



# Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 13 december 2012\*

”Direktiv 2004/18/EG — Artikel 45.2 första stycket d — Direktiv 2004/17/EG — Artiklarna 53.3 och 54.4 — Offentlig upphandling — Posttjänster — Kriterier för uteslutning från att tilldelas kontrakt — Allvarligt fel i yrkesutövningen — Skydd för allmänintresset — Upprätthållandet av en sund konkurrens”

I mål C-465/11,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Krajowa Izba Odwoławcza (Polen) genom beslut av den 30 augusti 2011, som inkom till domstolen den 9 september 2011, i målet

**Forposta SA,**

**ABC Direct Contact sp. z o.o.**

mot

**Poczta Polska SA,**

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av K. Lenaerts, tillförordnad ordförande på tredje avdelningen, samt domarna E. Juhász (referent), G. Arestis, J. Malenovský och T. von Danwitz,

generaladvokat: J. Mazák,

justitiesekreterare: handläggaren M. Aleksejev,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 26 september 2012,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Forposta SA och ABC Direct Contact sp. z o.o., genom P. Gruszczyński och A. Starczewska-Galos, radcy prawni,
- Poczta Polska SA, genom P. Burzyński och H. Kornacki, radcy prawni,
- Polens regering, genom M. Szpunar, B. Majczyna, M. Laszuk och E. Gromnicka, samtliga i egenskap av ombud,

\* Rättegångsspråk: polska.

— Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av S. Varone, avvocato dello Stato,

— Europeiska kommissionen, genom K. Herrmann och A. Tokár, 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 artikel 45.2 första stycket d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114) jämförd med artiklarna 53.3 och 54.4 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, s. 1).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Forposta SA, tidigare Praxis sp. z o.o., och ABC Direct Contact sp. z o.o. samt å andra sidan Poczta Polska SA (nedan kallat Poczta Polska) avseende ett beslut av Poczta Polska att utesluta de förstnämnda företagen från förfarandet för tilldelning av kontrakt i en offentlig upphandling som inletts av Poczta Polska.

### Tillämpliga bestämmelser

#### *Unionsrätten*

- 3 Avsnitt 2 i kapitel VII i direktiv 2004/18 har rubriken "Kvalitativa urvalskriterier". I detta avsnitt återfinns artikel 45, som har rubriken "Anbudssökandes eller anbudsgivares personliga ställning". I artikel 45.1 anges de kriterier som med nödvändighet medför att anbudssökanden eller anbudsgivaren utesluts från ett upphandlingsförfarande. I artikel 45.2 i det ovannämnda direktivet anges de kriterier som kan medföra ett sådant uteslutande. Artikel 45.2 har följande lydelse:

"En ekonomisk aktör får uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt om han

- a) är i konkurs eller likvidation, har avbrutit sin näringsverksamhet, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått i ackordsuppgörelse med borgenärer eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,
- b) är föremål för en ansökan om konkurs, tvångsförvaltning, likvidation, ackord med borgenärer eller för något annat liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,
- c) enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetiken,
- d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,

- e) inte har fullgjort sina skyldigheter avseende erläggande av sociala avgifter enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i det land där han är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,
- f) inte har fullgjort sina skyldigheter avseende erläggande av skatter enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i det land där han är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,
- g) i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt detta avsnitt eller har underlåtit att lämna sådan information.

Medlemsstaterna skall i enlighet med nationell rätt och med hänsyn till gemenskapsrätten fastställa villkoren för tillämpning av denna punkt.”

- 4 Avsnitt 1 i kapitel VII i direktiv 2004/17 har rubriken ”Kvalificering och urvalsbedömning”. I artikel 53 i samma avsnitt, som har rubriken ”Kvalificeringssystem”, föreskrivs följande:

”1. Upphandlande enheter som så önskar får upprätta och förvalta ett kvalificeringssystem för ekonomiska aktörer.

Enheter som upprättar eller förvaltar ett kvalificeringssystem skall garantera att ekonomiska aktörer när som helst kan ansöka om att bli kvalificerade.

