

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 15 juli 2010 (*)

”Offentlig upphandling av byggtreprenader – Direktiv 93/37/EEG – Artikel 24 – Grunder för uteslutning från att delta i upphandling – Skyldigheter som rör betalning av socialförsäkringsavgifter och skatter – Krav på att anbudsgivarna ska vara registrerade, vid äventyr av uteslutning – ‘Registreringsnämnden’ och dess behörighet – Granskning av huruvida de intyg som utfärdats av behöriga myndigheter i den medlemsstat där de utländska anbudsgivarna är etablerade är giltiga”

I mål C-74/09,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Cour de cassation (Belgien) genom beslut av den 22 januari 2009, som inkom till domstolen den 18 februari 2009, i målet

Bâtiments et Ponts Construction SA,

WISAG Produktionsservice GmbH, tidigare ThyssenKrupp Industrieservice GmbH,

mot

Berlaymont 2000 SA,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna R. Silva de Lapuerta, MM E. Juhász (referent), G. Arestis och J. Malenovský,

generaladvokat: J. Kokott,

justitiesekreterare: handläggaren N.anchev,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 4 mars 2010,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Bâtiments et Ponts Construction SA och av WISAG Produktionsservice GmbH, tidigare ThyssenKrupp Industrieservice GmbH, genom D. Lagasse och E. van Nuffel, avocats,
- Berlaymont 2000 SA, genom X. Dieux, J.-P. Gunther, J.-Q. De Cuyper, C. Breuvert och S. Bartholomeeusen, avocats,
- Belgiens regering, genom J.-C. Halleux och C. Pochet, båda i egenskap av ombud,
- Tjeckiens regering, genom M. Smolek, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom M. Konstantinidis och J.-B. Laignelot, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 15 april 2010 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 49 EG och 50 EG samt relevanta bestämmelser, i synnerhet i artikel 24, i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan *Bâtiments et Ponts Construction SA* (nedan kallat *BPC*), ett bolag bildat enligt belgisk rätt, och *WISAG Produktionservice GmbH* (nedan kallat *WIG*), tidigare *ThyssenKrupp Industrieservice GmbH*, tidigare *WIG Industrieinstandhaltung GmbH*, ett bolag bildat enligt tysk rätt, å den ena sidan, och *Berlaymont 2000 SA* (nedan kallat *Berlaymont 2000*), ett bolag bildat enligt belgisk rätt, å den andra sidan, angående det sistnämnda bolagets beslut i egenskap av upphandlande myndighet att från en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten utesluta ett konsortium som de två förstnämnda bolagen bildat för detta ändamål.

Tillämpliga bestämmelser

Unionslagstiftningen

- 3 De bestämmelser i direktiv 93/37 som är relevanta i målet vid den nationella domstolen, vilket direktiv sedermera har ersatts med 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), är de i artikel 6 i förstnämnda direktiv och bestämmelserna i artiklarna 24–29 som återfinns i kapitel 2 med rubriken ”Kriterier för kvalitativt urval” i direktivets avdelning IV.
- 4 I artikel 6.6 i direktiv 93/37 anges följande:

”De upphandlande myndigheterna skall se till att det inte förekommer någon diskriminering mellan olika entreprenörer.”
- 5 Artikel 24 i direktiv 93/37 har följande lydelse:

”Den entreprenör kan uteslutas från deltagande i upphandling som

 - a) är i konkurs eller likvidation, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått i ackordsuppgörelse med borgenärer, som tills vidare ej driver näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation, till följd av liknande förfarande enligt nationella lagar eller andra författningar,
 - b) är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller för annat liknande förfarande under nationella lagar eller andra författningar,
 - c) enligt lagakraftvunnen dom har fällts för en lagstridig handling som hänför sig till yrkesutövningen,
 - d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,
 - e) inte har fullgjort skyldigheter att erlägga socialförsäkringsavgifter enligt stadgade bestämmelser i det land där han är verksam eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,
 - f) inte har fullgjort skyldigheter att erlägga skatter enligt bestämmelser i det land där han är etablerad eller där den upphandlande myndigheten finns,

g) har gjort sig skyldig till allvarlig brist i sin informationsplikt enligt detta kapitel.

Om den upphandlande myndigheten kräver bevis av entreprenören att inget av de i punkt a, b, c, e eller f beskrivna fallen är tillämpligt på honom, skall den godta som tillräckligt bevis

- för a, b eller c framläggandet av utdrag ur kriminalregistret eller, om detta inte går, av ett likvärdigt dokument utgivet av en rättslig eller administrativ myndighet i ursprungslandet eller det land personen kommer från, som visar att dessa villkor är uppfyllda;
- för e eller f ett intyg från behörig myndighet i den berörda medlemsstaten.

Om landet i fråga inte [utfärdar] sådana dokument eller intyg, kan de ersättas av en edsavläggelse eller, i medlemsstater som inte har några bestämmelser om edsavläggelse, av en högtidlig försäkran av vederbörande inför en rättslig eller administrativ myndighet, notarius publicus eller behörig bransch- eller handelsorganisation i ursprungslandet eller i det land personen kommer från.

Medlemsstaterna skall ange myndigheter och organ med behörighet att utfärda dessa dokument, och de skall utan dröjsmål underrätta de andra medlemsstaterna och kommissionen om detta.”

