Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 11 juli 2019 [1]

Mål C-395/18

Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA
mot
Consip SpA,
Ministero dell'Economia e delle Finanze
Ytterligare deltagare i rättegången:
E-VIA SpA

(begäran om förhandsavgörande från Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien))

"Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2014/24/EU – Offentlig upphandling – Fakultativa skäl för uteslutning – Uteslutning av en ekonomisk aktör från att delta i ett upphandlingsförfarande på grund av att en underleverantör som anbudsgivaren har föreslagit har åsidosatt sina skyldigheter – Åsidosättande av miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter enligt artikel 18.2 – Uteslutning av anbudsgivaren – Artikel 71 – Artikel 57.4 a"

1. En italiensk upphandlande myndighet (Consip SpA) [2] inledde ett offentligt upphandlingsförfarande rörande tillhandahållande av vissa tjänster, varvid det i förfrågningsunderlaget angavs att det var tillåtet att anlita underleverantörer. För att få lov att använda sig av denna möjlighet måste anbudsgivarna i sina anbud ange att de hade för avsikt att anlita underleverantörer för en del av tjänsterna, samt föreslå tre underleverantörer.

2. En av anbudsgivarna (Tim SpA) angav i sitt anbud att denne hade för avsikt att anlita underleverantörer för vissa tjänster som omfattades av kontraktet och angav namnet för tre underleverantörer. Eftersom det förelåg ett fakultativt skäl för uteslutning för en av dessa underleverantörer (den hade åsidosatt social- och arbetsrättsliga skyldigheter), uteslöt den upphandlande myndigheten anbudsgivaren från upphandlingsförfarandet.

3. Den hänskjutande domstolen vill i korthet veta om direktiv 2014/24/UE [3] ger den upphandlande myndigheten rätt att utesluta en anbudsgivare från ett upphandlingsförfarande av skäl som rör en underleverantör som föreslagits i anbudet.

1 Originalspråk: spanska.

2 Consip är ett av det italienska ekonomi- och finansministeriet helägt aktiebolag. Det tillhandahåller enbart tjänster åt den offentliga sektorn.

3 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).

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt. Direktiv 2014/24

4. Skäl 101 har följande lydelse:

”De upphandlande myndigheterna bör dessutom 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 …

…

Vid tillämpning av fakultativa skäl för uteslutning bör de upphandlande myndigheterna ägna särskild uppmärksamhet åt proportionalitetsprincipen. Mindre allvarliga oegentligheter bör bara under exceptionella omständigheter leda till att en ekonomisk aktör utesluts. Upprepade fall av mindre allvarliga oegentligheter kan dock ge upphov till tvivel om en ekonomisk aktörs pålitlighet, vilket kan motivera att den utesluts.”

5. Skäl 105 har följande lydelse:

”Det är viktigt att underleverantörernas iakttagande av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i detta direktiv, förutsatt att sådana regler och deras tillämpning överensstämmer med unionsrätten, säkerställs …

…

Det bör också klargöras att villkoren för kontrollen av efterlevnaden av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i detta direktiv, förutsatt att sådana regler och deras tillämpning överensstämmer med unionsrätten, alltid bör tillämpas när en medlemsstats nationella rätt föreskriver en mekanism med solidariskt ansvar för underleverantörer och huvudentreprenören. Det bör dessutom uttryckligen anges att medlemsstaterna bör kunna gå längre än så, t.ex. genom att utvidga skyldigheterna avseende öppenhet, genom att möjliggöra direktbetalning till underleverantörer eller genom att möjliggöra eller kräva att de upphandlande myndigheterna kontrollerar att underleverantörerna inte befinner sig i någon av de situationer där det är befogat att utesluta en ekonomisk aktör. Om sådana åtgärder tillämpas på underleverantörer bör överensstämmelse med de bestämmelser som är tillämpliga på huvudentreprenörer garanteras så att huvudentreprenören, om obligatoriska skäl för uteslutning föreligger, är skyldig att byta ut den berörda underleverantören. Om det av en sådan kontroll framgår att det föreligger icke-obligatoriska skäl för uteslutning, bör det klargöras att de upphandlande myndigheterna har möjlighet att kräva ett sådant utbyte. Det bör dock också uttryckligen anges att de upphandlande myndigheterna kan åläggas att kräva att den berörda underleverantören byts ut när uteslutning av huvudentreprenörer skulle vara obligatoriskt i sådana fall.

Det bör även uttryckligen anges att medlemsstaterna har rätt att införa strängare ansvarsregler enligt nationell rätt eller gå längre enligt nationell rätt om direktbetalning till underleverantörer.”

6. I artikel 18 (”Principer för upphandling”) föreskrivs följande:

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

…

2. Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X.”

7. I artikel 57 (”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:

a) Om den upphandlande myndigheten på något lämpligt sätt kan påvisa åsidosättande av de tillämpliga skyldigheter som avses i artikel 18.2.

…”

8. Artikel 71 (”Anlitande av underleverantör”) har följande lydelse:

”1. Att underleverantörerna iakttar de skyldigheter som avses i artikel 18.2 ska säkerställas genom lämpliga åtgärder från de behöriga nationella myndigheterna inom ramen för deras ansvar och befogenheter.

2. I upphandlingsdokumenten får en upphandlande myndighet begära eller kan åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås.

