

Mål C-403/21

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

29 juni 2021

Domstol som begär förhandsavgörande:

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Rumänien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

22 juni 2021

Klagande:

SC NV Construct SRL

Upphandlande myndighet:

Județul Timiș

Intervenient:

SC Proiect Construct Regiunea Transilvania SRL

Saken i det nationella målet

Talan om ogiltigförklaring av en upphandlande myndighets beslut om fastställande av resultatet av det anbudsförfarande som organiserats för tilldelning av ett offentligt kontrakt för genomförande av förstudien och den tekniska planen avseende byggandet av en väg.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Med stöd av artikel 267 FEUF begärs tolkning av artiklarna 58 och 63 i direktiv 2014/24/EU samt av proportionalitetsprincipen, principen om ansvarsskyldighet och principen om öppenhet.

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

- 1) Ska bestämmelserna i artikel 58 i direktiv [2014/24], proportionalitetsprincipen och principen om ansvarsskyldighet tolkas så, att den upphandlande myndigheten har rätt att fastställa kriterierna för teknisk kapacitet, det vill säga bedöma om det är nödvändigt eller ej att i upphandlingsdokumenten ta med kriterier avseende teknisk kapacitet och yrkesmässiga kriterier och kriterier avseende förmåga att bedriva teknisk och yrkesmässig verksamhet som följer av bestämmelser i speciallagstiftning, när det gäller verksamhet av ringa betydelse inom ramen för kontraktet?
- 2) Utgör principerna om öppenhet och proportionalitet hinder för att upphandlingsdokumenten automatiskt kompletteras med kvalificeringskriterier som följer av den speciallagstiftning som är tillämplig på den verksamhet som är knuten till det kontrakt som ska tilldelas, vilka kriterier inte angavs i upphandlingsdokumenten och som den upphandlande myndigheten har beslutat att inte ålägga de ekonomiska aktörerna?
- 3) Utgör artikel 63 i direktivet och proportionalitetsprincipen hinder för att [från anbudsförfarandet] utesluta en anbudsgivare som inte med namn har utpekat en ekonomisk aktör som underleverantör för att visa att vissa kriterier är uppfyllda vilka avser teknisk och yrkesmässig kapacitet och förmåga att bedriva teknisk och yrkesmässig verksamhet, vilka kriterier följer av bestämmelser i speciallagstiftning men inte anges i upphandlingsdokumenten, när anbudsgivaren i fråga har valt en annan avtalsmässig form för specialisters medverkan i upphandlingen, det vill säga ett varukontrakt/avtal om tillhandahållande av tjänster, eller har lämnat in en försäkran från dessa specialister om att de är tillgängliga? Tillkommer rätten att bestämma sin organisation och avtalsförhållandena inom koncernen den ekonomiske aktören, och finns det även en möjlighet att låta vissa leverantörer [delta i fullgörandet av] kontraktet, när dessa leverantörer inte ingår bland de enheter som anbudsgivaren avser att åberopa för att styrka att de relevanta kriterierna är uppfyllda?

Anförda unionsbestämmelser och anförd praxis från EU-domstolen

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, särskilt skälen 15 och 90 samt artiklarna 58 och 63.

Kommissionens delegerade förordning (EU) 2019/1828 av den 30 oktober 2019 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller tröskelvärdena för offentlig upphandling av varor, tjänster och bygg- och anläggningsarbeten samt för projektävlingar.

Beslut av den 17 oktober 2018, Beny Alex, C-353/18, EU:C:2018:829, och dom av den 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404.

Anförda nationella bestämmelser

Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în de atdistribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor secale și a contractelor de lucrări și conparsiuone de servicii, précum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soțional Contestța Conionare (lag nr 101/2016 om ersättningsmöjligheter och rättsmedel vid tilldelning av offentliga kontrakt, sektorsspecifika kontrakt och kontrakt om byggkoncessioner och om tjänstekoncessioner, samt om organisation av Statens nämnd för tvistlösning och om dess verksamhet) (nedan kallad tvistlösningsnämnden), artiklarna 12 och 14, enligt vilken tvistlösningsnämnden är behörig att pröva tvister om offentlig upphandling.

Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (lag nr 98/2016 om offentlig upphandling), artiklarna 3, 55, 154, 172, 179, 181 och 218–220 avseende förfarandet för offentlig upphandling.

Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prederilor referitorer l'atdistribuirea contractuelle de achiziție publică/acorduduicadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (regeringsbeslut nr 395/2016 om godkännande av genomförandebestämmelserna för bestämmelserna om offentlig upphandling/ramavtal enligt lag nr 98/2016 om offentlig upphandling), artiklarna 29–31 och 51.

