



# Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 26 januari 2023\*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 57.4 g – Fakultativa skäl för uteslutning på grund av brister i en tidigare upphandling – Kontrakt som tilldelas en grupp ekonomiska aktörer – Uppsägning av detta kontrakt – Samtliga medlemmar i gruppen förs med automatik upp i en förteckning över icke tillförlitliga leverantörer – Proportionalitetsprincipen – Direktiv 89/665/EEG – Artikel 1.1 och 3 – Rätt till ett effektivt rättsmedel”

I mål C-682/21,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen) genom beslut av den 11 november 2021, som inkom till domstolen samma dag, i målet

”HSC Baltic UAB”,

”Mitnija” UAB,

”Montuotojas” UAB

mot

**Vilniaus miesto savivaldybės administracija,**

ytterligare deltagare i rättegången:

”Active Construction Management” UAB, i konkurs,

”Vilniaus vystymo kompanija” UAB,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen),

sammansatt av avdelningsordföranden C. Lycourgos (referent) samt domarna L.S. Rossi, J.-C. Bonichot, S. Rodin och O. Spineanu-Matei,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

\* Rättegångsspråk: litauiska.

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Litauens regering, genom K. Dieninis, V. Kazlauskaitė-Švenčionienė och E. Kurelaitytė, samtliga i egenskap av ombud,
- Tjeckiens regering, genom L. Halajová, M. Smolek och J. Vlácil, samtliga i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom P. Ondrůšek, A. Steiblytė och G. Wils, samtliga 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 18.1 och artikel 57.4 g och 57.6 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65) samt artikel 1.1 och 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3 s. 48), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 (EUT L 94, 2017, s. 1).
- 2 Begäran har framställts i mål mellan å ena sidan "HSC Baltic" UAB, "Mitnija" UAB och "Montuotojas" UAB och å andra sidan Vilniaus miesto savivaldybės administracija (den kommunala administrationen i staden Vilnius, Litauen) (nedan kallad staden Vilnius), med stöd av "Active Construction Management" UAB, i konkurs, och "Vilniaus vystymo kompanija" UAB, angående konsekvenserna för HSC Baltic, Mitnija och Montuotojas av att ett offentligt kontrakt som tilldelats en grupp ekonomiska aktörer i vilka de ingick sades upp.

## **Tillämpliga bestämmelser**

### ***Unionsrätt***

#### *Direktiv 89/665*

- 3 Artikel 1 i direktiv 89/665, med rubriken "Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden", har följande lydelse:

"1. Detta direktiv ska tillämpas på kontrakt som avses i [direktiv 2014/24] ...

...

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt ... kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det här direktivet, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.

...

3. Medlemsstaterna ska se till att provningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

...”

*Direktiv 2014/24*

4 I skälen 101 och 102 i direktiv 2014/24 anges följande:

”(101) De upphandlande myndigheterna bör ... ges möjlighet att utesluta ekonomiska aktörer som har visat sig vara opålitliga, exempelvis på grund av att de inte fullgör sina miljörelaterade eller sociala skyldigheter ... eller som gör sig skyldiga till andra former av allvarliga fel i yrkesutövningen, såsom överträdelser av konkurrensregler eller intrång i immateriella rättigheter. ...

... [De upphandlande myndigheterna] bör också kunna utesluta anbudssökande eller anbudsgivare vars genomförande av tidigare offentliga kontrakt har visat på betydande brister i fråga om de väsentliga kraven, exempelvis uteblivna leveranser eller uteblivet tillhandahållande, stora brister i fråga om levererade varor eller tillhandahållna tjänster som gör dem oanvändbara för det avsedda syftet, eller olämpligt uppträdande som ger upphov till allvarliga tvivel om den ekonomiska aktörens pålitlighet. Det bör i nationell rätt föreskrivas en längsta tid för sådan uteslutning.

Vid tillämpning av fakultativa skäl för uteslutning bör de upphandlande myndigheterna ägna särskild uppmärksamhet åt proportionalitetsprincipen. ...

(102) Man bör dock kunna ta hänsyn till möjligheten att ekonomiska aktörer kan vidta efterlevnadsåtgärder för att avhjälpa konsekvenserna av brott eller fel och för att effektivt förhindra att de upprepas. Dessa åtgärder kan särskilt bestå i personella och organisatoriska åtgärder som att avbryta alla förbindelser med personer eller organisationer som är inblandade i det olämpliga uppträdandet, lämpliga åtgärder för att organisera om personalen, att införa rapporterings- och kontrollsystem, att inrätta en intern kontrollstruktur för att övervaka efterlevnaden samt att anta interna ansvars- och ersättningsregler. Om åtgärderna ger tillräckliga garantier bör den berörda ekonomiska aktören inte längre uteslutas enbart på dessa grunder. ...”

5 Artikel 18 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Principer för upphandling”, och där föreskrivs följande i punkt 1:

”De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

...”

6 I artikel 57 i direktivet, med rubriken ”Skäl för uteslutning”, föreskrivs följande:

”...

