



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 21 juni 2017¹

Mål C-178/16

**Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA,
Guerrato SpA.**
mot

**Provincia autonoma di Bolzano,
Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e
forniture (ACP),
Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),
i närvaro av:
Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA,
Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali SpA**

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato (Italien))

”Offentlig upphandling – Försäkran om att det inte finns några lagakraftvunna domar i brottmål mot anbudsgivarens tidigare direktörer – Företagets skyldighet att visa att det fullständigt och faktiskt har tagit avstånd från den tidigare direktörens handlande för att inte uteslutas – Den upphandlande myndighetens bedömning av kraven rörande denna skyldighet”

1. Den italienska lagstiftningen om offentlig upphandling förbjuder (med vissa nyanseringar som jag ska behandla nedan) att kontrakt tilldelas den som har dömts för grovt brott mot staten ”eller mot samhället” som påverkar hans yrkesetik. Detta förbud omfattar även företag vars direktörer har dömts för sådana brott, om företagen inte kan visa att de fullständigt och faktiskt har tagit avstånd från direktörernas brottsliga handlande.
2. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) ska pröva ett överklagande av en dom i vilken domstolen fastställde den upphandlande enhetens beslut att från ett upphandlingsförfarande utesluta en anbudsgivare vars direktör hade dömts för ett sådant brott. För att kunna avgöra denna tvist har Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) i korthet frågat domstolen huruvida den nationella bestämmelse som låg till grund för anbudsgivarens uteslutning är förenlig med direktiv 2004/18/CE.²
3. Denna begäran om förhandsavgörande ger domstolen tillfälle att utveckla sin praxis rörande medlemsstaternas befogenheter att precisera och anpassa innehållet i de fakultativa grunder för uteslutning av anbudsgivare som anges i direktiv 2004/18.

¹ Originalspråk: spanska.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

Direktiv 2004/18

4. I artikel 45, som har rubriken "Anbudssökandes eller anbudsgivares personliga ställning", anges följande:

"1. Om en upphandlande myndighet får kännedom om en lagakraftvunnen dom som har meddelats på en eller flera av följande grunder skall den utesluta denna anbudssökande eller anbudsgivare från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt.

- a) Deltagande i en kriminell organisation enligt definitionen i artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/773/RIF (20).
- b) Bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 (21) respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF (22).
- c) Bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (23).
- d) Penningtvätt enligt definitionen i artikel 1 i rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar.

Medlemsstaterna skall i enlighet med nationell lagstiftning och i överensstämmelse med gemenskapslagstiftningen fastställa villkoren för tillämpningen av denna punkt.

De får fastställa undantag från skyldigheten enligt första stycket, motiverat av tvingande allmänna intressen.

För tillämpningen av denna punkt skall den upphandlande myndigheten vid behov begära att anbudssökandena eller anbudsgivarna lämnar de handlingar som anges i punkt 3 och får om de hyser tvivel beträffande anbudssökandens/anbudsgivarnas personliga ställning vända sig till de behöriga myndigheterna för att få den information om dessa anbudssökandes eller anbudsgivares personliga ställning som de anser nödvändig. Om informationen rör en anbudssökande eller anbudsgivare som är etablerad i en annan stat än den upphandlande myndigheten, får den upphandlande myndigheten begära samarbete med de behöriga myndigheterna. I enlighet med den nationella lagstiftningen i den medlemsstat där de anbudssökande eller anbudsgivarna är etablerade, gäller denna anmodan juridiska och/eller fysiska personer inklusive, vid behov, företagschefer eller varje annan person som är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera anbudssökanden eller anbudsgivaren.

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

...

- 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,

...

- g) i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt detta avsnitt eller har underlåtit att lämna sådan information.”

5. I artikel 45.3 föreskrivs följande:

”Den upphandlande myndigheten skall godta som tillräckligt bevis för att den ekonomiska aktören inte befinner sig i någon av de situationer som anges i punkt ... 2 c:

- a) ... ett utdrag ur kriminalregistret eller, om detta inte är möjligt, en likvärdig handling från den behöriga rättsliga eller administrativa myndigheten i personens hemland eller ursprungsland som visar att dessa krav är uppfyllda,

...”

B. Italiensk rätt

6. Enligt beslutet att begära förhandsavgörande föreskrivs i artikel 38.1 c) i lagstiftningsdekret nr 163/2006,³ i den lydelse som av tidsmässiga skäl är tillämplig på de faktiska omständigheterna i förevarande mål, att grunden för uteslutning [från att delta i förfaranden för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster] på grund av en lagakraftvunnen fällande dom eller ett beslut om verkställighet av straff på ansökan av parterna enligt artikel 444 i straffprocesslagen (Codice di procedura penale), för brott som anges däri,⁴ ”även omfattar personer som avgick året innan upphandlingsmeddelandet offentliggjordes, för det fall att företaget inte kan styrka att det fullständigt och faktiskt har tagit avstånd från det straffbara handlandet”.

7. I artikel 38.1 f och h i lagstiftningsdekret nr 163/2006 föreskrivs vidare att följande personer inte får delta i denna typ av förfaranden: (i) Personer som har gjort sig skyldiga till ett grovt fel i yrkesutövningen, vilket den upphandlande myndigheten har kunnat styrka på något sätt. (ii) Personer som har lämnat oriktiga uppgifter eller gett in falska handlingar rörande de kriterier och villkor som är relevanta för deltagande i offentliga upphandlingsförfaranden.

II. Bakgrunden till tvisten och tolkningsfrågan

8. Den 27 juli 2013 offentliggjordes ett meddelande om upphandling för finansiering, slutlig och verkställande planering, uppförande och drift av det nya fängelset i Bolzano i *Europeiska unionens officiella tidning*⁵. Upphandlingens värde uppgick till 165 400 000 euro.

9. Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (nedan kallat Mantovani) deltog för egen räkning och som en del av en tillfällig företagssammanslutning i upphandlingsförfarandet och ingav två handlingar (av den 4 och den 16 december 2013) där företaget försäkrade att det uppfyllde de allmänna kraven för att delta i upphandlingen.

³ Lagstiftningsdekret av den 12 april 2006, nr 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (GURI nr 100 av den 2 maj 2006) (nedan kallad CCP).