...

3. De kriterier och regler för kvalificering som avses i punkt 2 kan inbegripa de uteslutningskriterier som anges i artikel 45 i direktiv 2004/18/EG enligt de villkor och krav som anges där.

När den upphandlande enheten är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 2.1 a skall dessa kriterier och bestämmelser inbegripa de uteslutningskriterier som anges i artikel 45.1 i direktiv 2004/18/EG.

...”

- 5 Även artikel 54 i direktiv 2004/17 ingår i avsnitt 1 i detta direktiv och har rubriken ”Kvalitativa urvalskriterier”. Artikel 54.1 och 54.4 har följande lydelse:

”1. Vid ett öppet förfarande skall en upphandlande enhet fastställa urvalskriterier enligt objektiva regler och kriterier som är tillgängliga för de berörda ekonomiska aktörerna.

...

4. Kriterierna i punkterna 1 och 2 får omfatta de uteslutningskriterier som anges i artikel 45 i direktiv 2004/18/EG på de villkor och krav som anges där.

När den upphandlande enheten är en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 2.1 a skall de kriterier som avses i punkterna 1 och 2 i denna artikel inbegripa de uteslutningskriterier som anges i artikel 45.1 i direktiv 2004/18/EG.”

### *Polsk rätt*

- 6 I lag av den 29 januari 2004 om offentlig upphandling (Dz. U. nr 113, position 759) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling) definieras principerna och förfarandet för offentlig upphandling. I denna lag anges vilka myndigheter som är behöriga. Lagen av den 25 februari 2011 (Dz. U. nr 87, position 484) om ändring av denna lag trädde i kraft den 11 maj 2011. Genom denna lag infördes artikel 24.1.1 a i lagen om offentlig upphandling. Denna bestämmelse har, efter ändringen följande lydelse:

”Följande utesluts från förfarandet för offentlig upphandling:

...

1. a) Ekonomiska aktörer i förhållande till vilka uppdragsgivaren, på grund av omständigheter som kan tillskrivas aktören, upphäver, säger upp eller frånträder kontraktet när upphävandet, uppsägningen eller frånträdet skett högst tre år innan upphandlingsförfarandet inleddes och värdet på det icke utförda arbetet uppgår till minst fem procent av kontraktsvärdet.

...”

### **Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

- 7 Poczta Polska är ett statsägt företag som tillhandahåller posttjänster. Det utgör en upphandlande enhet i den mening som avses i direktiv 2004/17. Företaget inledde en öppen anbudsfordran för tilldelning av ett kontrakt avseende ”utdelning av nationella och internationella postpaket, postpaket plus, försändelser mot postförskott och postpaket som tas emot under vissa förutsättningar”. Enligt upplysningarna i begäran om förhandsavgörande översteg kontraktsvärdet det tröskelvärde då unionens bestämmelser om offentlig upphandling ska tillämpas.
- 8 Denna upphandlande enhet ansåg att anbuden från Forposta SA och ABC Direct Contact sp. z o.o. var förmånligast beträffande vissa delar av kontraktet och inbjöd dessa att ingå avtal. Ingen av deltagarna i förfarandet ifrågasatte detta val. Den 21 juli 2011, som var den dag som faststälts för att ingå avtalet, ogiltigförklarade Poczta Polska emellertid anbudsfordran med anledning av att de ekonomiska aktörer som hade avgett de valda anbuden med nödvändighet måste uteslutas från förfarandet i enlighet med artikel 24.1.1 a i lagen om offentlig upphandling.
- 9 De båda ifrågavarande företagen överklagade detta beslut till Krajowa Izba Odwoławcza och gjorde gällande att den aktuella nationella bestämmelsen strider mot artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18. Enligt dessa företag har villkoren i den nationella bestämmelsen i praktiken en mycket större omfattning än det villkor som anges i unionsrätten. I detta föreskrivs som skäl för uteslutning endast ett ”allvarligt fel i yrkesutövningen”. Något allvarligt fel har inte begåtts i tvisten vid den nationella domstolen.
- 10 Den nationella domstolen har anfört att när artikel 24.1.1 a i lagen om offentlig upphandling antogs, angav den polske lagstiftaren att denna bestämmelse grundades på artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18. Den nationella domstolen har uttryckt tvivel huruvida den nationella bestämmelsen är förenlig med den unionsrättsliga bestämmelse som den grundar sig på. Dessa tvivel motiveras av följande överväganden.
- 11 För det första är det skäl för uteslutning som anges i artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 ett allvarligt fel som begås i yrkesutövningen. Detta är ett begrepp som i juridiskt språkbruk avser överträdelse av de principer som hänför sig till yrkesetik, yrkesvärdighet eller yrkesheder. En sådan överträdelse medför att den som har begått överträdelsen görs yrkesmässigt ansvarig, bland annat

