

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SODNÍ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CÚIRT BIREITHIÚNAIS NA gCOMHPHOIBAL FORPACHT
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA



LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZÖSSÉGEK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-GUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAL SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKÝCH SPOLOČENSTEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 12 november 2009 *

”Fördragsbrott – Offentlig upphandling – Direktiv 93/38/EEG – Meddelande om upphandling – Genomförandet av ett projekteringsuppdrag – Kriterier för att automatiskt utesluta anbudsgivare – Kvalitativa urvalskriterier och tilldelningskriterier”

I mål C-199/07,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 12 april 2007,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av M. Patakia och D. Kukovec, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Republiken Grekland, företrädd av D. Tsagkaraki, i egenskap av ombud, biträdd av K. Christodoulou, dikigoros, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden på tredje avdelningen K. Lenaerts, tillförordnad ordförande på fjärde avdelningen, samt domarna R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (referent), G. Arestis, och J. Malenovský,

generaladvokat: E. Sharpston,

justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

* Rättegångsspråk: grekiska

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 10 juli 2008,
och efter att den 9 juli 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
följande

Dom

- 1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Grekland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt dels gemenslagslagstiftningen rörande offentlig upphandling, närmare bestämt artiklarna 4.2, 31.1, 31.2 och 34.1 a i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), såsom dessa artiklar har tolkats av domstolen, dels principen om ömsesidigt erkännande av formella kvalifikationer, som ligger till grund för ovannämnda gemenslagslagstiftning samt enligt artiklarna 12 EG och 49 EG, genom att till nackdel för utländska konsultfirmor de facto införa ett ytterligare kriterium för att automatiskt utesluta anbudssökande, utöver de kriterier som föreskrivs i artikel 31.2 i direktiv 93/38, och genom att i den omtvistade upphandlingen inte göra någon åtskillnad mellan kvalitativa urvalskriterier och tilldelningskriterier.

Tillämpliga bestämmelser

- 2 I artikel 2 i direktiv 93/38, i den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för omständigheterna i förevarande mål, föreskrevs följande:
 - ”1. Detta direktiv gäller upphandlande enheter som
 - a) är offentliga myndigheter eller offentliga företag och bedriver någon av de verksamheter som är nämnda i punkt 2,
 - ...
 2. Detta direktiv gäller följande former av verksamhet:
 - ...
 - c) Drift av nät i syfte att betjäna allmänheten beträffande transporter med järnväg, automatiska system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana.
 - ...”
- 3 I artikel 14.1 c i i direktivet föreskrevs följande:

”Detta direktiv skall gälla

...

c) kontrakt som tilldelats av upphandlande enheter som utövar verksamhet enligt bilagorna III–VI, om det uppskattade värdet, exklusive mervärdesskatt, av dessa kontrakt uppgår till minst

i) 400 000 [euros] för varukontrakt och tjänstekontrakt,

...”

4 I artikel 4.2 i direktiv 93/38 föreskrevs följande:

”De upphandlande enheterna skall se till, att det inte förekommer någon diskriminering mellan olika leverantörer, entreprenörer eller tjänsteproducenter.”

5 Artikel 31 i direktivet hade följande lydelse:

”1. Upphandlande enheter som utser anbudssökande i samband med selektivt förfarande eller deltagare i förhandlat förfarande, skall göra detta i enlighet med de objektiva kriterier och regler, som de har fastställt, och som de skall hålla tillgängliga för intresserade leverantörer, entreprenörer eller tjänsteproducenter.

2. Dessa kriterier kan omfatta de kriterier som tillämpas vid uteslutning enligt artikel 23 i [rådets] direktiv 71/305/EEG [av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5)] och artikel 20 i [rådets] direktiv 77/62/EEG [av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 13, 1977, s. 1)].

3. Kriterierna kan bedömas utifrån den upphandlande enhetens objektiva behov av att begränsa antalet anbudssökande till en nivå som anses rimlig med tanke på speciella förhållanden i samband med upphandlingsförfarandet och på de resurser som behövs för att genomföra det. Antalet utvalda anbudssökande måste dock uppfylla kraven på tillräcklig konkurrens.”