⁴ Brottsbrott avseende ”deltagande i en kriminell organisation”, bestickning, bedrägeri och penningtvätt, i enlighet med de ovannämnda bestämmelserna i artikel 45.1 i direktiv 2004/18”.

⁵ S 145–251280.

10. Mantovani försäkrade närmare bestämt (i den första handlingen) att B – som hade varit bolagets styrelseordförande, verkställande direktör och firmatecknare – hade avgått den 6 mars 2013 och att det såvitt företaget kände till inte hade meddelats något sådant avgörande som avses i artikel 38.1 c CCP. Den andra handlingen innehöll en liknande försäkran.

11. Vid upphandlingsmötet den 9 januari 2014 godkände den upphandlande enheten Mantovanis deltagande i upphandlingsförfarandet, med reservation i väntan på kompletterande uppgifter, eftersom det efter offentliggörande i en lokal dagstidning var allmänt känt att B hade åtalats för förfalskning av fakturor och träffat en uppgörelse om nedsättning av straffet till fängelse i 1 år och 10 månader.

12. I samband med kontrollen av huruvida kraven var uppfyllda inhämtade den upphandlande enheten ett utdrag ur kriminalregistret avseende B, av vilket det framgick att B hade dömts till fängelse i 1 år och 10 månader för flera brott (dom meddelad av Tribunale di Venezia (domstol i Venedig) den 5 december 2013 som vann laga kraft den 29 mars 2014).

13. Vid upphandlingsmötet den 29 maj 2014 förklarade den upphandlande enheten att den inte kunde häva sin reservation rörande Mantovanis deltagande i upphandlingsförfarandet och den 3 juni 2014 uppmanade den upphandlande enheten Mantovani att inkomma med kompletterande uppgifter angående den ovannämnda domen.

14. Mantovani ingav de efterfrågade kompletterande uppgifterna genom inlagor av den 10 juni 2014 och den 17 oktober 2014 och påpekade där följande:

- Domen hade offentliggjorts och vunnit laga kraft först efter det att bolaget hade avgett försäkran om uppfyllelse av de allmänna kraven.
- Företaget hade vidtagit en rad åtgärder som visade på ett rättidigt, effektivt och fullständigt avståndstagande från B:s agerande. B hade omedelbart entledigats från sina uppdrag inom Mantovani-koncernen, en intern omorganisation hade gjorts av bolagets förvaltningsorgan, B:s aktier hade återköpts och en talan om skadeståndsansvar hade väckts mot honom.

15. Den upphandlande enheten begärde ett yttrande från Autorità nazionale anticorruzione (den nationella antikorrupsionsmyndigheten, nedan kallad ANAC), som i sitt yttrande av den 25 februari 2015 sammanfattningsvis angav följande:

- Om anbudsgivaren inkommer med en försäkran, med avseende på den grund för uteslutning som avses i artikel 38.1 c CCP, om att personer som avgått året innan upphandlingsmeddelandet offentliggjordes inte omfattas av några grunder för uteslutning genom att använda ordalydelsen "såvitt man känner till" och lämnar uppgifter för fullständig identifiering av dessa personer, ankommer det på den upphandlande enheten att utföra de erforderliga kontrollerna.
- ANAC uteslöt att det i det aktuella fallet kunde vara fråga om en osann försäkran, eftersom det inte räcker att det pågår ett brottmål utan det måste finnas en lagkraftvunnen fällande dom.
- Det ankom på den upphandlande enheten att fastställa den faktiska verkan av de åtgärder som Mantovani hade vidtagit för att visa att företaget faktiskt och fullständigt hade tagit avstånd från den tidigare verkställande direktörens brottsliga verksamhet.
- Dessa åtgärder skulle kunna ha påverkats av Mantovanis underlåtenhet att i det aktuella upphandlingsförfarandet lämna uppgifter om den ifrågavarande fällande domen. Enligt rättspraxis utgör en underlåtenhet att rättidigt lämna uppgifter till den upphandlande enheten om utvecklingen i ett brottmål, med avseende på sådana personer som anges i artikel 38.1 c CCP, en omständighet som visar att det inte skett något avståndstagande, eftersom skyldigheten till lojalt samarbete åsidosatts.

16. Mot bakgrund av ANAC:s yttrande beslutade den upphandlande enheten den 27 februari 2015 att Mantovani skulle uteslutas från upphandlingsförfarandet på grund av det sena och otillräckliga tillhandahållandet av de upplysningar som var nödvändiga för att styrka att Mantovani hade tagit avstånd från den dömda direktören. Den upphandlande myndigheten angav vidare att domen mot direktören meddelades innan företaget lämnade försäkran i upphandlingsförfarandet, vilket innebar att Mantovani skulle ha kunnat lämna upplysning om domen.

17. Mantovani överklagade beslutet om uteslutning till Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (regionala förvaltningsdomstolen, fristående avdelning för Bolzano, Italien), som genom dom nr 270 av den 27 augusti 2015 avvisade bestridandet av ANAC:s yttrande, vilket utgjorde en förberedande rättsakt, och bestridandet av tilldelningen, som ännu inte var färdigbehandlad. I samma dom ogillade domstolen de grunder som anförts med avseende på tillgång till alla handlingar i förfrågningsunderlaget och slog fast att Mantovani inte hade styrkt att företaget hade tagit avstånd från den tidigare verkställande direktörens brottsliga handlande.

18. Mantovani överklagade denna dom till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) och anförde bland annat som grund att artikel 38 CCP är oförenlig med unionsrätten samt yrkade att ett förhandsavgörande skulle begäras från EU-domstolen.

19. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) beslutade den 1 december 2015 att hänskjuta följande fråga för förhandsavgörande:

”Utgör nationella bestämmelser såsom artikel 38.1 c i lagstiftningsdekret nr 163 av den 12 april 2006 (lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, tjänster och varor med tillämpning av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG; codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), i dess ändrade lydelse,

- i den del där den i artikeln föreskrivna skyldigheten för en anbudsgivare att försäkra att det inte föreligger lagakraftvunna fällande domar mot dem (inbegripet beslut om verkställighet av straff på ansökan av parterna) för brott som anges däri, utvidgas till att även omfatta personer som innehade uppdrag inom företaget och avgick året innan upphandlingsförfarandet offentliggjordes,
- och enligt vilka den omständigheten att företaget inte kan styrka att det fullständigt och faktiskt har tagit avstånd från dessa personers straffbara agerande utgör ett skäl för uteslutning från upphandlingsförfarandet,
- varvid bedömningen av avståndstagandet lämnas till den upphandlande enhetens fria skön, vilket får till följd att den upphandlande enheten i praktiken kan införa en rad skyldigheter vilkas bristande uppfyllelse medför uteslutning från upphandlingsförfarandet, närmare bestämt
 - (i) skyldigheter att lämna uppgifter och avge försäkran om brottmål som ännu inte har avgjorts genom lagakraftvunnen fällande dom (och vars utfall följaktligen är osäkert), som inte föreskrivs i lag och inte heller för personer som innehar uppdrag,
 - (ii) skyldigheter som innebär avståndstagande på eget initiativ, eftersom dessa skyldigheter inte är närmare definierade vad gäller dels de typer av ageranden som inte är straffbara, dels tidsramen (vars uppfyllelse kan krävas även före den tidpunkt då brottmålsdomen vinner laga kraft), dels det skede i förfarandet där de ska vara uppfyllda,
 - (iii) skyldigheter som innebär lojalt samarbete med odefinierad avgränsning, bortsett från en hänvisning till det allmänna kravet på god tro,

hinder för en korrekt tillämpning av dels artikel 45.2 c och g samt 45.3 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 ..., dels de unionsrättsliga principerna om skydd för berättigade förväntningar, rättssäkerhet, likabehandling, proportionalitet, öppenhet, förbud mot att försvåra förfarandet, maximalt öppnande för konkurrens på marknaden för offentlig upphandling samt principen om att sanktionsåtgärder ska vara uttömmande fastställda och tydliga?”

III. Förfarandet vid EU-domstolen

20. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 24 mars 2016.

21. Mantovani, Provincia di Bolzano, den italienska regeringen och Europeiska kommissionen har gett in skriftliga yttranden inom den tid som föreskrivs i artikel 23 andra stycket i domstolens stadga.

22. Efter att domstolen fattat beslut om att hålla förhandling uppmanades parterna i enlighet med artikel 61.2 i domstolens rättegångsregler att inrikta sina framställningar på tolkningen av artikel 45.2 d i direktiv 2004/18.

23. Den 5 april 2017 hölls förhandling, vid vilken Mantovani, Provincia di Bolzano, den italienska regeringen och Europeiska kommissionen deltog.

IV. Sammanfattning av parternas ståndpunkter

24. Mantovani har gjort gällande att artikel 38.1 c CCP är oförenlig med artikel 45.2 i direktiv 2004/18, eftersom den utvidgar grunden för uteslutning (till följd av en fällande brottmålsdom) till att omfatta personer som innehade uppdrag inom företaget och avgick året innan upphandlingsförfarandet offentliggjordes, och kräver att företaget ska styrka att det faktiskt har tagit avstånd från dessa personer.

25. Enligt Mantovani har dessa personer när de slutat sitt uppdrag inte längre något inflytande i företaget och skyldigheten att lämna information om detta är därför inte bara överflödigt utan även oproportionerlig och medför en börda som strider mot syftet att åstadkomma största möjliga konkurrens vid offentlig upphandling.

26. Även om det skulle slås fast att unionsrätten inte utgör hinder för en sådan utvidgning, är den ytterligare skyldigheten att styrka att företaget faktiskt har tagit avstånd från den dömda personen oförenlig med denna rätt, eftersom det rör sig om en synnerligen oklar skyldighet som den upphandlande myndigheten får pröva efter eget skön. Den åsidosätter i synnerhet rättssäkerheten, eftersom domstolens avgörande inte har vunnit laga kraft och det inte preciseras hur försäkran ska avges, vilken period den ska omfatta eller i vilket skede av förfarandet som den ska avges. Inte heller preciseras det vad anbudsgivarens skyldighet till lojalt samarbete består i.

27. Provincia di Bolzano anser att tolkningsfrågan inte kan prövas av följande skäl:

- Den är jämförbar med den fråga som domstolen avgjorde i sin dom av den 10 juli 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063), särskilt i punkt 36, i vilken domstolen slog fast att medlemsstaterna har möjlighet att införliva de fakultativa skälen för uteslutning i den nationella lagstiftningen och ändra deras innehåll.

– Mantovani uteslöts inte för att företaget hade åsidosatt skyldigheten att informera eller avge försäkran, utan för att företagets åtgärder för att visa att det fullständigt och faktiskt hade tagit avstånd från den tidigare direktörens brottsliga handlande vidtogs för sent och på ett olämpligt sätt. På motsvarande sätt kan hänvisningen till artikel 45.2 g och 45.3 a i direktiv 2004/18 inte godtas.

28. I sak anser Provincia di Bolzano att det inte finns någon motsättning mellan bestämmelserna i artikel 38.1 c CCP och direktiv 2004/18. Enligt artikel 45 i direktivet får medlemsstaterna välja vilka fakultativa skäl för uteslutning (av dem som anges i punkt 2) som ska tillämpas i den nationella rätten, samt föreskriva hur de upphandlande myndigheterna ska bedöma de faktiska omständigheter som de valda skälen utgörs av. Den nationella bestämmelsen i fråga är förenlig med denna ordning.

29. Den italienska regeringen har påpekat att syftet med artikel 45 i direktiv 2004/18 och artikel 38 CCP är att säkerställa att de personer som vill ingå avtal med myndigheterna är tillförlitliga i moraliskt, ekonomiskt och yrkesmässigt hänseende. Den italienska lagstiftaren har infört en mindre sträng ordning än direktivets, och har begränsat de brott som kan utgöra skäl för uteslutning.

30. Att ett företag kan uteslutas på grund av dess direktörers handlande motiveras enligt den italienska regeringen av samma syfte. Utan den bestämmelsen skulle anbudsgivaren lätt kunna kringgå kontrollen av företagets tillförlitlighet. Dessutom har anbudsgivaren möjlighet att för den upphandlande myndigheten styrka att företaget fullständigt har tagit avstånd från sina direktörers brottsliga handlande.