genom att de behöriga yrkesorganisationerna inleder ett disciplinförfarande. Det är således dessa organisationer eller domstolarna som avgör ett allvarligt fel som begås i yrkesutövningen, och inte den upphandlande myndigheten såsom föreskrivs i den ifrågavarande nationella bestämmelsen.

- 12 För det andra är begreppet ”som kan tillskrivas aktören” i artikel 24.1.1 a i lagen om offentlig upphandling betydligt mer vidsträckt än begreppet allvarligt fel ”som begåtts av aktören” enligt artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18. Detta begrepp bör därför inte användas i bestämmelser som syftar till att införa en sanktion.
- 13 Med hänsyn till att det enligt artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 fordras att felet ska vara ”allvarligt”, kan det betvivlas att ett icke utfört arbete som uppgår till fem procent av kontraktsvärdet kan anses utgöra ett allvarligt fel. Den nationella domstolen har härvid betonat att när de villkor är uppfyllda som föreskrivs i den nationella bestämmelse som är i fråga i målet vid den domstolen, är den upphandlande myndigheten skyldig att utesluta den ifrågavarande aktören och har inte någon möjlighet att beakta dennes individuella situation, vilket kan ge upphov till ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.
- 14 Den nationella domstolen har slutligen anfört att direktiv 2004/18, enligt domstolens praxis (dom av den 16 december 2008 i mål C-213/07, *Michaniki*, REG 2008, s. I-9999, och av den 23 december 2009, i mål C-376/08, *Serrantoni och Consorzio stabile edili*, REU 2009, s. I-12169), inte utgör hinder för att en medlemsstat föreskriver andra skäl för uteslutning än de som anges i artikel 45.2 i det ovannämnda direktivet och att dessa andra skäl inte grundar sig på objektiva överväganden avseende de ekonomiska aktörernas yrkeskvalifikationer, så länge de är proportionerliga i förhållande till det eftersträvade målet. I enlighet med domstolens praxis (dom av den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, REG 2005, s. I-1559, och av den 15 maj 2008 i de förenade målen C-147/06 och C-148/06, *SECAP och Santorso*, REG 2008, s. I-3565) utgör unionsrätten hinder för nationell lagstiftning om automatisk uteslutning av en aktör från förfarandet för tilldelning av kontrakt i en offentlig upphandling, om att anbud ska förkastas automatiskt eller om att åtgärder ska tillämpas som är oproportionerliga i förhållande till det eftersträvade målet. Det är emellertid så, att den aktuella nationella bestämmelsen inte bara tillämpas automatiskt, den går dessutom över vad som är nödvändigt för att uppfylla det eftersträvade målet att skydda allmänintresset, som består i att avlägsna de ekonomiska aktörer som i realiteten inte är pålitliga.
- 15 Mot denna bakgrund beslutade *Krajowa Izba Odwoławcza* att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:
  - ”1) Ska artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 ... – med lydelsen ”En ekonomisk aktör får uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt om han ... har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten” – jämförd med artiklarna 53.3 och 54.4 i direktiv 2004/17 ... tolkas så, att ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen kan föreligga när en upphandlande myndighet, på grund av omständigheter som kan tillskrivas en ekonomisk aktör, har upphävt, sagt upp eller frånträtt ett tidigare avtal om offentlig upphandling med denne aktör, och upphävandet, uppsägningen eller frånträdet skett högst tre år innan upphandlingsförfarandet inleddes och värdet på det icke utförda arbetet uppgår till minst fem procent av kontraktsvärdet?
  - 2) Om fråga 1 ska besvaras nekande och om medlemsstaten kan föreskriva andra skäl för uteslutning än de som anges i artikel 45.2 i direktiv 2004/18 ..., eftersom den anser att dessa nya skäl grundar sig på skyddet för allmänintresset, på den upphandlande myndighetens legitima intressen och på skyddet för en lojal konkurrens mellan de ekonomiska aktörerna, är det då förenligt med det ovannämnda direktivet och med Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt att den upphandlande myndigheten utesluter ekonomiska aktörer från ett förfarande för offentlig upphandling, när denna myndighet, på grund av omständigheter som kan tillskrivas denne aktör,