…

4. Punkterna 1–3 påverkar inte frågan om huvudentreprenörens ansvar.

…

6. I syfte att undvika åsidosättande av de skyldigheter som avses i artikel 18.2 får lämpliga åtgärder vidtas, t.ex. följande:

a) Om en medlemsstats nationella lagstiftning föreskriver en mekanism med solidariskt ansvar för underleverantörer och huvudentreprenören ska den berörda medlemsstaten se till att de relevanta reglerna tillämpas i överensstämmelse med villkoren i artikel 18.2.

b) De upphandlande myndigheterna får i enlighet med artiklarna 59, 60 och 61 kontrollera eller får av medlemsstater åläggas att kontrollera om det finns skäl för uteslutning av underleverantörer enligt artikel 57. I sådana fall ska den upphandlande myndigheten begära att den ekonomiska aktören byter ut en underleverantör för vilken kontrollen har visat att det föreligger obligatoriska skäl för uteslutning. Den upphandlande myndigheten får begära eller får av en medlemsstat åläggas att begära att den ekonomiska aktören byter ut en underleverantör för vilken kontrollen har visat att det föreligger icke-obligatoriska skäl för uteslutning.

7. Medlemsstaterna får införa strängare ansvarsregler enligt nationell rätt eller gå längre enligt nationell rätt om direktbetalning till underleverantörer, exempelvis genom att föreskriva direktbetalning till underleverantörer utan att de behöver begära sådan direktbetalning.

8. Medlemsstater som har valt att införa åtgärder enligt punkterna 3, 5 eller 6 ska, genom lagar eller andra författningar och med beaktande av unionsrätten, fastställa villkor för genomförande av dessa åtgärder. Medlemsstaterna får därvid begränsa tillämpligheten av dem, exempelvis för vissa typer av kontrakt, vissa typer av upphandlande myndigheter eller ekonomiska aktörer eller från och med vissa belopp.

B. Italiensk rätt. Lagstiftningsdekret nr 50/2016[4]

9. I artikel 80.5 föreskrivs följande:

”De upphandlande myndigheterna ska utesluta en ekonomisk aktör från att delta i upphandlingsförfarandet om denne befinner sig i någon av följande situationer, som i de fall som avses i artikel 105.6 även kan gälla en underleverantör:

…

i) Den ekonomiska aktören lämnar inte in det intyg som avses i artikel 17 i lag nr 68 av den 12 mars 1999 eller egenförsäkran om att ifrågavarande krav är uppfyllt.[5]

…”

10. I artikel 105 föreskrivs följande:

”…

6. Det är obligatoriskt att ange tre underleverantörer vid varu-, byggentreprenad- och tjänstekontrakt vars värde är lika med eller överstiger trösklarna i artikel 35 och för vilka ingen särskild specialisering krävs. I så fall framgår denna skyldighet av meddelandet om upphandling eller anbudsinfordran. I meddelandet eller anbudsinfordran får den upphandlande myndigheten fastställa ytterligare fall där det är obligatoriskt att ange tre underleverantörer även vid upphandlingar under de tröskelvärden som anges i artikel 35.

…

12. Den som har tilldelats kontraktet ska byta ut de underleverantörer med avseende på vilka det i samband med specifik kontroll har konstaterats att det föreligger ett skäl för uteslutning enligt artikel 80.

…”

4 Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonchè per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: Codice dei contratti pubblici (GURI nr 91 av den 19 april 2016 – Ordinarie tillägg nr 10) (Lagstiftningsdekret nr 50 av den 18 april 2016 om genomförande av direktiven 2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU om tilldelning av koncessioner, om offentlig upphandling och om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, samt om anpassning av gällande bestämmelser om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster: Lagen om offentlig upphandling; nedan kallad CCP).

5 Enligt artikel 17 i lag nr 68 av år 1999 är såväl offentliga som privata bolag som deltar i offentliga upphandlingsförfaranden eller som beviljats koncession eller ingått avtal med myndigheter skyldiga att till myndigheterna på förhand lämna en försäkran från bolagets ställföreträdare om att det följer bestämmelserna om rätt till sysselsättning för personer med funktionsnedsättning. I annat fall kan bolaget uteslutas från upphandlingsförfarandet.

II. Faktiska omständigheter i det nationella målet och tolkningsfrågorna

11. Den 29 juli 2016 offentliggjorde Consip ett meddelande om upphandling för ”tilldelning av kontraktet för leverans av WDM-systemet för sammankoppling av datahallar hos avdelningarna RGS, DT och DAG”. [6] Kontraktets uppskattade värde var 1 420 785,60 euro exklusive mervärdesskatt.

12. I klausul 11 i förfrågningsunderlaget angavs att det var tillåtet att anlita underleverantörer. För att få lov att använda sig av denna möjlighet måste anbudsgivarna ange i sina anbud att de hade för avsikt att anlita underleverantörer för en del av tjänsterna, samt ange tre underleverantörer.

13. Tim lämnade sitt anbud och angav tre underleverantörer som bolaget hade för avsikt att anlita om det tilldelades kontraktet. För var och en av dessa underleverantörer bifogade bolaget även det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet (ESPD).

