

Mål C-6/20**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

7 januari 2020

Domstol som begär förhandsavgörande:

Tallinna Ringkonnakohus (Estland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

19 december 2019

Klagande i andra instans:

Sotsiaalministeerium

Motpart i andra instans:

Innove SA

Saken i det nationella målet

Överklagande framställt av Sotsiaalministeerium (socialministeriet, Estland) av domen av den 22 maj 2019 från Tallinna Halduskohus (Förvaltningsdomstolen i Tallinn, Estland), genom vilken nämnda domstol ogillade socialministeriets talan om ogiltigförklaring av ett beslut om finansiell korrigerings från Innove SA (nedan kallat Innove) genom vilket socialministeriets ansökningar om utbetalning inom ramen för ett projekt för tillhandahållande av livsmedelsbistånd nekades på grund av en påstådd överträdelse av reglerna om offentlig upphandling

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Begäran enligt artikel 267 tredje stycket FEUF om tolkning av artiklarna 2 och 46 i direktiv 2004/18

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

1. Ska artiklarna 2 och 46 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster tolkas så, att de utgör hinder för nationell lagstiftning – såsom 41 § punkt 3 i Riigihangete seadus (RHS) (lagen om offentlig upphandling) – enligt vilken den upphandlande myndigheten, om det enligt lag ställs särskilda krav för den verksamhet som är föremål för en offentlig upphandling, måste ange vilka registreringar eller verksamhetstillstånd som en anbudsgivare måste inneha för att vara kvalificerad att avge ett anbud i tillkännagivandet av planerad upphandling, är skyldig att kräva att anbudsgivaren uppvisar registreringen eller verksamhetstillståndet i syfte att kontrollera att de särskilda lagstadgade kraven som anges i tillkännagivandet av planerad upphandling är uppfyllda, och även är skyldig att utesluta anbudsgivare som inte innehar nödvändiga verksamhetstillstånd eller registreringar på grund av bristande kvalifikationer?

2. Ska artiklarna 2 och 46 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster gemensamt tolkas så, att de utgör hinder för att den upphandlande myndigheten vid en upphandling av livsmedelsbistånd som överstiger tröskelvärdet för internationell utannonsering, fastställer ett urvalskriterium för anbudsgivarna, enligt vilket alla anbudsgivare oberoende av deras tidigare verksamhetsort måste inneha ett verksamhetstillstånd eller en registrering i landet där livsmedelsbiståndet ges redan vid tidpunkten då anbudet lämnas in, även om anbudsgivaren inte har bedrivit någon verksamhet i den medlemsstaten dessförinnan?

3. Om svaret på föregående fråga är jakande:

3.1. Ska artiklarna 2 och 46 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster anses vara tillräckligt precisa för att principen om skydd för berättigade förväntningar inte ska kunna göras gällande?

3.2. Ska artiklarna 2 och 46 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster tolkas så, att en situation i vilken den upphandlande myndigheten vid upphandling av livsmedelsbistånd i enlighet med Toiduseadus (ToiduS) (livsmedelslagen) kräver att anbudsgivarna innehar ett verksamhetstillstånd redan vid tidpunkten då de lämnar ett anbud, kan anses utgöra ett uppenbart åsidosättande av gällande lagstiftning, en överträdelse eller en försummelse av sådan art som utgör hinder för att åberopa principen om skydd för berättigade förväntningar?

Anförda unionsbestämmelser

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114), artiklarna 2 och 46

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 852/2004 av den 29 april 2004 om livsmedelshygien (EUT L 139, 2004, s.1), artikel 6.3 a, b och c

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 853/2004 av den 29 april 2004 om fastställande av särskilda hygienregler för livsmedel av animaliskt ursprung (EUT L 139, 2004, s. 55)

Kommissionens beslut C(2013) 9527 final av den 19 december 2013 om fastställande och godkännande av riktlinjer för fastställande av finansiella korrigeringar som kommissionen ska tillämpa på utgifter som finansieras av unionen genom delad förvaltning, i de fall som bestämmelserna om offentlig upphandling inte har följts

