

**Mål C-295/20****Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Dag för mottagande:**

2 juli 2020

**Hänskjutande domstol:**

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen)

**Dag för beslut om hänskjutande:**

2 juli 2020

**Sökande:**

Sanresa UAB

**Svarande:**Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos  
(Miljöskyddsmyndigheten inom miljöministeriet)**Saken i det nationella målet**

Det nationella målet rör tolkningen och tillämpningen av de materiella reglerna för klassificering och bedömning av uppfyllelse av kraven för leverantörers behörighet att utöva en verksamhet.

**Föremålet och den rättsliga grunden för begäran om förhandsavgörande**

Tolkning och tillämpning av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (nedan kallat direktiv 2014/24), rådets förordning (EG) nr 1013/2006 av den 14 juni 2006 om transport av avfall (nedan kallad förordning nr 1013/2006) och artikel 267 första stycket b och tredje stycket i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

## Frågor som hänskjutits för förhandsavgörande

1. Ska artikel 18.2, artikel 56.1 första stycket b och andra stycket, artikel 58.1 första stycket a och artikel 58.2 andra stycket i direktiv 2014/24 samt artiklarna 3–6 och andra bestämmelser i förordning nr 1013/2006 (tillsammans eller separat men utan begränsning till dessa bestämmelser) tolkas på det sättet att de betyder att godkännande som utfärdas för en ekonomisk aktör som krävs för att transportera avfall från en medlemsstat i Europeiska unionen till en annan ska klassificeras som ett krav för fullgörande av ett tjänstekontrakt och inte ett krav rörande behörighet att utöva en verksamhet?
2. Om det förutnämnda godkännandet att transportera avfall ska anses som ett kriterium för urval av leverantörer (behörighet att utöva yrkesverksamheten) ska i så fall principerna om öppenhet och fri konkurrens som fastställs i artikel 18.1 första och andra stycket i direktiv 2014/24, artikel 58.1 första stycket a och artikel 58.2 andra stycket i detta direktiv, den fria rörligheten för personer, varor och tjänster fastlagd i artikel 26.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och artiklarna 7–9 i förordning nr 1013/2006 (tillsammans eller separat men utan begränsning till dessa bestämmelser) tolkas och tillämpas på ett sådant sätt att villkor för offentlig upphandling av tjänster för avfallshantering, särskilt rörande frister för ingivande av anbud, ska när det gäller inhemska och utländska leverantörer som avser att transportera avfall över gränserna till medlemsstaterna i Europeiska unionen, möjliggöra obegränsat deltagande i sådana upphandlingsförfaranden och de ska bland annat tillåtas att lämna in det förutnämnda godkännandet om det har beviljats vid ett senare datum än den dag då fristen för ingivande av anbud löper ut?
3. Om det förutnämnda godkännandet att transportera avfall, i enlighet med artikel 49 och punkt 17 i del C i bilaga V till direktiv 2014/24 och artikel 70 i direktivet, ska anses vara ett krav för fullgörande av ett offentligt upphandlingskontrakt, ska principerna för offentlig upphandling som anges i artikel 18 i detta direktiv och det allmänna förfarandet för kontraktstilldelning i artikel 56 i direktivet tolkas på det sättet att i förfaranden för offentlig upphandling får ett anbud från en deltagare som inte har lämnat in detta godkännande inte avvisas?
4. Ska artikel 18, artikel 56.1 första stycket b, artikel 58.1 första stycket a och artikel 58.2 i direktiv 2014/24 tolkas på det sättet att de utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken upphandlande myndigheter har rätt att i offentliga upphandlingsdokument i förväg ange ett förfarande för utvärdering av anbud enligt vilket leverantörernas behörighet att utöva en verksamhet (behörighet att utöva yrkesverksamheten) kommer att kontrolleras delvis eller inte alls kontrolleras, trots att denna behörighet är en förutsättning för lagenligt fullgörande av det offentliga

upphandlingskontraktet och upphandlande myndigheter kan vara medvetna på förhand om behovet av denna behörighet?

5. Ska artikel 18 och artikel 42.1 första stycket i direktiv 2014/24 och artiklarna 2.35, 5 och 17 i förordning nr 1013/2006 och även andra bestämmelser i denna förordning tolkas på det sättet att de betyder att vid upphandling av tjänster avseende avfallshantering kan upphandlande myndigheter lagenligt upphandla sådana tjänster endast om de tydligt och noggrant i de offentliga upphandlingsdokumenten definierar mängden och sammansättningen av avfallet och andra viktiga villkor för fullgörande av kontraktet (till exempel förpackningar)?