14. När den upphandlande myndigheten undersökte om kraven var uppfyllda konstaterade den att en av de tre underleverantörer som Tim angav (bolaget Maticmind, Spa) inte uppfyllde bestämmelserna om rätt till sysselsättning för personer med funktionsnedsättning, enligt ett intyg utfärdat av Milanos kommun den 5 april 2017.

15. Mot bakgrund av detta konstaterande uteslöt Consip med stöd av artikel 80.5 CCP Tim från upphandlingsförfarandet.

16. Tim har överklagat det beslutet till den hänskjutande domstolen och i korthet anfört följande:

– Uteslutningen var oberättigad och oproportionerlig, eftersom det i direktiv 2014/24 föreskrivs att ett skäl för uteslutning av en underleverantör bara kan medföra byte av underleverantör.

– För fullgörelsen av kontraktet hade Tim kunnat anlita de övriga två underleverantörerna, med avseende på vilka det inte förelåg något skäl för uteslutning.

– Det inte varit nödvändigt att använda sig av underleverantörer för att kunna fullgöra kontraktet i och med att Tim självt uppfyllde samtliga krav för att tillhandahålla tjänsterna.

17. Enligt den hänskjutande domstolen var uteslutningen av Tim förenlig med artikel 80.5 CCP. Av lydelsen av punkterna 6 och 12 i artikel 105 CCP framgår det emellertid vad som ska göras om det konstateras att det föreligger ett skäl för uteslutning med avseende på en underleverantör:

– Om det under upphandlingsförfarandet konstateras att det föreligger ett skäl för uteslutning med avseende på en av de tre underleverantörerna, leder detta till att anbudsgivaren utesluts (artikel 80.5 CCP).

– Om konstaterandet görs efter det att kontraktet har ingåtts, ska den upphandlande myndigheten ålägga den som har tilldelats kontraktet att byta ut underleverantören (artikel 105.12 CCP).

18. Denna skillnad i behandling gör att den hänskjutande domstolen undrar om uteslutningen av anbudsgivaren, under sådana omständigheter som i förevarande mål, är förenlig med artikel 71.6 i direktiv 2014/24 och iakttar proportionalitetsprincipen.

6 Upphandlingsförfarandet omfattade bland annat sammankopplingstjänster inklusive underhåll och service, tillvalstjänster för utbyggnad av band inklusive underhåll och service samt tillvalstjänster för migrering.

19. Mot bakgrund av detta har Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien) beslutat att hänskjuta följande tolkningsfrågor till EU-domstolen för ett förhandsavgörande:

”1) Utgör artiklarna 57 och 71.6 i direktiv 2014/24/EU hinder för en nationell bestämmelse såsom artikel 80.5 i lagstiftningsdekret nr 50/2016, enligt vilken en anbudsgivare ska uteslutas om det under förfarandet konstateras att det föreligger ett skäl för uteslutning med avseende på en av de tre underleverantörer som har angetts i samband med anbudslämnandet, i stället för att åläggas att byta ut ifrågavarande angiven underleverantör?

2) I andra hand, för det fall att EU-domstolen skulle anse att medlemsstaten har befogenhet att tillämpa en sådan regel om uteslutning av en anbudsgivare, utgör då proportionalitetsprincipen enligt artikel 5 FEU, som det hänvisas till i skäl 101 i direktiv 2014/24/EU och som enligt EU-domstolen är en allmän unionsrättslig princip, hinder för en nationell bestämmelse såsom artikel 80.5 i lagstiftningsdekret nr 50/2016, enligt vilken en anbudsgivare under alla omständigheter ska uteslutas om det under förfarandet konstateras att det föreligger ett skäl för uteslutning med avseende på en angiven underleverantör, trots att det finns andra underleverantörer som inte har uteslutits och som uppfyller kraven för att tillhandahålla de tjänster som läggs ut på underentreprenad, eller trots att anbudsgivaren säger sig kunna avstå från att anlita underleverantören, i och med att anbudsgivaren själv uppfyller kraven för att tillhandahålla tjänsterna?”

III. Förfarandet vid EU-domstolen

20. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolen den 14 juni 2018.

21. I enlighet med artikel 101 i domstolens rättegångsregler, begärde domstolen klargöranden från den hänskjutande domstolen rörande upphandlingsförfarandet. Den hänskjutande domstolen angav följande i sitt svar av den 26 mars 2019:

– Tim var skyldigt att ange tre underleverantörer i sitt anbud, om det hade för avsikt att anlita underleverantörer. Bolaget hade kunnat välja att inte ange någon och därmed avstå från möjligheten att använda sig av underleverantörer.

– Tim var inte skyldigt att använda sig av de tre angivna underleverantörerna eller någon av dem, om Tim skulle tilldelas kontraktet. Bolaget kunde ha avstått från att anlita underleverantörer och självt genomfört kontraktet.

– När Tim utarbetade sitt anbud var bolaget inte skyldigt att kontrollera om de föreslagna underleverantörerna omfattades av det fakultativa skäl för uteslutning som avses i artikel 57.4 a i direktiv 2014/24, utan det krävdes bara att Tim bifogade de ESPD som underleverantörernas representanter hade utfärdat.

22. Skriftliga yttranden har inkommit från Tim, den österrikiska regeringen och kommissionen. Samtliga, med undantag av den österrikiska regeringen, deltog i förhandlingen den 2 maj 2019.