har upphävt, sagt upp eller frånträtt ett tidigare avtal om offentlig upphandling med denna aktör, och upphävandet, uppsägningen eller frånträdet skett högst tre år innan upphandlingsförfarandet inleddes och värdet på det icke utförda arbetet uppgår till minst fem procent av kontraktsvärdet?”

## Tolkningsfrågorna

### *Domstolens behörighet*

- 16 Poczta Polska har hävdad att Krajowa Izba Odwoławcza inte är en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF, eftersom den samtidigt har både dömande och rådgivande uppgifter.
- 17 Det framgår av fast rättspraxis att domstolen vid bedömningen av huruvida det hänskjutande organet utgör en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF, vilket är en rent unionsrättslig fråga, beaktar ett antal omständigheter, såsom huruvida organet är upprättat enligt lag, organet är av stadigvarande karaktär, dess jurisdiktion är av tvingande art, förfarandet är kontradiktoriskt, organet tillämpar rättsregler och huruvida det har en oberoende ställning (dom av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult, REG 1997, s. I-4961, punkt 23, och av den 19 april 2012 i mål C-443/09, Grillo Star, punkt 20 och där angiven rättspraxis).
- 18 Såsom framgår av de handlingar i målet som tillhandahållits domstolen, har Krajowa Izba Odwoławcza, som är ett organ som införts enligt lagen om offentlig upphandling, ensam behörighet beträffande tvister i första instans mellan ekonomiska aktörer och upphandlande myndigheter. Detta organs verksamhet regleras genom artiklarna 172-198 i den ovannämnda lagen. Vid utövandet av sina befogenheter utgör det en domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF, vilket gäller i målet vid den nationella domstolen. Den omständigheten att detta organ enligt de ovannämnda bestämmelserna eventuellt utövar rådgivande verksamhet saknar betydelse i detta avseende.

### *Upptagande till sakprövning*

- 19 Den polska regeringen har hävdad att begäran om förhandsavgörande inte kan prövas i sak på grund av att den är hypotetisk och i sak avser att avgöra huruvida de bestämmelser som är i fråga i målet vid den nationella domstolen är förenliga med bestämmelserna i direktiv 2004/18, och inte avser en tolkning av unionsrätten för att klargöra föremålet för tvisten, vilket måste avgöras på grundval av den nationella rätten. Det ankommer inte på domstolen att i samband med en begäran om förhandsavgörande bedöma huruvida nationell lagstiftning är förenlig med unionsrätten, och inte heller att tolka nationell lagstiftning.
- 20 Domstolen erinrar om att den nationella domstolen för det första inte har begärt att domstolen ska bedöma huruvida den nationella lagstiftning som är i fråga är förenlig med unionsrätten och inte heller att den ska tolka denna lagstiftning. Den nationella domstolen har endast begärt en tolkning av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling för att bedöma huruvida artikel 24.1.1 a i lagen om offentlig upphandling kan tillämpas i tvisten vid den nationella domstolen. För det andra är de frågor som ställts relevanta för lösningen av denna tvist, eftersom Poczta Polska ogiltigförklarade det omtvistade anbuds förfarandet med anledning av att de ekonomiska aktörer som hade avgett de valda anbudena med nödvändighet måste uteslutas från förfarandet i enlighet med den ovannämnda nationella bestämmelsen.
- 21 Under dessa förhållanden kan begäran om förhandsavgörande tas upp till sakprövning och de frågor som ställts ska således besvaras.