6 I direktivets artikel 25 första och tredje strecksatser anges följande:

”En entreprenör som vill delta i en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten får åläggas att visa att han är införd i yrkes- eller handelsregister under gällande villkor enligt lagstiftningen i den medlemsstat där han är etablerad:

- i Belgien ‘Registre du Commerce’– ‘Handelsregister’,
- ...
- i Tyskland ‘Handelsregister’ och ‘Handwerksrolle’”.

7 I direktivets artikel 26 föreskrivs följande:

1. Bevis om entreprenörens finansiella och ekonomiska ställning kan som regel utgöras av en eller flera av följande referenser:

- a) Relevanta intyg från banker.
- b) Uppvisande av bolagets balansräkningar eller utdrag ur dem, såvitt offentlig redovisning av balansräkningen krävs enligt lagarna i det land där entreprenören är etablerad.
- c) Uppgift om företagets totala omsättning och dess omsättning för bygg- och anläggningsarbeten under de tre föregående räkenskapsåren.

2. De upphandlande myndigheterna skall specificera i meddelandet om upphandling eller i uppmaningen till anbudslämnande vilken eller vilka referenser, som skall uppges utöver de i punkt 1 a, b och c angivna.

3. Om en entreprenör har godtagbart skäl för att inte förete de av de upphandlande myndigheterna begärda referenserna, får han dokumentera sin ekonomiska ställning så som de upphandlande myndigheterna anser lämpligt.”

8 Artikel 27 i direktiv 93/37 har följande lydelse:

”1. Bevis om entreprenörens tekniska förmåga får lämnas enligt följande:

- a) Entreprenörens utbildning och yrkeskvalifikationer och/eller motsvarande för företagets

ledning och, i synnerhet, för den eller de personer, som är ansvariga för arbetenas utförande.

- b) En förteckning över de arbeten som utförts under de fem senaste åren, tillsammans med intyg om att de viktigaste arbetena utförts på tillfredsställande sätt. Dessa intyg skall ange värde, tidpunkt och plats för entreprenaderna och huruvida arbetena utförts enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett riktigt sätt. Om det är nödvändigt skall behörig myndighet sända dessa intyg direkt till den upphandlande myndigheten.
- c) Beskrivning av verktyg, anläggning och teknisk utrustning som entreprenören disponerar över för arbetenas utförande.
- d) Uppgift om medelantalet anställda i företaget och antalet anställda med ledningsuppgifter för vart och ett av de tre senaste åren.
- e) Uppgift om vilka tekniker eller tekniska organ som entreprenören kan disponera för arbetenas genomförande, oavsett om de tillhör företaget eller ej.

2. De upphandlande myndigheterna skall i uppmaningen till anbudslämnande ange vilka av dessa referenser som krävs."

9 Artikel 28 i direktivet har följande lydelse:

"Inom de begränsningar som anges i artiklarna 24–27 kan den upphandlande myndigheten uppmana entreprenörerna att komplettera eller att förtydliga de ingivna intygen och dokumenten."

10 I direktivets artikel 29 anges följande:

"1. Medlemsstater som har officiella förteckningar över godkända entreprenörer måste anpassa dem till artikel 24 a–d, g och till artiklarna 25–27.

2. Entreprenörer som registreras i de officiella förteckningarna får inför varje kontrakt hos den upphandlande myndigheten förete ett registreringsintyg utfärdat av behörig myndighet. Intyget skall innehålla de referenser som möjliggjort registreringen och klassificeringen av företaget.

3. Av behörigt organ styrkt registrering i de officiella förteckningarna skall för upphandlande myndigheter i andra medlemsstater innebära en presumtion för lämplighet i fråga om arbeten motsvarande entreprenörens klassificering bara såvitt rör artiklarna 24 a–d och g, 25, 26 b–c och 27 b och d.

Information som kan utläsas från registrering i officiella förteckningar får inte ifrågasättas. Då det gäller erläggande av obligatoriska socialförsäkringsavgifter kan emellertid krävas ett ytterligare intyg från entreprenören så snart ett kontrakt erbjuds.

De upphandlande myndigheterna i andra medlemsstater skall tillämpa ovanstående bestämmelser endast till förmån för entreprenörer etablerade i det land, där den officiella förteckningen förs.

4. För registrering av entreprenörer från andra medlemsstater i en officiell förteckning får inte krävas bevis eller uppgifter utöver vad som krävs av inhemska entreprenörer, och under inga förhållanden fler än som föreskrivs i artiklarna 24–27.

5. Medlemsstater som har en officiell förteckning skall till övriga medlemsstater meddela adressen till det organ, där begäran om registrering görs."

Den nationella lagstiftningen

11 Det aktuella kontraktet i målet vid den nationella domstolen regleras bland annat av kunglig förordning av den 22 april 1977 om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och

tjänster (*Moniteur belge* av den 26 juli 1977, s. 9539, nedan kallad 1977 års kungliga förordning). I artikel 15 i den kungliga förordningen, som återfinns i avsnitt 2 med rubriken "Utarbetande av anbud", anges följande:

" ...

3. Ett anbud från en belgisk anbudsgivare som har anställd personal, för vilken lagen av den 27 juni 1969 om ändring av lagdekret av den 28 december 1944 om social trygghet för arbetstagare gäller, kan bara anses vara korrekt, om ett intyg från den nationella myndigheten för social trygghet bifogas anbudet, eller om ett sådant intyg inges till förvaltningen innan anbuden öppnas, av vilket framgår att anbudsgivaren har betalat avgifterna för social trygghet och försörjningstrygghet ...

