkt av en deltagare i gruppen av ekonomiska aktörer.

38 Enligt det system som inrättats genom direktiv 2014/24 är det den upphandlande myndigheten som får kräva att vissa kritiska uppgifter utförs direkt av anbudsgivaren eller, om anbudet lämnas in av en grupp av ekonomiska aktörer enligt artikel 19.2 i direktivet, av en deltagare i gruppen. Enligt den nu aktuella nationella lagstiftningen är det dock den nationella lagstiftaren som horisontellt, för alla offentliga upphandlingar i Italien, föreskriver att det ledande företaget i en grupp av ekonomiska aktörer ska utföra den största delen av tjänsterna.

39 Det framgår visserligen av artikel 19.2 andra stycket i direktiv 2014/24 att medlemsstaterna får fastställa standardvillkor för hur grupper av ekonomiska aktörer ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet som avses i artikel 58 i direktivet.

40 EU-domstolen finner dock att även om kapaciteten att utföra kritiska uppgifter skulle omfattas av begreppet ”teknisk kapacitet”, i den mening som avses i artiklarna 19 och 58 i direktiv 2014/24, vilket skulle ge den nationella lagstiftaren rätt att inkludera detta i standardvillkoren enligt artikel 19.2 i direktivet, så går en bestämmelse som den i artikel 83.8 tredje meningen i lagen om offentlig upphandling, enligt vilken det ledande företaget i en grupp av ekonomiska aktörer är skyldigt att självt direkt utföra merparten av uppgifterna, utöver vad som är tillåtet enligt direktivet. En sådan bestämmelse är nämligen inte begränsad till att närmare ange hur en grupp ekonomiska aktörer ska säkerställa att den förfogar över de personalresurser och tekniska resurser som krävs för att fullgöra kontraktet, i den mening som avses i artikel 19.2 jämförd med artikel 58.4 i direktiv 2014/24, utan avser själva fullgörandet av kontraktet och kräver i det avseendet att kontraktet till största delen fullgörs av det ledande företaget i gruppen.

41 Till sist kan det konstateras att det visserligen framgår av artikel 63.2 i direktiv 2014/24 att de upphandlande myndigheterna får kräva, bland annat i fråga om tjänstekontrakt, att ”vissa kritiska uppgifter” utförs av en deltagare i gruppen av ekonomiska aktörer.

42 Trots de mindre skillnader som finns mellan språkversionerna av direktiv 2014/24, framgår det dock tydligt av uttrycket ”vissa väsentliga uppgifter”, som används i flera språkversioner av direktivet, däribland den franska (”*certaines tâches essentielles*”) och den italienska versionen (”*taluni compiti essenziali*”), samt av uttrycket ”vissa kritiska uppgifter”, som används i andra versioner av nämnda direktiv, däribland den engelska (”*certain critical tasks*”), den nederländska (”*bepaalde kritieke taken*”), den rumänska (”*anumite sarcini critice*”), den spanska (”*determinadas tareas críticas*”) och den tyska (”*bestimmte kritische Aufgaben*”) versionen, att unionslagstiftarens avsikt, i enlighet med de syften som anges i skälen 1 och 2 i direktivet, har varit att begränsa vad som får krävas av en enskild aktör i en grupp, med anläggande av ett kvalitativt i stället för ett rent kvantitativt synsätt, i syfte att främja att grupper av ekonomiska

aktörer, som till exempel tillfälliga sammanslutningar av små och medelstora företag, deltar i offentliga upphandlingar. Ett krav som det som anges i artikel 83.8 tredje meningen i lagen om offentlig upphandling, vilket även omfattar ”utförande av tjänsterna till största delen”, strider mot nyss nämnda synsätt, går utöver de avgränsade uttryck som används i artikel 63.2 i direktiv 2014/24 och undergräver därmed två av syftena med unionslagstiftningen på området för offentlig upphandling, nämligen att öppna upp för så bred konkurrens som möjligt och att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar (dom av den 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 27).

43 I artikel 63.2 i direktiv 2014/24 föreskrivs för övrigt endast att de upphandlande myndigheterna får kräva, bland annat i fråga om tjänstekontrakt, att vissa uppgifter utförs av en viss deltagare i gruppen av ekonomiska aktörer. I artikel 83.8 i lagen om offentlig upphandling uppställs däremot ett krav på att tjänsterna till största delen ska utföras endast av det ledande företaget i gruppen, vilket undantar alla andra företag som deltar i gruppen, och bestämmelsen begränsar därmed på ett otillbörligt sätt innebörden och räckvidden av de uttryck som används i artikel 63.2 i direktiv 2014/24.

44 Mot bakgrund av det ovan anförda ska tolkningsfrågan besvaras enligt följande. Artikel 63 i direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken det ledande företaget i en grupp av ekonomiska aktörer som deltar i ett förfarande för offentlig upphandling ska uppfylla de kriterier som anges i meddelandet om upphandling och utföra de tjänster som kontraktet avser till största delen.

Rättegångskostnader

45 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 (fjärde avdelningen) följande:

Artikel 63 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken det ledande företaget i en grupp av ekonomiska aktörer som deltar i ett förfarande för offentlig upphandling ska uppfylla de kriterier som anges i meddelandet om upphandling och utföra de tjänster som kontraktet avser till största delen.

Underskrifter