

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 17 mars 2011 (*)

”Offentlig upphandling av tjänster – Direktiv 2004/18/EG – Artikel 47.2 – Direkt effekt – Tillämpning på tjänsterna i bilaga II B till direktivet”

I mål C-95/10,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) genom beslut av den 20 januari 2010, som inkom till domstolen den 22 februari 2010, i målet

Strong Segurança SA

mot

Município de Sintra,

Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna E. Juhász (referent), G. Arestis, J. Malenovský och T. von Danwitz,

generaladvokat: J. Mazák,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Strong Segurança SA, genom C. Varela Pinto och J. Oliveira e Carmo, advogadas,
- Município de Sintra, genom N. Cárcamo Lobo och M. Vaz Loureiro, advogados,
- Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança, genom A. Calapez, advogada,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av G. Aiello, avvocato dello Stato,
- Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom D. Kukovec och G. Braga da Cruz, 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 relevanta bestämmelser 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 (EUT L 134, s. 114).
- 2 Begäran har framställts i mål mellan Strong Segurança SA (nedan kallat Strong Segurança) och Município de Sintra (Sintras kommun, Portugal), angående tilldelning av ett kontrakt avseende bevaknings- och säkerhetstjänster för kommunens anläggningar.

Tillämpliga bestämmelser

Relevanta bestämmelser i direktiv 2004/18

- 3 Skälen 18 och 19 har följande lydelse:

"(18) För tillämpningen av bestämmelserna i detta direktiv och i övervakningssyfte bör indelningen av tjänster göras i form av kategorier som motsvarar bestämda nummer i en gemensam nomenklatur och sammanställas i två bilagor, II A och II B, enligt det system som skall gälla. För tjänster i bilaga II B bör tillämpliga bestämmelser i direktivet gälla utan att det påverkar tillämpningen av särskilda gemenskapsbestämmelser för de berörda tjänsterna.

(19) När det gäller tjänstekontrakt bör full tillämpning av detta direktiv under en övergångsperiod begränsas till kontrakt för vilka dessa bestämmelser kommer att göra det möjligt att utnyttja alla möjligheter till att öka handeln över gränserna. Kontrakt för andra tjänster bör övervakas under denna övergångsperiod innan beslut fattas om full tillämpning av direktivet. Mekanismen för sådan övervakning bör därför fastställas. Samtidigt bör mekanismen göra det möjligt för de berörda parterna att få tillgång till alla relevanta upplysningar."
- 4 Artikel 1.2 d första stycket har följande lydelse:

"offentliga tjänstekontrakt: andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II."
- 5 I artikel 2, med rubriken "Principer för tilldelning av kontrakt", föreskrivs följande:

"Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt."
- 6 I artikel 4.2 i direktivet, vilken artikel har rubriken "Ekonomiska aktörer", föreskrivs följande:

"Grupper av ekonomiska aktörer får lämna anbud eller anmäla sig som anbudssökande. De upphandlande myndigheterna får inte kräva att sådana grupper skall anta en viss juridisk form för att få lämna ett anbud eller en anbudsansökan, men de får kräva att den utsedda gruppen skall anta en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet skall kunna fullgöras korrekt."
- 7 Kapitel III, med rubriken "Regler som skall tillämpas på offentliga tjänstekontrakt", i avdelning II omfattar artiklarna 20–22.
- 8 I artikel 20, med rubriken "Tjänstekontrakt förtecknade i bilaga II A", föreskrivs följande:

"Kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II A skall tilldelas enligt artiklarna 23–55."
- 9 Artikel 21, med rubriken "Tjänstekontrakt förtecknade i bilaga II B", har följande lydelse:

"Kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II B omfattas endast av bestämmelserna i artikel 23 och artikel 35.4."