4. Ett anbud från en utländsk anbudsgivare kan bara anses vara korrekt om följande handlingar bifogas anbudet eller om sådana handlingar inges till förvaltningen innan anbuden öppnas:

a) Ett intyg från den behöriga myndigheten, av vilket framgår att anbudsgivaren har fullgjort sin skyldighet att betala socialförsäkringsavgifter enligt de nationella lagarna i det land där han har sitt säte ...

...

7. En anbudsgivares anbud kan bara anses vara korrekt om han är registrerad som entreprenör enligt artikel 299 bis i inkomstskattelagen och artikel 30 bis i lagen av den 27 juni 1969 om ändring av lagdekret av den 28 december 1944 om social trygghet för arbetstagare."

12 Villkoren för denna skyldighet att vara registrerad regleras i kunglig förordning av den 5 oktober 1978 (*Moniteur belge* av den 7 oktober 1978, s. 11707) (nedan kallad 1978 års kungliga förordning).

13 Artikel 2.1 i denna kungliga förordning, som återfinns i avsnitt 1 med rubriken "Villkor för registrering som entreprenör", har följande lydelse:

"Registrering som entreprenör ... är bara möjlig för en entreprenör som uppfyller följande krav:

...

2° För verksamhet i den mening som avses i artikel 1 måste entreprenören vara registrerad i handelsregistret eller yrkesregistret enligt kraven i de nationella lagarna i medlemsstaten där de är etablerade.

...

7° Om det rör sig om ett bolag får det bland de styrelseledamöter, verkställande direktörer eller personer som har befogenhet att företräda bolaget inte finnas personer som inte får utöva sådana uppgifter enligt den kungliga förordningen nr 22 av den 24 oktober 1934, som anges i punkt 6.

...

10° Under de fem åren som föregått ansökan om registrering får entreprenören inte ha gjort sig skyldig till upprepade eller allvarliga överträdelser när det gäller skattemässiga skyldigheter ...

11° Vid tidpunkten för ansökan om registrering får entreprenören inte ha obetalda skatter eller ligga efter med betalning av avgifter som tas ut av den nationella myndigheten för social trygghet eller med avgifter som tas ut av fonden för försörjningstrygghet eller för dess räkning ...

- 12° Entreprenören måste ha tillräckliga finansiella, administrativa och tekniska resurser för att säkerställa att skyldigheten att erlägga skatter och sociala avgifter uppfylls.”
- 14 Enligt artikel 8 i 1978 års kungliga förordning ska för registrering som entreprenör en ansökan inges till ordföranden för ett organ kallat ”registreringsnämnden” i den region där sökanden har sitt säte. För sökande som inte är etablerade i Belgien är det myndigheten i den region där den ifrågavarande byggplatsen ligger som är behörig.
- 15 I artikel 10 i denna kungliga förordning föreskrivs följande:
1. Vid äventyr av ogiltigförklaring ska följande handlingar bifogas ansökan:
 - ...
 - 3° av varje sökande: en kopia av registreringen i yrkesregistret på de villkor som gäller enligt lagstiftningen i det land där entreprenören är etablerad ...
 - ...
 - 5° av en [utländsk] sökande: intyg från den behöriga myndigheten i medlemsstaten, av vilket framgår och genom vilket det intygas att sökanden inte ligger efter med betalning av skatter eller sociala avgifter i denna medlemsstat.
 - ...
 2. Den registreringsnämnd som avses nedan i avsnitt 4 kan kräva att sökanden lämnar in ytterligare handlingar eller uppgifter som den anser vara nödvändiga för att bedöma huruvida villkoren enligt artikel 2.1 är uppfyllda.
 - ...”
- 16 I artikel 16 i 1978 års kungliga förordning, som återfinns i avsnitt 4 under rubriken ”Registreringsnämnden”, föreskrivs följande:
- ”1. Varje registreringsnämnd ska bestå av nio ledamöter som utses på följande sätt:
 - 1° Tre tjänstemannaledamöter utses på förslag av
 - a) socialministeriet,
 - b) finansministeriet,
 - c) ministeriet för sysselsättning och arbete.
 - 2° Tre ledamöter utses på förslag av arbetsgivarorganisationerna i byggsektorn.
 - 3° Tre ledamöter utses på förslag av byggnadsarbetarorganisationerna. ...
 2. På varje nämnd ska en tjänsteman i den mening som avses i 16.1.1 a och 16.1.1 b, som för detta ändamål utses på förslag av de båda där nämnda ministerierna, vara ordförande ...”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 17 Den 18 september 1990 bildades Berlaymont 2000 av Régie des Bâtiments, en belgisk offentligrättslig juridisk person, och tre kreditinstitut. Verksamhetsföremålet för Berlaymont 2000 bestod i renoveringen av Berlaymontbyggnaden och fastställandet av

förfrågningsunderlaget, arbetsplanen och budgeten för renoveringen. Denna byggnad var uppförd på en tomt som belgiska staten hade förvärvat år 1960 och fram till och med år 1991 hade kommissionen sina lokaler där. Efter att renoveringsarbetena slutförts år 2004 flyttade kommissionen på nytt sina lokaler dit.

18 År 1994 inledde Berlaymont 2000 en anbudsinfordran avseende renoveringsarbetena som uppgick till cirka 1 400 000 000 BEF. Bolaget upprättade härvid ett särskilt förfrågningsunderlag och offentliggjorde den 23 december 1994 ett meddelande om upphandling, bland annat i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. I artikel 1. G i det särskilda förfrågningsunderlaget angavs att "För de arbeten som omfattas av kontraktet måste entreprenören vara registrerad i Belgien".