Anförda nationella bestämmelser

Riigihangete seadus (RHS) (lagen om offentlig upphandling) i dess lydelse fram till den 31 augusti 2017 (konsoliderad text RT I, 25.10.2016, 20), 3 §, 15 § punkt 2, 39 § punkt 1 och 41 § punkt 3

Toiduseadus (ToiduS) (livsmedelslagen) (RT I 1999, 30, 415 med senare ändringar), 7, 8 och 10 §§

Periodi 2014-2020 struktuuritoetuse seadus (STS) (lagen om strukturstöd för åren 2014-2020), 3 och 4 §§

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Under åren 2015 och 2017 utlyste socialministeriet de öppna anbuds-förfarandena nr 157505 och nr 189564 "Livsmedelsbistånd för de personer som har det sämst ställt", vilka överstiger tröskelvärdet för en upphandling som ska annonseras internationellt (uppskattat värde 4 miljoner euro vardera). Tillkännagivandet av upphandling nr 157505 innehöll villkoret att anbudsgivarna måste inneha ett sådant godkännande som krävs för genomförande av kontraktet från Veterinaar- ja Toiduamet (veterinär- och livsmedelsmyndigheten i Estland) (nedan kallad VTA) och att de måste uppvisa motsvarande intyg och registreringsnummer. Anbudsinfordran för upphandling nr 157505 ändrades under upphandlingsförfarandet. Ändringen innebar att anbudsgivaren inte längre var skyldig att uppvisa ett intyg om godkännande med registreringsnummer från VTA, utan att det i stället var tillräckligt att uppvisa ett intyg om iakttagande av

anmälnings- och tillståndsplikten. Samma villkor fastställdes för upphandling nr 189564. De båda upphandlingarna ledde till att ramavtal undertecknades med tre anbudsgivare.

- 2 Genom Innoves beslut om finansiell korrigerigering av den 30 oktober 2018 avlogs de ansökningar om utbetalning som socialministeriet hade lämnat in inom ramen för ”Villkor för inköp och fördelning av livsmedelsbistånd för de personer som har det sämst ställt” som avsåg stöd till projektet ”Leverans av livsmedel och transport till lager” till ett belopp om 463 291,55 euro. Beslutet motiverades med att socialministeriet inte hade uppfyllt sin skyldighet enligt Periodidi 2014-2020 struktuuritoetuse seadus (STS) (nedan kallad lagen om strukturstöd för åren 2014-2020) att iaktta bestämmelserna i Riigihangete seadus (RHS) (lagen om offentlig upphandling) som var i kraft fram till den 31 augusti 2017.
- 3 Innove ansåg att båda upphandlingarna fastställde urvalskriterier som på ett otillbörligt sätt begränsade kretsen av anbudsgivare, och detta i synnerhet vad avser utländska anbudsgivare. Den otillbörliga begränsningen bestod i ett krav på att anbudsgivarna ska uppvisa ett godkännande från de estniska myndigheterna och uppfylla anmälnings- och tillståndsplikten i Estland. Även om dessa anbudsgivare hade kunnat uppfylla villkoren genom att stödja sig på en annan persons tillstånd eller lämna ett gemensamt anbud med en person som uppfyller villkoren, innebär inte det att villkoret i sig blir lagenligt, det vill säga det påverkar inte bedömningen att villkoret i sig utgör en otillbörlig begränsning av kretsen av möjliga anbudsgivare. Anbudsgivare som inte hade möjlighet att uppfylla villkoren med stöd av en annan persons medel eller lämna ett gemensamt anbud, kan eventuellt ha avstått från att delta i anbudsinfordran, eftersom de inte hade kunnat iaktta den föreskrivna fristen för att lämna ett anbud. Socialministeriet har enligt Innove åsidosatt 3 § och 39 § punkt 1 RHS. Beslutet grundas på en undersökning av de båda berörda upphandlingsförfarandena som genomförts av Rahandusministeerium (finansministeriet i Estland). Det framgår av slutrapporten från undersökningen att de urvalskriterier som fastställts i tillkännagivandena av de planerade upphandlingarna nr 157505 och nr 189564 utgjorde en otillbörlig begränsning i förhållande till utländska anbudsgivare.
- 4 Innove avslog socialministeriets begäran om omprövning genom beslut av den 25 januari 2015. Innove ansåg att kravet avseende anmälningsplikt och verksamhetstillstånd som fastställdes i tillkännagivandena av planerad upphandling innebar en diskriminering av anbudsgivare på grund av deras ursprungsland och utgjorde en oproportionerlig begränsning som gjorde det möjligt att diskriminera mellan olika anbudsgivare.
- 5 Socialministeriet väckte talan vid Tallinna Halduskohus (Förvaltningsdomstolen i Tallinn, Estland) och yrkade att Innoves beslut om finansiell korrigerigering av den 30 oktober 2018 ska upphävas. Socialministeriet gjorde gällande att anbudsinförfarandena skett på korrekt sätt och att ministeriet inte har något utrymme för eget skön vad gäller att fastställa i vilket stadium av förfarandet kravet på verksamhetstillstånd ska uppfyllas. De lagstadgade särskilda krav som