IV. Bedömning

A. Tillvägagångssätt

23. I italiensk lagstiftning föreskrivs att förseelser som en underleverantör har begått kan få konsekvenser för en anbudsgivare som har föreslagit underleverantören i sitt anbud och medföra att anbudsgivaren utesluts från upphandlingsförfarandet.

24. Enligt samma lagstiftning skiljer sig emellertid konsekvenserna åt i följande två fall:

– Om underleverantörens förseelse uppdagas efter det att kontraktet har tilldelats, ska anbudsgivaren byta ut denne.

– Om förseelsen däremot uppdagas medan upphandlingsförfarandet pågår blir resultatet mer drastiskt, eftersom det innebär att anbudsgivaren själv ska uteslutas.

25. Den hänskjutande domstolen undrar om denna skillnad i behandling är förenlig med direktiv 2014/24. För att kunna besvara dess frågor anser jag att det först måste undersökas huruvida artikel 57 i direktivet medger att en förseelse av en underleverantör utgör ett skäl för uteslutning av anbudsgivaren, och därefter huruvida bestämmelserna om anlitande av underleverantör i artikel 71 möjliggör en sådan uteslutning.

26. I båda fallen är bakgrunden till att Tim har uteslutits en underlåtenhet (från underleverantörens sida) att fullgöra skyldigheter på det social- eller arbetsrättsliga området. Det handlar närmare bestämt om att de nationella bestämmelserna om rätten till sysselsättning för personer med funktionsnedsättning inte har följts.

27. Artikel 18.2 i direktiv 2014/24 ålägger medlemsstaterna[7] att vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt (bland annat) iakttar tillämpliga social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i nationell rätt.

28. Detta påbud innefattar såväl den som tilldelats kontraktet (leverantören) som dennes underleverantörer, eftersom båda anses vara ekonomiska aktörer. Unionslagstiftarens avsikt med detta var att offentliga upphandlingar skulle bli ett verktyg för att uppnå andra allmänna syften inom vissa områden med hänsyn till allmänintresset, vilket avspeglas i artiklarna 57 och 71 i direktiv 2014/24.

29. I synnerhet bör ”[k]ontroll av att de … social- och arbetsrättsliga bestämmelserna iakttas … ske under de relevanta skedena i upphandlingsförfarandet, vid tillämpning av de allmänna principerna för val av deltagare och tilldelning av kontrakt, vid tillämpning av kriterierna för uteslutning …”.[8]

B. Tolkningen av artikel 57.4 a i direktiv 2014/24

30. Unionslagstiftaren knyter artikel 18.2 i direktiv 2014/24 till det fakultativa skälet för uteslutning i artikel 57.4 a. Den sistnämnda avser närmare bestämt åsidosättande av de tillämpliga skyldigheter som avses i artikel 18.2.

7 Även om artikel 18.2 bara riktar sig till medlemsstaterna, inkluderar skäl 37 i direktiv 2014/24 även upphandlande myndigheter: ”I syfte att på ett lämpligt sätt integrera miljö-, social- och arbetsrättsliga krav i offentliga upphandlingsförfaranden är det av särskild vikt att medlemsstater och upphandlande myndigheter vidtar relevanta åtgärder för att säkerställa efterlevnaden av de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter …”

8 Skäl 40 i direktiv 2014/24.

31. Frågan är om underleverantörens agerande kan motivera en (fakultativ) uteslutning av anbudsgivaren eller om en sådan uteslutning bara får ske på grund av handlingar som anbudsgivaren själv har gjort sig skyldig till.

32. Lydelsen av artikel 57.4 a i direktiv 2014/24 visar att den avsiktligt är allmänt hållen. Där används en opersonlig formulering (”åsidosättande av … skyldigheter”) [9] när det gäller åsidosättandet av social- eller arbetsrättsliga skyldigheter, utan att något subjekt nämns. Denna bestämmelse skiljer sig, beträffande ordalydelsen, från andra bestämmelser där det anges vilka subjekt som eventuellt har agerat på ett sådant sätt att det föranlett uteslutning.

33. Denna grammatiska konstruktion innebär att det även kan vara underleverantören som gjort sig skyldig till åsidosättandet (och därmed till skälet för uteslutning), i dennes egenskap av part som genom att den själv använder arbetstagare inom ramen för det offentliga kontraktet, omfattas av nationella social- och arbetsrättsliga bestämmelser.

34. Görs en systematisk tolkning kan det konstateras att den omständigheten att underleverantörens åsidosättande omfattar anbudsgivaren under anbudsförfarandet, är förenlig med skäl 40 i direktiv 2014/24, där det anges att ”[k]ontroll av att de miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelserna iakttas bör ske under de relevanta skedena i upphandlingsförfarandet”. [10]

35. Genom att tillämpa detta kriterium bekräftar artikel 57.5 i direktiv 2014/24 att en ekonomisk aktör (och därmed även en anbudsgivare) får uteslutas ”med avseende på handlingar eller försummelser antingen före eller under förfarandet”. Avsaknaden av kontroll från anbudsgivarens sida, då denne i sitt anbud föreslår en underleverantör som före upphandlingsförfarandet har åsidosatt skyldigheter enligt artikel 18.2, är åtminstone att betrakta som en underlåtenhet på grund av oaktsamhet.