4. En upphandlande myndighet får utesluta eller kan åläggas av medlemsstaterna att utesluta en ekonomisk aktör från upphandlingsförfarandet i någon av följande situationer:

...

g) Om en ekonomisk aktör har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt ett tidigare offentligt kontrakt, ett tidigare kontrakt med en upphandlande enhet eller ett tidigare koncessionskontrakt, och detta har medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid, lett till skadestånd eller jämförbara påföljder.

...

6. En ekonomisk aktör som befinner sig i någon av de situationer som avses i punkterna 1 och 4 får lämna bevis på att de åtgärder som den ekonomiska aktören vidtagit är tillräckliga för att bevisa dennes tillförlitlighet, trots att det föreligger relevanta skäl för uteslutning. Om bevisen anses vara tillräckliga ska den berörda ekonomiska aktören inte uteslutas från upphandlingsförfarandet.

I detta syfte ska den ekonomiska aktören bevisa att denne har ersatt eller åtagit sig att ersätta eventuella skador som orsakats av brottet eller det allvarliga felet i fråga, att denne har klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna samt har vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel.

...

7. Medlemsstaterna ska i enlighet med lagar och andra författningar samt med hänsyn till unionsrätten fastställa villkoren för tillämpning av denna artikel. De ska särskilt fastställa den längsta tillåtna uteslutningsperioden om den ekonomiska aktören inte vidtar några åtgärder enligt punkt 6 för att visa sin tillförlitlighet. Om uteslutningsperioden inte har fastställts genom lagakraftvunnen dom, får den inte överstiga tre år från dagen för den händelse som avses i punkt 4.”

7 I artikel 90.1 i nämnda direktiv föreskrevs följande:

”Medlemsstaterna ska sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 18 april 2016. ...”

8 I artikel 91.1 i direktiv 2014/24 föreskrivs följande:

”[Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114)] ska upphöra att gälla från och med den 18 april 2016.

...”

### **Litauisk rätt**

#### *Lagen om offentlig upphandling*

9 I artikel 2.36 i Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (Republiken Litauens lag om offentlig upphandling), i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet (nedan kallad lagen om offentlig upphandling), föreskrivs följande:

”Med ’leverantör’ avses – ekonomisk aktör – en fysisk person eller juridisk person enligt privat- eller offentligrättslig lagstiftning, en annan organisation och dess medlemmar eller en grupp av sådana personer, inklusive en tillfällig sammanslutning av ekonomiska aktörer, som på marknaden erbjuder sig att utföra arbeten, leverera varor eller tillhandahålla tjänster.”

10 I artikel 46 i denna lag föreskrivs följande:

”...

4. Den upphandlande myndigheten ska utesluta leverantören från upphandlingsförfarandet om

...

6 leverantören har underlåtit att fullgöra ett kontrakt som tilldelats enligt denna lag, ... eller ett koncessionsavtal, eller har fullgjort det felaktigt och att detta utgjorde ett väsentligt kontraktsbrott enligt definitionen i civillagen ... och att detta har utgjort ett väsentligt avtalsbrott, enligt definitionen i civillagen [...], som har lett till att kontraktet har sagts upp under de senaste tre åren, eller en lagakraftvunnen dom som har meddelats under de senaste tre åren och som har bifallit den upphandlande myndighetens, den upphandlande enhetens eller den enhet som ingått kontraktets krav på skadestånd för skador som uppstått på grund av att leverantören i betydande utsträckning eller ihållande underlåtit att uppfylla ett väsentligt villkor i kontraktet, eller att den upphandlande myndigheten under de senaste tre åren fattat ett beslut i vilket det konstateras att leverantörens uppfyllande av ett väsentligt villkor i kontraktet har varit behäftat med allvarliga eller ihållande brister, vilket har lett till att en avtalsrättslig påföljd har tillämpats. ...

...

8. Om en leverantör inte uppfyller kraven i punkterna 1, 4 och 6 i denna punkt ska den upphandlande myndigheten inte utesluta leverantören från upphandlingsförfarandet om följande två villkor är uppfyllda:

1 leverantören har lämnat uppgifter till den upphandlande myndigheten som visar att leverantören har vidtagit följande åtgärder:

- a) i förekommande fall självant har betalat eller åtagit sig att betala ersättning för den skada som orsakats av överträdelsen eller för den överträdelse som avses i punkterna 1, 4 eller 6 i den här artikeln,
- b) har samarbetat, lämnat aktivt stöd eller vidtagit andra åtgärder som bidrar till att kringgå eller precisera åsidosättandet eller överträdelsen eller, i förekommande fall, den överträdelse som han gjort sig skyldig till.
- c) har vidtagit tekniska, organisatoriska eller personalledningsåtgärder för att förhindra ytterligare åsidosättanden eller överträdelser,

2 den upphandlande myndigheten har bedömt de uppgifter som lämnats av leverantören i enlighet med punkt 1 i denna artikel och antagit ett motiverat beslut enligt vilket de åtgärder som leverantören vidtagit för att visa sin tillförlitlighet är tillräckliga. ...”