### **Anförda unionsrättsliga bestämmelser**

Artikel 18.1 och 18.2, artikel 42.1 första stycket, artikel 49, artikel 56.1 första stycket b och andra stycket, artikel 58.1 första stycket a, artikel 58.2 andra stycket och artikel 70 i direktiv 2014/24 samt punkt 17 i del C i bilaga V och bilaga XI till detta direktiv.

Artikel 2.35, artiklarna 3–9 och artikel 17 i förordning nr 1013/2006.

Artikel 26.2 FEUF.

### **Anförda nationella bestämmelser**

Artikel 35 ("Upphandlingsdokumentens innehåll") i *viešųjų pirkimų įstatymas* (lag om offentlig upphandling) föreskriver följande:

*1. Den upphandlande myndigheten ska i upphandlingsdokumenten ange all information om villkoren och förfarandet i upphandlingen.*

*2. Upphandlingsdokumenten ska:*

*...*

*(2) ange skälen för uteslutning av leverantörer, kvalificeringskrav, och i förekommande fall normer för kvalitetsledningssystem och/eller normer för miljöledningssystem inbegripet krav för enskilda medlemmar i en grupp av leverantörer som avger en gemensam begäran om deltagande eller ett gemensamt anbud.*

*(3) lämna information att om leverantörens kvalifikationer avseende behörighet att utöva verksamheten i fråga inte har kontrollerats eller inte har kontrollerats till fullo förbinder sig leverantören gentemot den upphandlande myndigheten att upphandlingskontraktet kommer att fullgöras endast av personer som har sådan behörighet.*

...

(5) ange en förteckning över de dokument som bekräftar frånvaro av skäl för uteslutning av leverantörer, uppfyllelse av kvalificeringskrav och i förekommande fall uppfyllelse av föreskrivna normer för kvalitetsledningssystem och/eller normer för miljöledningssystem, lämna information om att leverantören ska lämna in ett Europeiskt enhetligt upphandlingsdokument i enlighet med de krav som fastställs i artikel 50 i denna lag och, i fråga om ett öppet förfarande, ange huruvida möjligheten som föreskrivs i artikel 59.4 i denna lag, att först utvärdera det anbud som avgetts av leverantören och sedan pröva dennes kvalifikationer, kommer att tillämpas.

...

(8) ange beteckningen för och kvantiteten (volymen) av varor, tjänster eller entreprenadarbeten, arten av de tjänster som ska tillhandahållas med varorna och tidsfristerna för leverans av varorna eller tillhandahållande av tjänsterna eller utförande av entreprenadarbetena.

...

4. Den upphandlande myndigheten ska upprätta upphandlingsdokument i enlighet med bestämmelserna i denna lag. Upphandlingsdokumenten ska vara korrekta, tydliga och otvetydiga så att leverantörer kan inkomma med anbud och upphandlingsmyndigheten kan upphandla det som den behöver.

Artikel 47 (Kontroll av en leverantörs kvalifikationer) i lagen om offentlig upphandling föreskriver bland annat:

1. Den upphandlande myndigheten ska förvissa sig om huruvida en leverantör är behörig, pålitlig och förmår uppfylla villkoren för upphandlingen och den får därför i ett meddelande om upphandling eller i andra upphandlingsdokument ange de nödvändiga kvalificeringskraven för anbudssökande eller anbudsgivare och de dokument eller information som bekräftar uppfyllelse av dessa krav. Kvalificeringskraven för anbudssökande och anbudsgivare som fastställs av den upphandlande myndigheten får inte på ett konstlat sätt begränsa konkurrensen och ska vara proportionerliga och avse föremålet för kontraktet, och vara exakta och tydliga. Vid kontroll av leverantörernas kvalifikationer ska följande kunna beaktas:

(1) behörighet att bedriva verksamheten i fråga,

...

2. Den upphandlande myndigheten ska vara berättigad att i upphandlingsdokumenten kräva att en leverantör är behörig att bedriva den verksamhet som krävs för fullgörande av kontraktet. I upphandlingsförfaranden avseende tjänster får den kräva att leverantörer innehar ett särskilt godkännande

eller är medlemmar i en viss organisation om detta krävs för dem som vill tillhandahålla de berörda tjänsterna i deras ursprungsland.