6 I artikel 23 i direktiv 71/305 och i artikel 20 i direktiv 77/62, som har samma lydelse, fastställdes i respektive avdelning IV, kapitel 1, ”Kvalitativa urvalskriterier” de fall då en entreprenör kan uteslutas från att delta i en upphandling. Dessa fall hänför sig dels till entreprenörens personliga situation, nämligen fall av konkurs, likvidation, upphörande av verksamhet, tvångsackord eller tidigare domar, dels entreprenörens beteende, nämligen fall av allvarlig förseelse i yrkesutövningen, underlåtenhet att uppfylla sina skyldigheter att betala skatt och erlägga socialförsäkringsavgifter samt falska deklARATIONER.

- 7 Dessa två artiklar har tagits in i artikel 24 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), respektive artikel 20 i rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126), som tillsammans kodifierar direktiven 71/305 och 77/62.
- 8 I artikel 34.1 i direktiv 93/38 föreskrevs följande:
- ”1. Utan att det påverkar tillämpningen av nationell lagstiftning och andra författningar om ersättning för vissa tjänster skall de kriterier som de upphandlande enheterna skall följa vid tilldelningen av kontrakt vara
- a) antingen, då tilldelningen sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier allt efter kontraktet i fråga, t.ex. leveranstid, tid för fullgörande, driftkostnader, räntabilitet, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, tekniska förtjänster, service efter upphandlingen och tekniskt underhåll, skyldigheter beträffande reservdelar, leveransgaranti och pris,
 - b) eller, enbart det lägsta priset.”
- 9 Artikel 2.6 i rådets direktiv 92/13/EEG av 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127), i den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för omständigheterna i förevarande mål, hade följande lydelse:
- ”Verkan av ett ingripande enligt punkt 1 på ett redan slutet avtal om upphandling skall regleras i nationell lag. Medlemsstaterna får dessutom, utom i fall där ett beslut måste undanröjas innan ersättning kan ges ut, begränsa prövningsorganets behörighet att ingripa sedan ett upphandlingsavtal har slutits till att besluta om skadestånd till den som har lidit skada av överträdelsen.”
- 10 Denna bestämmelses lydelse är praktiskt taget identisk med artikel 2.6 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

Det omtvistade meddelandet om upphandling och det administrativa förfarandet

- 11 Kommissionens anmärkningar i förevarande mål hänför sig till vissa villkor som förekommer i ett meddelande om upphandling som offentliggjordes av ERGA OSE AE (nedan kallad ERGA OSE), en offentlig enhet som tillhör det grekiska järnvägsbolaget. Detta meddelande avsåg ett projekteringsuppdrag rörande fastigheter och elektromekanik i samband med uppförandet av en järnvägsstation.
- 12 Det omtvistade meddelandet om upphandling har numren 2003/S 205-185214 och 2003/S 206-186119 och offentliggjordes den 16 oktober 2003. Villkoren i detta meddelande grundade sig på gällande nationell rätt vid det aktuella tillfället, nämligen lag 716/1977.
- 13 Följande villkor i det omtvistade meddelandet om upphandling är relevanta för prövningen av förevarande talan:

”Avsnitt III: Rättslig, ekonomisk, finansiell och teknisk information

...

2.1 Upplysningar om leverantörernas personliga situation och de nödvändiga formaliteterna för att bedöma deras lägsta ekonomiska och tekniska kapacitet.

...

2.1.3 Teknisk kapacitet – det underlag som krävs. A. En intresseanmälan godtas om den har skickats av

- a) en grekisk konsultfirma som är registrerad i aktuellt nationellt register och har ett certifikat,

...

- b) en utländsk konsultfirma, som bildats enligt lagstiftningen i någon av medlemsstaterna i Europeiska unionen eller [Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES)] och som har sitt huvudkontor, huvudsakliga driftsställe eller säte i Europeiska unionen eller EES ... Utländska konsulter måste ha formella och faktiska kvalifikationer för varje kategori av projekt som överensstämmer med de kvalifikationer som krävs av grekiska konsulter som är registrerade i det grekiska registret för konsulter. Vidare måste de utländska konsultfirmorna för varje kategori av projekt ha vetenskaplig personal som överensstämmer med den personal som krävs av grekiska konsultfirmor ...