- 11 Vidare anges i artikel 91.1 i samma lag, i den av den hänskjutande domstolen citerade versionen, följande:

”Den upphandlande myndigheten ska senast inom tio dagar på den centrala webbplatsen för offentlig upphandling, i enlighet med de förfaranden som fastställts av myndigheten för offentlig upphandling, offentliggöra information om de leverantörer (om det rör sig om en grupp av leverantörer, information om alla medlemmar i gruppen) som inte har fullgjort eller har fullgjort kontraktet bristfälligt, och, om underlåtenheten gäller den del av kontraktet som har lagts ut på underleverantör, information om de ekonomiska aktörer vars kapacitet leverantören har utnyttjat och som har åtagit sig att vara solidariskt ansvariga tillsammans med leverantören för att kontraktet fullgörs på ett korrekt sätt ...”

#### *Civillagen (Código Civil)*

- 12 I artikel 6.6 i Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (Republiken Litauens civillag) föreskrivs följande:

”1. Solidariskt ansvar mellan gäldenärerna kan inte presumeras, såvida inte annat föreskrivs i lag. Skyldigheten uppkommer endast i de fall som föreskrivs i lag eller som parterna kommit överens om, samt när förpliktelsens föremål är odelbart.

...

3. Ansvar ska presumeras vara solidariskt mellan gäldenärerna om skyldigheten avser tillhandahållande av tjänster, gemensam verksamhet eller ersättning för en skada som har orsakats av flera personers handlingar.

...”

- 13 I artikel 6.15 civillagen föreskrivs följande:

”Om det är omöjligt att fullgöra förpliktelsen på grund av någon av medgäldenärerna, befrias övriga medgäldenärer inte från ansvar för bristande uppfyllelse av förpliktelsen.”

## Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 14 Den 7 december 2016 offentliggjorde staden Vilnius ett meddelande om offentlig upphandling till ett värde av 21 793 166,72 euro exklusive mervärdesskatt för byggnation av en vårdcentral (nedan kallat det omtvistade kontraktet).
- 15 I ett avtal om gemensam verksamhet som ingicks den 30 januari 2017 mellan Active Construction Management, HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas och "Axis Power" UAB utsågs, för att delta i det omtvistade upphandlingsförfarandet och för utförande av byggentreprenad för det fall kontraktet tilldelades, Active Construction Management som ledare för denna grupp av ekonomiska aktörer. Det överenskom även att respektive andel, uttryckt i värde, av tillskotten till den gemensamma verksamheten skulle fördelas enligt följande: Active Construction Management 65 procent, HSC Baltic 15 procent, Axis Power 10 procent, Mitnija 5 procent och Montuotojas 5 procent.
- 16 Den 5 juni 2017 tilldelade staden Vilnius nämnda grupp det omtvistade kontraktet. Eftersom fristen för att utföra arbetena var fastställd till 18 månader skulle kontraktet genomföras senast den 5 december 2018.
- 17 Eftersom arbetena inte hade slutförts inom denna frist, flyttades fristen fram till den 28 maj 2020. Under denna ytterligare period hade arbetena inte fortskridit i enlighet med den föreskrivna tidsplanen.
- 18 Genom beslut av den 28 oktober 2019 beslutade Vilniaus apygardos teismas (Vilnius regionala domstol, Litauen), på begäran av Active Construction Managements verkställande direktör, att inleda ett konkursförfarande avseende detta bolag. Konkursförvaltaren underrättade den 6 december 2019 HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas och Axis Power, liksom staden Vilnius, om konkursförfarandet och om att ledaren av gruppen inte skulle fullfölja genomförandet av det omtvistade kontraktet.
- 19 Den 22 januari 2020 underrättade Vilnius stad HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas och Axis Power om att staden hade sagt upp det omtvistade kontraktet på grund av ett väsentligt åsidosättande, som bestod i att ha lämnat byggarbetsplatsen utan övervakning, underlåtit att ställa någon ny säkerhet, inte hade följt tidsplanen för arbetena och inte ha tecknat någon ansvarsförsäkring.
- 20 Bolagen väckte talan vid Vilniaus apygardos teismas (Vilnius regionala domstol) och yrkade att det skulle fastställas att staden Vilnius uppsägning av det omtvistade kontraktet och beslutet att de skulle upptas i förteckningen över leverantörer som inte var tillförlitliga, på den centrala webbplatsen, var rättsstridiga.
- 21 Genom dom av den 27 augusti 2020 ogillade nämnda domstol överklagandet och konstaterade att staden Vilnius hade fog för sin bedömning att det var problem med utförandet av arbetena för den ledande partnern och de övriga medlemmarna i gruppen. Eftersom dessa bolag var solidariskt ansvariga för det korrekta genomförandet av det omtvistade kontraktet och eftersom det hade sagts upp, hade den upphandlande myndigheten inte något utrymme för skönsmässig bedömning att inte ta upp samtliga medlemmar i gruppen på listan över otillförlitliga leverantörer. Detta hindrade inte de nämnda företagen från att rehabilitera sig och därmed delta i andra offentliga upphandlingar.