Avgöranden från ett antal nationella domstolar av vilka det framgår att det inte föreligger en enhetlig rättspraxis när det gäller möjligheten att komplettera upphandlingsdokumenten med bestämmelser i nationell lagstiftning om olika verksamheter som omfattas av det offentliga kontraktet, men som är av mindre betydelse inom ramen för nämnda kontrakt, samt angående huruvida det finns en skyldighet att i anbudet med namn ange underleverantörer avseende dessa verksamheter.

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

- 1 Klaganden SC NV Construct SRL, Rumänien, inkom den 16 april 2021 med ett överklagande till tvistlösningsnämnden och yrkade i huvudsak att det beslut som fattats av den upphandlande myndigheten Județul Timiș avseende fastställandet av resultatet av det anbudsförfarande som anordnats för tilldelning av ett offentligt kontrakt vars syfte var att genomföra förstudien och den tekniska planen avseende byggandet av en väg mellan den internationella flygplatsen Traian Vuia i Timișoara och motorvägen A1 (Rumänien).
- 2 SC Proiect Construct Rejonea Transilvania SRL, som även det har sitt säte i Rumänien, intervenerade i förfarandet i egenskap av den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.

- 3 Klagandens anbud hade rangordnats på plats 4, efter det anbud som lämnats av intervenienten (rangordnat på plats 1) och anbuden från två andra bolag (rangordnade på platserna 2 och 3).
- 4 I motiveringen till överklagandet har klaganden gjort gällande att de tekniska förslag som lagts fram av andra anbudsgivare inte uppfyller vissa av de krav som anges i upphandlingsdokumenten, eftersom [dessa anbudsgivare] inte har rätt att bedriva viss verksamhet som rör kontraktet, däribland utarbetande av den topografiska studien, verksamhet som består i att utarbeta de handlingar som krävs för att erhålla godkännande av arealuttag av mark som är belägen i områden som inte är tätortsområden, verksamhet som består i att utarbeta bedömningsrapporten för fastigheter som omfattas av expropriationen, verksamheten som består i att fram de handlingar som krävs för att erhålla tillstånd från infrastrukturförvaltaren avseende förbindelsen med järnvägslinjen samt verksamheten som består i att utarbeta den arkeologiska rapporten.
- 5 Vad gäller det antagna anbudet anser klaganden att det ska slås fast att detta inte uppfyllde kraven, eftersom anbudsgivaren inte lagligen kan bedriva tre av de ovan uppräknade verksamheterna. Klaganden har bland annat gjort gällande att även en underleverantör med tillstånd att tillhandahålla projekteringstjänster för att säkerställa förbindelsen med järnvägslinjen skulle anges med namn i anbudet, eftersom det i bestämmelserna på området föreskrivs att dessa tjänster endast får tillhandahållas av ekonomiska aktörer som innehar tillstånd från infrastrukturförvaltaren.
- 6 Intervenienten har yrkat att överklagandet ska ogillas och har anfört att de krav som klaganden har åberopat inte anges i upphandlingsdokumenten, vilket innebär att dessa krav inte kan utgöra skäl för uteslutning från anbudsförfarandet genom en förklaring att anbuden inte uppfyller kraven.
- 7 Den upphandlande myndigheten har uppgett att det, i motsats till vad klaganden har hävdat, inte krävs att auktoriserade specialister anges i anbudshandlingarna. Vidare saknar den omständigheten att den anbudsgivare som rangordnats på plats 1 inte ursprungligen angett sitt val att lägga ut viss verksamhet på entreprenad, om denne anbudsgivare tilldelades kontraktet, betydelse i förevarande fall, eftersom denne anbudsgivare enligt den nationella lagstiftningen har rätt att anlita nya underleverantörer efter det att avtalet om offentlig upphandling har undertecknats, under den tid som kontraktet fullgörs.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 8 Tvistlösningsmyndigheten har inledningsvis påpekat att EU-domstolen i beslut av den 17 oktober 2018, Beny Alex (C-353/18, EU:C:2018:829) redan har slagit fast att tvistlösningsmyndigheten utgör en nationell domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF.