Det upplyses om att utländska konsultfirmor/konsulter som skickat en intresseanmälan till [ERGA OSE] i ett upphandlingsförfarande under de sex månader som föregår deras intresseanmälan till den aktuella upphandlingen, och som då redovisat kvalifikationer som överensstämmer med andra kategorier av certifikat än dem som krävs i den aktuella upphandlingen, inte kommer att godtas.

...

Avsnitt IV: Förfarande

IV. 1) Typ av förfarande: Öppet förfarande

...

IV. 2) Tilldelningskriterier:

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som uppfyller följande kriterier ...:

I enlighet med artikel 34.1 a i direktiv 93/38, ska kontraktet tilldelas ... enligt följande kriterier:

1. Den specifika erfarenhet och den erfarenhet i allmänhet, särskilt vad gäller liknande projekt, som konsulterna eller konsultfirmorna och deras vetenskapliga personal har.
2. Faktisk kapacitet att genomföra projekteringsuppdraget inom den utsatta tidsramen i kombination med åtagna förpliktelser beträffande genomförandet av andra projekteringsuppdrag, den särskilda vetenskapliga personalen och den personal som föreslås för att genomföra det aktuella projekteringsuppdraget liksom utrustningen med avseende på ändamålet för projekteringsuppdraget,

i prioriteringsordning: nej

...”

14 Enligt det grekiska systemet delas certifikaten för konsulter och konsultfirmor in i olika kategorier beroende på såväl erfarenhet som genomförda projekteringsuppdrag, och en registrering av certifikaten sker utifrån sådan erfarenhet. Utländska konsultfirmor och konsulter är inte skyldiga att vara med i dessa register. Beroende på den erfarenhet som krävs för ett visst kontrakt efterfrågas en särskild kategori certifikat för just det kontraktet.

15 Lag 716/1977 har upphört att gälla och ersatts av lag 3316/2005.

16 Med anledning av ett klagomål riktade kommissionen den 28 juni 2005 en skrivelse till de behöriga grekiska myndigheterna, där den framhöll att vissa av

villkoren i det omtvistade meddelandet om upphandling stred mot såväl bestämmelser i direktiv 93/38 som principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. De grekiska myndigheterna besvarade skrivelsen den 22 juli 2005. Efter att ha granskat denna svarsskrivelse sände kommissionen den 18 oktober 2005 en formell underrättelse till Republiken Grekland. De två anmärkningar som framställdes i denna underrättelse hänförde sig till dels den diskriminering av utländska konsultfirmor och konsulter som orsakas av formuleringen i avsnitt III punkt 2.1.3 b andra stycket i det omtvistade meddelandet om upphandling, dels bristen på åtskillnad mellan urvals- och tilldelningskriterier i avsnitt IV punkt 2 i detta meddelande.

- 17 Eftersom det svar som de grekiska myndigheterna lämnade den 14 december 2005 inte ansågs vara tillfredsställande sände kommissionen den 4 juli 2006 ett motiverat yttrande till Republiken Grekland. Republiken Grekland besvarade det motiverade yttrandet den 30 augusti samma år. Eftersom kommissionen inte heller fann detta svar övertygande beslutade den att väcka förevarande talan.