- 22 HSC Baltic, Mitnija, Montuotojas och Axis Power överklagade denna dom till Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appellationsdomstol). Denna domstol ogillade överklagandet genom dom av den 21 januari 2021 och anslöt sig till det resonemang som förts av domstolen i första instans.
- 23 Den 22 januari 2021 förde Vieš-förordningen jų pirkimų tarnyba (myndigheten för offentlig upphandling, Litauen) på initiativ av staden Vilnius upp medlemmarna i gruppen i förteckningen över leverantörer som inte var tillförlitliga.
- 24 HSC Baltic, Mitnija och Montuotojas överklagade Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appellationsdomstol) dom av den 21 januari 2021 till Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens högsta domstol), den hänskjutande domstolen.
- 25 Den 15 mars 2021 yrkade HSC Baltic, Mitnija och Montuotojas att den hänskjutande domstolen interimistiskt skulle förordna att deras namn skulle avföras från förteckningen över leverantörer som inte var tillförlitliga. Den 31 mars 2021 biföll nämnda domstol begäran.
- 26 Den 11 november 2021 meddelade nämnda domstol en dom i vilken den delvis avgjorde överklagandet och underkände de grunder som anförts av HSC Baltic, Mitnija och Montuotojas avseende att uppsägningen av det omtvistade kontraktet var rättsstridig.
- 27 För att kunna ta ställning till upptagandet av dessa bolag i förteckningen över leverantörer som inte är tillförlitliga, anser den hänskjutande domstolen att vissa förtydliganden av unionsrättens räckvidd är nödvändiga.
- 28 Den hänskjutande domstolen har inledningsvis angett att den litauiska lagstiftaren har införlivat direktiv 2014/24 för sent, med verkan från och med den 1 juli 2017, vilket är efter den 18 april 2016, då fristen för införlivande av detta direktiv löpte ut. Den anser emellertid att direktivet skulle kunna vara tillämpligt på tvisten i målet vid den nationella domstolen.
- 29 Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida det är förenligt med kravet på en individuell bedömning vid tillämpningen av de skäl för uteslutning som föreskrivs i direktiv 2014/24 att automatiskt föra upp alla ekonomiska aktörer som är juridiskt ansvariga för de brister som lett till att ett offentligt kontrakt har sagts upp i en förteckning över leverantörer som inte är tillförlitliga.
- 30 Den har påpekat att med hänsyn till räckvidden av uttrycket ”upphandlande myndighets beslut” i artikel 1 i direktiv 89/665, skulle upptagandet av en ekonomisk aktör i en förteckning över icke tillförlitliga leverantörer kunna utgöra en rättsakt mot vilken talan kan väckas. Det är emellertid inte möjligt att med stöd av litauisk rätt ifrågasätta detta upptagande, eftersom det endast betraktas som en rättsverkan av uppsägningen av kontraktet. I förevarande fall har visserligen talan väckts vid Vilniaus apygardos teismas (Vilnius regionala domstol), genom vilken såväl hävningen som registreringen ifrågasattes. Eftersom denna registrering emellertid ägde rum efter det att Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appellationsdomstol) avgörande hade vunnit laga kraft, kunde domstolarna i första och andra instans enligt den hänskjutande domstolen inte avgöra den del av talan som avsåg upptagandet i förteckningen.



31 Mot denna bakgrund beslutade Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Högsta domstolen, Litauen) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

- ”1. Ska artikel 18.1 och artikel 57.4 g och 57.6 i direktiv 2014/24 och artikel 1.1 fjärde stycket och artikel 1.3 i direktiv 89/665 (tillsammans eller separat, men utan begränsning till dessa bestämmelser) tolkas så, att ett beslut av en upphandlande myndighet om att föra upp en berörd ekonomisk aktör på förteckningen över otillförlitliga leverantörer och på så sätt under en viss period begränsa aktörens möjlighet att delta i efterföljande offentliga upphandlingar på grund av att den ekonomiska aktören på ett väsentligt sätt har brutit mot ett kontrakt som har ingåtts med den upphandlande myndigheten är en åtgärd som får prövas av domstol?
2. Om svaret på den första frågan är ja, ska ovan angivna unionsrättsliga bestämmelser (tillsammans eller separat, men utan begränsning till dessa bestämmelser) tolkas så, att de utgör hinder för nationella regler och praxis för tillämpning av dem som innebär följande? a) När en upphandlande myndighet säger upp ett offentligt upphandlingskontrakt på grund av ett väsentligt kontraktsbrott fattar den inte något formellt (separat) beslut om att föra upp ekonomiska aktörer på förteckningen över otillförlitliga leverantörer. b) En ekonomisk aktör informeras inte på förhand om att den kommer att föras upp på förteckningen över otillförlitliga leverantörer och får därför inte möjlighet att lämna in relevanta förklaringar och sedermera bestrida uppförandet på förteckningen på ett effektivt sätt. c) Den upphandlande myndigheten gör ingen individuell granskning av omständigheterna kring det bristfälliga genomförandet av ett kontrakt, vilket innebär att om det offentliga upphandlingskontraktet lagligen har sagts upp på grund av ett väsentligt kontraktsbrott kommer den ekonomiska aktör som de jure har ansvar för kontraktsbrottet automatiskt att föras upp på förteckningen över otillförlitliga leverantörer.
3. Om svaren på de båda första frågorna är ja, ska ovan angivna unionsrättsliga bestämmelser (tillsammans eller separat, men utan begränsning till dessa bestämmelser) tolkas så, att partner som bedriver gemensam verksamhet (enheter som tillsammans bildar en gemensam leverantör) som har utfört det offentliga upphandlingskontrakt som lagligen har sagts upp på grund av ett väsentligt kontraktsbrott kan styrka sin tillförlitlighet och därmed undgå att föras upp på förteckningen över otillförlitliga leverantörer, bland annat med hänvisning till beloppet för den andel (värdet) av kontraktet som har fullgjorts, den huvudansvarige partners insolvens, åtgärder från den partners sida och den upphandlande myndighetens bidrag till att kontraktet inte har fullgjorts?”