36. Avslutningsvis nämns i artikel 71.6 a i direktiv 2014/24 uttryckligen, med avseende på tillämpningen av artikel 18.2 ”solidariskt ansvar för underleverantörer och huvudentreprenören” som en av de mekanismer som medlemsstaterna får använda sig av.

37. Detta gemensamma ansvar bekräftas i skäl 105 i direktiv 2014/24, där det anges att medlemsstaterna får föreskriva ”en mekanism med *solidariskt* ansvar för underleverantörer och huvudentreprenören”. Som bekant får man för att kräva fullgörelse av skyldigheter vid solidariskt ansvar och fastställa konsekvenserna av ett åsidosättande av dessa skyldigheter, rikta sig till vilken som helst av de solidariskt ansvariga, oavsett deras inbördes förhållanden.

38. Syftet med artikel 57.4 a i direktiv 2014/24 bekräftar att det finns fog för detta synsätt och jag anser att det är det lämpligaste, mot bakgrund av unionslagstiftarens tydliga avsikt att skydda de social- och arbetsrättsliga rättigheterna, även genom att förstärka skyddet av dem vid offentlig upphandling.

39. I samma riktning pekar syftet att anbudsgivarna ska konkurrera på lika villkor. Denna konkurrens snedvrids om en anbudsgivare lämnar ett anbud i vetskap om att en av de viktigaste delarna i det (den underleverantör som ska svara för en betydande del av kontraktet) bygger på en otillbörlig kostnadsfördel, just på grund av att de socialrättsliga skyldigheterna åsidosätts, samtidigt som de övriga anbudsgivarna följer bestämmelserna. Förtroendet för en anbudsgivare som försöker dra nytta av en sådan otillbörlig fördel rubbas.

9 De språkversioner som jag har granskat har motsvarande innebörd: *peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations*, i den franska; *can demonstrate by any appropriate means a violation of applicable obligations*, i den engelska; *dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili*, i den italienska; *puder demonstrar, por qualquer meio adequado, o incumprimento das obrigações aplicáveis*, i den portugisiska; eller *kann auf geeignete Weise Verstöße gegen geltenden Verpflichtungen*, i den tyska.

10 I det förslag till direktiv som Europeiska kommissionen lade fram för rådet och Europaparlamentet (KOM/2011/0896 slutlig – 2011/0438 (COD)) nämndes dessutom de som medverkar i försörjningskedjorna (artikel 55). Genom den öppna formulering som valdes blev räckvidden om möjligt ännu större.

40. Mot bakgrund av detta, kan en anbudsgivares lämplighet att delta i en upphandling givetvis påverkas av en underleverantörs förseelser. Eftersom anbudsgivaren fritt kan välja om denne ska anlita underleverantörer och kan välja ut och föreslå de underleverantörer som ska delta i fullgörelsen av kontraktet, finns det inget som hindrar att anbudsgivarens ansvar (även om det bara är på grund av *culpa in eligendo*) utsträcks till att omfatta underleverantörernas agerande inom ramen för kontraktet.

41. Vid offentlig upphandling där underleverantörer anlitas är det dessutom möjligt att manövrera för att undgå ansvar och för att på ett otillbörligt sätt sänka lönekostnaderna för huvudentreprenören, och detta kan göras redan i det inledande skedet (anbudet) av upphandlingen.

42. När det gäller offentlig upphandling fäster unionsrätten visserligen generellt sett stor vikt vid etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster, liksom främjandet av konkurrens mellan ekonomiska aktörer. Detta syfte innebär att upphandlingsförfarandena ska öppnas för en så bred konkurrens som möjligt och en orimlig tillämpning av de fakultativa skälen för uteslutning kan utgöra ett hinder för detta.

43. De fakultativa skälen för uteslutning gör det emellertid möjligt för medlemsstaterna att tillgodose mål av allmänintresse och de syftar under alla förhållanden till att försäkra sig om att det anbudsgivande företaget är tillförlitligt, iakttar omsorg och är seriöst samt att det beter sig korrekt mot sina anställda. [11]

44. Jag påpekade i mitt förslag till avgörande i målet Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, [12] att i direktiv 2014/24 finns pålitligheten med som ett centralt inslag i förhållandet. Enligt skäl 101 första stycket får de upphandlande myndigheterna utesluta ”ekonomiska aktörer som har visat sig vara opålitliga”. Inslaget av pålitlighet genomsyrar således skälen för uteslutning rörande de subjektiva villkoren såväl hos anbudsgivaren som hos de övriga ekonomiska aktörer som denne vill anlita som underleverantörer för fullgörelsen av kontraktet.

45. Detta inflytande kan även konstateras i artikel 57.4 a i direktiv 2014/24. I skäl 101 nämns däremot först ekonomiska aktörer som har visat sig vara opålitliga, på grund av att de inte fullgör ”sina miljörelaterade eller sociala skyldigheter, inklusive bestämmelser om tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning”.

46. Domstolens praxis ger medlemsstaterna ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att utforma de fakultativa skälen för uteslutning. [13] I artikel 57.7 i direktiv 2014/24 klargörs emellertid att medlemsstaterna ska fastställa villkoren för tillämpning av dessa skäl ”med hänsyn till unionsrätten”.