gäller för verksamheterna som är föremål för upphandling i förfarandena nr 157505 och nr 189564 är de krav rörande anmälnings- och tillståndsplikt som anges i 7 och 8 §§ Toiduseadus (livsmedelslagen, nedan kallad ToiduS) och i artikel 6.3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 852/2004. I det överklagade beslutet anges felaktigt att det är fråga om en upphandling av livsmedel (leveranser) och att den upphandlande myndigheten inte får anmoda anbudsgivare att uppvisa ett verksamhetstillstånd enligt artikel 46 i direktiv 2004/18. Vid fysisk hantering av livsmedel i Estland ska kontraktssinnehavaren eller lagret som denne använder inom ramen för kontraktet eller ett underkontrakt inneha ett verksamhetstillstånd från VTA. Det förekommer inget allmänt ömsesidigt erkännande av verksamhetstillstånd avseende hantering av livsmedel. Den upphandlande myndigheten hade ingen möjlighet att beteckna en anbudsgivare som kvalificerad på grundval av ett verksamhetstillstånd i dennes etableringsland. Med hänsyn till fristen för att inge anbud vid internationell upphandling (minst 40 dagar) och den tidsfrist som föreskrivs i ToiduS för tillståndsförfarandet (30 dagar) hade anbudsgivaren tillräckligt med tid för att erhålla tillstånd genom ett sådant förfarande. Enligt socialministeriets uppfattning har någon skada inte kunnat styrkas. Dessutom har upphandling nr 157505 granskats två gånger tidigare av granskare från finansministeriet. Dessa kontroller har visat att villkoren (inklusive de avseende verksamhetstillstånd) var förenliga med RHS. Det vore inte förenligt med principen om god förvaltning att retroaktivt ändra denna tolkning.

- 6 Innove yrkade att överklagandet ska ogillas. Innove bekräftade att den upphandlande myndigheten vid en bokstavlig tolkning av 41 § punkt 3 RHS visserligen förefaller kunna anmoda anbudsgivaren att visa att de uppfyller de särskilda kraven genom att uppvisa ett sådant verksamhetstillstånd eller registrering som krävs enligt estnisk lagstiftning, eller ett annat lämpligt intyg. Detta krav ska dock tolkas mot bakgrund av de relevanta unionsrättsakterna (i synnerhet direktiv 2004/18) och i förening med relevant rättspraxis. Dessutom är villkoret enligt vilket den upphandlande myndigheten kräver att anbudsgivarna ska uppfylla de särskilda kraven enligt estnisk lagstiftning redan vid tidpunkten då anbudet lämnas in inte förenligt med likabehandlingsprincipen, vilken kommer till uttryck i 3 § led 3 RHS. Innove anser vidare att det framgår av EU-domstolens praxis avseende likabehandlingsprincipen att denna princip utgör hinder för att ställa upp villkor som förutsätter kunskaper om praxis i staten där den upphandlande myndigheten är etablerad för rätt att delta i ett förfarande för offentlig upphandling (dom av den 14 december 2016, Connexion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, punkt 42, och dom av den 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punkterna 45, 46 och 51).
- 7 Innove anser att det inom ramen för upphandlingarna hade varit nödvändigt att pröva huruvida anbudsgivarna som tidigare tillhandahållit en tjänst i en annan medlemsstat, och anbudsgivarna som tidigare hade bedrivit verksamhet som avsåg hantering av livsmedel i Estland, befann sig i en jämförbar situation med avseende på tillämpningen av det omtvistade villkoret och således hade uppfyllt kraven enligt estnisk rätt. Innove underströk att principen om skydd för berättigade