## **Kortfattad redogörelse för omständigheterna och förfarandet i det nationella målet**

- 1 Den 7 oktober 2018 offentliggjorde Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos (miljöskyddsavdelning inom miljödepartementet, Litauen, nedan kallad svaranden eller den upphandlande myndigheten) ett meddelande om ett öppet internationellt förfarande för upphandling av tjänster avseende hantering av farligt avfall (nedan kallat upphandlingsförfarandet).
- 2 Upphandlingsvillkoren föreskriver bland annat:

*Föremål för upphandlingen: Tjänster avseende hantering av farligt avfall som lagras utomhus på platsen "Ūrus" ir Ko BUAB ... (som utgör en miljöfara, förvaras i sönderfallande containrar som travas på varandra på marken, som utsätts för tryck, nederbörd, lufttemperatur och andra miljöfaktorer och innehåller farliga kemikalier som är åtkomliga för personer utan tillstånd). Materialet som innebär en förhöjd risk måste avlägsnas snabbt för att förhindra en miljökatastrof ...*

*En leverantör som deltar i upphandlingsförfarandet ska uppfylla kvalifikationskraven som anges i tabellen i detta stycke. Leverantörens kvalifikation ska ha förvärvats före utgången av fristen för ingivande av anbud. Den upphandlande myndigheten ska begära dokument som anges i detta stycke som bekräftar uppfyllelse av kvalifikationskraven endast från den leverantör vars anbud kan anses vara framgångsrikt i enlighet med resultatet av utvärderingen ...*

*Leverantören ska uppfylla samtliga angivna kvalifikationskrav:*

*Leverantören ska ha behörighet att bedriva den verksamhet som krävs för fullgörande av kontraktet, det vill säga att ha ett omfattande utdrag från registret för juridiska personer vid VĮ Registru centras (centralregistret, ett statligt företag) eller ett annat officiellt dokument utfärdat av en behörig myndighet som bekräftar behörigheten att bedriva den verksamhet som krävs för fullgörandet av upphandlingskontraktet, det vill säga hantering av farligt avfall. ... (punkt 1 i tabellen i punkt 23) (nedan kallat det omtvistade upphandlingsvillkoret).*

...

*Om leverantörens kvalifikation rörande behörighet att bedriva den relevanta verksamheten inte har kontrollerats eller inte har kontrollerats till fullo åtar sig leverantören gentemot den upphandlande myndigheten att upphandlingskontraktet kommer att fullgöras endast av personer som har en sådan behörighet (punkt 23.1.2).*

- 3 I upphandlingsförfarandet lämnade fyra leverantörer in anbud: Sanresa UAB (nedan kallad sökanden) som agerade gemensamt med Ekometrija UAB och Palemono keramikos gamykla AB och som anlidade två underentreprenörer, Fortum Waste Solution A/S (Danmark) och ALS Czech republik s.r.o. (Tjeckiska republiken), Švykai' UAB, en grupp leverantörer bestående av Žalvaris UAB tillsammans med Toksika UAB samt Eko Balt UAB.
- 4 Den 22 november 2018 bad den upphandlande myndigheten sökanden att lämna vissa uppgifter för att klarlägga dennes anbud, bland annat avseende fördelningen av avfallshanteringen mellan dennes partner och underleverantörer och information beträffande vilken underleverantör som beviljats godkännande för internationell transport av avfall.
- 5 Den 7 december 2018 underrättade den upphandlande myndigheten med stöd av sökandens uppgifter sökanden om att internationell transport av avfall omfattades av förordning nr 1013/2006 enligt vilken det krävdes innehav av ett godkännande för att genomföra en transport och ingen ekonomisk aktör som sökanden hade anlitat hade ett sådant godkännande.
- 6 Den 21 maj 2019 fattade den upphandlande myndigheten beslut att avvisa sökandens anbud, tillkännagav rangordningen mellan anbuden och den vinnande anbudsgivaren (som var gruppen av leverantörer som bestod av Žalvaris UAB och Toksika UAB) och ingick ett offentligt tjänstekontrakt med den vinnande anbudsgivaren.
- 7 Svaranden motiverade sitt beslut att avvisa sökandens anbud bland annat på grundval av den ständigt ökande faran för miljön som orsakades av det obehandlade avfallet och underlåtenheten att uppfylla upphandlingsvillkoren rörande skyldigheten för leverantörerna att ha behörighet att bedriva den verksamhet som krävdes för fullgörande av upphandlingskontraktet (sökanden måste ha godkännande utfärdat av Aplinkos apsaugos agentūra (miljöskyddsmyndighet) att genomföra internationell avfallstransport i enlighet med bestämmelserna i förordning nr 1013/2006 och trots att denne fått förslag att anlita nya underentreprenörer, som kunde ha godkännande eller som inte behövde ha det, underlåtit att göra det).
- 8 Den 30 maj 2019 framställde sökanden ett krav mot svaranden rörande avvisning av dennes anbud. Sökanden hävdade att denne hade uppfyllt kvalificeringskravet för leverantörerna enligt upphandlingsvillkoren då de inte innehöll kravet att anbudet skulle innefatta godkännande för internationell transport. Enligt sökanden skulle detta godkännande anses vara ett krav för fullgörande av kontraktet och inte ett kvalificeringskrav. Sökanden framförde också att denne i vart fall inte kunde erhålla godkännande att transportera avfall då upphandlingsvillkoren inte angav den exakta kvantiteten och sammansättningen därav.
- 9 Svaranden tillbakavisade sökandens krav genom beslut den 10 juni 2019 i vilket svaranden i huvudsak upprepade skälen för sitt tidigare beslut.