47. Jag anser att det är berättigat att en medlemsstat använder sig av detta utrymme för skönsmässig bedömning för att dess upphandlande myndigheter ska få åberopa det fakultativa skäl för uteslutning som avses i artikel 57.4 a mot en anbudsgivare, när en underleverantör som denne har föreslagit har åsidosatt social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

48. Denna möjlighet till uteslutning tillämpas dock inte automatiskt, utan den är beroende av de konkreta omständigheterna, vilka ska bedömas mot bakgrund av de principer som ligger till grund för den offentliga upphandlingen, däribland proportionalitetsprincipen. [14]

11 Dom av den 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punkterna 29, 31 och 32).

12 Mål C-267/18, EU:C:2019:393.

13 Dom av den 20 december 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani och Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, punkt 31 och där angiven praxis).

14 Enligt artikel 18.1 i direktiv 2014/24 ska ”de upphandlande myndigheterna … behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt”.

49. Det följer av proportionalitetsprincipen att för att försummelser från en underleverantörs sida ska kunna påverka anbudsgiven till den grad att denne utesluts från förfarandet, måste underleverantörernas försummelser generellt sett medföra att den upphandlande myndigheten tappar förtroendet för anbudsgivaren. Jag ska återkomma till detta senare.

C. Tolkningen av artikel 71 i direktiv 2014/24

50. I artikel 71.1 i direktiv 2014/24 föreskrivs att de behöriga myndigheterna ska säkerställa ”[a]tt underleverantörerna iakttar de skyldigheter som avses i artikel 18.2” (de vill säga bland annat social- och arbetsrättsliga skyldigheter).

51. I punkt 6 i samma artikel föreskrivs att ”[i] syfte att undvika åsidosättande av de skyldigheter som avses i artikel 18.2 får lämpliga åtgärder vidtas” av medlemsstaterna.

52. Några av de parter som medverkat i målet [15] har gjort gällande att artikel 71 i direktiv 2014/24 inte gäller under upphandlingsförfarandet utan under fullgörelsen av kontraktet. De motiverar det med skäl 105 i det direktivet, som bara nämner huvudentreprenören och underleverantören men inte dem som bara är anbudsgivare.

53. Jag anser inte att denna språkliga invändning har någon avgörande betydelse. I själva verket används i artikel 71 i direktiv 2014/24 förutom uttrycket ”huvudentreprenören” (i betydelsen ”den ekonomiska aktör som har tilldelats kontraktet”), även ”underleverantör”, ”anbudsgivare” (den som lämnat ett anbud) och ”ekonomisk aktör”. Det sistnämnda begreppet är vidare och innefattar varje företag som tillhandahåller varor eller tjänster på marknaden, [16] och därmed logiskt sett även underleverantörer.

54. Skäl 105 ska jämföras med de uttryckliga hänvisningarna till anbudsgivaren, huvudentreprenören och de ekonomiska aktörerna i artikel 71 i direktivet. Det finns således inget som hindrar att den bestämmelsen tillämpas såväl i det skede som föregår tilldelningen av kontraktet (det vill säga på anbudsgivarna) som i det efterföljande skedet (det vill säga på huvudentreprenörerna) när det gäller förhållandet mellan dessa och underleverantörerna.

55. I artikel 71.6 b i direktiv 2014/24, vilken handlar om uteslutning av underleverantören på grund av att denne åsidosatt de skyldigheter som föreskrivs i artikel 18.2, används uttrycket ”ekonomisk aktör”, vilket innebär att bestämmelsen har verkan såväl i upphandlingsskedet som i det skede när kontraktet genomförs.

56. Detta är logiskt, eftersom den information som den ekonomiska aktören ska lämna till den upphandlande myndigheten om underleverantörernas anknytning till kontraktet har en central roll i direktiv 2014/24. Jag hänvisar på denna punkt till det jag anförde i mitt förslag till avgörande i målet Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93. [17]

57. Denna avsikt från lagstiftarens sida har normativt sett kommit till uttryck i punkterna 2 och 5 i artikel 71 i direktiv 2014/24, vilka handlar om anbudsgivarens respektive huvudentreprenörens skyldighet att informera den upphandlande myndigheten om det planerade anlitandet av underleverantörer (i upphandlingsskedet) eller om deltagande underleverantörer (efter det att kontraktet har tilldelats).

15 Consip och den österrikiska regeringen.

16 I artikel 2.1.10 i direktivet definieras begreppet ”ekonomisk aktör” som ”varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller enheter, inbegripet tillfälliga företagssammanslutningar, som erbjuder sig att utföra byggentreprenader och/eller ett byggnadsverk, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden”. Där definieras även begreppet ”anbudsgivare” som ”en ekonomisk aktör som har lämnat ett anbud” (artikel 2.1.11).

17 Mål C-267/18, EU:C:2019:393.

58. Artikel 71.6 b anknyter till denna informationsskyldighet då den ger de upphandlande myndigheterna befogenhet att med hjälp av de mekanismer som föreskrivs i artiklarna 59, 60 och 61 i direktiv 2014/24 kontrollera om det finns skäl för uteslutning av underleverantörer enligt artikel 57.