31. Kommissionen har betonat att även om den hänskjutande domstolen undrar hur artikel 45.2 c och g och 45.3 a i direktiv 2004/18 ska tolkas, måste även artikel 45.2 d, vilken rör allvarliga fel i yrkesutövningen, beaktas för att kunna ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar.

32. Även om den hänskjutande domstolen i beslutet att begära förhandsavgörande har inriktat sig på att domen inte hade vunnit laga kraft när Mantovani lämnade sin försäkran, skulle de handlingar som företagets direktör gjorde sig skyldig till (utfärdande av falska fakturor till ett värde av drygt nio miljoner euro och bildande av en kriminell sammanslutning) kunna betecknas som allvarliga fel i yrkesutövningen. Även om direktören hade avgått när upphandlingen skedde, beaktar artikel 45.2 d i direktiv 2004/18 även en ekonomisk aktörs tidigare agerande och omfattar alla handlingar han gjort sig skyldig till som påverkar hans yrkesmässiga tillförlitlighet.⁶ Således kan handlingar som har begåtts av direktörer som nyligen har avgått påverka den upphandlande myndighetens bedömning av tillförlitligheten.

33. Enligt kommissionen saknar det betydelse att domen mot direktören inte hade vunnit laga kraft när handlingarna ingavs. Det följer av domstolens praxis att grunderna för uteslutning i artikel 45.2 d och g i direktiv 2004/18 inte kräver att det finns en lagkraftvunnen dom mot den ekonomiska aktören.⁷ Enligt såväl unionsrätten som den nationella rätten får allvarliga fel i yrkesutövningen styrkas på något sätt, vilket innebär att det skulle kunna vara tillräckligt att det pågår ett brottmål.

34. Kommissionen har även påpekat att när den upphandlande myndigheten bedömde om det förelåg ett allvarligt fel i yrkesutövningen, borde den ha beaktat de åtgärder som Mantovani vidtagit för att ta avstånd från den verkställande direktörens brottsliga handlande.

⁶ Den har i detta sammanhang hänvisat till dom av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), punkt 27.

⁷ Dom av den 11 december 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435), punkt 28.

35. Den omständigheten att Mantovani inte upplyste om det brottmål som dess direktör var föremål för, skulle likväl kunna omfattas av grunden för uteslutning i artikel 45.2 g i direktiv 2004/18. Anbudsgivarens skyldighet att informera om ett allvarligt fel i yrkesutövningen är oberoende av de kontroll- och undersökningsbefogenheter som den upphandlande myndigheten har enligt artiklarna 45.3 och 51 i direktiv 2004/18, eftersom de begränsar sig till en rent formell kontroll eller en bekräftelse av redan kända resultat.

36. Avslutningsvis har kommissionen gjort gällande att, under de omständigheter som föreligger i målet, strider en tillämpning av dessa grunder för uteslutning inte mot proportionalitetsprincipen.

V. Bedömning

A. Inledande anmärkning

37. De frågor som Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har hänskjutit till domstolen handlar i princip om huruvida en italiensk lagbestämmelse (artikel 38.1 c CCP) är förenlig med direktiv 2004/18. Såväl i förfarandet vid Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) som i yttrandena från några av parterna i detta mål om förhandsavgörande, har tvisten dock utsträckts till att även omfatta hur den nationella bestämmelsen ska tolkas (och tillämpas), en fråga som EU-domstolen inte är behörig att avgöra.

38. Svaret från domstolen kan endast avse tolkningen av direktiv 2004/18, för att klargöra huruvida den nationella bestämmelsen, så som den hänskjutande domstolen har beskrivit den, är förenlig med unionsrätten. Om det konstateras att den är förenlig med direktivet, ankommer det på den nationella domstolen att pröva hur de olika punkterna i artikel 38 CCP ska tolkas och tillämpas.

39. Som jag ska redogöra för nedan har den italienska lagstiftaren ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att tillämpa de fakultativa grunderna för uteslutning av anbudsgivare i direktiv 2004/18 och att precisera deras innehåll. Under förutsättning att det inte strider mot detta direktiv, ankommer det på medlemsstaterna att på grundval av sina egna lagstiftningspolitiska val fastställa innehållet i de ifrågasvarande nationella bestämmelserna.

40. Att domstolen redan har besvarat några tolkningsfrågor rörande de fakultativa grunderna för uteslutning är inte ett tillräckligt skäl för att – såsom Provincia di Bolzano har föreslagit – avvisa den fråga som den hänskjutande domstolen nu har ställt, eftersom den har särskilda inslag som skiljer den från andra tidigare frågor.⁸

B. Formuleringen av tolkningsfrågan

41. Av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) redogörelse framgår att Mantovani uteslöts från upphandlingsförfarandet på grund av att företaget för sent och på ett otillräckligt sätt hade tillhandahållit de bedömningsgrunder som krävdes för att visa att det hade tagit avstånd från direktörens handlande, vilken hade blivit dömd innan företaget lämnade försäkran till den upphandlande myndigheten.

⁸ Inte heller utgör den omständigheten, som Provincia di Bolzano betonade vid förhandlingen och som även togs upp i ANAC:s yttrande av den 25 februari 2015, att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) redan har meddelat en dom i ett liknande mål och där slagit fast att det var rätt att utesluta Mantovani från en annan offentlig upphandling av liknande skäl, hinder för att pröva tolkningsfrågan. I den domen (nummer 6284), som meddelades den 22 december 2014 av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) i en annan sammansättning (avdelning fyra) än den som har hänskjutit förevarande tolkningsfråga (avdelning sex), slog domstolen fast att det var rätt att utesluta Mantovani från upphandlingsförfarandet, eftersom företaget inte hade styrkt att det faktiskt hade tagit avstånd från sina direktörers brottsliga handlande genom att det inte informerade om att direktörerna hade blivit dömda.

42. Redan på grundval av beskrivningen av de faktiska omständigheterna är det möjligt att begränsa den betydelse som den första av de tre aktuella unionsrättsliga bestämmelserna (artikel 45.2 c i direktiv 2004/18) har för begäran om förhandsavgörande.