19 Den 16 februari 1995 offentliggjorde Berlaymont 2000 ett ändringsmeddelande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, vilket innehöll vissa kompletterande uppgifter rörande villkoren för anbudsgivarnas registrering.

20 I detta meddelande angavs följande:

"För de arbeten som omfattas av förevarande kontrakt måste entreprenören visa att han har fullgjort sina skyldigheter när det gäller sociala avgifter, skatter och mervärdesskatt. Detta anses bevisat genom en registrering.

Ansökan om registrering ska inges i enlighet med 1978 års kungliga förordning.

För att anbudet ska vara korrekt (när det lämnas in) är det tillräckligt att en kopia av ansökan om registrering bifogas anbudet. Tilldelningsbeslut meddelas inte förrän det behöriga organet har fattat beslut om ansökan."

21 Även i det särskilda förfrågningsunderlaget gjordes följaktligen en ändring varvid det angavs att "[f]ör att anbudet ska vara giltigt ska anbudsgivaren i anbudet bekräfta att denne har beaktat förevarande rättelsemeddelande nr 1."

22 I syfte att delta i upphandlingen bildade BPC och WIG ett konsortium kallat BPC-WIG (nedan kallat BPC-WIG). Den 16 mars 1995 ingav detta konsortium ett anbud för det ifrågavarande kontraktet. WIG hade till anbudet bifogat två intyg från tyska skatte- och socialförsäkringsmyndigheter av den 4 augusti 1994 och den 3 februari 1995 enligt vilka "skattemyndigheten inte hade något att invända mot att WIG deltog i en offentlig upphandling" och "att WIG alltid punktligt betalat alla sociala avgifter". Varken WIG eller BPC-WIG hade emellertid till sina anbud bifogat några bevis på att de registrerats eller att de ansökt om registrering i enlighet med kraven i belgisk lagstiftning. En ansökan om registrering ingavs av dessa två enheter efter utgången av fristen för avsändande av anbud, det vill säga den 28 april 1995 avseende BPC-WIG och 3 maj år 1995 avseende WIG. Registrering erhöles i juli år 1995, det vill säga efter tilldelningen av kontraktet. BPC var i egenskap av bolag bildat enligt belgisk rätt redan registrerat i Belgien.

23 I beslut av den 20 juni 1995 tilldelade styrelsen i Berlaymont 2000 kontraktet till ett annat konsortium.

24 BPC och WIG väckte talan vid belgiska Conseil d'État om ogiltigförklaring av detta tilldelningsbeslut. I dom av den 10 mars 1999 påpekade den avdelning vid Conseil d'État vid vilken målet anhängiggjorts att WIG, vid ingivandet av anbudet, inte var registrerat som entreprenör i enlighet med artikel 15.7 i kunglig förordning av den 22 april 1977 om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Därmed konstaterades att sökandena inte kunde tilldelas kontraktet och talan ogillades.

25 Under tiden hade BPC och WIG, den 18 juni 1996, väckt talan om skadestånd vid tribunal de première instance de Bruxelles för den skada som de lidit på grund av att de utesluts från att

delta i upphandlingen. I dom av den 5 november 2002 avvisades talan av den domstol vid vilken den väckts. Sökandena överklagade detta beslut den 15 april 2003. I dom av den 14 mars 2007 fastställde cour d'appel de Bruxelles avgörandet från första instans.

- 26 Den hänskjutande domstolen har i sin begäran hänvisat till det resonemang som i detta avseende fördes av cour d'appel de Bruxelles. Den har uppgett att denna domstol hade konstaterat att sökandena till sitt anbud inte hade bifogat de ansökningar om registrering som krävdes för WIG och BPC–WIG. De intyg avseende sociala avgifter och skatt från behöriga tyska myndigheter som bifogats anbuderna från WIG och BPC–WIG motsvarande inte en registrering och uppfyllde ett separat krav på företeende, vilket för övrigt var nödvändigt för att erhålla en registrering. Sökandena hade således underlåtit att iakttä ett väsentligt formkrav enligt belgisk lagstiftning och deras anbud var därigenom ogiltiga, vilket medförde att de automatiskt och omedelbart uteslöts från upphandlingen.
- 27 När det gäller tilläggsskyldigheten att registrera sig erkände cour d'appel de Bruxelles att artikel 24 första stycket i direktiv 93/37 inte upptar utebliven registrering bland de där angivna grunderna för uteslutning från deltagande i upphandlingen. Vidare medgav denna domstol att det följer av artikel 24 andra stycket i detta direktiv att om den upphandlande myndigheten kräver bevis av entreprenören att inget av de i punkt e eller f i första stycket beskrivna fallen är tillämpligt på honom, ska den som tillräckligt bevis godta ett intyg utställt av den behöriga myndigheten i den berörda medlemsstaten. Denna domstol fann dock att det mot bakgrund av andra bestämmelser i direktiv 93/37 gick att dra slutsatsen att det inte var förbjudet att uppställa en registreringsskyldighet vid äventyr av uteslutning från deltagande i upphandlingen.
- 28 Denna domstol påpekade härvid att bakgrunden till registreringsförfarandet var att möjliggöra för belgiska myndigheter att säkerställa att entreprenören har tillräckliga finansiella, administrativa och tekniska resurser för att säkerställa iakttagandet av dess skyldigheter när det gäller erläggande av skatt och sociala avgifter. Intygen från tyska myndigheter var inte tillräckliga för att säkerställa detta. Cour d'appel de Bruxelles hänvisade härvid till artiklarna 26, 27 och 29.4 i direktiv 93/37, vilka enligt denna domstol ger den upphandlande myndigheten en möjlighet att kräva ytterligare bevisning och försäkringar från entreprenörerna. Denna domstol ansåg följaktligen att det inte var relevant att framställa en begäran om förhandsavgörande till EG-domstolen.
- 29 Sedan överklagandet ogillats ingav BPC och WIG den 28 september 2007 ett överklagande till Cour de cassation.
- 30 Cour de cassation, som hyser tvivel angående huruvida den ifrågavarande lagstiftningen är förenlig med bestämmelserna i EG-fördraget om frihet att tillhandahålla tjänster och bestämmelserna i artikel 24 i direktiv 93/37, beslutade att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:
- "1) Strider en skyldighet att vara registrerad för att kunna tilldelas ett kontrakt vid offentlig upphandling i Belgien, såsom den skyldighet som åläggs i artikel 1.G i det särskilda förfrågningsunderlag som var tillämpligt i förevarande fall, mot principen om fri rörlighet inom Europeiska unionen och artikel 24 andra stycket i direktiv 93/37 ..., om skyldigheten ska tolkas så, att den tillåter att den upphandlande myndigheten från upphandlingen utesluter utländska entreprenörer som lämnar anbud och som inte är registrerade men som har lagt fram likvärdiga intyg från sina nationella myndigheter?
 - 2) Strider det mot principen om fri rörlighet inom Europeiska unionen och artikel 24 andra stycket i direktiv 93/37 att tillerkänna en belgisk upphandlande myndighet behörighet att ålägga utländska anbudsgivare att hos en belgisk myndighet – nämnden för registrering av entreprenörer – få prövat om intyg som har utfärdats för dem av skatte- och socialförsäkringsmyndigheterna i deras stat, i vilka intygas att de fullgör sina skyldigheter beträffande skatter och socialförsäkringsavgifter, är giltiga?"