*Den första frågan*

- 22 Den nationella domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att den utgör hinder för att det i nationell lagstiftning föreskrivs att ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som leder till att den ifrågavarande aktören automatiskt utesluts från ett pågående förfarande för offentlig upphandling, föreligger när den upphandlande myndigheten, på grund av omständigheter som kan tillskrivas en ekonomisk aktör, har upphävt, sagt upp eller frånträtt ett tidigare avtal om offentlig upphandling med denna aktör, och upphävandet, uppsägningen eller frånträdet skett högst tre år innan upphandlingsförfarandet inleddes samt värdet på det icke utförda arbetet uppgår till minst fem procent av kontraktsvärdet.
- 23 Enligt vissa yttranden från den polska regeringen under den muntliga förhandlingen bör ett sådant mål som målet vid den nationella domstolen, som, med avseende på det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) omfattas av direktiv 2004/17, bedömas endast enligt detta direktiv. Enligt den nationella domstolen angav den polske lagstiftaren att artikel 24.1.1 a i lagen om offentlig upphandling, i enlighet med vilken de aktuella företagen har uteslutits från förfarandet för offentlig upphandling, antogs på grundval av artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18. Artiklarna 53.3 och 54.4 i direktiv 2004/17 innehåller för övrigt uttryckliga hänvisningar till artikel 45 i det ovannämnda direktivet.
- 24 Härav följer att Republiken Polen har utnyttjat sin möjlighet enligt dessa bestämmelser i direktiv 2004/17 och fört in det skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 i den nationella lagstiftningen.
- 25 I artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 hänvisas, till skillnad från de bestämmelser beträffande skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 45.2 första stycket a, b, e och f, inte till nationella lagar och andra författningar. I artikel 45.2 andra stycket i samma direktiv anges emellertid att medlemsstaterna, i enlighet med nationell rätt och med hänsyn till unionsrätten, ska fastställa villkoren för tillämpning av denna punkt.
- 26 Begreppen ”allvarligt fel i yrkesutövningen” som anges i artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 kan därmed preciseras och förtydligas i den nationella rätten - hänsyn ska emellertid tas till unionsrätten.
- 27 I likhet med vad den polska regeringen har anfört, anser domstolen att begreppet ”allvarligt fel i yrkesutövningen” omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende och inte endast överträdelser av i strikt mening etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör. Dessa fastställs av det disciplinorgan som fastställs för detta yrke eller genom ett lagakraftvunnet domstolsbeslut.
- 28 Enligt artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 får den upphandlande myndigheten nämligen slå fast att ett fel har begåtts i yrkesutövningen om den på något sätt kan styrka detta. Till skillnad från artikel 45.2 första stycket c i samma direktiv fordras inte en lagakraftvunnen dom för att slå fast att ett fel har begåtts i yrkesutövningen i den mening som avses i 45.2 första stycket d i samma direktiv.
- 29 Att en ekonomisk aktör inte iakttar sina avtalsskyldigheter kan därför i princip anses utgöra ett fel i yrkesutövningen.
- 30 Begreppet ”allvarligt fel” ska emellertid förstås så, att det vanligtvis syftar på ett agerande från den aktuella ekonomiske aktörens sida som tyder på att denne har en felaktig avsikt eller har varit vårdslös i viss omfattning. Att ett kontrakt eller en del av ett kontrakt genomförs felaktigt, ungefärligt eller bristfälligt kan eventuellt visa att den ifrågavarande ekonomiske aktören har en bristande yrkeskompetens, men innebär inte automatiskt att ett allvarligt fel har begåtts.