- 9 När det gäller frågan huruvida tvistlösningsmyndighetens begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning anser denna myndighet att det i förevarande fall föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse, både med tanke på värdet av det tjänstekontrakt som ska tilldelas, eftersom dess uppskattade värde är 1 970 967 rumänska lei (motsvarande 421 553 euro), det vill säga över det tröskelvärde som fastställts i kommissionens delegerade förordning (EU) 2019/1828 av den 30 oktober 2019 om ändring av direktiv 2014/24, som med hänsyn till föremålet för förfarandet och finansieringskällan, eftersom det aktuella projektet avser anslutningen av den internationella flygplatsen ”Traian Vuia” i Timișoara till alleuropeisk transportkorridor IV, och till viss del är finansierat av Europeiska regionala utvecklingsfonden.
- 10 Tvistlösningsmyndigheten har i sak begärt att EU-domstolen ska uttala sig om möjligheten att upphandlingsdokumenten kompletteras av nationella bestämmelser om olika verksamheter som omfattas av det offentliga kontraktet, men som har ringa betydelse inom ramen för nämnda kontrakt, samt huruvida det är obligatoriskt att i anbudet ange namnet på underleverantörerna för denna verksamhet.
- 11 Enligt tvistlösningsmyndigheten uppkommer detta problem ofta i dess egen och de nationella domstolarnas praxis och har lett till ett icke-enhetligt synsätt, vilket kan leda till att många aktörer i det europeiska området inte deltar i anbudsförfaranden i Rumänien.
- 12 Härvidlag har tvistlösningsmyndigheten hänvisat till domen av den 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), i vilken EU-domstolen slog fast att en aktör inte kan uteslutas från ett offentligt anbudsförfarande på grund av krav som inte anges i upphandlingsdokumenten och att principerna om öppenhet och likabehandling, vilka styr samtliga förfaranden för offentlig upphandling, kräver att de materiella och formella villkoren för deltagande i en upphandling är klart definierade i förväg, så att anbudsgivarna kan veta exakt vilka krav som gäller för dem och vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter.
- 13 Tvistlösningsmyndigheten har understrukit att den upphandlande myndigheten är den enda som på grundval av sin rätt till skönsmässig bedömning fastställer urvalskriterierna, eftersom tvistlösningsmyndigheten och domstolarna inte i den upphandlande myndighetens ställe kan bedöma behovet av att fastställa kriterierna. Dessutom kan de skadelidande aktörerna inom ramen för sina överklaganden inte kritisera annat än upphandlingsdokument som ansetts alltför restriktiva, och de kan inte angripa upphandlingsdokument med hänvisning till att de borde ha varit mer restriktiva, det vill säga att de borde ha innehållit ytterligare kriterier som kan begränsa andra aktörers deltagande i upphandlingsförfarandet..
- 14 Tvistlösningsmyndigheten anser att det, med hänsyn till att nationell praxis inte är enhetlig, är nödvändigt att fastställa i vilken mån den rättspraxis som följer av domen i målet Pizzo kan tillämpas i fråga om komplettering av upphandlingsdokumenten med nationella bestämmelser om olika verksamheter

som omfattas av det offentliga kontraktet, men som har ringa betydelse inom ramen för nämnda kontrakt.

- 15 En annan fråga som EU-domstolen bör klargöra rör den obligatoriska karaktären av angivandet av namnet på underleverantörer för all verksamhet som omfattas av kontraktet, oberoende av deras betydelse inom ramen för kontraktet, eftersom denna problematik får betydande konsekvenser för konkurrensen i de stora [upphandlingsförfarandena] avseende infrastruktur i Rumänien, där det finns många sidoverksamheter som kräver sådana tillstånd.
- 16 Oberoende av tidpunkten för och omfattningen av en underentreprenörs deltagande i arbetet – det vill säga om dess tjänster är nödvändiga för att inleda eller att avsluta detta arbete, om de har en större eller mindre betydande betydelse inom ramen för kontraktet, och om det är säkert att dessa tjänster är nödvändiga eller inte – hävdas att denna underentreprenör i många situationer ska vara namngiven vid tidpunkten för inlämnandet av anbudet. I förevarande fall har klaganden bland annat gjort gällande att det var nödvändigt att namnge en underentreprenör för verksamheten bestående i att erhålla tillstånd till arealuttag av mark som exproprierats vilken är belägen i områden som inte är tätortsområden, medan upphandlingsdokumenten använder uttrycket ”endast i förekommande fall” avseende denna verksamhet.
- 17 Tvistlösningsmyndigheten anser att det endast är den upphandlande myndigheten som kan fastställa relevanta urvalskriterier, med iakttagande av proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. Om det skulle medges att upphandlingsdokumenten kan kompletteras med kriterier vars nödvändighet följer av speciallagar som saknar relevans för offentlig upphandling, strider detta mot bestämmelserna i artikel 58.1 andra stycket i direktiv 2014/24, eftersom ett fullt införlivande av dessa kriterier strider mot proportionalitetsprincipen och myndighetens rätt att fastställa urvalskriterier.
- 18 Enligt tvistlösningsmyndigheten skulle ett krav på användande av underleverantörer som enda form för att genomföra kontraktet mot såväl avtalsfriheten och organisationsrätten för de ekonomiska aktörerna som mot bestämmelserna i artikel 63 i direktiv 2014/24, enligt vilka en ekonomisk aktör, när denne vill åberopa andra enheters kapacitet, ska visa 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”.
- 19 Följaktligen anser tvistlösningsmyndigheten att det, i den mån det för att visa att vissa urvalskriterier är uppfyllda räcker att förete ett åtagande, är en försäkran om tillgänglighet från auktoriserade specialister i än högre grad tillräcklig i en situation där dessa kriterier inte föreskrivs och det rör sig om en rad verksamheter som är av ringa betydelse inom ramen för kontraktet..