43. Denna bestämmelse avser en ekonomisk aktör som ”enligt lagakraftvunnen dom ... är dömd för brott mot yrkesetiken”. Den upphandlande myndighetens beslut tycks vid första anblicken inte bygga på denna grund, kanske för att den fällande domen mot direktören vann laga kraft den 29 mars 2014, efter det att Mantovani hade lämnat försäkran rörande de allmänna kraven i meddelandet om upphandling (den 4 och den 16 december 2013).

44. Lydelsen av grunderna för beslutet att utesluta Mantovani visar att den upphandlande myndigheten inte stödde sig direkt på brottmålsdomen mot B, utan på den sena och otillräckliga informationen (från Mantovani) om de bedömningsgrunder som krävdes för att visa att företaget hade tagit avstånd från direktörens brottsliga handlande. Det avgörande var således att anbudsgivaren inte rätttidigt hade informerat om att B hade dömts för brott, vilket enligt nationell rättspraxis kunde ha visat att företaget tagit avstånd från direktören.

45. Såsom kommissionen har anfört, skulle denna omständighet kunna tolkas som att den grund för uteslutning som faktiskt tillämpades inte omfattades av artikel 45.2 c i direktiv 2004/18, även om den har samband med den artikeln. Det kan antas att Mantovanis agerande kan omfattas av artikel 45.2 d, det vill säga att det begåtts ett ”allvarligt fel i yrkesutövningen som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten”.

46. Det står emellertid klart att även om den italienska rätten har införlivat grunden för uteslutning på grund av ”allvarligt fel” i artikel 38.1 f CCP, så handlar inte frågan från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) om det. Trots det finns det inget som hindrar att svaret på tolkningsfrågan även innefattar en prövning av den grunden.⁹

47. Dessutom har domstolen upprepade gånger slagit fast att ”den omständigheten att den hänskjutande domstolen har formulerat en tolkningsfråga med hänvisning till vissa bestämmelser i unionsrätten inte hindrar att EU-domstolen tillhandahåller alla uppgifter om unionsrättens tolkning som kan vara användbara vid avgörandet av det nationella målet, oberoende av om det har hänvisats därtill i frågorna eller inte. Det ankommer härvid på EU-domstolen att utifrån samtliga uppgifter som den nationella domstolen har lämnat, och i synnerhet utifrån skälen i beslutet om hänskjutande, avgöra vilka delar av unionsrätten som behöver tolkas med hänsyn till saken i målet”.¹⁰

48. I linje med detta och just med avseende på direktiv 2004/18, fann domstolen i domen *Croce Amica One Italia*¹¹ det lämpligt att klargöra för den hänskjutande domstolen att även om den föreföll förbinda ”det beteende som den rättslige företrädaren för ... har visat med de grunder för uteslutning som rör straffrätten och som innebär att en dom har vunnit laga kraft”, så tillerkänner ”även de grunder för uteslutning som föreskrivs i artikel 45.2 d och g ... upphandlande myndigheter rätten att utesluta samtliga ekonomiska aktörer som har gjort sig skyldiga till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten, ... utan att det krävs att det meddelats en lagakraftvunnen dom mot nämnda ekonomiska aktör”.

49. Det kan därför vara lämpligt att domstolen i sitt svar inte bara behandlar grunden för uteslutning i artikel 45.2 c och g i direktiv 2004/18 (som tolkningsfrågan handlar om), utan även grunden i artikel 45.2 d. Det handlar sammanfattningsvis om att klargöra huruvida dessa bestämmelser i direktiv 2004/18 utgör hinder för en nationell bestämmelse som den som här är i fråga.

⁹ Enligt yttrandena vid förhandlingen finns det i den nationella rätten inga processuella hinder för den hänskjutande domstolen att beakta denna del av svaret på tolkningsfrågan, då den slutgiltigt avgör målet.

¹⁰ Dom av den 22 oktober 2015, *Impresa Edilux och SICEF* (C-425/14, EU:C:2015:721), punkt 20 och där angiven praxis.

¹¹ Dom av den 11 december 2014 (C-440/13, EU:C:2014:2435), punkt 28.

50. Jag vill upprepa att om domstolen finner att den italienska lagen är förenlig med direktiv 2004/18, ankommer det på den nationella domstolen att mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i målet avgöra huruvida den upphandlande myndigheten fick utesluta Mantovani från upphandlingen, på grund av att företaget inte hade lämnat uppgifter till myndigheten om att dess tidigare direktör, som avgick mindre än ett år innan meddelandet om upphandling offentliggjordes, hade dömts för brott.

C. De fakultativa grunderna för uteslutning

51. Vad beträffar det utrymme som de upphandlande myndigheterna har med avseende på de fakultativa grunderna för uteslutning som föreskrivs i artikel 45.2 i direktiv 2004/18, erinrade jag i mitt förslag till avgörande i målet *Connexion Taxi Services*¹² om att domstolen i domen i målet *La Cascina m.fl.*,¹³ medan direktiv 92/50/EEG¹⁴ (där artikel 29 hade en lydelse som liknade lydelsen av artikel 45.2 i direktiv 2004/18) fortfarande gällde, betonade att det överläts till medlemsstaterna att tillämpa de fakultativa fallen för uteslutning, vilket framgår av uttrycket ”kan uteslutas från deltagande i ett kontraktsförfarande” som återfanns i början av artikel 29. Medlemsstaterna kan inte föreskriva andra fall för uteslutning än dem som anges i bestämmelsen, men artikel 29 i direktiv 92/50 föreskriver inte att dessa skäl för uteslutning ska tillämpas på ett enhetligt sätt.