## Prövning av tolkningsfrågorna

### *Inledande synpunkter*

- 32 Den andra och den tredje frågan, som ska prövas före den första frågan, avser det sätt på vilket ekonomiska aktörer, efter det att ett offentligt kontrakt som tilldelats dem har sagts upp, upptas i en förteckning över icke tillförlitliga leverantörer, i syfte att utesluta dem från att delta i offentliga upphandlingsförfaranden.
- 33 Staden Vilnius uppsägning av det omtvistade kontraktet medförde att klagandena tillfälligt hindrades från att delta i andra upphandlingsförfaranden. Uppsägningen, som delgavs sökandena den 22 januari 2020, följdes den 22 januari 2021 av att sökandena fördes upp på en förteckning över leverantörer som inte var tillförlitliga. Den andra och den tredje frågan ska således prövas

mot bakgrund av direktiv 2014/24, som var i kraft vid dessa tidpunkter, utan att det är nödvändigt att pröva huruvida detta direktiv var tillämpligt under perioden mellan den 18 april 2016, då fristen för införlivande löpte ut, och den 1 juli 2017, då direktivet införlivades i Litauen.

### *Den andra frågan*

- 34 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 18.1 och artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att de utgör hinder för nationell lagstiftning eller praxis enligt vilken, om den upphandlande myndigheten säger upp ett offentligt kontrakt som tilldelats en grupp av ekonomiska aktörer på grund av allvarliga eller ihållande brister som har lett till att ett materiellt krav enligt kontraktet inte har fullgjorts, varje medlem av denna grupp automatiskt ska föras upp på en förteckning över opålitliga leverantörer och därmed i princip tillfälligt hindras från att delta i nya förfaranden för offentlig upphandling.
- 35 Det ska i detta hänseende inledningsvis påpekas att det enligt artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 är tillåtet att utesluta en ekonomisk aktör från deltagande i ett offentligt upphandlingsförfarande om det har konstaterats allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt ett tidigare offentligt kontrakt, särskilt om dessa brister har lett till att det kontraktet har sagts upp.
- 36 Såsom framgår av skäl 101 i direktivet är syftet och målsättningen med detta fakultativa skäl att utesluta ekonomiska aktörer vars tillförlitlighet allvarligt äventyras på grund av ett felaktigt eller försumligt beteende.
- 37 När en medlemsstat i sin nationella lagstiftning fastställer villkoren för tillämpning av detta fakultativa skäl för uteslutning ska den iaktta de väsentliga särdrag som anges i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punkt 33).
- 38 Dessa fakultativa skäl för uteslutning ska vidare tillämpas i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen, vilken är en allmän unionsrättslig princip, om vilken det, vad gäller offentlig upphandling, erinras i artikel 18.1 i direktiv 2014/24. Iakttagandet av denna princip ska ges särskild uppmärksamhet vid tillämpningen av de fakultativa skälen för uteslutning i artikel 57 i direktivet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punkterna 45 och 48 och där angiven rättspraxis).
- 39 För det första ska detta undantag vara tillfälligt. Det framgår nämligen av skäl 101 i direktiv 2014/24 att varje nationell rättsakt som fastställer villkoren för tillämpning av artikel 57.4 g i direktivet måste innehålla bestämmelser om en längsta tillåtna uteslutningstid. I artikel 57.7 i direktivet preciseras att om den inte har fastställts genom en lagakraftvunnen dom, får denna tid inte överstiga tre år.
- 40 För det andra ska den berörda ekonomiska aktören under denna period av uteslutning, såvida denna inte genom en lagakraftvunnen dom har uteslutits från att delta i ett förfarande för offentlig upphandling, tillåtas att delta i ett sådant förfarande om aktören i enlighet med artikel 57.6 i direktiv 2014/24 lägger fram bevis på att de åtgärder som den ekonomiska aktören vidtagit är tillräckliga för att bevisa dennes tillförlitlighet. De ekonomiska aktörerna uppmuntras således att vidta efterlevnadsåtgärder (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punkt 40).