förväntningar inte har åsidosatts. Stödmottagarens berättigade förväntningar om att stödet ska upprätthållas måste avvägas mot tredje mans rätt att delta i ett konkurrensutsatt förfarande och ett upphandlingsförfarande utan rättsstridiga begränsande villkor, och mot allmänintresset, vilket bland annat omfattar unionens intresse att säkerställa en välfungerande inre marknad genom konkurrensutsatta upphandlingsförfaranden och insyn i användningen av unionens medel. I förevarande mål ska tredje mans rättigheter i förening med unionens intressen gemensamt anses utgöra ett sådant övervägande allmänintresse som väger tyngre än stödmottagarens eventuella berättigade förväntningar om att det omtvistade beslutet inte skulle fattas.

- 8 Finansministeriet yrkade att överklagandet skulle ogillas. Finansministeriet gjorde gällande att socialministeriet saknar rätt att väcka talan och att förvaltningsdomstolen inte är behörig att pröva denna talan, eftersom det i nationell rätt föreskrivs ett annat förfarande för att avgöra förevarande tvist. Finansministeriet anser att urvalskriterierna i tillkännagivandet av den planerade upphandlingen var oskäligt restriktiva. Finansministeriet argumenterade att utländska anbudsgivare vars verksamhetsort inte är belägen i Estland måste uppfylla kriterierna i den stat där de bedriver sin verksamhet och stå under tillsyn av de behöriga myndigheterna i den stat där de är etablerade. Estland kan inte bedöma utländska anbudsgivares verksamhetstillstånd för livsmedelshandling, eftersom Estland inte har någon möjlighet att kontrollera utländska företags verksamhet. Anmälnings- och tillståndsplikten är ett unionsrättsligt krav som gäller inom hela unionen. För att den aktuella begränsningen i förhållande till utländska anbudsgivare skulle vara proportionerlig och samtidigt kunna försäkra den upphandlande myndigheten om att det inte är fråga om en illegal aktör, hade den upphandlande myndigheten varit tvungen att – med avseende på kvalifikationer för att delta i förfarandet – tillåta anbudsgivare att uppvisa ett likvärdigt tillstånd eller intyg som utfärdats av staten där den utländska anbudsgivaren är etablerad eller av en annan behörig myndighet, och att anmoda en utländsk anbudsgivare att visa att denne uppfyller de krav som ställs enligt estnisk lagstiftning för att fullgöra kontraktet först vid tidpunkten för genomförande av kontraktet. Finansministeriet ansåg att principen om skydd för berättigade förväntningar inte omfattar den verkställande makten. I överensstämmelse med detta har EU-domstolen konstaterat att en stödmottagare inte har rätt att åberopa något skydd för berättigade förväntningar om denne i väsentlig grad har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter.
- 9 Genom dom av den 22 maj 2019 ogillade Tallinna Halduskohus (Förvaltningsdomstolen i Tallinn, Estland) talan. Enligt tillkännagivandet av planerad upphandling var anbudsgivaren för att kunna fullgöra kontraktet tvungen att inneha ett tillstånd från VTA och uppvisa en bekräftelse och ett registreringsnummer avseende detta tillstånd. Domstolen drog slutsatsen att detta krav innebär diskriminering av utländska anbudsgivare, eftersom en utländsk anbudsgivare som tidigare inte varit verksam i Estland inte hade någon möjlighet att iaktta anmälnings- och tillståndsplikten vid tidpunkten då anbudet lämnas in. Estniska anbudsgivare som haft tidigare erfarenhet av att bedriva verksamhet i

Estland var i en bättre ställning jämfört med andra ekonomiska aktörer med liknande erfarenhet från andra medlemsstater.