52. Efter det att direktiv 2004/18 hade trätt i kraft, följde domstolen samma linje i domen i målet *Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici*,¹⁵ i vilken resonemanget i domen i målet *La Cascina m.fl.* återges i punkt 35.¹⁶ Domstolen upprepade där att medlemsstaterna i enlighet med nationell rätt och med hänsyn till gemenskapsrätten ska fastställa villkoren för tillämpning av artikel 45.2 i direktiv 2004/18. Domstolen slog där således åter fast att medlemsstaterna har befogenhet att godta kriterierna för uteslutning och, om de så önskar, göra dem flexiblare, vilket den upprepade i sin dom av den 14 december 2016, *Connexion Taxi Services*.¹⁷

53. Såsom jag även påpekade i det förslaget till avgörande,¹⁸ framgår det av domen i målet *Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici*¹⁹ att medlemsstaternas utövande av denna befogenhet dock inte är ovillkorlig. Dels tillmäter unionen etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster stor betydelse, vilket är en drivkraft för att öppna upp upphandlingsförfarandena så mycket som möjligt. En tillämpning av de fakultativa skälen för uteslutning skulle kunna utgöra ett hinder för att uppnå detta syfte. Dels är det legitimt att motivera skälen för uteslutning med mål av allmänintresse, som att försäkra sig om att anbudsgivaren är tillförlitlig, iakttar omsorg och är yrkesmässigt hederlig och seriös. För att göra en avvägning mellan dessa intressen använder sig domstolen av proportionalitetsprincipen.

12 Mål C-171/15, EU:C:2016:506, punkt 41 och följande punkter.

13 Dom av den 9 februari 2006 (C-226/04 och C-228/04, EU:C:2006:94), punkterna 21 och 23.

14 Rådets direktiv av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

15 Dom av den 10 juli 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063).

16 Dom av den 9 februari 2006 (C-226/04 och C-228/04, EU:C:2006:94).

17 C-171/15, EU:C:2016:948, punkt 29.

18 Målet *Connexion Taxi Services* (C-171/15, EU:C:2016:506), punkt 44.

19 Dom av den 10 juli 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063), punkterna 29, 31 och 32.

D. Hur direktörens brottsliga handlingar påverkar företaget som lämnat anbud (artikel 45.1 c i direktiv 2004/18)

54. Anbudsgivarens (bristande) tillförlitlighet i det här fallet har sin grund i en tidigare direktörs brottsliga handlande, som ägde rum medan han fortfarande ledde företaget. Kan ett sådant brott få konsekvenser för företaget som direktören leder? Denna fråga ska enligt unionsrätten besvaras jakande, eftersom en juridisk person enbart verkar genom sin ledning. Det är således logiskt att företagets tillförlitlighet bedöms mot bakgrund av de brottsliga handlingar som har begåtts av personer som ansvarar för dess ledning.

55. Enligt artikel 45.1 *in fine* i direktiv 2004/18 får en begäran om information rörande (den tvingande, icke fakultativa) grunden för uteslutning på grund av vissa allvarliga brott avse ”juridiska och/eller fysiska personer inklusive, vid behov, företagschefer eller varje annan person som är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera anbudssökanden eller anbudsgivaren”.

56. Bestämmelsen visar således att vissa brottsliga handlingar som begås av personer som leder en juridisk person har betydelse för att, med tvingande verkan, utesluta den juridiska personen från deltagande i en offentlig upphandling. Det finns enligt min uppfattning ingenting i unionsrätten som hindrar att denna princip (fakultativt) utsträcks till att omfatta andra typer av brott eller oegentligheter som juridiska personers direktörer har gjort sig skyldiga till, i den mån konsekvenserna av dem påverkar direktörernas yrkesetik.

57. Visserligen innehåller artikel 45.2 i direktiv 2004/18 inte någon uttrycklig föreskrift om detta, till skillnad från artikel 45.1. Jag anser emellertid inte att detta utelämnande nödvändigtvis hindrar att den nationella lagstiftningen knyter förekomsten av någon av de fakultativa grunderna för uteslutning av en juridisk person till oegentligheter som dess direktörer har gjort sig skyldiga till.

58. Som jag redan har nämnt ger artikel 45.2 sista stycket i direktiv 2004/18 medlemsstaterna ett omfattande utrymme för att skönmässigt fastställa ”villkoren för tillämpning” av de fakultativa grunderna för uteslutning. När detta utrymme för skönmässig bedömning används kan de nationella bestämmelser som preciserar innehållet i vissa grunder (t.ex. rörande anbudsgivarens redbarhet), omfatta handlingar från företagsledarnas sida som strider mot yrkesetiken, som en relevant faktor.

59. Samtidigt finns det, med tanke på medlemsstaternas frihet att utforma lagstiftningen, inget som hindrar att den nationella lagstiftningen i samband med bedömningen av de fakultativa grunderna för uteslutning beaktar företagets avståndstagande från sin direktörs brottsliga handlande, om det ”påverkar hans yrkesetik”. Det ankommer också på den nationella lagstiftaren och eventuellt på den domstol som ska avgöra tvisten, att ta ställning till vilka indikationer eller faktorer av betydelse som får användas för att avgöra om ett sådant avståndstagande har skett eller inte.

60. Dessa faktorer omfattar dem som den hänskjutande domstolen har preciserat, det vill säga huruvida avståndstagandet har skett på eget initiativ, i vilken mån ”de typer av handlingar som inte är straffbara är definierade”, tidsramen och det skede i förfarandet då avståndstagandet ska ha skett. Det ankommer som sagt på de nationella domstolarna att avgränsa räckvidden av dessa faktorer, vilka i själva verket bara är ”preciseringar” som den nationella lagstiftaren har infört för att ange ramarna för den fakultativa grunden för uteslutning och de bevis med hjälp av vilka den ska styrkas.²⁰

61. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har i sin fråga betonat att artikel 38.1 c CCP dels ”utvidgar” skyldigheten att informera om fällande domar till att omfatta domar mot personer i ledande ställning i företag som lämnat anbud, dels att ”det utgör ett skäl för uteslutning” om ”företaget inte kan styrka” att det har tagit avstånd från dessa personers brottsliga handlande.

²⁰ Jag kommer att ta upp bevisen med avseende på artikel 45.3 i direktiv 2004/18 när jag behandlar grunden för uteslutning på grund av fel i yrkesutövningen i punkt 75 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

62. På grundval av ovanstående argument drar jag slutsatsen att det i direktiv 2004/18 inte finns några hinder för att den nationella lagstiftaren preciserar denna grund för uteslutning på det sätt som gjorts i CCP. Jag anser inte att det skulle inskränka etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster. Dessutom rör det sig om en grund för uteslutning som syftar till att skydda det allmänintresse som motiverar kraven på tillförlitlighet, omsorg och yrkesmässig hederlighet.