Talan

Upptagande till sakprövning

- 18 Republiken Grekland har framställt en invändning om rättegångshinder.
- 19 Republiken Grekland har påpekat att lag 716/1977, som det omtvistade meddelandet om upphandling grundade sig på, har upphört att gälla och ersatts av en ny lag före utgången av den frist som angavs i det motiverade yttrandet, och därmed före den tidpunkt utifrån vilken en bedömning av huruvida det föreligger ett fördragsbrott ska göras. Klausuler liknande dem som är omtvistade i det förevarande målet återfinns inte längre i meddelanden om upphandling som grundar sig på den nya lagen. Förfarandet om fördragsbrott syftar inte till att hänga ut en medlemsstat, utan snarare till att göra det möjligt för medlemsstaten att utarbeta en lagstiftning som överensstämmer med gemenskapsrätten, vilket är ett syfte som uppnås genom lag 3316/2005.
- 20 Republiken Grekland har dessutom gjort gällande att artikel 2.6 i direktiv 92/13 har införlivats i den grekiska rättsordningen genom artikel 4.2 i lag 2252/1997, enligt vilken ett kontrakt inte kan angripas efter det att det har ingåtts. En ogiltigförklaring i efterhand av det kontrakt som slutits på grundval av det omtvistade meddelandet om upphandling, och som har omedelbar verkan i den mån det hänför sig till projekteringsuppdraget, skulle följaktligen vara utesluten. En sådan ogiltigförklaring ter sig än mer otänkbar i ljuset av de tre interimistiska beslut på nationell nivå som bekräftat tilldelningen av kontraktet. Republiken Grekland har således gjort gällande att det inte längre finns något föremål för kommissionens talan.
- 21 Dessa argument kan inte godtas.

- 22 Såsom det framgår av såväl kommissionens ansökan som av dess replik, avser talan varken frågan huruvida direktiv 93/38 införlivats i den nationella rättsordningen på ett ofullständigt eller felaktigt sätt eller frågan huruvida det föreligger en fast administrativ praxis, grundad på lag 716/1977, som strider mot bestämmelserna i direktivet. Detta har bekräftats av kommissionen vid förhandlingen. Talan avser den rättsstridiga tillämpningen av denna lag i det aktuella upphandlingsförfarandet.
- 23 Kommissionen är i detta hänseende ensam behörig att avgöra om det är lämpligt att inleda ett förfarande om fördragsbrott och i så fall på grund av vilken handling eller vilken underlåtenhet av medlemsstaten i fråga detta ska ske. Den kan sålunda begära att domstolen ska fastställa att fördragsbrott har skett genom att det resultat som direktivet syftar till inte har uppnåtts i ett visst bestämt fall (se dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, kommissionen mot Tyskland, REG 2003, s. I-3609, punkt 30 och där angiven rättspraxis). Följaktligen förlorar inte kommissionens talan sitt föremål till följd av att lag 716/1977 har upphört att gälla och ersatts av en ny lag före utgången av den frist som angavs i det motiverade yttrandet.
- 24 Det finns skäl att framhålla att i enlighet med domstolens rättspraxis påverkar inte artikel 2.6 i direktiv 89/665, med samma lydelse som artikel 2.6 i direktiv 92/13, i sig en talan som väckts med stöd av artikel 226 EG (se dom av den 18 juli 2007 i mål C-503/04, kommissionen mot Tyskland, REG 2007, s. I-6153, punkt 34). Även om ovannämnda direktiv förpliktar medlemsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas effektivt ska dessa direktiv inte anses reglera förhållandet mellan medlemsstaterna och gemenskapen och kan därmed inte påverka tillämpningen av artikel 226 EG (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 oktober 2009 i mål C-275/08, kommissionen mot Tyskland, REG 2009, s. I-0000, punkterna 33 och 35).
- 25 Det förhållandet att det omtvistade kontraktet eventuellt inte längre kan ogiltigförklaras innebär i vart fall inte att fördragsbrottsförfarandet förlorar sitt föremål.
- 26 Domstolen konstaterar dessutom att verkningarna av det aktuella kontraktet inte hade upphört vid den tidpunkt då fristen på två månader som angetts i det motiverade yttrandet löpte ut, nämligen den 4 september 2006. Om avtalets verkningar hade upphört vid denna tidpunkt skulle detta anses utgöra ett rättegångshinder enligt domstolens rättspraxis (se särskilt dom av den 2 juni 2005 i mål C-394/02, kommissionen mot Grekland, REG 2005, s. I-4713, punkt 18 och där angiven rättspraxis, och av den 11 oktober 2007 i mål C-237/05, kommissionen mot Grekland, REG 2007, s. I-8203, punkt 29).
- 27 Av handlingarna i målet framgår att den förevarande upphandlingen bestod av två projekteringsuppdrag, som skulle utföras av den som kom att tilldelades kontraktet. Oaktat att, i enlighet med vad Republiken Grekland har hävdat, det