- 10 Den 20 juni 2019 väckte sökanden talan vid Vilniaus apygardos teismas (Regiondomstolen i Vilnius) som ogillades. Den 16 oktober 2019 gav sökanden in ett överklagande som Lietuvos apeliacinis teismas (Appellationsdomstolen i Litauen) ogillade genom dom av den 18 december 2019.
- 11 Domstolarna fann i huvudsak att den upphandlande myndigheten enligt artikel 47 i lagen om offentlig upphandling ska kontrollera leverantörernas kvalifikationer vilket innebar att den kan införa kravet rörande behörighet att bedriva en verksamhet i upphandlingsvillkoren, de betecknade det omtvistade upphandlingsvillkoret som ett klassificeringskrav för leverantörerna, de ansåg att svarandens argument att enligt förordning nr 1013/2006 var sökanden skyldig att tillhandahålla den upphandlande myndigheten ett transportgodkännande, då denne hade beslutat att transportera avfall till en annan medlemsstat i Europeiska unionen, var välgrundat och de anförde att denna slutsats inte ändrades av det förhållandet att ett sådant dokument inte specificerats i upphandlingsvillkoren då dokumentet omfattades av tvingande bestämmelser i unionsrätten och att därför hänvisning till dokumentet inte innebar åsidosättande av principerna för offentlig upphandling.
- 12 Den 17 januari 2020 gav sökanden in ett överklagande i en rättsfråga till Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen i Litauen, nedan kallad kassationsdomstolen).

#### **Kort sammanfattning av skälen för begäran om förhandsavgörande**

- 13 Det framgår av akten i målet att värdet av det offentliga tjänstekontraktet som ingåtts den 7 oktober 2019, det vill säga 1 167 500 euro exklusive mervärdesskatt, överstiger det internationella minimivärdet för upphandling och tvisten mellan parterna omfattas därför tveklöst av unionsrättsliga upphandlingsbestämmelser (direktiv 2014/24). Tillämpning av förordning nr 1013/2006 är inte knuten till värdet av avfallstransporten utan beror av föremålet (avfallet i fråga) och den territoriella aspekten och tvisten mellan parterna omfattas därför av tillämpningsområdet för denna unionsrättsakt.
- 14 I förevarande mål rör tvisten mellan parterna lagenligheten av utvärderingen av de anbud som getts in av sökanden och av den vinnande anbudsgivaren vad beträffar uppfyllelse av de ställda kraven.