Prövning av tolkningsfrågorna

Uptagande till sakprövning av begäran om förhandsavgörande

- 31 Kommissionen har framfört tvivel angående huruvida begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning på grund av att den hänskjutande domstolen i sin begäran endast återger det resonemang som förs i domen från cour d'appel de Bruxelles, inte i tillräcklig mån definierar de tillämpliga bestämmelserna och de faktiska omständigheter som är aktuella i målet vid den nationella domstolen och inte lämnar tillräckliga förklaringar till valet av de unionsrättsliga bestämmelser som är föremål för den begärda tolkningen.
- 32 Dessa tvivel är grundlösa.
- 33 För det första kan den hänskjutande domstolen inte kritiseras för att i sitt beslut ha återgett den dom från cour d'appel de Bruxelles som utgör föremålet för den kassationstalan som är anhängiggjord vid denna domstol. Genom att återge denna dom uttrycker den hänskjutande domstolen sina tvivel angående huruvida slutsatserna i denna dom är förenliga med de relevanta bestämmelserna i unionsrätten, det vill säga bestämmelserna i fördraget rörande frihet att tillhandahålla tjänster och bestämmelserna i artikel 24 i direktiv 93/37.
- 34 Det kan vidare konstateras, i likhet med vad generaladvokaten påpekade i punkt 33 i sitt förslag till avgörande, att nämnda dom i tillräcklig mån gör det möjligt att förstå föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen och det rättsliga och faktiska sammanhang mot bakgrund av vilket tolkningsfrågorna har ställts, vilka omständigheter för övrigt har gjort det möjligt för de berörda parterna att inkomma med sina synpunkter i den mening som avses i artikel 23 andra stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol.
- 35 Förhållandet mellan den beskrivna bakgrunden i målet vid den nationella domstolen och de unionsrättsliga bestämmelserna som är föremål för begäran om tolkning framgår tydligt av handlingarna i målet och kräver inte några särskilda förklaringar.
- 36 De uppgifter som lämnats är således tillräckliga för att uppfylla de krav som ställs enligt domstolens fasta praxis (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 september 2009 i mål C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional och Bwin International, REG 2009, s. I-0000, punkt 40 och där angiven rättspraxis) och för domstolen att kunna lämna användbara svar till den hänskjutande domstolen. Begäran om förhandsavgörande kan därmed upptas till sakprövning.

Den första frågan

- 37 Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida de allmänna unionsrättsliga principerna på området för offentlig upphandling och artikel 24 andra stycket i direktiv 93/37 ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning, såsom den i målet vid den nationella domstolen, enligt vilken en entreprenör som är etablerad i en annan medlemsstat är skyldig att inneha en registrering i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten är belägen för att tilldelas ett kontrakt i denna medlemsstat, och detta trots det förhållandet att entreprenören har ingett de intyg som utfärdats av myndigheterna i etableringsmedlemsstaten som bland annat utvisar att entreprenören har uppfyllt sina skyldigheter när det gäller erläggande av socialförsäkringsavgifter, skatter och andra avgifter.
- 38 Domstolen påpekar inledningsvis att den registreringskyldighet som är aktuell i målet vid den nationella domstolen varken omfattas av bestämmelserna i artikel 25 eller bestämmelserna i artikel 29 i direktiv 93/37.
- 39 Det framgår nämligen av de handlingar som ingetts till domstolen att syftet med denna registreringskyldighet är att kontrollera entreprenörernas yrkesmässiga oförvitlighet i den mening som avses i artikel 24 första stycket i direktiv 93/37, särskilt deras situation när det

gäller erläggandet av socialförsäkringsavgifter, skatter och andra avgifter.