första projekteringsuppdraget kan anses utgöra en förutsättning för det andra är det dock ostridigt att båda uppdragen utgör en helhet med avseende på fullgörandet av anbudsgivarens skyldigheter. I enlighet med Republiken Greklands egen utsago under förhandlingen vid domstolen hade det andra projekteringsuppdraget emellertid ännu inte avslutats och följaktligen inte överlämnats till den upphandlande myndigheten den 4 september 2006. Följaktligen hade verkningarna av det aktuella kontraktet inte upphört vid detta datum.

- 28 Det följer av vad som anförts ovan att kommissionens talan kan tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

- 29 Det framgår av handlingarna i målet att ERGA OSE är ett offentligt företag, vars verksamhet består i att tillhandahålla offentliga tjänster inom järnvägstransporter. ERGA OSE ska därmed anses vara en upphandlande enhet enligt artiklarna 2.1 a och 2.2 c i direktiv 93/38. Det uppskattade värdet på det kontrakt som det omtvistade meddelandet om upphandling avser uppgår vidare till 3 240 000 euro. Det uppskattade värdet överstiger därmed betydligt det tröskelvärde som fastställs i artikel 14.1 c i i ovannämnda direktiv. Följaktligen faller det förevarande upphandlingsförfarandet inom tillämpningsområdet för detta direktiv.
- 30 De anmärkningar som framställts i den förevarande talan hänför sig dels till den klausul som förekommer i avsnitt III punkt 2.1.3 b andra stycket i det omtvistade meddelandet om upphandling, dels till avsnitt IV punkt 2 i detta meddelande.

Den klausul som förekommer i avsnitt III punkt 2.1.3 b andra stycket i det omtvistade meddelandet om upphandling

- 31 Kommissionen har gjort gällande att den klausul som förekommer i avsnitt III punkt 2.1.3 b andra stycket i det omtvistade meddelandet om upphandling är oförenlig med artikel 31.1 och 31.2 i direktiv 93/38, eftersom den innebär att det införs ytterligare en grund för att utesluta anbudsgivare, utöver den uttömmande uppräkningsgrunden av grunder som tillåts enligt gemenskapslagstiftningen rörande offentlig upphandling. Denna klausul innebär att de intresseanmälningar som utländska konsulter och konsultfirmor lämnat in till ERGA OSE:s upphandlingsförfaranden under de sex månader som föregår deras intresseanmälan till den upphandling som meddelandet rör inte godtas, om konsulterna eller firmorna då redovisat kvalifikationer som överensstämmer med andra kategorier av certifikat än dem som krävs i den aktuella upphandlingen. Denna klausul medför även en diskriminering av utländska konsultfirmor och konsulter som innebär ett åsidosättande av principen om likabehandling, såsom det uttryckts i artikel 4.2 i direktiv 93/38 och som följer av artiklarna 12 EG och 49 EG. Klausulen innebär även ett åsidosättande av principen om ömsesidigt erkännande av utbildnings- och andra behörighetsbevis.