- 41 För det tredje kräver proportionalitetsprincipen en konkret och individualiserad bedömning av den berörda aktörens inställning på grundval av samtliga relevanta omständigheter (dom av den 3 juni 2021, Rad Service m.fl., C-210/20, EU:C:2021:445, punkt 40 och där angiven rättspraxis).
- 42 I förevarande fall framgår det av begäran om förhandsavgörande att om ett offentligt kontrakt sägs upp på grund av allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav leder denna uppsägning, enligt den tillämpliga nationella lagstiftningen, till att varje ekonomisk aktör som var juridiskt ansvarig för fullgörandet av nämnda kontrakt upptas i en förteckning som syftar till att göra det möjligt för de upphandlande myndigheterna att få kännedom om namnen på de aktörer som på grund av att de inte har fullgjort ett offentligt kontrakt, inte anses vara tillförlitliga. Upptagandet i förteckningen medför uteslutning från alla upphandlingsförfaranden under tre år, såvida inte den berörda ekonomiska aktören visar att den har vidtagit lämpliga efterlevnadsåtgärder.
- 43 Den hänskjutande domstolen har angett att så snart ett domstolsavgörande har meddelats i vilket det bekräftas att uppsägningen av det aktuella kontraktet är lagenlig, tas samtliga ekonomiska aktörer som är rättsligt ansvariga för fullgörandet av kontraktet automatiskt upp i denna förteckning, utan att något formellt beslut antas i detta avseende.
- 44 Vad gäller frågan huruvida en sådan lagstiftning eller praxis är förenlig med de väsentliga särdragen hos det fakultativa skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 och proportionalitetsprincipen i artikel 18.1 i samma direktiv, ska det påpekas att dessa bestämmelser inte utgör hinder för tillfällig registrering, på en webbplats som underlättar handläggningen av förfaranden för offentlig upphandling, av namnen på de aktörer beträffande vilka det tidigare har konstaterats allvarliga eller ihållande brister vid fullgörandet av ett materiellt krav i en offentlig upphandling.
- 45 Såsom har angetts i punkterna 35 och 36 i förevarande dom syftar nämligen detta fakultativa skäl för uteslutning till att göra det möjligt att begränsa sådana aktörers tillträde till offentliga upphandlingsförfaranden genom ett principiellt förbud mot att delta i dessa förfaranden. En sådan begränsning föreskrivs i förevarande fall i artikel 46 i lagen om offentlig upphandling. Upptagande, som föreskrivs i artikel 91 i denna lag, av berörda aktörer i en elektronisk förteckning som är tillgänglig för upphandlande myndigheter och andra enheter som är behöriga i fråga om offentlig upphandling förefaller, med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning, ha till syfte att underlätta tillämpningen av denna begränsning.
- 46 För att uppfylla de väsentliga särdragen hos den fakultativa uteslutningsgrund som anges i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 och proportionalitetsprincipen måste ett sådant system därför utformas på ett sådant sätt att, innan en leverantör tas upp i förteckningen över otillförlitliga leverantörer, måste alla relevanta bevis som en ekonomisk aktör som är medlem i en grupp som tilldelats ett offentligt kontrakt som sagts upp har lagt fram för att visa att det är omotiverat att uppta denna i förteckningen med hänsyn till dess individuella beteende, bedömas i detalj.
- 47 Det kan således inte godtas att en sådan ekonomisk aktör, för det fall kontraktet sägs upp på grund av allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av kontraktet, automatiskt klassificeras som otillförlitlig och tillfälligt stängs av, utan att dess beteende dessförinnan har bedömts på ett konkret och individualiserat sätt mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter.

- 48 Det är visserligen tillåtet för en medlemsstat att, för det fall villkoren för tillämpning av det fakultativa skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 fastställs, föreskriva en presumtion för att alla ekonomiska aktörer som är juridiskt ansvariga för att fullgöra ett offentligt kontrakt antas ha bidragit, vid fullgörandet av kontraktet, till att utveckla eller vidmakthålla allvarliga eller ihållande brister som lett till att kontraktet sades upp. När kontraktet har tilldelats en grupp ekonomiska aktörer, vars individuella bidrag till dessa brister och de ansträngningar som eventuellt har gjorts för att avhjälpa dessa brister inte nödvändigtvis är identiska, måste en sådan presumtion emellertid, för att inte äventyra de väsentliga särdragen i detta fakultativa skäl för uteslutning och proportionalitetsprincipen, som det erinras om i artikel 18.1 i direktivet, kunna motbevisas.
- 49 Oberoende av det solidariska rättsliga ansvaret för medlemmarna i en sådan grupp, ska tillämpningen av den fakultativa uteslutningsgrund som föreskrivs i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 grundas på huruvida detta individuella beteende är felaktigt eller försumligt.
- 50 I en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet ska varje medlem i gruppen som är juridiskt ansvarig för att ett offentligt kontrakt genomförs på ett korrekt sätt, innan vederbörande förs upp på förteckningen över leverantörer som inte är tillförlitliga och därmed omfattas av ordningen för tillfällig uteslutning från offentliga upphandlingsförfaranden, följaktligen ha möjlighet att visa att de brister som ledde till att kontraktet sades upp saknade samband med dess individuella beteende. När det, efter en konkret och individualiserad bedömning av den berörda aktörens beteende mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter, visar sig att denne inte har gett upphov till de konstaterade bristerna och det inte rimligen kan krävas att denne gör mer än vad denne har gjort för att avhjälpa dessa brister, utgör direktiv 2014/24 hinder för att denne tas upp på förteckningen över leverantörer som inte är tillförlitliga (se, analogt, dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punkterna 157 och 158).
- 51 Denna tolkning påverkas inte av möjligheten för den berörda aktören att undgå att uteslutas från deltagande i förfaranden för offentlig upphandling genom att, i enlighet med artikel 57.6 i direktiv 2014/24, visa att den har vidtagit efterlevnadsåtgärder, såsom de som anges på ett betydande sätt i skäl 102 i direktivet. Det kan nämligen inte krävas av en sådan aktör att aktören visar att den har vidtagit korrigerande åtgärder, trots att dennes enskilda beteende inte har något samband med de brister som ledde till att kontraktet sades upp.
- 52 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den andra frågan besvaras enligt följande: artikel 18.1 och artikel 57,4 g i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att de utgör hinder för nationell lagstiftning eller praxis enligt vilken, om den upphandlande myndigheten säger upp ett offentligt kontrakt som tilldelats en grupp av ekonomiska aktörer på grund av allvarliga eller ihållande brister som har lett till att ett materiellt krav enligt kontraktet inte har fullgjorts, varje medlem av denna grupp automatiskt ska föras upp på en förteckning över opålitliga leverantörer och därmed i princip tillfälligt hindras från att delta i nya förfaranden för offentlig upphandling.