- 10 Förvaltningsdomstolen hänvisade till dokumentet ”Vägledning för yrkesutövande aktörer om hur man undviker de vanligaste felen i projekt som finansieras av de europeiska struktur- och investeringsfonderna” som upprättats av Europeiska kommissionen. I detta dokument anges under rubriken ”Vanliga misstag som leder till finansiella korrigeringar i planeringsstadiet” som ett exempel på ett diskriminerande urvalskriterium en skyldighet att redan innan inlämnande av anbud kräva att ett kvalifikations- eller behörighetsbevis har erkänts av ett nationellt organ i den upphandlande myndighetens stat. Detta utgör diskriminering eftersom det är svårt för utländska anbudsgivare att uppfylla ett sådant krav innan anbuden lämnas in.
- 11 Det krav avseende tillstånds- och anmälningsplikt som fastställs i tillkännagivandet av planerad upphandling är inte ett särskilt tillstånd i den mening som avses i direktiv 20[0]4/18. Artikel 46 i direktiv 2004/18 avser (de särskilda) urvalskriterierna för anbudsgivare och inte kraven som gäller för verksamhetstillstånd. Ett särskilt tillstånd i den mening som avses i direktiv 2004/18 kan exempelvis vara att ett krav för att hantera livsmedel är att livsmedelsföretagaren blivit registrerad i det relevanta registret eller innehar ett särskilt yrkesintyg vilket i sin tur är en förutsättning för att kunna ansöka om verksamhetstillstånd. Det framgår tydligare av den engelska språkversionen av artikel 46 vad som avses, där begreppet ”particular authorisation” används. Detta begrepp avser i synnerhet de särskilda krav som ställs på anbudsgivarna. Direktiv 2004/18 avser (vanligtvis) inte tillåten verksamhet såsom livsmedelshantering. För sistnämnda gäller dessutom krav som är harmoniserade på unionsnivå, vilket innebär att det inte kan finnas några ”särskilda krav”.
- 12 41 § punkt 3 RHS ska tolkas i överensstämmelse med unionsrätten. Domstolen anser att den upphandlande myndigheten inte var skyldig att godta ett motsvarande verksamhetstillstånd som utfärdats i en annan medlemsstat där en anbudsgivare är etablerad, men var däremot skyldig att göra det möjligt att erhålla ett sådant tillstånd i Estland. Innoves hänvisningar till EU-domstolens dom av den 27 oktober 2005, Contse m.fl. (C-234/03, EU:C:2005:644), dom av den 26 september 2000, kommissionen/Frankrike (C-225/98, EU:C:2000:494) och dom av den 7 juli 2016, Ambisig (C-46/15, EU:C:2016:530) är inte relevanta, eftersom begränsningarna i förevarande fall följer av en nationell rättsakt (ToiduS) som det hänvisas till i anbudsinfordran.
- 13 Tallinna Halduskohus (Förvaltningsdomstolen i Tallinn, Estland) ansåg vidare att principen om skydd för berättigade förväntningar är en unionsrättslig princip som socialministeriet kan åberopa. Föregående granskningar utgör inte en garanti om rättslig säkerhet i fråga om att det inte senare kommer att konstateras någon överträdelse. Finansministeriets kontroller är inte rättsligt bindande. Enligt EU-domstolens praxis kan principen om skydd för berättigade förväntningar inte med framgång åberopas mot en precis bestämmelse i en unionsrättsakt, och den

omständigheten att en nationell myndighet med uppgift att tillämpa unionsrätten agerar i strid med denna kan inte ge en ekonomisk aktör berättigade förväntningar på att behandlas på ett sätt som strider mot unionsrätten (dom av den 5 mars 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, punkt 104 och där angiven rättspraxis). Den finansiella korrekturåtgärden är inte av straffrättslig karaktär. Staten har inte någon subjektiv rätt till strukturella stöd. Följaktligen gäller inte förbudet mot retroaktiv tillämpning.