- 32 Inledningsvis bör det understrykas att kommissionen varken har ifrågasatt det grekiska systemet för indelning av certifikat för konsulter och konsultfirmor i olika kategorier beroende på erfarenhet och genomförda projekteringsuppdrag eller den omständigheten att certifikaten förs in i register som motsvarar erfarenheten. Kommissionen har inte heller bestritt att det är tillåtet för medlemsstaterna att begära intyg på sådan erfarenhet eller att utländska konsultfirmor och konsulter inte är skyldiga att vara med i dessa register, utan kan styrka sin erfarenhet på annat sätt.
- 33 Efter detta inledande klagande bör det för det första anges att det förfarande som åsyftas i det omtvistade meddelandet om upphandling är ett öppet förfarande. Kommissionen tillfrågades om detta under förhandlingen och medgav då att det finns vissa svårigheter i att tillämpa artikel 31 i direktiv 93/38 på denna typ av förfaranden med hänsyn till att det i artikelns första punkt uttryckligen hänvisas till selektiva förfaranden och förhandlade förfaranden, men inte till öppna förfaranden. Kommissionen klargjorde vid detta tillfälle att anmärkningen med avseende på den omtvistade klausulen huvudsakligen hänför sig till ett åsidosättande av artikel 4.2 i det aktuella direktivet.
- 34 Kommissionen har följaktligen frånfällt sin anmärkning i den mån den hänför sig till att den aktuella klausulen innebär ett åsidosättande av artikel 31 i direktiv 93/38.
- 35 Domstolen konstaterar att denna klausul, som formulerats i klara och otvetydiga ordalag, ska förstås så, att en utländsk konsultfirma eller konsult inte får delta i en ny upphandling om firman eller konsulten deltagit i en upphandling anordnad av samma upphandlande enhet, det vill säga ERGA OSE, under de sex månader som föregår den nya anbudsinfordran och under den tidigare upphandlingen, i enlighet med det grekiska systemet för klassificering av certifikat, redovisat kvalifikationer som överensstämmer med andra kategorier av certifikat än dem som krävs i den nya upphandlingen,
- 36 Republiken Grekland har dock gjort gällande att klausulen konsekvent tillämpats så, att en aktör som varit osäker på klausulens räckvidd har kunnat begära ett förtydligande hos den upphandlande enheten och på ett lämpligt sätt kunnat styrka att denne uppfyller de krav som ställts upp för att delta i det aktuella förfarandet.
- 37 Domstolen erinrar härvid i enlighet med sin fasta rättspraxis att principen om öppenhet är en förutsättning för principen om likabehandling. Dessa principer, som ligger till grund för gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling, innebär bland annat att alla anbudsgivare, även potentiella sådana, generellt ska behandlas lika och att de alla ska ges samma möjligheter när de utformar sina ansökningar om deltagande eller sina anbud (se dom av den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale-Bau m.fl.*, REG 2002, s. I-11617, punkt 93, och av den 16 december 2008 i mål C-213/07, *Michaniki*, REG 2008, s. I-0000, punkter 44 och 45 och där angiven rättspraxis).

- 38 De potentiella anbudsgivarna ska befinna sig i en likartad situation med avseende på innebörden av de upplysningar som lämnas i ett meddelande om upphandling. Det är inte förenligt med dessa principer att en kategori av potentiella anbudsgivare måste begära ytterligare upplysningar och förtydliganden angående den verkliga innebörden i ett meddelande om upphandling hos den upphandlande enheten, särskilt då detta meddelande är formulerat på ett sådant sätt att det inte ska kunna missförstås av en rimligt medveten och omsorgsfull aktör.
- 39 Dessutom har domstolen funnit att artikel 4.2 i direktiv 93/38 genom att förbjuda varje diskriminering mellan anbudsgivarna även skyddar dem som avhållit sig från att lämna anbud, på grund av att de missgynnats genom det sätt på vilket den upphandlande enheten har organiserat förfarandet (dom av den 5 oktober 2000 i mål C-16/98, kommissionen mot Frankrike, REG 2000, s. I-8315, punkt 109).
- 40 Den ifrågasatta klausulen kan genom sin klara formulering obestriddligen komma att verka avhållande för utländska konsulter och konsultfirmor, såsom för övrigt faktiskt skedde i det förevarande fallet.
- 41 Denna klausul ger nämligen tydligt intrycket av att en eventuell skillnad mellan de kvalifikationer som redovisats vid en tidigare upphandling som ordnats av samma upphandlande enhet och de kvalifikationer som krävs för det förfarande som det omtvistade meddelandet om upphandling hänför sig till, skulle leda till en automatisk uteslutning från att delta i upphandlingen.
- 42 En utländsk anbudssökande, såsom den anbudssökande som lämnade in klagomålet till kommissionen, har således inte samma möjligheter som de inhemska anbudssökande, till följd av att klausulen otvetydigt avfattats på ett avhållande sätt och att det trots detta är nödvändigt för utländska anbudssökande att vidta ytterligare åtgärder för att bringa klarhet i villkoren för deltagande i upphandlingen.
- 43 Domstolen konstaterar vidare att det sätt på vilket det omtvistade meddelandet om upphandling hade avfattats innebär att anbudssökande behandlas olika beroende på i vilken medlemsstat som de är etablerade, vilket är till nackdel för utländska anbudssökande. Republiken Grekland har inte lämnat någon motivering till varför anbudssökandena behandlas olika.
- 44 För det tredje bör det framhållas att i enlighet med det trettiofjärde skälet i direktiv 93/38 ska "[g]emenskapsregler om ömsesidigt erkännande av utbildnings-, examens- och andra behörighetsbevis ... tillämpas, när det krävs dokumentation för deltagande i ett tilldelningsförfarande eller i en formgivningstävling".
- 45 I förevarande fall framgår det visserligen av lydelsen av klausulen i avsnitt III punkt 2.1.3 b andra stycket i det omtvistade meddelandet om upphandling att de utländska anbudssökande som tidigare skickat en intresseanmälan gällande andra meddelanden om upphandling från samma upphandlande enhet, till skillnad från