*Kravet att under det offentliga upphandlingsförfarandet visa godkännande för genomförandet av internationell transport av avfall enligt förordning nr 1013/2006*

- 15 Enligt avdelningen rör den grundläggande rättsfrågan, som bland annat avser tolkning och tillämpning av bestämmelserna i direktiv 2014/24 och förordning nr 1013/2006, den rätta klassificeringen av upphandlingsvillkoren, det vill säga huruvida fråga är om ett krav avseende behörighet för leverantörerna att bedriva

en verksamhet eller ett krav för fullgörande av det offentliga upphandlingskontraktet. Denna fråga är inte ett mål i sig, den utgör i huvudsak grunden för bedömning av lagenligheten av den upphandlande myndighetens beslut att tillbakavisa sökandens anbud.

- 16 I detta sammanhang bör kassationsdomstolens fasta praxis nämnas enligt vilken vid avgörande av tvister mellan upphandlande myndigheter och leverantörer det avgörande är villkorets innebörd och inte vad den upphandlande myndigheten kallar det. Den korrekta klassificeringen av villkoren i upphandlingsdokumenten säkerställer korrekt tillämpning av lagen om offentlig upphandling på olika upphandlingsförfaranden och följaktligen en korrekt lösning av tvisten.
- 17 Å andra sidan bör det nämnas att det omtvistade upphandlingsvillkoret inte uttryckligen anger att kravet att visa godkännande för internationell transport av avfall gäller tillsammans med anbudet. Parterna tvistar inte därom.
- 18 Svaranden betecknade det omtvistade upphandlingsvillkoret som omfattande ett krav att ha behörighet att genomföra internationell transport av avfall. Domstolarna som prövade målet delade den uppfattningen.
- 19 Kassationsdomstolen har förklarat mer än en gång att leverantörens kvalifikation förstås som dennes kapacitet och beredskap att på rätt sätt fullgöra de skyldigheter som följer av det offentliga upphandlingskontraktet. Detta är en objektiv kategori (ett rättsligt faktum) som utmärker förekomsten av vissa omständigheter i det förgångna (till exempel verksamhetens lönsamhet) eller i nutid (till exempel kompetens hos företags personal). Kvalifikationen ska ha förvärvats före utgången av fristen för ingivande av anbud som anges i upphandlingsdokumenten. Samma ståndpunkt uttalas i huvudsak i EU-domstolens praxis (se dom av den 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 42).
- 20 Kassationsdomstolens praxis avseende klassificering av villkor för offentlig upphandling i form av krav på leverantörers kapacitet eller ett krav för fullgörande av kontraktet anger bland annat att det är viktigt för en sådan bedömning att fastställa huruvida det relevanta kravet i upphandlingsvillkoren har fastställts direkt och otvetydigt och på ett sådant sätt att utvärdering av uppfyllelse därav är knuten till slutdagen för avgivande av anbud. Det är också nödvändigt att utvärdera de relevanta rättsregler som medför leverantörens skyldighet att inneha ett visst tillstånd för att bedriva en verksamhet.
- 21 Under hela förfarandet har sökanden konsekvent vidhållit att det godkännande vars ingivande begärts av svaranden ska ses mer som att det avser fullgörandet av ett specifikt kontrakt och inte som ett kvalificeringskrav för leverantören i enlighet med bestämmelserna i förordning nr 1013/2006. Enligt den hänskjutande domstolen förefaller a priori inte en sådan tolkning av förordning nr 1013/2006 med hänsyn till dess bestämmelser ogrundad.
- 22 Enligt bestämmelserna i förordning nr 1013/2006 är godkännande att genomföra internationell transport av avfall faktiskt till sin natur mer ad hoc än generellt då



transport av avfall erkänns som lagenlig bland annat när de behöriga myndigheterna har underrättats och dessa har beviljat godkännande och transporten har utförts som angetts i underrättelsen eller transportdokumenten i enlighet med bestämmelserna i förordningen.