- 10 Artikel 23, som återfinns i kapitel IV vilket har rubriken "Särskilda regler om förfrågningsunderlag och kontraktshandlingar", rör tekniska specifikationer som ska ingå i kontraktshandlingarna för att tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och inte skapa omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. I artikel 35.4, som ingår i kapitel VI vilket har rubriken "Regler för offentliggörande och öppenhet", stadgas om informationsskyldigheten för upphandlande myndigheter om upphandlingsresultatet.
- 11 I bilaga II B kategori 23 ingår "Spanings- och säkerhetstjänster ...".
- 12 I artikel 47.2, vilken artikel har rubriken "Ekonomisk och finansiell ställning", föreskrivs följande:
- "En ekonomisk aktör får vid behov och när det gäller ett bestämt kontrakt åberopa andra enheters kapacitet oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och dessa enheter. I detta fall skall han bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna, t.ex. genom att lägga fram ett åtagande från enheterna."
- 13 Artikel 48, med rubriken "Teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet", omfattar en punkt 3 vars innehåll i huvudsak är identiskt med innehållet i föregående bestämmelse.
- 14 I artikel 80.1 föreskrivs att medlemsstaterna ska sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktiv 2004/18 senast den 31 januari 2006 och genast underrätta Europeiska kommissionen om detta.

Den nationella lagstiftningen

- 15 Direktiv 2004/18 införlivades med portugisisk rätt genom lagdekret nr 18/2008 av den 29 januari 2008 varigenom den portugisiska lagen om offentlig upphandling (Código dos Contratos Públicos) antogs. Lagen trädde i kraft sex månader efter kungörandet den 29 januari 2008.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 16 Genom meddelande i *Europeiska unionens officiella tidning* av den 15 juli 2008 inledde Município de Sintra ett öppet internationellt upphandlingsförfarande avseende bevaknings- och säkerhetstjänster för kommunala anläggningar för åren 2009 och 2010. Förfarandet reglerades av upphandlingsdokumenten och förfrågningsunderlaget. Det totalt sett ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas.
- 17 Strong Segurança inkom med ett anbud och lämnade in därtill nödvändiga handlingar. Till sitt anbud bifogade det även en garantihandling från företaget Trivalor (SGPS) SA (nedan kallat Trivalor), i vilken följande uppgavs:

"Eftersom Strong Segurança ... är direkt helägt (100 procent) av Trivalor ansvarar Trivalor för fullgörelsen av Strong Seguranças skyldigheter i enlighet med lagen om bolag (Código das Sociedades Comerciais).

Således förbinder vi oss att:

- säkerställa att Strong Segurança ... har de tekniska och finansiella resurser som krävs för att fullgöra de skyldigheter som följer av kontrakten, och
- ersätta Município de Sintra för all skada den eventuellt lider till följd av att Strong

Segurança, för det fall bolaget tilldelas kontraktet, inte fullgör detsamma.”