Parternas huvudargument

- 14 Socialministeriet har överklagat till Tallinna Ringkonnakohus (Appellationsdomstolen i Tallinn, Estland) och har yrkat att domstolen ska upphäva domen av den 22 maj 2019 från Tallinna Halduskohus (Förvaltningsdomstolen i Tallinn, Estland) och meddela en ny dom i vilken domstolen bifaller talan.
- 15 Socialministeriet anser att förvaltningsdomstolen har fel i sin slutsats att den upphandlande myndigheten i stället för urvalskriterier borde ha föreskrivit krav som avsåg stadiet för genomförande av kontraktet. Enligt 39 § punkt 1 och 41 § punkt 3 RHS måste den upphandlande myndigheten som ett urvalskriterium fastställa ett krav på att anbudsgivaren innehar verksamhetstillstånd när den upphandlar en tjänst för vilken verksamhetstillstånd krävs. Att en sådan skyldighet föreligger för den upphandlande myndigheten har även bekräftats i förvaltningsdomstolarnas praxis (se dom av den 21 februari 2013 från Tallinna Halduskohus (Förvaltningsdomstolen i Tallinn, Estland) i mål nr 3-12-2349).
- 16 Det finns inte någon motsättning mellan artikel 46 i direktiv 2004/18 och 41 § punkt 3 RHS. I direktivet anges inte vid vilken tidpunkt anbudsgivaren som senast måste inneha ett verksamhetstillstånd. Förvaltningsdomstolen har felaktigt förklarat att 41 § punkt 3 RHS ger den upphandlande myndigheten rätt att, i fall då det finns ett lagstadgat krav på verksamhetstillstånd, tolka detta krav på så sätt att det alltid är tillåtet för anbudsgivaren att uppfylla kravet genom att uppvisa ett verksamhetstillstånd som utfärdats i staten där denne är etablerad. Bestämmelserna på livsmedelsområdet utgör en speciallagstiftning avseende offentlig upphandling, vars särdrag emellertid inte har klargjorts av förvaltningsdomstolen.
- 17 Socialministeriet anser vidare att hänvisningarna till EU-domstolens domar i målen Contse m.fl. (C-234/03), kommissionen/Frankrike (C-225/98) och Ambisig (C-46/15) saknar relevans. De krav som avses i nämnda mål (förekomsten av en lokal i landet där tjänsten tillhandahålls, krav på medlemskap i designerförbundet i medlemsstaten där den upphandlande myndigheten är etablerad och krav på att köparens underskrift blivit bestyrkt) skiljer sig avsevärt från villkoret som är aktuellt i förevarande mål. Syftet med villkoret som avser verksamhetstillstånd är att garantera att kraven på hälsoskydd är uppfyllda och att garantera säkerheten hos de livsmedel som säljs till stödmottagarna. Inte heller domen Eesti Pagar

(C-349/17) som förvaltningsdomstolen hänvisar till är relevant, eftersom det målet avsåg återkrav av statligt stöd, för vilket unionsrätten är direkt tillämplig. Det är även osannolikt att en potentiell anbudsgivare skulle låta bli att lämna ett anbud på grund av kravet på ett verksamhetstillstånd. Utländska anbudsgivare skulle kunna utnyttja en annan persons tillstånd och lämna ett gemensamt anbud om anbudsgivaren själv inte hade kunnat eller velat uppfylla kravet avseende verksamhetstillstånd.