de inhemska anbudssökandena, inte har möjlighet att tillgodoräkna sig alla sina certifikat eller yrkesmässiga kvalifikationer hos denna enhet.

- 46 Det är inte, med hänsyn till klausulens lydelse, möjligt att påstå att den upphandlande enheten principiellt inte godtar certifikat och intyg på yrkesmässig erfarenhet från andra medlemsstater.
- 47 Därav följer att kommissionens anmärkning om åsidosättandet av gemenskapsreglerna om ömsesidigt erkännande av behörighetsbevis inte kan anses vara välgrundad.
- 48 Det följer av ovan angivna överväganden att den ifrågasatta klausulen inte är förenlig med artikel 4.2 i direktiv 93/38.
- 49 Under dessa förhållanden är det inte nödvändigt att pröva kommissionens övriga påståenden, då även dessa avser en fastställelse av en dylik diskriminerande behandling.

Avsnitt IV punkt 2 i det omtvistade meddelandet om upphandling

- 50 Kommissionen har hävdat att det i punkt 2 i avsnitt IV i det omtvistade meddelandet om upphandling, med titeln "Tilldelningskriterier", inte görs någon åtskillnad mellan kvalitativa urvalskriterier för anbudsgivare och tilldelningskriterierna för själva kontraktet. Kommissionen har gjort gällande att det enligt direktiv 93/38 inrättas ett system liknande det som inrättats genom direktiv 92/50, i enlighet med vilket det ska göras en åtskillnad mellan förfarandets två steg. Det första steget rör fastställandet av urvalskriterier för anbudsgivarna och det andra rör utarbetandet av tilldelningskriterierna för kontraktet. Upphandlingsförfarandet utgörs således av två steg som tillgodoser olika syften, även om det enligt kommissionen i och för sig inte är förbjudet att avgöra de olika anbudsgivarnas lämplighet samtidigt som tilldelningen av kontraktet sker.
- 51 I detta avseende följer det av rättspraxis att även om det enligt gemenskapsdirektiven teoretiskt sett inte är uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt, står det dock klart att det är fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser (se analogt dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, REG 1988, s. 4635, punkterna 15 och 16, och av den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Lianakis m.fl., REG 2008, s. I-251, punkt 26).
- 52 Den upphandlande myndigheten ska vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet i förevarande fall utgå från de kriterier avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet (så kallade kvalitativa urvalskriterier) som avses i artiklarna 30 och 31 i direktiv 93/38 (se analogt domarna i de ovannämnda målen Beentjes, punkt 17, och Lianakis m.fl., punkt 27).