- 18 Upphandlingskommittén föreslog inledningsvis att Strong Segurança skulle tilldelas kontraktet, eftersom bolagets anbud hade viktats högst. Efter en begäran om omprövning som framställdes av ett konkurrerande bolag, gjorde upphandlingskommittén emellertid en annan bedömning och föreslog att kontraktet skulle tilldelas detta konkurrerande bolag. Upphandlingskommittén anförde som skäl till bedömningen att Strong Segurança inte fick åberopa den ekonomiska och finansiella kapaciteten hos ett utomstående företag, såsom Trivalor. Den 11 februari 2009 beslutade Município de Sintra att anta förslaget och tilldela det konkurrerande bolaget det tjänstekontrakt som var föremål för anbudsfordran, för åren 2009 och 2010.
- 19 Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra ogillade Strong Seguranças överklagande av omprövningsbeslutet. Detta avgörande fastställdes i Tribunal Central Administrativo Suls dom av den 10 september 2009. Strong Segurança överklagade domen till Supremo Tribunal Administrativo.
- 20 Den nationella domstolen har framhållit att den centrala frågan är huruvida artikel 47.2 i direktiv 2004/18 även ska tillämpas på tjänsterna i bilaga II B till direktivet, såsom de tjänster som är aktuella i målet vid den nationella domstolen. Den nationella domstolen har emellertid påpekat, dels att förfarandet i fråga inleddes före ikraftträdandet av lagdekret nr 18/2008, dels att införlivandefristen hade löpt ut när förfarandet inleddes.
- 21 Den första frågan som uppstår avser, enligt den nationella domstolen, huruvida artikel 47.2 i direktiv 2004/18 har direkt effekt. Nämda domstol anser att bestämmelsens första del, i enlighet med domstolens praxis, är tillräckligt klar, precis och ovillkorlig för att inte ge medlemsstaterna utrymme för skönsmässig bedömning. Vad emellertid beträffar bestämmelsens andra del har den nationella domstolen uttryckt tvivel, eftersom medlemsstaterna tycks ha ett visst utrymme för skönsmässig bedömning beträffande vad som ska bevisas och vilka bevismedel som krävs för att den ekonomiska aktören ska kunna styrka sin ekonomiska och finansiella kapacitet för den upphandlande myndigheten när denne aktör gör gällande kapaciteten hos andra enheter.
- 22 Den andra frågan – som enligt den nationella domstolen inte är besvarad i domstolens praxis – avser tolkningen av artikel 47.2 i direktiv 2004/18. Den nationella domstolen har framhållit att en strikt bokstavlig tolkning av bestämmelsen skulle medföra att bestämmelsen endast ska tillämpas på tjänstekontrakt som omfattas av bilaga II A. Den har emellertid påpekat att detta, vad beträffar de tjänstekontrakt som omfattas av bilaga II B, skulle medföra att bestämmelser i direktiv 2004/18 som är lika nödvändiga som de som avser de kvalitativa urvalskriterierna (artiklarna 45–52) och tilldelningsgrunderna (artiklarna 53–55) inte skulle tillämpas.
- 23 Mot bakgrund av det tvivel som råder om riktigheten av denna tolkning och den omständigheten att den dömer i sista instans, beslutade Supremo Tribunal Administrativo att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:
- ”1) Ska artikel 47 i ... direktiv 2004/18/EG ... anses, sedan den 31 januari 2006, vara direkt tillämplig i den nationella rättsordningen så att enskilda har rätt att åberopa den gentemot de portugisiska myndigheterna?
- 2) Om frågan besvaras jakande, är ovannämnda bestämmelse, trots vad som föreskrivs i artikel 21 i samma direktiv, tillämplig på kontrakt som avser tjänster förtecknade i bilaga II B [till direktiv 2004/18]?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den andra frågan

- 24 Den nationella domstolen har ställt den andra frågan, som det är lämpligt att pröva först, för att få klarhet i huruvida artikel 47.2 i direktiv 2004/18 även ska tillämpas på kontrakt som avser tjänster förtecknade i bilaga II B till direktivet, även om en sådan tillämpning inte framgår av lydelsen i de relevanta bestämmelserna i direktivet, särskilt i artikel 21.
- 25 För att besvara frågan finns det inledningsvis anledning att påpeka att åtskillnaden mellan tjänstekontrakten utifrån klassificeringen av dessa i två kategorier inte infördes först i direktiv 2004/18. Denna åtskillnad fanns redan i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139). Det direktivet kodifierades och omarbetades genom direktiv 2004/18.
- 26 Den åtskillnad som måste göras mellan tjänstekontrakten allteftersom de förtecknas i bilaga II A eller i bilaga II B till direktiv 2004/18 framgår otvetydigt redan av skälen i direktivet.
- 27 Av skäl 18 i direktiv 2004/18 framgår det att för tillämpningen av bestämmelserna i direktivet bör indelningen av tjänster göras i form av kategorier och sammanställas i två bilagor, II A och II B, enligt det system som ska gälla.
- 28 I skäl 19 i direktiv 2004/18 återspeglas lagstiftarens avsikt att begränsa direktivets fulla tillämpning under en övergångsperiod till tjänstekontrakt – som förtecknas i bilaga II A – för vilka dessa bestämmelser kommer att göra det möjligt att utnyttja alla möjligheter till att öka handeln över gränserna, medan resterande kontrakt – nämligen de som förtecknas i bilaga II B – ska övervakas under denna övergångsperiod och innan beslut fattas om direktivets fulla tillämpning på dem.
- 29 Denna indelning av tjänstekontrakt, som nämns i skälen ovan, uttrycks tydligt i bestämmelserna i direktiv 2004/18.
- 30 I artikel 20 föreskrivs nämligen, för tjänstekontrakten i bilaga II A, en nästintill fullständig tillämpning av bestämmelserna i direktivet. Artikel 21 avser däremot enbart artikel 23 och artikel 35.4, och de upphandlande myndigheterna åläggs, vad gäller tjänstekontrakten i bilaga II B, "endast" skyldigheter avseende tekniska specifikationer för sådana kontrakt och en skyldighet att informera kommissionen om upphandlingsresultatet.
- 31 Till skillnad från vad Strong Segurança har gjort gällande, finns det ingenting i bestämmelsernas lydelse i direktiv 2004/18 eller i direktivets andemening och systematik som tyder på att indelningen av tjänsterna i två kategorier grundas på en åtskillnad mellan materiella bestämmelser och handläggningsregler i direktivet. Såsom kommissionen har anmärkt, riskerar en sådan åtskillnad för övrigt att skapa osäkerhet i rättsligt hänseende vad avser tillämpningsområdet för de olika bestämmelserna i direktivet.
- 32 Åtskillnaden mellan reglerna som ska tillämpas på offentliga tjänstekontrakt utifrån klassificeringen av tjänster i två kategorier enligt relevanta bestämmelser i unionsrätten bekräftas av domstolens praxis.
- 33 Domstolen har sålunda slagit fast att klassificeringen av tjänster i bilagorna I A och I B till direktiv 92/50 (som motsvaras av bilagorna II A respektive II B till direktiv 2004/18) överensstämmer med det system om direktivets tillämpning på två nivåer som föreskrivs i detta direktiv (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 november 2002 i mål C-411/00, Felix Swoboda, REG 2002, s. I-10567, punkt 55).
- 34 Vad avser direktiv 92/50, har domstolen slagit fast att när kontrakten avser tjänster som omfattas av bilaga I B, är de upphandlande myndigheterna endast skyldiga att genom hänvisning till nationella standarder som antagits för att följa Europastandarder fastställa de tekniska specifikationer som ska finnas med i de allmänna handlingarna eller i kontraktshandlingarna för varje kontrakt och att sända ett meddelande om resultatet av