- 18 Slutligen vidhåller socialministeriet att Innoves agerande stred mot principerna om skydd för berättigade förväntningar och om god förvaltning. Principen om skydd för berättigade förväntningar gäller visserligen inte vid ett uppenbart åsidosättande av gällande lagstiftning, en överträdelse eller en försummelse (se EU-domstolens dom av den 13 mars 2008, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening m.fl., C-383/06–C-385/06, EU:C:2008:165, punkterna 52 och 56), men ingen av dessa omständigheter föreligger emellertid i förevarande mål.
- 19 Innove har yrkat att överklagandet ska ogillas, vidhåller sin tidigare uppfattning och anser att motiveringen av förvaltningsdomstolens dom är riktig.
- 20 Finansministeriet har yrkat att överklagandet ska ogillas och vidhåller likaså sin tidigare uppfattning.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 21 Kärnfrågan i tvisten är huruvida det vid upphandling av livsmedelsbistånd är tillåtet att som ett villkor för deltagande i anbudsförfarandet för ett kontrakt som överstiger tröskelvärdet för internationell annonsering fastställa att anbudsgivaren vid tidpunkten då anbudet lämnas in måste inneha ett tillstånd enligt ToiduS från de estniska myndigheterna, eller måste ha uppfyllt anmälnings- och tillståndsskyldigheten i Estland, och huruvida det – om ett sådant krav utgör en otillbörlig begränsning i förhållande till utländska anbudsgivare i en situation i vilken upphandlingen dessförinnan granskats av det behöriga organet i landet – på grundval av en ändrad tolkning av lagen och direktivet är tillåtet att meddela ett beslut om finansiell korrigerings.
- 22 I artikel 46.2 i direktiv 2004/18 fastställs en möjlighet att anmoda anbudsgivare att uppvisa ett tillstånd från den behöriga myndigheten i etableringsstaten i syfte att styrka sin lämplighet att utöva en viss yrkesverksamhet. I förevarande fall har den upphandlande myndigheten (klaganden) emellertid i enlighet med 41 § punkt 3 RHS krävt att anbudsgivaren uppvisar ett verksamhetstillstånd eller iakttar sin anmälningsplikt i enlighet med ToiduS. En förutsättning för genomförande av kontraktet är att denna tillstånds- eller anmälningsplikt har iakttagits, vilket är ostridigt mellan parterna. I syfte att garantera livsmedelssäkerheten är det enligt förordning (EG) nr 852/2004 om livsmedelshygien tillåtet att kräva innehav av ett sådant tillstånd. Villkoren för tillstånd (godkännande) från den behöriga myndigheten har dock inte harmoniserats fullt ut (se artikel 6.3 i nämnda

förordning) och den ekonomiska aktören måste för att få bedriva verksamhet i en annan medlemsstat erhålla ett sådant godkännande som krävs i medlemsstaten där denne avser bedriva verksamhet. Den ekonomiska aktören kan således inte åberopa att denne innehar ett godkännande i sitt ursprungsland.

- 23 Om anbudsgivarens kvalificering endast grundas på ett åtagande att ansöka om ett sådant verksamhetstillstånd eller registrering som krävs enligt ToiduS, så kan möjligheten att fullgöra kontraktet ifrågasättas om anbudsgivaren inte uppfyller detta åtagande eller inte uppfyller kraven för tillstånd eller registrering. I ett sådant fall uppnås inte målsättningarna med upphandlingen och den upphandlande myndigheten måste genomföra ett nytt upphandlingsförfarande.
- 24 Förvaltningsdomstolen har med rätta funnit att en bedömning av det aktuella villkorets påverkan på anbudsgivare som just har börjat i livsmedelsbranschen är irrelevant, eftersom det förväntas att anbudsgivarna redan har erfarenhet på området. Det innebär att det inte heller går att hävda att utländska anbudsgivare befann sig i en situation som var jämförbar med estniska anbudsgivare som just hade börjat med livsmedelshantering. Estniska anbudsgivare som hade tidigare erfarenhet av verksamhet i Estland befinner sig i en bättre ställning jämfört med andra ekonomiska aktörer med liknande erfarenhet i andra medlemsstater.
- 25 Det är därför viktigt att pröva huruvida livsmedelssäkerheten och uppnåendet av målen med upphandlingen kan motivera att anbudsgivarna åläggs en begränsning som i faktiskt hänseende innebär att utländska anbudsgivare hamnar i ett sämre läge genom att de redan innan de lämnar ett anbud antingen måste ansöka om det nödvändiga tillståndet eller registreringen, eller lämna ett gemensamt anbud med ett företag som redan har registrerats eller innehar ett tillstånd, det vill säga ett företag med verksamhet i Estland. Appellationsdomstolen anser att det är oproportionerligt att kräva detta av anbudsgivarna i en upphandling som överstiger tröskelvärdet för internationell utannonsering.
- 26 Artikel 46 i direktiv 2004/18 kan inte anses vara tillräckligt precis. Denna fråga har ännu inte behandlats EU-domstolens hittillsvarande praxis. Enligt EU-domstolens praxis utgör principen om likabehandling av anbudsgivarna hinder för att införa villkor för deltagande i ett upphandlingsförfarande som kräver kunskaper om praxis i staten där den upphandlande myndigheten är etablerad (domen Connexion Taxi Services, C-171/15, punkt 42, och domen Pizzo, C-27/15, punkterna 45, 46 och 51). De estniska bestämmelserna är precisa i jämförelse med ovannämnda fall. Kriterierna för att ansöka om tillstånd eller registrering framgår av ToiduS och VTA förklarar dessutom på sin webbplats (<https://vet.agri.ee>) hur man ansöker om tillstånd. Ingen anbudsgivare har gjort gällande att denne inte förstått dessa villkor eller bett om ett klagande av dem. Det omtvistade urvalskriteriet är dessutom precist och medför inte någon risk för oklarhet.
- 27 I målen C-225/98 och C-234/03 prövades inte huruvida villkor som fastställts i unionens övergripande allmänintresse är tillåtna. Kravet på att öppna ett kontor i