- 40 Det ska för det första framhållas att det förhållandet att en entreprenör som är etablerad i en annan medlemsstat har företett intyg som har utfärdats av behöriga myndigheter i denna stat inte är tillräckligt för att på ett avgörande sätt visa att entreprenören har uppfyllt sina skyldigheter på området. I artikel 24 första stycket e och f i direktiv 93/37 föreskrivs nämligen att entreprenören ska ha uppfyllt sina skyldigheter när det gäller erläggande av sociala avgifter och skatter även i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten är belägen. För det andra hänvisas i artikel 24 andra stycket andra strecksatsen till intyg som utfärdats av den behöriga myndigheten i den berörda medlemsstaten, vilket medger en separat kontroll av en sådan entreprenör i den medlemsstat i vilken den aktuella offentliga upphandlingen genomförs.
- 41 Det är nämligen tänkbart att den ifrågavarande entreprenören har bedrivit sådan ekonomisk verksamhet i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten är belägen som har kunnat ge upphov till obetalda skatter och sociala avgifter i denna medlemsstat. Sådana obetalda skatter och avgifter skulle kunna uppkomma inte bara till följd av den ekonomiska verksamhet som bedrivs i samband med verkställandet av offentliga kontrakt utan även till följd av verksamhet som bedrivs i andra sammanhang. Även om denna entreprenör inte har bedrivit någon verksamhet i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten är belägen, är det för övrigt legitimt av myndigheterna i denna stat att vilja säkerställa att så är fallet.
- 42 Följaktligen kan en nationell lagstiftning inte anses strida mot unionsbestämmelserna enbart på grund av att det föreskrivs en registreringsskyldighet för att kunna genomföra en sådan kontroll även beträffande entreprenörer som är etablerad i en annan medlemsstat än den där den offentliga upphandlingen äger rum.
- 43 För det andra påpekar domstolen att i enlighet med domstolens praxis ska artikel 24 första stycket i direktiv 93/37 ses som en uttömmande uppräkningslista av grunderna för uteslutning av en entreprenör från att delta i ett upphandlingsförfarande av skäl som avser dennes yrkesmässiga oförvitlighet. Domstolen har vidare tillagt att utöver de grunder för uteslutning som uttryckligen anges i ovannämnda bestämmelser har medlemsstaterna möjlighet att föreskriva grunder för uteslutning som syftar till att säkerställa att principerna om likabehandling och öppenhet iakttas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 december 2008 i mål C-213/07, *Michaniki*, REG 2008, s. I-9999, punkterna 43, 44 och 47, och av den 19 maj 2009 i mål C-538/07, *Assitur*, REG 2009, s. I-4219, punkterna 20 och 21).
- 44 En sådan registreringsskyldighet som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen kan inte anses utgöra en ytterligare grund för uteslutning utöver den uttömmande uppräkningslistan i artikel 24 första stycket i direktiv 93/37 om skyldigheten är utformad som ett sätt att genomföra denna bestämmelse som enbart syftar till en kontroll av bevisningen för att nämnda grunder för uteslutning inte är tillämpliga på en entreprenör som önskar delta i en offentlig upphandling, särskilt grunderna som rör erläggandet av socialförsäkringsavgifter, skatter och andra avgifter.
- 45 I förevarande fall måste den berörda entreprenören för den aktuella registreringen, allmänt kallad "skatteregistrering" i handlingarna i målet, vid det organ som är behörigt i detta avseende inge en ansökan jämte de intyg som föreskrivs i artikel 24 andra stycket i direktiv 93/37 och som krävs enligt den tillämpliga nationella lagstiftningen som innehåller motsvarande grunder för uteslutning.
- 46 En entreprenör som är etablerad i en annan medlemsstat ska till nämnda organ inge de intyg som utfärdats av myndigheterna i etableringsmedlemsstaten, vilka normalt ska inges till den berörda upphandlande myndigheten i enlighet med lydelsen i ovannämnda bestämmelser i direktiv 93/37. Om en sådan entreprenör redan har bedrivit en ekonomisk verksamhet i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten är belägen måste entreprenören kunna förete de intyg som utfärdats av de behöriga myndigheterna i denna stat, eller, om någon sådan verksamhet inte har bedrivits, kunna styrka denna omständighet. Det berörda organet måste å sin sida intyga att det inte föreligger någon grund för uteslutning genom att utfärda ett

intyg om registrering, vilket entreprenören därefter ska inge till den upphandlande myndigheten för att få delta i den offentliga upphandlingen i fråga.