- upphandlingsförfarandet till Byrån för Europeiska unionens officiella publikationer (se dom av den 13 november 2007 i mål C-507/03, kommissionen mot Irland, REG 2007, s. I-9777, punkt 24).
- 35 Domstolen angav nämligen att unionslagstiftaren har utgått från att tjänstekontrakt i bilaga I B i direktiv 92/50, med hänsyn till deras speciella natur, i princip inte har ett sådant tillräckligt gränsöverskridande intresse som kan motivera att de tilldelas efter en anbudsfordran genom vilken företag från andra medlemsstater kan få kännedom om meddelandet om upphandling och lämna anbud (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Irland, punkt 25). Domstolen har däremot funnit att även sådana kontrakt, när de har ett givet gränsöverskridande intresse, är underkastade de allmänna principer om öppenhet och likabehandling som följer av artiklarna 49 och 56 FEUF (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Irland, punkterna 26 och 29–31).
- 36 Av det anförda följer att det system som slås fast i direktiv 2004/18 inte direkt skapar någon skyldighet för medlemsstaterna att tillämpa artikel 47.2 i direktivet på de offentliga tjänstekontrakt som omfattas av bilaga II B till direktivet.
- 37 Vad beträffar kommissionens argument enligt vilket den allmänna principen om effektiv konkurrens, som är utmärkande för direktiv 2004/18, kan skapa en sådan skyldighet, ska det anges att även om den effektiva konkurrensen är den huvudsakliga målsättningen i nämnda direktiv, kan denna målsättning – hur viktig den än må vara – inte tolkas i strid med direktivets klara lydelse som inte nämner artikel 47.2 bland de bestämmelser som de upphandlande myndigheterna ska tillämpa vid ingående av kontrakt som avser tjänster i bilaga II B till detta direktiv.
- 38 I enlighet med ovannämnda rättspraxis återstår det emellertid att, i ett fall där ett sådant kontrakt har ett givet gränsöverskridande intresse – vilket det ankommer på den nationella domstolen att pröva, bland annat i ljuset av att anbudsfordran i målet vid den nationella domstolen kungjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* – undersöka huruvida en skyldighet, som den i artikel 47.2 i direktiv 2004/18, kan följa av tillämpningen av de allmänna principerna om öppenhet och likabehandling.
- 39 Principen om öppenhet åsidosätts inte om en skyldighet, som den i artikel 47.2 i direktiv 2004/18, inte åläggs den upphandlande myndigheten vad avser ett kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II B till detta direktiv. Den omständigheten att en ekonomisk aktör inte kan åberopa andra enheters ekonomiska och finansiella kapacitet saknar nämligen samband med öppenheten kring förfarandet för tilldelningen av ett kontrakt. Tillämpningen av artikel 23 och artikel 35.4 i direktiv 2004/18 vid förfarandet för tilldelning av kontrakt som gäller så kallade oprioriterade tjänster avser för övrigt även att säkerställa den grad av öppenhet som motsvarar kontraktens speciella natur.
- 40 Vad beträffar principen om likabehandling, kan inte heller den medföra en sådan skyldighet som avses i artikel 47.2 i direktiv 2004/18 vid tilldelning av ett tjänstekontrakt enligt bilaga II B, oaktat åtskillnaden i direktivet.
- 41 Frånvaron av en sådan skyldighet kan nämligen inte ge upphov till någon diskriminering, direkt eller indirekt, med grund i nationalitet eller etableringsort.
- 42 En sådan vidsträckt tillämpning av principen om likabehandling skulle kunna föranleda att andra betydelsefulla bestämmelser tillämpas på tjänstekontrakt enligt bilaga II B till direktiv 2004/18, exempelvis – såsom den nationella domstolen har påpekat – bestämmelser om de kvalitativa urvalskriterierna av anbudssökande (artiklarna 45–52) och kriterierna för tilldelning av kontrakt (artiklarna 53–55). Detta skulle äventyra den ändamålsenliga verkan av åtskillnaden mellan tjänsterna i bilaga II A och II B till direktiv 2004/18, och tillämpningen av denna på två nivåer enligt de begrepp som används i domstolens praxis.