### *Den tredje frågan*

- 53 Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida artikel 18.1 och artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att en ekonomisk aktör som är medlem i en grupp som tilldelats ett offentligt kontrakt, för det fall kontraktet sägs upp på grund av åsidosättande av ett materiellt krav, för att visa att det inte finns fog för att uppta aktören i en

förteckning över icke tillförlitliga leverantörer, kan åberopa såväl omständigheter som rör dess egen situation som omständigheter som rör situationen för tredje man, såsom det ledande företaget i gruppen.

- 54 Såsom har påpekats i punkt 50 i förevarande dom måste varje medlem i den grupp som tilldelats kontraktet, för det fall kontraktet sägs upp på grund av allvarliga eller ihållande brister, kunna visa att deras individuella beteende vid fullgörandet av kontraktet saknade samband med dessa brister innan de förs upp på en förteckning över leverantörer som inte är tillförlitliga och därför omfattades av ordningen för tillfällig uteslutning från offentliga upphandlingsförfaranden.
- 55 För att fastställa att medlemmens individuella beteende inte låg till grund för nämnda brister och att det vidare inte rimligen kunde krävas att denna medlem skulle göra mer än vad vederbörande har gjort för att avhjälpa dem, måste den berörda ekonomiska aktören ges möjlighet att åberopa alla omständigheter som denna anser vara relevanta.
- 56 Uttrycket i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 preciserar nämligen inte under vilka omständigheter en medlem i en grupp av ekonomiska aktörer ska anses vara inblandad eller inte i de brister som ledde till att kontraktet sades upp. Denna bestämmelse gör det således möjligt för varje medlem i en grupp som tilldelats ett kontrakt att åberopa varje omständighet som är specifik för dess eller tredje mans situation och som kan visa att detta skäl för uteslutning inte kan tillämpas på dem.
- 57 Det ankommer på den upphandlande myndighet som sagt upp kontraktet och, i förekommande fall, på den domstol som prövar ett överklagande, att inom ramen för den konkreta och individualiserade bedömning som ska göras enligt den proportionalitetsprincip som anges i artikel 18.1 i direktivet fastställa vilken vikt som ska tillmätas varje omständighet som åberopats.
- 58 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den tredje frågan besvaras enligt följande: artikel 18.1 och artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att en ekonomisk aktör som är medlem i en grupp som tilldelats ett offentligt kontrakt, för det fall kontraktet sägs upp på grund av åsidosättande av ett materiellt krav, för att visa att det inte finns fog för att uppta aktören i en förteckning över icke tillförlitliga leverantörer, kan åberopa såväl omständigheter som rör dess egen situation som omständigheter som rör situationen för tredje man, såsom det ledande företaget i gruppen, som kan visa att den inte var orsaken till de brister som ledde till att kontraktet avslutades och att det inte rimligen kunde krävas att denna aktör skulle göra mer än vad den gjorde för att avhjälpa dessa brister.

### *Den första frågan*

- 59 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 ska tolkas så, att en medlemsstat som i samband med att den fastställer villkoren för tillämpningen av den fakultativa uteslutningsgrund som föreskrivs i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 föreskriver att de ekonomiska aktörer som tilldelats ett offentligt kontrakt, vid uppsägning av kontraktet på grund av bristande uppfyllelse av ett materiellt krav, förs upp på en förteckning över otillförlitliga leverantörer och därmed i princip tillfälligt utesluts från deltagande i nya offentliga upphandlingar, måste garantera rätten att väcka talan mot uppförandet på denna förteckning över otillförlitliga leverantörer.
- 60 Enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av

unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt. I enlighet med artikel 1.3 i nämnda direktiv ska dessa prövningsförfaranden vara tillgängliga åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