anbudsgivarens medlemsstat, eller kravet på medlemskap i en organisation för personer som utövar samma yrke som anbudsgivaren i medlemsstaten där denne är etablerad, tjänar inte allmänintresset att skydda allmänheten och konsumenter på samma sätt i alla medlemsstater. I motsats till omständigheterna i de nämnda målen anser appellationsdomstolen att kraven på livsmedelssäkerhet i förevarande mål är berättigade som villkor för genomförande av kontraktet, vilket innebär att tvistefrågan i detta avseende endast kan avse vid vilken tidpunkt – när anbudet lämnas in eller när kontraktet genomförs – anbudsgivaren måste uppfylla villkoret. I förevarande mål kan det därför vara motiverat med vissa skillnader i behandlingen av anbudsgivarna, eftersom det är nödvändigt att säkerställa effektiviteten i upphandlingsförfarandet (senare genomförande av kontraktet).

- 28 Appellationsdomstolen anser följaktligen att det är oklart huruvida artikel 2 och artikel 46 i direktiv 2004/18/EG, i förening, ska tolkas så, att de utgör hinder för att den upphandlande myndigheten, vid en upphandling av livsmedelsbistånd som överstiger tröskelvärdet för internationell annonsering, fastställer ett urvalskriterium för anbudsgivarna, enligt vilket alla anbudsgivare, oberoende av deras tidigare verksamhetsort, redan vid tidpunkten då anbudet lämnas in måste inneha ett verksamhetstillstånd eller en registrering i landet där livsmedelsbiståndet ges. För en ändamålsenlig tolkning är det även nödvändigt att beakta särdragen i sektorn för livsmedelshandling, eftersom tillhandahållandet av tjänsten kräver hantering av livsmedel i medlemsstaten där den upphandlande myndigheten är etablerad, och eftersom det för hantering av livsmedel – med beaktande av det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har med stöd av dels artikel 6.3 b och c och dels artikel 6.3 a i förordning (EG) nr 852/2004 – fordras tillstånd enligt 8 § punkt 1 led 2–9 ToiduS.
- 29 Om den första frågan ska besvaras så, att en nationell bestämmelse som 41 § punkt 3 RHS strider mot de nämnda bestämmelserna i direktiv 2004/18, är det dessutom nödvändigt att pröva huruvida artiklarna 2 och 46 i direktiv 2004/18/EG ska anses vara tillräckligt precisa för att principen om skydd för berättigade förväntningar inte kan göras gällande (se domen Eesti Pagar, C-349/17, punkt 104) och huruvida nämnda bestämmelser ska tolkas så, att i en situation i vilken den upphandlande myndigheten – såsom i förevarande mål – begär att anbudsgivarna redan vid tidpunkten då ett anbud lämnas in innehar ett verksamhetstillstånd enligt ToiduS kan anses utgöra ett uppenbart åsidosättande av gällande lagstiftning, en överträdelse eller en försummelse av sådan art som utgör hinder för att återropa principen om skydd för berättigade förväntningar (se domen Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening m.fl., C-383/06–C-385/06, punkterna 52 och 56).