- 47 Av artikel 24 andra stycket i direktiv 93/37 framgår att när den upphandlande myndigheten kräver att entreprenören ska visa att inget av de fall som anges i punkterna e eller f i denna bestämmelse är tillämpligt på honom, godtar denna myndighet som tillräckligt bevis ett intyg som utfärdats av den behöriga myndigheten i den berörda medlemsstaten.
- 48 Denna bestämmelse utesluter inte att det innan anbuden öppnas görs en kontroll av de intyg som ingetts av entreprenören eller att det inte föreligger några allmänna grunder för uteslutning i förhållande till denna entreprenör.
- 49 Denna kontroll ska emellertid endast avse entreprenörernas yrkesmässiga oförvitlighet i den mening som avses i artikel 24 första stycket i direktiv 93/37, särskilt fullgörandet av deras skyldigheter när det gäller erläggandet av socialförsäkringsavgifter, skatter och andra avgifter. Vidare får denna kontroll, såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 52 i sitt förslag till avgörande, varken försvåra eller fördröja den berörda entreprenörens deltagande i det offentliga upphandlingsförfarandet och inte heller medföra alltför betungande administrativa bördor.
- 50 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida den aktuella registreringsskyldigheten uppfyller dessa kriterier.
- 51 Den hänskjutande domstolen ska särskilt undersöka om kraven i artikel 2.1.7 i 1978 års kungliga förordning, enligt vilken ett bolag utesluts från deltagande i en offentlig upphandling om det bland de styrelseledamöter, verkställande direktörer eller personer som har befogenhet att företräda bolaget finns personer som inte får utöva sådana uppgifter enligt nationell lagstiftning, och i artikel 2.1.12 i 1978 års kungliga förordning enligt vilken en entreprenör utesluts från deltagande i ett offentligt upphandlingsförfarande om entreprenören inte har tillräckliga finansiella, administrativa och tekniska resurser för att säkerställa att skyldigheten att erlägga skatter och sociala avgifter uppfylls", kan tillåtas enligt artikel 24 första stycket i direktiv 93/37. Handlingarna i målet innehåller inte tillräckliga uppgifter för att göra en bedömning av dessa bestämmelser.
- 52 Det framgår emellertid av handlingarna i målet att enbart ingivandet till den upphandlande myndigheten av ansökan om registrering tillsammans med anbudet i formellt hänseende var tillräckligt i målet vid den nationella domstolen för att tillåta de berörda entreprenörerna att delta i den omtvistade upphandlingen, eftersom tilldelningsbeslutet inte kunde fattas förrän registreringsförfarandet hade avslutats.
- 53 Mot bakgrund av det föregående ska den första frågan besvaras på följande sätt. Unionsrätten ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken en entreprenör som är etablerad i en annan medlemsstat, för att tilldelas ett kontrakt i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten är belägen, är skyldig att inneha en registrering i den medlemsstaten som avser det förhållandet att det inte föreligger några av de grunder för uteslutning som räknas upp i artikel 24 första stycket i direktiv 93/37, under förutsättning att en sådan skyldighet varken hindrar eller fördröjer entreprenörens deltagande i den ifrågasatta upphandlingen och inte heller medför alltför betungande administrativa bördor, och att den enbart syftar till att kontrollera den berörda entreprenörens yrkesmässiga oförvitlighet i den mening som avses i denna bestämmelse.

Den andra frågan

- 54 Den hänskjutande domstolen har ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida de allmänna unionsrättsliga principerna på området för offentlig upphandling och artikel 24 andra stycket i direktiv 93/37 ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning som föreskriver att ett sådant organ som det som är aktuellt i målet vid den nationella domstolen ska kontrollera de intyg som utfärdas av skatte- och socialförsäkringsmyndigheter i andra medlemsstater och som intygar att entreprenörer som är etablerade i dessa medlemsstater har fullgjort sina

skyldigheter på de berörda områdena.

- 55 I detta hänseende ska det framhållas att bestämmelserna i direktiv 93/37 i princip inte utgör hinder för att kontrollen av huruvida det inte föreligger några grunder för uteslutning i den mening som avses i artikel 24 första stycket i direktivet enligt nationell lagstiftning anförtros ett annat organ än den upphandlande myndigheten.
- 56 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 69 i sitt förslag till avgörande kan en sådan kontroll innan anbuden öppnas visa sig vara lämpligt för en väl fungerande offentlig upphandling. Med hänsyn till de eventuellt otillräckliga tekniska kunskaperna och begränsade organisatoriska resurserna hos vissa upphandlande myndigheter, såsom exempelvis en mindre kommun eller ett organ med begränsade personalresurser, kan det visa sig ändamålsenligt att anförtro ett specialiserat organ, som är behörigt på såväl nationell som lokal nivå, den administrativa handläggningen och den centraliserade kontrollen av bevisningen rörande anbudsgivarnas yrkesmässiga kvalifikationer i olika offentliga upphandlingar.
- 57 Det ska tilläggas att domstolen i sin dom i det ovannämnda målet *Michaniki* redan har godtagit, på klart fastställda villkor, en möjlighet för ett annat organ än den upphandlande myndigheten att anta ett beslut som innebär att en entreprenör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling av byggnadsarbeten. I detta hänseende är det inte relevant att det målet inte avsåg en grund för uteslutning enligt direktiv 93/37 utan en grund för uteslutning som fastställts utöver de grunder som anges i detta direktiv och som syftar till att säkerställa ett iakttagande av likhetsprincipen och öppenhetsprincipen.
- 58 Det är vidare nödvändigt att undersöka om sammansättningen och befogenheterna för det organ som enligt den aktuella nationella lagstiftningen har anförtrots denna kontroll är förenliga med syftet att säkerställa ett iakttagande av unionsrätten på området för offentliga upphandlingar.
- 59 I detta hänseende framgår det av handlingarna i målet att enligt denna lagstiftning har de behöriga organen på registreringsområdet, kallade "registreringsnämnder", inrättats på regional nivå och har en trepartssammansättning. Enligt artikel 16 i 1978 års kungliga förordning består sammansättningen av tre tjänstemän som utses av offentliga myndigheter, varav en utses till ordförande, och sex personer som utses lika av arbetsmarknadens parter på förslag av arbetsgivarorganisationer och arbetstagarorganisationer inom byggsektorn i den aktuella regionen.
- 60 Domstolen konstaterar att en majoritet av ledamöterna i detta organ består av personer som företräder privata intressen och det framgår inte av några omständigheter i handlingarna i målet att dessa personers deltagande i detta organ endast skulle vara av rådgivande karaktär.
- 61 Ett sådant organ kan med hänsyn till dess sammansättning inte anses vara opartiskt och neutralt. Det förhållandet att en majoritet av ledamöterna består av företrädare för privata intressen skulle kunna medföra att dessa företrädare förhindrar andra aktörers tillträde till den berörda marknaden, och på grund av att dessa aktörer är skyldiga att underkasta sig sina potentiella konkurrenters bedömning av deras personliga och yrkesmässiga kvalifikationer medför detta organ under alla förhållanden att det föreligger en situation av ojämlika konkurrensvillkor och en avsaknad av objektivitet och opartiskhet, i strid med en ordning som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids, såsom föreskrivs i unionsrätten (se, analogt, dom av den 1 juli 2008 i mål C-49/07, *MOTOE*, REG 2008, s. I-4863, punkterna 51 och 52 och där angiven rättspraxis, och av den 10 mars 2009 i mål C-169/07, *Hartlauer*, REG 2009, s. I-1721, punkt 51 och där angiven rättspraxis).
- 62 Det ska vidare påpekas att det tycks framgå av den hänskjutande domstolens fråga att den aktuella lagstiftningen ger registreringsnämnden behörighet att undersöka huruvida de intyg som utfärdats av behörig myndighet i den berörda medlemsstaten är giltiga såvitt avser entreprenörernas fullgörande av skyldigheten att erlagga skatt och sociala avgifter.
- 63 Det bör framhållas att 1978 års kungliga förordning inte innehåller någon bestämmelse som