- 43 Det ska tilläggas att tjänstekontrakt i bilaga II B till direktiv 2004/18, enligt domstolens praxis, är av en speciell natur (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Irland, punkt 25). Således har i varje fall vissa av dessa tjänster utmärkande egenskaper som motiverar att det anbud som anbudssökanden lägger beaktas individuellt och specifikt av den upphandlande myndigheten. Detta gäller exempelvis juridiska tjänster, rekrytering och urval av personal, undervisning och yrkesutbildning samt spanings- och säkerhetstjänster.
- 44 De allmänna principerna om öppenhet och likabehandling kan följaktligen inte åberopas som skäl för att ålägga den upphandlande myndigheten en sådan skyldighet som föreskrivs i artikel 47.2 i direktiv 2004/18 vad avser tjänstekontrakten i bilaga II B till direktivet.
- 45 Även om unionslagstiftaren har valt att stegvis avgränsa tillämpningsområdet för direktiv 2004/18, vilket framgår av skäl 19 i detta direktiv, hindrar det inte – om någon skyldighet att tillämpa artikel 47.2 i nämnda direktiv under en övergångsperiod inte uppställs för ingående av ett sådant kontrakt som avses i målet vid den nationella domstolen – en medlemsstat och, eventuellt, en upphandlande myndighet att i sin lagstiftning respektive i de handlingar som hänför sig till kontraktet föreskriva att den ovannämnda bestämmelsen ska äga tillämpning på sådana kontrakt.
- 46 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den andra frågan besvaras enligt följande. Direktiv 2004/18 medför inte en skyldighet för medlemsstaterna att tillämpa artikel 47.2 i detta direktiv på de offentliga tjänstekontrakt som förtecknas i bilaga II B till direktivet. Direktivet hindrar emellertid inte medlemsstaterna och, eventuellt, de upphandlande myndigheterna att i sin lagstiftning respektive i de handlingar som hänför sig till kontraktet föreskriva en sådan tillämpning.

Den första frågan

- 47 Med hänsyn till svaret på den andra frågan, saknas anledning att besvara den första frågan.

Rättegångskostnader

- 48 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, medför inte en skyldighet för medlemsstaterna att tillämpa artikel 47.2 i detta direktiv på de offentliga tjänstekontrakt som förtecknas i bilaga II B till direktivet. Direktivet hindrar emellertid inte medlemsstaterna och, eventuellt, de upphandlande myndigheterna att i sin lagstiftning respektive i de handlingar som hänför sig till kontraktet föreskriva en sådan tillämpning.

Underskrifter

‡ Rättegångsspråk: portugisiska.