- 23 Enligt den hänskjutande domstolen skulle det faktum att ett visst dokument som tillåter en ekonomisk aktör att agera innehåller mycket specifik information, inte i sig utesluta möjligheten att klassificera detta godkännande som bevis för behörighet att utöva en verksamhet.
- 24 Den hänskjutande domstolen anser ändå att godkännandet att transportera avfall från en medlemsstat till en annan är giltigt en ganska kort period och även om godkännandet att transportera avfallet i fråga har erhållits är det inte möjligt att nyttja godkännandet vid ett annat tillfälle, i synnerhet på grund av att syftet för vilket godkännandet beviljades redan har uppnåtts. Dessutom kan sammansättningen av olika avfallsstransporter skilja sig åt och även om den förblir densamma kan transitstaten och mottagarstaten variera. Utfärdandet och giltigheten av transportgodkännandet och möjligheten att nyttja det beror därför inte endast av om den som ansöker om det är pålitlig och dennes insatser utan också på andra specifika omständigheter.
- 25 Vidare har de behöriga myndigheterna i respektive stat (avsändarstaten, mottagarstaten och transitstaten) enligt bestämmelserna i förordning nr 1013/2006 ett ganska stort utrymme för fritt skön att vägra att utfärda ett godkännande varför det föreligger en betydande risk att en leverantör som med framgång deltagit i ett offentligt upphandlingsförfarande avseende transport av avfall och ingått kontraktet, eller dennes partner, till slut inte kommer att kunna fullgöra kontraktet.
- 26 Avdelningen hyser tvivel beträffande huruvida risken att godkännande inte beviljas ska överföras på de upphandlande myndigheterna som har valt ut den vinnande anbudsgivaren och ingått ett kontrakt med denne. Å andra sidan, om det omtvistade upphandlingsvillkoret tolkas som ett kvalificeringskrav skulle risk av ett visst slag, avseende den administrativa bördan att söka erhålla transportgodkännande och den ekonomiska bördan att söka erhålla en finansiell garanti (artikel 6 i förordning nr 2006) oundvikligen drabba leverantören.
- 27 I detta avseende anser kassationsdomstolen slutligen att ett beslut beträffande klassificering av det omtvistade upphandlingsvillkoret, med beaktande av transportgodkännandets ad hoc-natur, ska grundas på bland annat bestämmelserna i direktiv 2014/24, särskilt direktivets artikel 58 och bilaga XI. Varken denna artikel eller ingressen till direktivet innehåller emellertid tydligare bestämmelser som gör det möjligt att fastställa det faktiska innehållet i det omtvistade upphandlingsvillkoret exakt vid prövning av huruvida godkännande att transportera avfall är ett moment som kännetecknar leverantörernas kvalifikationer. Med andra ord är det oklart huruvida unionslagstiftaren när den utformade begreppet ”behörighet att utöva en yrkesverksamhet” avsåg att beskriva

situationer av varje slag som innefattade bland annat utfärdande och nyttjande av ett ad hoc-tillstånd att utöva en verksamhet.

*Prövning av leverantörens behörighet att utöva en verksamhet (artikel 35.2.3 i lagen om offentlig upphandling)*

- 28 Om det skulle beslutas att det omtvistade upphandlingsvillkoret ska klassificeras som ett krav för leverantörer att de ska ha behörighet att utöva en verksamhet och detta krav uppkommer i upphandlingsförfarandet med tillämpning av bestämmelserna i förordning nr 1013/2006 med den följd att leverantörerna måste uppfylla det, ger detta upphov till ytterligare frågor rörande utvärdering av leverantörernas kapacitet mot bakgrund av punkt 23.1.2 i upphandlingsvillkoren, som hänvisar till artikel 35.2.3 i lagen om offentlig upphandling.
- 29 Sökanden grundar sin inställning i fråga om olagligheten av avvisningen av dennes anbud bland annat på den omständigheten att dennes anbud på grund av innehållet i det omtvistade upphandlingsvillkoret och tillämpningen av punkt 23.1.2 i upphandlingsvillkoren inte kunde tillbakavisas då svaranden själv angav i upphandlingsvillkoren att leverantörens behörighet att utöva en verksamhet endast delvis skulle kontrolleras.
- 30 Avdelningen konstaterar att under lång tid (till början av 2017) tillämpades en delvis felaktig ordning i Litauen enligt vilken upphandlingsdokument inte innehöll några krav alls beträffande behörighet för leverantörer att utöva en verksamhet eller var kraven alltför abstrakt utformade genom att fastställa ett generellt villkor utan att ange vilken specifik behörighet som var i fråga eller vilken skriftlig bevisning därom som skulle förebringas. Kassationsdomstolen hade vid denna tid uppfattningen att öppenhetsprincipen också föranledde kravet att iaktta tvingande regler som fastställts i annan speciallagstiftning, vilket i huvudsak betydde att leverantören var ansvarig för bedömning av samtliga nödvändiga intyg, tillstånd, attester och andra liknande dokument som styrkte innehav av en specifik behörighet i enlighet med definitionen av föremålet för upphandlingsförfarandet och andra bestämmelser avseende tekniska specifikationer.
- 31 Denna kassationsdomstolens praxis tillämpades till den 14 februari 2017 när ett avgörande i tvistemål ändrade den tidigare gällande nationella praxisen. Detta avgörande som bland annat hänvisade till EU-domstolens dom av den 2 juni 2016 i målet Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404) förklarade följande: a) företräde för tillämpning av speciallagstiftning framför klarheten i villkoren i offentlig upphandling medför att upphandlande myndigheter åtnjuter ett alltför stort utrymme för egen bedömning och medför risk att de missbrukar detta, b) upphandlande myndigheter får inte avvisa leverantörernas anbud på grundval av krav som inte är tydligt angivna i förväg även om kraven har sin grund i tvingande rättsregler, c) om upphandlingsvillkoren inte tydligt anger krav för behörighet att utöva en verksamhet som fastställs i andra bindande rättsakter och leverantörerna inte uppfyller dem måste leverantörerna tillåtas avhjälpa brister i deras anbud, d) sådan mekanism för avhjälpande innefattar tillåtelse för leverantören att anlita nya