63. Samtidigt anser jag att den hänskjutande domstolens hänvisning (som är av generell karaktär och inte är så välgrundad) till ”principerna om skydd för berättigade förväntningar, rättssäkerhet, likabehandling, proportionalitet, öppenhet, förbud mot att försvåra förfarandet, maximalt öppnande för konkurrens på marknaden för offentlig upphandling ...”, inte tillför något till debatten.

64. Den omständigheten att artikel 45.2 c i direktiv 2004/18 inte uttryckligen hänvisar till företagets avståndstagande från direktörernas brott, innebär inte att den nationella lagstiftaren inte får låta denna faktor ingå i den motsvarande bestämmelsen i CCP. Som jag tidigare har påpekat ankommer det på medlemsstaterna att fastställa ”villkoren för tillämpning” av artikel 45.2 i direktiv 2004/18 i sin nationella lagstiftning.

65. Det innebär att en bestämmelse som artikel 38.1 c CCP, enligt vilken företag som inte visar att de fullständigt och faktiskt har tagit avstånd från vissa brott²¹ som deras direktörer tidigare har begått, är förenlig med unionsrätten.

E. Uteslutningen av en ekonomisk aktör på grund av att denne inte har lämnat den information som kan begäras till den upphandlande enheten (artikel 45.1 g i direktiv 2004/18)

66. Den hänskjutande domstolen har betonat ”den upphandlande enhetens fria skön”, vilket gör att den ”i praktiken kan införa” en informationsskyldighet (för de företag som lämnar anbud) ”som inte föreskrivs i lag”. Denna enhet har dessutom infört ”skyldigheter som innebär lojalt samarbete med odefinierad avgränsning, bortsett från en hänvisning till det allmänna kravet på god tro”.

67. I den mån det innebär att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) ifrågasätter ett administrativt organs handlande som är föremål för domstolsprövning, ankommer det på denna högsta domstolsinstans att fastställa konsekvenserna av detta på grundval av den nationella lagstiftningen.²² Svaret på tolkningsfrågan får inte ingripa i de nationella domstolarnas behörighet.

68. Jag vill erinra om att tolkningsfrågan har ställts för att få klarlagt huruvida en nationell lag är oförenlig med direktiv 2004/18. Mot bakgrund av detta bör svaret innefatta en undersökning av lydelsen av artikel 38.1 h CCP, jämförd med artikel 45.2 g i direktiv 2004/18.

69. Uteslutningen byggde emellertid inte på denna grund (vilket Provincia di Bolzano betonade i sitt yttrande), utan på att anbudsgivarens tystnad var en indikation på att företaget inte hade tagit avstånd från direktörens brottsliga handlande. Det tycks således inte vara strikt nödvändigt att tolka artikel 45.2 g i direktiv 2004/18, när den nationella bestämmelse genom vilken just denna bestämmelse i direktivet införlivades inte har tillämpats i det nationella målet.

²¹ Se uppräknigen av dessa brott i fotnot 4. Alla dessa brott påverkar gärningsmännens yrkesetik.

²² Vid förhandlingen påpekade några av parterna att artikel 38.2 och artikel 46 CCP visar att anbudsgivarna är skyldiga att upplysa den upphandlande myndigheten om fällande domar när de lämnar försäkran. Samma bestämmelser hänvisade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) till i sin dom av den 22 december 2014, till vilken det hänvisas i fotnot 8.

70. Även om så vore fallet, kan det enligt min uppfattning inte riktas någon kritik mot den nationella bestämmelsen på denna punkt, beträffande dess förenlighet, eftersom dess lydelse i allt väsentligt överensstämmer med lydelsen av den unionsrättsliga bestämmelse som den införlivar. Enligt båda dessa bestämmelser får de uppgifter som anbudsgivaren lämnar till den upphandlande myndigheten inte vara oriktiga. I artikel 45.2 g i direktiv 2004/18 föreskrivs det dessutom att en anbudsgivare får uteslutas, inte bara om han lämnar oriktiga uppgifter utan även om han underlåter att tillhandahålla information om ”de kvalitativa urvalskriterierna” (avsnitt 2 i kapitel VII i avdelning II i direktivet).

71. När allt kommer omkring skulle bristande information till den upphandlande myndigheten om den tidigare direktörens brottsliga handlande dessutom – vilket jag ska behandla nedan – kunna vara en faktor som den nationella domstolen beaktar då den prövar om det begåtts ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

F. Uteslutningen av en ekonomisk aktör på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen (artikel 45.1 d i direktiv 2004/18)

72. Även om Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) fråga egentligen inte handlar om den här grunden för uteslutning, finns det inget som hindrar att domstolen ger sin syn på den, som jag tidigare nämnt. På uppmaning av domstolen inriktades också parternas argument vid förhandlingen just på denna fråga.

73. Begreppet ”fel i yrkesutövningen” i artikel 45.2 d i direktiv 2004/18 omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ekonomiska aktörens trovärdighet i yrkesutövningen.²³ Begreppet ”allvarligt fel” syftar på ett agerande från den ekonomiska aktörens sida som tyder på att denne har en felaktig avsikt eller har varit vårdslös i viss omfattning.²⁴ Även om en fällande dom ännu inte har vunnit laga kraft,²⁵ är den en lämplig indikation på att handlingar som får straffrättsliga konsekvenser kan knytas till den aktör som har begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen.²⁶ Själva domen är ett giltigt sätt att objektivt fastställa hur anbudsgivarens ledning har skötts.

74. På grundval av detta och med hänsyn till de slags brott som företagets direktör dömts för och som utan tvekan visar på en bristande yrkesetik, kan den omständigheten att Mantovani inte tagit avstånd från detta handlande med rätta anses omfattas av denna grund för uteslutning.

75. Det är i det här sammanhanget nödvändigt att göra skillnad mellan den materiella aspekten och styrkandet av de faktiska omständigheterna. Vad beträffar det sistnämnda bidrar artikel 45.3 i direktiv 2004/18 till en precisering av logiken bakom och systematiken i de medel för information som den upphandlande myndigheten får använda sig av för att bedöma anbudsgivarens tillförlitlighet.

76. Nämda bestämmelse kräver att de upphandlande myndigheterna som bevis ska godta de medel som anges där, i de fall som avses i artikel 45.1 och 45.2 a, b, c, e och f. Det är fall där det (relativt lätt) går att officiellt styrka handlandet, med hjälp av registerutdrag eller intyg utfärdade av offentliga organ.