- 31 För att kunna slå fast att ett "allvarligt fel" har begåtts, är det i princip nödvändigt att dessutom göra en konkret och individuell bedömning av den aktuella ekonomiske aktörens inställning.
- 32 Enligt den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen är den upphandlande myndigheten skyldig att utesluta en ekonomisk aktör från förfarandet för offentlig upphandling när den, på grund av omständigheter "som kan tillskrivas" denne aktör, har upphävt eller sagt upp ett tidigare avtal om offentlig upphandling med denne aktör.
- 33 Med beaktande av särdragen avseende ansvarighet i de nationella rättssystemen är begreppet "omständigheter som kan tillskrivas" mycket omfattande och kan tillämpas på förhållanden som går långt utöver en inställning hos den aktuella ekonomiske aktören som tyder på att denne har en felaktig avsikt eller har varit vårdslös i viss omfattning. Artikel 54.4 första stycket i direktiv 2004/17 innehåller emellertid en hänvisning till möjligheten att tillämpa de kriterier för uteslutning som anges i artikel 45.1 i direktiv 2004/18/EG "på de villkor och krav som anges där". Begreppet "allvarligt fel i yrkesutövningen" i den mening som anges i punkt 26 i denna dom kan därför inte ersättas med begreppet "som kan tillskrivas" den aktuella ekonomiske aktören.
- 34 I den nationella lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen definieras de parametrar i en ekonomisk aktörs tidigare agerande på grundval av vilka den upphandlande myndigheten är skyldig att automatiskt utesluta aktören från ett nytt förfarande för offentlig upphandling. Den upphandlande myndigheten har härvid inte möjlighet att från fall till fall bedöma hur allvarligt den ovannämnda aktörens påstått felaktiga agerande har varit vid genomförandet av ett tidigare kontrakt.
- 35 Domstolen erinrar om att den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen inte är begränsad till att upprätta en allmän ram för tillämpningen av artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18. Den innebär att den upphandlande myndigheten är skyldig att iaktta vissa villkor och att automatiskt dra vissa slutsatser av vissa omständigheter. Denna lagstiftning går därmed utöver det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna enligt artikel 45.2 andra stycket i samma direktiv förfogar över för att, med hänsyn till unionsrätten, fastställa villkoren för tillämpning av de skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 45.2 första stycket d i samma direktiv.
- 36 Med hänsyn till vad ovan anförts, ska den första tolkningsfrågan besvaras enligt följande. Artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att den utgör hinder för att det i nationell lagstiftning föreskrivs att ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som leder till att den ifrågavarande aktören automatiskt utesluts från ett pågående förfarande för offentlig upphandling, föreligger när den upphandlande myndigheten, på grund av omständigheter som kan tillskrivas en ekonomisk aktör, har upphävt, sagt upp eller frånträtt ett tidigare avtal om offentlig upphandling med denna aktör, och upphävandet, uppsägningen eller frånträdet skett högst tre år innan upphandlingsförfarandet inleddes samt värdet på det icke utförda arbetet enligt det tidigare avtalet uppgår till minst fem procent av kontraktsvärdet.

#### *Den andra frågan*

- 37 Genom denna fråga, som har ställts för det fall den föregående frågan skulle besvaras nekande, önskar den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida de unionsrättsliga principerna och bestämmelserna om offentlig upphandling innebär att det är motiverat att en nationell lagstiftning, såsom den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, med hänsyn till skyddet för allmänintresset, den upphandlande myndighetens legitima intressen och skyddet för en lojal konkurrens mellan de ekonomiska aktörerna, föreskriver att den upphandlande myndigheten är skyldig att automatiskt utesluta en ekonomisk aktör från ett förfarande för offentlig upphandling vid sådana förhållanden som dem som avses i den första frågan.