enheter — partner eller underleverantörer — för fullgörande av ett offentligt upphandlingskontrakt om denne själv inte kan eller har rätt att utföra vissa arbeten (tillhandahålla vissa tjänster).

- 32 Det bör nämnas att när den litauiske lagstiftaren införlivade direktiv 2014/24 antog den en ny version av lagen om offentlig upphandling i vars artikel 35.2.3 upphandlande myndigheter uttryckligen berättigades att inte kontrollera (eller inte kontrollera fullt ut) ifrågavarande leverantörers kapacitet i syfte att undvika avvisning av anbud grundad på kvalificeringskrav som inte tydligt definierats.
- 33 Vid tolkning av denna bestämmelse har kassationsdomstolen konstaterat att lagen om offentlig upphandling i huvudsak återspeglar praxis i enskilda rättsliga förhållanden att säkerställa innehav av den relevanta behörigheten att utöva en verksamhet i kontraktuella snarare än i förkontraktuella rättsförhållanden (fastän upphandlande myndigheter faktiskt inte är förbjudna att inta sådant krav på kapacitet i offentliga upphandlingsdokument). Före ingåendet av ett offentligt upphandlingskontrakt ska upphandlande myndigheter i vart fall säkerställa huruvida de berörda enheterna kommer att vara berättigade att påta sig och fullgöra kontraktuella förpliktelser.
- 34 Med hänsyn dessutom till den upphandlande myndighetens skyldigheter enligt principen om öppenhet omfattar formuleringen ”kvalifikationer har inte kontrollerats” inte endast en begäran att uppvisa ett dokument som bekräftar behörigheten i fråga utan i första hand formuleringen (som fastställer) i de offentliga upphandlingsvillkoren själva kravet att leverantörer ska inneha sådan kapacitet, det vill säga kvalifikationen anses vara kontrollerad när relevanta krav fastställs i upphandlingsvillkoren och den upphandlande myndigheten vid granskning av ett anbud begär att dokumenten i fråga ges in.
- 35 Av kassationsdomstolens praxis mellan 2017 och 2019 kan slutsatsen dras att om en upphandlande myndighet inte skulle kontrollera fullt ut eller inte alls huruvida leverantörer har behörighet att utöva en verksamhet, skulle den leverantör som bedömts att vara den vinnande anbudsgivaren vara skyldig att före ingåendet av det offentliga upphandlingskontraktet förse den upphandlande myndigheten med skriftlig bevisning om en sådan behörighet oberoende av dagen för dess utfärdande och om leverantören inte skulle inneha en sådan behörighet kunde denne anlita nya enheter, nämligen partner i en gemensam verksamhet eller underleverantörer.
- 36 Frågor uppkommer för avdelningen beträffande huruvida sådan nationell lagstiftning enligt vilken upphandlande myndigheter innehar en obegränsad rätt att inte kontrollera huruvida leverantörer innehar behörighet att utöva en verksamhet trots att det är möjligt att dessa myndigheter kan (eller måste) vara medvetna om behovet att inneha en sådan behörighet och kan (eller måste) förstå att det finns ett hot mot det vederbörliga fullgörandet av det offentliga upphandlingskontraktet, är förenlig med principerna om öppenhet och berättigade förväntningar och med

praxis i fråga om rationellt genomförande av förfaranden för offentlig upphandling.