- 61 Genom dessa bestämmelser syftar direktiv 89/665 till att, inom området för offentlig upphandling som omfattas av unionsrätten, säkerställa full respekt för rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol, vilken stadfästs i artikel 47 första och andra styckena i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 128 och där angiven rättspraxis).
- 62 Ur detta perspektiv ska begreppet ”upphandlande myndighets beslut” i artikel 1.1 i direktiv 89/665 ges en vid tolkning. Alla beslut av en upphandlande myndighet som omfattas av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling och som kan bryta mot dessa måste kunna bli föremål för domstolsprövning enligt detta direktiv. Detta begrepp hänför sig således allmänt till en upphandlande myndighets beslut utan att göra någon åtskillnad beroende på deras innehåll eller tidpunkten för deras antagande och det föreskrivs inte någon begränsning vad gäller de aktuella beslutens art och innehåll (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punkt 105).
- 63 Uttrycket ”var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse” i artikel 1.3 i direktivet ska även ges en vid tolkning, så att bestämmelserna i direktivet är tillämpliga på samtliga personer vars intresse av att tilldelas ett sådant kontrakt påverkas av ett beslut som fattats av en upphandlande myndighet.
- 64 När, som i förevarande fall, medlemmarna i en grupp ekonomiska aktörer, på grund av att deras offentliga kontrakt har sagts upp, av den upphandlande myndigheten eller på initiativ av en upphandlande myndighet, är införda i en förteckning över leverantörer som inte är tillförlitliga och som således i princip är uteslutna från deltagande i framtida upphandlingar, utgör upptagandet, som påverkar var och en av dessa aktörers intresse av att få sluta avtal om offentlig upphandling enligt unionsrätten, ett beslut som fattats av en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 89/665. Såsom framgår av prövningen av den andra och den tredje frågan ska ett sådant beslut respektera de väsentliga särdragen för fakultativ uteslutning som anges i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 och stå i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen som den anges i artikel 18.1 i direktivet. Vid åsidosättande av dessa bestämmelser eller varje annan unionsrättslig regel ska den påstått drabbade personen, enligt artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 ha rätt till ett effektivt rättsmedel.
- 65 Möjligheten att väcka talan mot uppsägningen av det offentliga kontraktet till följd av att de upptagits i förteckningen över icke tillförlitliga leverantörer utgör emellertid inte, för medlemmarna i den grupp som tilldelats kontraktet, ett effektivt rättsmedel mot beslutet att uppta dem i denna förteckning och således i princip utesluta dem från framtida upphandlingsförfaranden. Frågan huruvida denna uppsägning är lagenlig mot bakgrund av unionsrätten, å ena sidan, och registreringen och uteslutningen, å andra sidan, kan nämligen, såsom framgår av bedömningen av den andra tolkningsfrågan, bero på olika omständigheter.

- 66 När kontraktet har tilldelats en grupp ekonomiska aktörer ska varje medlem av denna grupp följaktligen ha möjlighet att väcka talan mot att den förs upp på förteckningen över icke tillförlitliga leverantörer, av vilken det i princip följer att de utesluts från framtida upphandlingsförfaranden.
- 67 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den första frågan besvaras enligt följande: artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 ska tolkas så, att en medlemsstat som i samband med att den fastställer villkoren för tillämpningen av den fakultativa uteslutningsgrund som föreskrivs i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 föreskriver att de ekonomiska aktörer som tilldelats ett offentligt kontrakt, vid uppsägning av kontraktet på grund av bristande uppfyllelse av ett materiellt krav, förs upp på en förteckning över otillförlitliga leverantörer och därmed i princip tillfälligt utesluts från deltagande i nya offentliga upphandlingar, måste garantera rätten att väcka talan mot uppförandet på denna förteckning.

### Rättegångskostnader

- 68 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 (fjärde avdelningen) följande:

- 1) Artikel 18.1 och artikel 57.4 g i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG,**

**ska tolkas så,**

**att de utgör hinder för nationell lagstiftning eller praxis enligt vilken, om den upphandlande myndigheten säger upp ett offentligt kontrakt som tilldelats en grupp av ekonomiska aktörer på grund av allvarliga eller ihållande brister som har lett till att ett materiellt krav enligt kontraktet inte har fullgjorts, varje medlem av denna grupp automatiskt ska föras upp på en förteckning över opålitliga leverantörer och därmed i princip tillfälligt hindras från att delta i nya förfaranden för offentlig upphandling.**

- 2) Artikel 18.1 och artikel 57.4 g i direktiv 2014/24,**

**ska tolkas så,**

**att en ekonomisk aktör som är medlem i en grupp som tilldelats ett offentligt kontrakt, för det fall kontraktet sägs upp på grund av åsidosättande av ett materiellt krav, för att visa att det inte finns fog för att uppta aktören i en förteckning över icke tillförlitliga leverantörer, kan åberopa såväl omständigheter som rör dess egen situation som omständigheter som rör situationen för tredje man, såsom det ledande företaget i gruppen, som kan visa att den inte var orsaken till de brister som ledde till att kontraktet avslutades och att det inte rimligen kunde krävas att denna aktör skulle göra mer än vad den gjorde för att avhjälpa dessa brister.**

**3) Artikel 1.1 och 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014,**

**ska tolkas så,**

**att en medlemsstat som i samband med att den fastställer villkoren för tillämpningen av den fakultativa uteslutningsgrund som föreskrivs i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 föreskriver att de ekonomiska aktörer som tilldelats ett offentligt kontrakt, vid uppsägning av kontraktet på grund av bristande uppfyllelse av ett materiellt krav, förs upp på en förteckning över otillförlitliga leverantörer och därmed i princip tillfälligt utesluts från deltagande i nya offentliga upphandlingar, måste garantera rätten att väcka talan mot uppförandet på denna förteckning.**

Underskrifter