- 38 Det framgår visserligen av artikel 54.4 i direktiv 2004/17 att den upphandlande myndigheten kan fastställa ytterligare kvalitativa urvalskriterier utöver dem som anges i artikel 45 i direktiv 2004/18. Enligt domstolens fasta praxis anges emellertid i artikel 45 i detta direktiv en uttömmande förteckning över skälen för att utesluta en ekonomisk aktör från att delta i ett upphandlingsförfarande av skäl som, baserat på objektiva faktorer, avser dennes yrkeskvalifikationer. Bestämmelsen i fråga utgör följaktligen hinder mot att medlemsstaterna kompletterar förteckningen däri med ytterligare grunder för uteslutande baserade på kriterier avseende yrkeskvalifikationer (se dom av den 9 februari 2006 i de förenade målen C-226/04 och C-228/04, La Cascina m.fl., REG 2006, s. I-1347, punkt 22, domen i det ovannämnda målet Michaniki, punkt 43, och dom av den 15 juli 2010 i mål C-74/09, Bâtiments et Ponts Construction och WISAG Produktionservice, REU 2010, s. I-7271, punkt 43).
- 39 Det är endast när den ifrågavarande uteslutningen inte har samband med den ekonomiske aktörens yrkeskvalifikationer, och därmed inte omfattas av en sådan uttömmande förteckning, som detta skäl avseende de unionsrättsliga principerna eller andra unionsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling eventuellt kan godtas (se, för ett liknade resonemang, domen i det ovannämnda målet Fabricom, punkterna 25–36, i det ovannämnda målet Michaniki, punkterna 44–69, och av den 19 maj 2009 i mål C-538/07, Assitur, REG 2009, s. I-4219, punkterna 21–33).
- 40 I förevarande mål anges i artikel 24.1.1 a i lagen om offentlig upphandling ett skäl för uteslutning som avser den aktuella ekonomiske aktörens yrkeskvalifikationer. Detta bekräftas av den omständigheten att den polske lagstiftaren, såsom anges ovan i punkterna 10 och 33, åberopade artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 till stöd för att anta den ovannämnda nationella bestämmelsen. Ett sådant skäl för uteslutning, som går utöver den uttömmande förteckning som anges i artikel 45.2 första stycket d i detta direktiv, kan – såsom framgår av svaret på den första frågan – därför inte heller godtas med hänsyn till unionsrättsliga principer och andra bestämmelser om offentlig upphandling.
- 41 Med hänsyn till vad ovan anförts ska den andra tolkningsfrågan besvaras enligt följande. De unionsrättsliga principerna och bestämmelserna om offentlig upphandling innebär inte att det är motiverat att en nationell lagstiftning, såsom den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, med hänsyn till skyddet för allmänintresset, den upphandlande myndighetens legitima intressen och skyddet för en lojal konkurrens mellan de ekonomiska aktörerna, föreskriver att den upphandlande myndigheten är skyldig att automatiskt utesluta en ekonomisk aktör från ett förfarande för offentlig upphandling vid sådana förhållanden som dem som avses i svaret på den första frågan.

### **Domens rättsverkningar i tiden**

- 42 Den polska regeringen har under den muntliga förhandlingen vid domstolen begärt att denna ska begränsa rättsverkningarna i tiden av domstolens dom för det fall domstolen tolkar artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 så, att den utgör hinder för sådan nationell lagstiftning som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen.
- 43 Till stöd för sin begäran har den polska regeringen gjort gällande att den ovannämnda unionsrättsliga bestämmelsen är oklar och ännu inte har tolkats av domstolen. Den polska regeringen har vidare åberopat att en sådan tolkning innebär en risk för allvarliga ekonomiska återverkningar på nationell nivå.
- 44 Domstolen erinrar om att den tolkning som domstolen gör av en unionsrättslig bestämmelse, vid utövandet av sin behörighet enligt artikel 267 FEUF, klargör och preciserar innebörden och räckvidden av denna bestämmelse, såsom den ska eller borde ha tolkats och tillämpats från och med sitt ikraftträdande. Det är endast i undantagsfall som domstolen, med tillämpning av den allmänna rättssäkerhetsprincip som ingår i unionens rättsordning, kan se sig föranledd att begränsa berörda personers möjlighet att åberopa en av domstolen tolkad bestämmelse, i syfte att ifrågasätta

rättsförhållanden som tillkommit i god tro (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 maj 2012 i de förenade målen C-338/11–C-347/11, Santander Asset Management SGIIC m.fl., punkterna 58 och 59, och av den 18 oktober 2012 i mål C-525/11, Mednis, punkterna 41 och 42).