- 53 Tilldelningen av kontraktet ska däremot i förevarande fall genomföras mot bakgrund av de kriterier som anges i artikel 34.1 i samma direktiv, nämligen lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se analogt domarna i de ovannämnda målen Beentjes, punkt 18, och Lianakis m.fl., punkt 28).
- 54 Vad gäller sistnämnda fall är det visserligen riktigt att det i artikel 34.1 a i direktiv 93/38, genom att uttrycket "t.ex." brukats, inte ges någon uttömmande uppräkningslista av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och att myndigheten enligt denna bestämmelse således ges möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se analogt domen i det ovannämnda målet Beentjes, punkt 19, dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC Construction, REG 2001, s. I-7725, punkterna 35 och 36, av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland, REG 2002, s. I-7213, punkterna 54 och 59, och av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, GAT, REG 2003, s. I-6351, punkterna 63 och 64, samt den ovannämnda domen i målet Lianakis m.fl., punkt 29).
- 55 De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan följaktligen inte anses utgöra tilldelningskriterier (se analogt den ovannämnda domen i målet Lianakis m.fl., punkt 30).
- 56 I det förevarande målet avser de kriterier som den upphandlande myndigheten valt såsom tilldelningskriterier i avsnitt IV punkt 2 i det omtvistade meddelandet om upphandling emellertid huvudsakligen vilken erfarenhet och faktisk kapacitet som anbudsgivaren förfogar över när det gäller att säkerställa ett gott fullgörande av det aktuella kontraktet. Det rör sig därvid om kriterier som avser anbudsgivarnas förmåga att fullgöra kontraktet, vilka således inte utgör tilldelningskriterier i den mening som avses i artikel 34.1 i direktiv 93/38. De grekiska myndigheterna har för övrigt inte på allvar bestritt detta.
- 57 Det följer av ovan angivna överväganden att avsnitt IV punkt 2 i det omtvistade meddelandet om upphandling inte är förenligt med artikel 34.1 a i direktiv 93/38.
- 58 Med hänsyn till samtliga ovanstående överväganden finner domstolen att Republiken Grekland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 4.2 och 34.1 a i direktiv 93/38 genom att dels, i enlighet med avsnitt III punkt 2.1.3 b andra stycket i det omtvistade meddelandet om upphandling, utesluta utländska konsultfirmor och konsulter som gjort en intresseanmälan till ERGA OSE i ett upphandlingsförfarande under de sex månader som föregick deras intresseanmälan till den upphandling som meddelandet rör och som då redovisat kvalifikationer som överensstämmer med andra kategorier av certifikat än dem som krävs i den aktuella upphandlingen, dels, enligt avsnitt IV punkt 2 i

nämnda meddelande, inte göra någon åtskillnad mellan kvalitativa urvalskriterier och tilldelningskriterierna för det aktuella kontraktet.

59 Talan ogillas i övrigt.

Rättegångskostnader

60 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 69.3 första stycket kan dock domstolen, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter eller om särskilda omständigheter motiverar det, besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin kostnad. Eftersom både kommissionen och Republiken Grekland delvis har tappat målet ska vardera parten bära sin kostnad.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

- 1) **Republiken Grekland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 4.2 och 34.1 a i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna genom att dels, i enlighet med avsnitt III punkt 2.1.3 b andra stycket i det meddelande om upphandling som offentliggjordes av ERGA OSE AE den 16 oktober 2003 med numren 2003/S 205-185214 och 2003/S 206-186119, utesluta utländska konsultfirmor och konsulter som gjort en intresseanmälan till ERGA OSE AE i ett upphandlingsförfarande under de sex månader som föregick deras intresseanmälan till den upphandling som meddelandet rör och som då redovisat kvalifikationer som överensstämmer med andra kategorier av certifikat än dem som krävs i den aktuella upphandlingen, dels, enligt avsnitt IV punkt 2 i nämnda meddelande, inte göra någon åtskillnad mellan kvalitativa urvalskriterier och tilldelningskriterierna för det aktuella kontraktet.**
- 2) **Talan ogillas i övrigt.**
- 3) **Europeiska gemenskapernas kommission och Republiken Grekland ska bära sina rättegångskostnader.**

Underskrifter