59. Hänvisningen till artikel 57 i artikel 71 omfattar såväl de obligatoriska som de fakultativa skälen för uteslutning, i samband med åsidosättande av de skyldigheter som avses i artikel 18.2. Konsekvenserna skiljer sig emellertid åt:

– Om en underleverantör omfattas av ett obligatoriskt skäl för uteslutning,[18] *ska* den upphandlande myndigheten *begära* att den ekonomiska aktören byter ut underleverantören.

– Om det rör sig om ett icke-obligatoriskt skäl för uteslutning,[19] *får* den upphandlande myndigheten *begära* att den ekonomiska aktören byter ut underleverantören. Detta är, vilket jag ska återkomma till nedan, en av de åtgärder som är tillåtna för att reagera mot att det förekommer olämpliga underleverantörer.

60. I detta sammanhang bör särskilt två inslag i direktivet framhållas:

– Dels den öppna formuleringen i artikel 71.6 i direktiv 2014/24 (”I syfte att undvika åsidosättande av de skyldigheter som avses i artikel 18.2 får lämpliga åtgärder vidtas, t.ex. följande: …”).

– Dels den befogenhet som medlemsstaterna ges att införa ”strängare ansvarsregler” (artikel 71.7).

61. En samtidig tillämpning av dessa två inslag ger enligt min uppfattning stöd för den slutsats som kan dras av tolkningen av artikel 57.4 a i direktiv 2014/24, nämligen att medlemsstaterna i dessa fall har rätt att ålägga anbudsgivare som har föreslagit underleverantörer som åsidosatt skyldigheter enligt artikel 18.2 i direktivet ett direkt ansvar.

62. Formuleringen i artikel 71.6 i direktiv 2014/24 innebär en möjlighet att införa *andra nationella åtgärder*. Unionslagstiftaren har (i en icke-uttömmande uppräkning) kortfattat beskrivit några av dessa åtgärder för att reagera mot åsidosättande av social- och arbetsrättsliga skyldigheter, som utbyte av underleverantörer för vilka det föreligger (obligatoriska eller fakultativa) skäl för uteslutning, men det innebär inte att andra åtgärder inte är tillåtna. Medlemsstaterna ska fastställa villkor för genomförande av dessa åtgärder, enligt artikel 71.8.

63. Samma synsätt präglar artikel 71.7, enligt vilken medlemsstaterna får införa ”strängare ansvarsregler” enligt nationell rätt vid anlitande av underleverantörer. Jag anser att lydelsen av denna punkt visar att dessa bestämmelser inte bara avser ”direktbetalning till underleverantörer” (för vilket formuleringen ”gå längre” används), utan att de kan ha en mer allmän räckvidd.

64. Detta framgår ännu tydligare av skäl 105 i direktiv 2014/24, i vilket det anges att ”medlemsstaterna har rätt att införa strängare ansvarsregler enligt nationell rätt eller gå längre enligt nationell rätt om direktbetalning till underleverantörer”. Dessa alternativ visar att det finns två olika (möjliga) typer av ingripanden.

65. Dessa befogenheter för medlemsstaterna omfattar inte bara förhållandet mellan huvudentreprenören och underleverantörerna, utan även förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivare som i sitt anbud har föreslagit att en underleverantör för vilken det föreligger ett skäl för uteslutning ska anlitas. Jag hänvisar till vad jag ovan redovisat om deras solidariska ansvar.

18 Det vill säga när det rör sig om åsidosättande av social- eller arbetsrättsliga skyldigheter som slagits fast i en lagakraftvunnen dom och som omfattas av något av skälen i artikel 57.1.

19 Artikel 57.4 a, som särskilt handlar om åsidosättande av de skyldigheter som avses i artikel 18.2.

66. Eftersom artikel 57 i direktiv 2014/24 särskilt reglerar skälen för uteslutning, förstärker artikel 71.6 och 71.7, genom att hänvisa till den förstnämnda artikeln, möjligheten att utesluta anbudsgivare på grund av att underleverantörer har åsidosatt de skyldigheter som avses i artikel 18.2. Möjligheterna att utesluta anbudsgivare regleras i sig i artikel 57, men bestämmelserna om anlitande av underleverantör i artikel 71 bekräftar som sagt denna möjlighet.

D. Det italienska systemet för uteslutning på grund av underleverantörens förseelser, med avseende på de faktiska omständigheterna i målet

67. En samtidig tillämpning av artiklarna 80.5 och 105.12 CCP innebär att om det i ett anbud föreslås en underleverantör som har åsidosatt de social- och arbetsrättsliga skyldigheterna rörande personer med funktionsnedsättning, får det till följd att anbudsgivaren som fritt har valt att föreslå denna underleverantör *automatiskt* ska uteslutas, om detta konstateras innan kontraktet tilldelas.

68. Det är inte säkert att denna drastiska konsekvens är förenlig med proportionalitetsprincipen. Domstolen har uttalat sig om de fakultativa skälen för uteslutning med avseende på direktiv 2004/18,[20] och slagit fast att de inte ska tillämpas automatiskt. Det framgår av domen Forposta och ABC Direct Contact[21] att automatiken skulle kunna gå utöver det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har enligt artikel 45.2 i direktiv 2004/18 (nu artikel 57.7 i direktiv 2014/24).