uttryckligen ger registreringsnämnden en sådan behörighet och det har inte heller lämnats någon redogörelse för omfattningen av en sådan behörighet i begäran om förhandsavgörande. Om denna behörighet skulle omfatta utövandet av en materiell kontroll av villkoren för de behöriga myndigheternas beviljande av intyg i de berörda medlemsstaterna, utgör det ett uppenbart åsidosättande av artikel 24 första stycket i direktiv 93/37, som inte innehåller någon sådan grund för uteslutning, och av andra stycket andra strecksatsen i denna artikel, enligt vilken det klart föreskrivs att sådana intyg ska godtas som tillräckligt bevis för att entreprenörerna har fullgjort sina skyldigheter att erlagga skatt och sociala avgifter. En grund för uteslutning som kräver en materiell kontroll av nämnda intyg är inte berättigad mot bakgrund av domstolens avgörande i domen i det ovannämnda målet *Michaniki*.

- 64 Det organ som har anförtrotts granskningen av dessa intyg har, såsom generaladvokaten framhöll i punkterna 82–84 i sitt förslag till avgörande, inte något eget utrymme för skönsmässig bedömning i materiellt hänseende och får endast göra en summarisk kontroll av att formkraven är uppfyllda. Nämnda organ får således enbart kontrollera intygets äkthet, att de utfärdats tillräckligt nyligen och att den utfärdande myndigheten inte var uppenbart obehörig.
- 65 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma situationen för sökandena i målet vid den nationella domstolen mot bakgrund av ovan anförda tolkningskriterier. I målet framgår emellertid inte att registreringsnämndens sammansättning och omfattningen av den kontroll som detta organ utövar har kunnat påverka denna situation, eftersom, vilket framgår av handlingarna i målet, dessa sökande har erhållit registreringen utan svårigheter. Skälet till att de inte tilläts att delta i den aktuella upphandlingen var att deras respektive ansökan om registrering hade getts in för sent, det vill säga efter utgången av fristen för att inkomma med anbud, under sådana omständigheter då kravet på att inneha en registrering inte i sig kan anses strida mot unionsrätten.
- 66 Mot bakgrund av ovan anförda överväganden ska den andra frågan besvaras på följande sätt. Unionsrätten ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken kontrollen av intyg som utfärdats åt en entreprenör från en annan medlemsstat av skatte- och socialförsäkringsmyndigheter i sistnämnda medlemsstat, har anförtrotts ett annat organ än den upphandlande myndigheten när
- majoriteten av ledamöterna i detta organ utses av arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer inom byggsektorn i den region i vilken den aktuella offentliga upphandlingen genomförs, och när
 - denna behörighet omfattar en kontroll i materiellt hänseende av nämnda intygs giltighet.

Rättegångskostnader

- 67 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:

- 1) **Unionsrätten ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken en entreprenör som är etablerad i en annan medlemsstat, för att tilldelas ett kontrakt i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten är belägen, är skyldig att inneha en registrering i den medlemsstaten som avser det förhållandet att det inte föreligger några av de grunder för uteslutning som räknas upp i artikel 24 första stycket i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, under förutsättning att en sådan skyldighet varken**

hindrar eller fördröjer entreprenörens deltagande i den ifrågavarande upphandlingen och inte heller medför alltför stora administrativa bördor, och att den enbart syftar till att kontrollera den berörda entreprenörens yrkesmässiga oförvitlighet i den mening som avses i denna bestämmelse.

- 2) Unionsrätten ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken kontrollen av intyg som utfärdats åt en entreprenör från en annan medlemsstat av skatte- och socialförsäkringsmyndigheter i sistnämnda medlemsstat, har anförtrotts ett annat organ än den upphandlande myndigheten när
- majoriteten av ledamöterna i detta organ utses av arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer inom byggsektorn i den region i vilken den aktuella offentliga upphandlingen genomförs, och när
 - denna behörighet omfattar en kontroll i materiellt hänseende av nämnda intygs giltighet.

Underskrifter

* Rättegångsspråk: franska.