- 45 Domstolen har närmare bestämt endast använt denna lösning när vissa klart preciserade omständigheter har varit för handen, och särskilt då det har förelegat fara för allvarliga ekonomiska återverkningar, som i synnerhet har berott på det stora antal rättsförhållanden som i god tro har upprättats på grundval av de bestämmelser som har antagits vara gällande, och det har framgått att enskilda och nationella myndigheter har förmåtts att handla på ett sätt som strider mot unionsrätten på grund av att det har förelegat en objektiv och betydande osäkerhet beträffande de unionsrättsliga bestämmelsernas tillämpningsområde, en osäkerhet till vilken andra medlemsstaters eller Europeiska kommissionens beteenden kan ha bidragit (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Santander Asset Management SGIIC m.fl., punkt 60, och domen i det ovannämnda målet Mednis, punkt 43).
- 46 Påståendet att det föreligger en objektiv och betydande osäkerhet i målet vid den nationella domstolen med avseende på de ifrågavarande unionsrättsliga bestämmelsernas räckvidd kan inte godtas. För det första är det nämligen uppenbart att det skäl för uteslutande som föreskrivs i artikel 24.1.1 a i lagen om offentlig upphandling inte omfattas av rekvisitet "allvarligt fel i yrkesutövningen" i den mening som avses i artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18. För det andra framgår det av rättspraxis som var fast redan när denna nationella bestämmelse antogs, att ett sådant skäl för uteslutning inte kan motiveras med unionsrättsliga principer eller andra bestämmelser.
- 47 De eventuella ekonomiska följderna för en medlemsstat, av en dom i ett mål om förhandsavgörande, motiverar inte i sig att domens rättsverkningar begränsas i tiden (domen i det ovannämnda målet Santander Asset Management SGIIC m.fl., punkt 62, och domen i det ovannämnda målet Mednis, punkt 44).
- 48 Den polska regeringen har dessutom inte lämnat några uppgifter som gör det möjligt för domstolen att bedöma huruvida det föreligger en risk för allvarliga ekonomiska återverkningar för Republiken Polen på grund av förevarande dom.
- 49 Det saknas således anledning att begränsa domens rättsverkningar i tiden.

### **Rättegångskostnader**

- 50 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) Artikel 45.2 första stycket d 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 ska tolkas så, att den utgör hinder för att det i nationell lagstiftning föreskrivs att ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som leder till att den ifrågavarande aktören automatiskt utesluts från ett pågående förfarande för offentlig upphandling, föreligger när den upphandlande myndigheten, på grund av omständigheter som kan tillskrivas en ekonomisk aktör, har upphävt, sagt upp eller frånträtt ett tidigare avtal om offentlig upphandling med denna aktör, och upphävandet, uppsägningen eller frånträdet skett högst tre år innan upphandlingsförfarandet inleddes samt värdet på det icke utförda arbetet enligt det tidigare avtalet uppgår till minst fem procent av kontraktsvärdet.**

- 2) **De unionsrättsliga principerna och bestämmelserna om offentlig upphandling innebär inte att det är motiverat att en nationell lagstiftning, såsom den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, med hänsyn till skyddet för allmänintresset, den upphandlande myndighetens legitima intressen och skyddet för en lojal konkurrens mellan de ekonomiska aktörerna, föreskriver att den upphandlande myndigheten är skyldig att automatiskt utesluta en ekonomisk aktör från ett förfarande för offentlig upphandling vid sådana förhållanden som dem som avses i svaret på den första frågan.**

Underskrifter