*Lagenligheten av villkor för offentlig upphandling som definierar föremålet för upphandlingsförfarandet*

- 37 Avdelningen har också frågor avseende upphandlingsvillkoren som definierar föremålet för anbuds förfarandet och avseende några bestämmelser i de tekniska specifikationerna. Upphandlingsvillkoren visar tydligt att den upphandlande myndigheten inte till fullo känner till den exakta sammansättningen och mängden av avfallet som ska bortföras.
- 38 I detta sammanhang har kassationsdomstolen och EU-domstolen mer än en gång bland annat förklarat att tekniska specifikationer måste vara tillräckligt precisa så att de gör det möjligt för anbudsgivare att bestämma föremålet för kontraktet och göra det möjligt för de upphandlande myndigheterna att tilldela kontraktet. De måste vara tydligt utformade så att alla anbudsgivare förstår vad de villkor som fastställts av den upphandlande myndigheten omfattar (EU-domstolens dom av den 10 maj 2012, kommissionen/Nederländerna, C-368/10, EU:C:2012:284).
- 39 Å andra sidan, även om motsatsen skulle gälla, det vill säga om svaranden kunde lagligen ge en ofullständig definition av föremålet för upphandlingsförfarandet, hyser avdelningen tvivel beträffande lagenligheten av en sådan situation enligt bestämmelserna i förordning nr 1013/2006, särskilt om det omtvistade upphandlingsvillkoret klassificeras som ett krav rörande behörighet att utöva en verksamhet. Artikel 2.35 i förordning nr 1013/2006 klarlägger att det föreligger en olaglig transport bland annat när transporten utförs på ett sätt som inte uttryckligen specificerats i anmälan eller i transportdokumenten. Lagenligheten av avfallstransporter beror därför bland annat på uppfyllelse av de initiala villkoren på grund varav godkännande att transportera avfall beviljas.
- 40 Artikel 17 i förordning nr 1013/2006 föreskriver att om väsentliga ändringar görs i fråga om detaljer och/eller villkor ska de behöriga myndigheterna och mottagaren underrättas, om möjligt, innan transporten inleds. I sådana fall ska en ny anmälan göras. Detta betyder att när den faktiska sammansättningen och mängden av det farliga avfallet blir känd under fullgörandet av det offentliga upphandlingskontraktet måste i huvudsak anmälningsförfarandet tas upp på nytt.
- 41 Den upphandlande myndigheten har i upphandlingsvillkoren angett att om sammansättningen av avfall som den granskat skulle åter bestämmas på grundval av containrar som inte granskats tidigare ska leverantören hantera detta avfall enligt kod 19 12 11 ("Annat avfall (även blandningar av material) från mekanisk behandling av avfall som innehåller farliga ämnen") eller enligt kod 16 10 01 ("Vattenhaltigt avfall som innehåller farliga ämnen"). Avdelningen hyser tveksamhet avseende ett sådant ofullständigt alternativ till definitionen av föremålet för förfarandet såvitt gäller tillämpningen av bestämmelserna i förordning 1013/2006.

- 42 Exempelvis ska enligt artikel 5 i denna förordning avtal ingås mellan anmälaren och mottagaren om återvinning eller bortskaffande av avfallet. Det är inte klart huruvida parterna får i ett sådant avtal komma överens om transport av avfall enligt de förutnämnda koderna för farligt avfall när inte samtliga erforderliga uppgifter om sammansättningen av avfallet är tillgängliga.
- 43 Med hänsyn till ovanstående har avdelningen befogade tvivel beträffande huruvida, enligt allmän lagstiftning om offentlig upphandling, (direktiv 2014/24), och relevanta bestämmelser i förordning nr 1013/2006, upphandlande myndigheter vid upphandling av tjänster avseende avfallshantering inte är skyldiga att definiera mängden och sammansättningen, och annan relevant information, av det avfall som ska bortforslas och behandlas, med så stor noggrannhet och detaljerad information som möjligt snarare än att överlåta på leverantörerna att utreda detta och anpassa sig när det offentliga upphandlingskontraktet fullgörs.

ARBETS-DOKUMENT