23 Mantovani har gjort gällande att i den nationella rätten är de enda allvarliga fel som kan uppfylla villkoren i artikel 38.1 f CCP de som begåtts i samband med företagets tidigare förbindelser med de upphandlande myndigheterna (även om Mantovani medger att de skulle kunna omfatta andra områden, exempelvis överträdelse av konkurrensrätten). Även om så vore fallet (detta argument har förkastats av Provincia di Bolzano) skulle det inte påverka tolkningsfrågan, vilken endast avser tolkningen av artikel 45.2 d i direktiv 2004/18. Av den artikeln framgår tydligt att det inte föreligger någon sådan begränsning. Det bör dessutom beaktas att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) upprepade gånger har slagit fast att lydelsen av artikel 38.1 f CCP ”återger lydelsen av unionsrätten, vilket innebär att alla fel som begåtts i yrkesutövningen är av betydelse” (dom meddelad av den femte avdelningen den 20 november 2015, nr 5299, i mål nr 7974 år 2012).

24 Dom av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), punkterna 27, 30 och 31.

25 I punkt 28 i dom av den 11 december 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435), påpekade domstolen att det inte krävs att en lagakraftvunnen dom har meddelats mot en ekonomisk aktör för att slå fast att han har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

26 Dom av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), punkt 28.

77. I de övriga fallen (det vill säga de som avses i artikel 45.2 d och g i direktiv 2004/18) föreligger det inte något sådant krav på dokumentation. Det är logiskt att det förhåller sig så, eftersom det finns flera möjligheter att styrka dessa grunder för uteslutning (allvarligt fel i yrkesutövningen, oriktiga uppgifter eller underlåtenhet att lämna information). Det är svårt att föreställa sig att det skulle finnas en enhetlig nivå i de olika medlemsstaterna som gör det möjligt att på ett enhetligt sätt fastställa de instrument eller mekanismer som ska användas för att officiellt styrka dessa omständigheter.

78. När det rör sig om fakultativa grunder för uteslutning där det inte har fastställts någon officiell metod för att styrka dem, som vid allvarligt fel i yrkesutövningen, är den upphandlande myndighetens handlingsutrymme inte knutet till vissa på förhand fastställda handlingar eller intyg. Ett sådant fel får bedömas på grundval av de uppgifter om de relevanta omständigheterna som den upphandlande myndigheten har inhämtat på något sätt.

79. Vad beträffar bevisningen bör det erinras om att ingen i förevarande mål har ifrågasatt att det meddelats en – vederbörligen dokumenterad – fällande dom mot Mantovanis direktör som avsåg brott som påverkade yrkesetiken, medan han fortfarande hade en ledande befattning i företaget.

80. Mot bakgrund av denna obestridliga omständighet, ankommer det på de nationella domstolar som ska pröva Mantovanis talan, att avgöra huruvida anbudsgivaren fullständigt och faktiskt hade tagit avstånd från direktörens brottsliga handlande. Därmed kommer vi in på det jag kallar den materiella nivån och lämnar den rent processuella.

81. På denna nivå ska Mantovanis handlande inte bara bedömas mot bakgrund av dess kvalificering, utan även mot bakgrund av proportionaliteten i svaret från den upphandlande myndigheten. En omständighet som i det här sammanhanget skulle kunna vara relevant är det tidsmässiga avståndet mellan det brottsliga handlandet, företagets agerande och tidpunkten för meddelandet om upphandling.

82. Jag anser att den frist som föreskrivs i CCP (året innan meddelandet om upphandling offentliggjordes) är rimlig för att bedöma sambandet mellan direktörens handlande och företaget, med avseende på de handlingar som företogs omedelbart före upphandlingsförfarandet. Denna frist innebär emellertid inte någon icke-motbevisbar presumtion om att direktören handlat i samförstånd med företaget, eftersom detta har möjlighet att styrka att det faktiskt och fullständigt har tagit avstånd från handlandet.

83. Avslutningsvis anser jag inte att det utrymme för skönsmässig bedömning som den upphandlande myndigheten har enligt den nationella lagstiftningen nödvändigtvis måste leda till ett orimligt resultat. I stället menar jag att artikel 38.1 c CCP innehåller den nödvändiga balansen mellan de metoder som används och det syfte som eftersträvas, nämligen att från dessa urvalsförfaranden utesluta anbudsgivare som inte är tillförlitliga, just för att de inte inom vissa tidsgränser har tagit avstånd från sina direktörers tidigare brottsliga handlande.

84. Uteslutningen av anbudsgivaren sker inte automatiskt,²⁷ utan är ett resultat av den noggranna bedömning som den upphandlande myndigheten ska göra i varje enskilt fall. Anbudsgivaren försätts heller inte i en problematisk situation vad gäller försvaret av sin rättsliga ställning, eftersom det finns en möjlighet till effektiv kontroll, från domstolarnas sida, av myndighetens utövande av sin befogenhet att bedöma aktörens uppfyllelse av sina yrkesmässiga förpliktelser.

85. Sammanfattningsvis finner jag ingen grund för att den nationella bestämmelse som den hänskjutande domstolens fråga avser skulle vara oförenlig med unionsrätten.

²⁷ Det följer av domstolens dom av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), punkt 31, att automatiken (beträffande uteslutningen av en anbudsgivare som begått allvarliga fel) skulle kunna gå utöver det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har enligt artikel 45.2 i direktiv 2004/18.

VI. Förslag till avgörande

86. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara tolkningsfrågan från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) på följande sätt:

Artikel 45.2 c, d och g och 45.3 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 utgör inte hinder mot en nationell bestämmelse enligt vilken den upphandlande myndigheten får

- beakta en dom i ett brottmål mot en anbudsgivares direktör, avseende ett brott som påverkar hans yrkesetik, när direktören har avgått året innan upphandlingsmeddelandet offentliggjordes, och även om domen inte hade vunnit laga kraft vid den tidpunkten, och
- utesluta denna anbudsgivare från deltagande i upphandlingen, på grund av att denne inte fullständigt och faktiskt har tagit avstånd från den dömde direktörens handlande.