69. Enligt den domen är det nödvändigt att göra ”en konkret och individuell bedömning av den aktuelle ekonomiske aktörens inställning”.[22] Eftersom den inte iakttog detta kriterium slog domstolen fast att unionsrätten utgör hinder för en nationell lag i vilken det föreskrivs att ”den upphandlande myndigheten är skyldig att automatiskt utesluta aktören från ett … förfarande för offentlig upphandling … Den upphandlande myndigheten har härvid inte möjlighet att från fall till fall bedöma hur allvarligt den ovannämnde aktörens påstått felaktiga agerande har varit …”

70. Domstolen följde emellertid inte denna praxis, som den hållit fast vid i tidigare domar, i målet Connexxion Taxi Services. Då den ställde den dittills nödvändiga bedömningen av anbudsgivarens försummelse mot bakgrund av proportionalitetsprincipen mot iakttagandet av principerna om insyn och likabehandling, tog den ställning för de sistnämnda. Den fann att dessa principer vägde tyngst i ett fall där det ”i de aktuella upphandlingsvillkoren angavs att en anbudsgivare som hade begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen med nödvändighet skulle uteslutas utan hänsyn till om denna åtgärd var proportionerlig eller inte”.[23]

71. Bedömningen tycks således skilja sig åt beroende på om den automatiska uteslutningen enbart föreskrivs i lagen (då det bör vara möjligt att göra en proportionalitetsprövning även om den nationella lagen inte föreskriver det) eller om den föreskrivs kategoriskt i förfrågningsunderlaget för upphandlingen.

72. Varken av beslutet att begära förhandsavgörande eller av de efterföljande klargörandena,[24] framgår det att den automatiska uteslutningen skulle ha föreskrivits i de handlingar som låg till grund för tilldelningen av kontraktet. Det ankommer på den nationella domstolen att klarlägga huruvida villkor 11 eller något annat villkor i förfrågningsunderlaget innehöll ett sådant tvingande påbud. Om så är

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

21 Dom av den 13 december 2012 (C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 35).

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

23 Dom av den 14 december 2016, Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, domslutet).

24 Vilka sammanfattas i punkt 21 i detta förslag till avgörande.

fallet ska öppenhetsprincipen och principen om likabehandling av anbudsgivarna, i den mening som avses i domen Connexxion Taxi Services,[25] i första hand tillämpas. På så sätt förhindras det att en anbudsgivare som uppfyller villkoren i förfrågningsunderlaget förbigås till förmån för en anbudsgivare som inte gör det.

73. I annat fall ska de krav som följer av proportionalitetsprincipen tillämpas. Även här är det den hänskjutande domstolen som ska bedöma alla de faktorer som föreligger, för att avgöra om uteslutningen av anbudsgivaren är en påföljd som står i proportion till försummelsens svårighetsgrad.

74. Bland dessa faktorer kan den bedömas som den hänskjutande domstolen tar upp i sitt skriftliga klargörande, det vill säga att den uteslutna anbudsgivaren inte var skyldig att kontrollera om underleverantörens ESPD var sanningsenlig, vilket skulle kunna lindra själva försummelsen. Försummelsen kvarstår emellertid, om än i mindre grad, eftersom det inte fanns något som hindrade anbudsgivaren från att på andra sätt i förväg kontrollera (vilket den upphandlande myndigheten gjorde senare) om underleverantören hade åsidosatt sina skyldigheter.

75. Att två av de tre underleverantörer som förslagits är oklanderliga, räcker inte för att minska anbudsgivarens ansvar. Skulle ett sådant förfarande godtas skulle det kunna uppmuntra till bedrägerier där man föreslår en underleverantör som åsidosatt sina skyldigheter (vilket som nämnts brukar medföra lägre lönekostnader och sociala kostnader), vars tjänster anlitas om oegentligheterna inte uppdagas, och två andra underleverantörer som ett rent komplement.

76. Inte heller mildras anbudsgivarens ansvar av att denne själv skulle kunna uppfylla avtalsförpliktelserna utan att anlita någon underleverantör. Mot bakgrund av att anbudsgivaren hade frihet att välja om denne skulle anlita underleverantörer och i anbudet meddelade den upphandlande myndigheten sin avsikt att utnyttja denna möjlighet och att föreslå tre underleverantörer, var denne ansvarig för att det bland dessa tre inte fanns någon som hade åsidosatt de nationella bestämmelserna rörande tillgång till arbete för personer med funktionsnedsättning.

V. Förslag till avgörande

77. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen för Lazio, Italien) har ställt på följande sätt:

1) Artikel 57.4 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, utgör i princip inte hinder för att en anbudsgivare som i sitt anbud har meddelat sin avsikt att anlita en ekonomisk aktör som underleverantör utesluts, om denna underleverantör har åsidosatt sina social- eller arbetsrättsliga skyldigheter enligt den nationella rätten.

2) När den upphandlande myndigheten fattar beslut om uteslutning, ska den ha rätt att i varje enskilt fall bedöma om åtgärden är proportionerlig, varvid den får beakta alla omständigheter som föreligger för att klargöra om anbudsgivaren är trovärdig, om inte förfrågningsunderlaget med tvingande verkan föreskriver att anbudsgivaren ska uteslutas utan hänsyn till om denna påföljd är proportionerlig.

25 Dom av den 14 december 2016 (C-171/15, EU:C:2016:948).