



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tionde avdelningen)

den 22 oktober 2015*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Skäl till uteslutning från deltagande i ett anbudsförfarande — Upphandling som inte uppgår till tröskelvärdet för tillämpning av detta direktiv — Grundläggande regler i FEU-fördraget — Försäkran om att ett legalitetsprotokoll för bekämpandet av kriminell verksamhet ska iakttas — Uteslutning på grund av att någon sådan försäkran inte lämnats — Tillåtet — Proportionalitet”

I mål C-425/14,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (Italien), genom beslut av den 9 juli 2014, som inkom till domstolen den 17 september 2014, i målet

Impresa Edilux Srl, i egenskap av företrädare för det tillfälliga konsortiet,

Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF)

mot

Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani,

Assessorato ai Beni Culturali e dell’Identità Siciliana,

UREGA – Sezione provinciale di Trapani,

Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana,

ytterligare deltagare i rättegången:

Icogen Srl,

meddelar

DOMSTOLEN (tionde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden på åttonde avdelningen, tillika tillförordnad ordförande på tionde avdelningen D. Šváby, samt domarna E. Juhász och C. Vajda (referent),

generaladvokat: P. Cruz Villalón,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

* Rättegångsspråk: italienska.

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Impresa Edilux Srl, i egenskap av företrädare för det tillfälliga konsortiet, och Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF), genom F. Lattanzi och S. Iacuzzo, avvocati,
- Icogen Srl, genom C. Giurdanella, avvocato,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av S. Varone, avvocato dello Stato,
- Europeiska kommissionen, genom D. Recchia och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 45 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114), i dess ändrade lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 1251/2011 av den 30 november 2011 (EUT L 319, s. 43) (nedan kallat direktiv 2004/18).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Impresa Edilux Srl (nedan kallat Edilux), i egenskap av företrädare för det tillfälliga konsortiet, vilket bildats av detta bolag och Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (nedan kallat SICEF), samt sistnämnda bolag, och å andra sidan Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani (myndigheten för kulturarv och den sicilianska identiteten, avdelningen för provinsen Trapani), Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana (myndigheten för kulturarv och den sicilianska identiteten), UREGA – Sezione provinciale di Trapani (UREGA, avdelningen för provinsen Trapani) samt Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana (myndigheten för infrastruktur och mobilitet i regionen Sicilien) (nedan tillsammans kallade den upphandlande myndigheten i det nationella målet), angående den upphandlande myndighetens beslut att utesluta Edilux och SICEF från ett upphandlingsförfarande på grund av att de inte tillsammans med anbudet lämnat en försäkran om att skulle iaktta klausuler som ingår i ett lagenlighetsprotokoll.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 I artikel 2 i direktiv 2004/18 anges följande:
”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”
- 4 Enligt artikel 7 c i nämnda direktiv är detta tillämpligt på offentliga tjänstekontrakt vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst 5 000 000 euro.

- 5 I artikel 45 i direktivet, vilken har rubriken ”Anbudssökandes eller anbudsgivares personliga ställning”, föreskrivs följande i punkterna 1 och 2:

”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 ...
- b) Bestickning ...
- c) Bedrägeri ...
- d) Penningtvätt ...

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

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

...

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

- a) är i konkurs eller likvidation, har avbrutit sin näringsverksamhet, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått i ackordsuppgörelse med borgenärer eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,
- b) är föremål för en ansökan om konkurs, tvångsförvaltning, likvidation, ackord med borgenärer eller för något annat liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,
- c) enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetiken,
- d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,
- e) inte har fullgjort sina skyldigheter avseende erläggande av sociala avgifter enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i det land där han är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,
- f) inte har fullgjort sina skyldigheter avseende erläggande av skatter enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i det land där han är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,
- g) i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt detta avsnitt eller har underlåtit att lämna sådan information.

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

Italiensk rätt

- 6 I artikel 46.1 bis i lagstiftningsdekret nr 163 om införande av lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, tjänster och varor till genomförande av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (ordinarie tillägg till GURI nr 100 av den 2 maj 2006) av den 12 april 2006, anges följande:

”Den upphandlande enheten ska utesluta anbudssökande eller andra deltagande om de inte uppfyller villkoren i denna lag, i förordningen eller i andra gällande lagbestämmelser, om det inte är möjligt att fastställa innehållet i eller ursprunget för ett anbud, om anbudet saknar underskrift eller är ofullständigt i andra väsentliga avseenden, eller om kuvertet med anbudet eller anbudsansökan är brutet – eller om det förekommer andra oegentligheter vad avser kuvertens förslutning – på ett sådant sätt att det i det enskilda fallet kan antas att principen om sekretess i anbudsförfaranden har åsidosatts. Anbudsinfordringar eller inbjudningar att lämna anbud får inte innehålla ytterligare villkor som ska uppfyllas vid äventyr av uteslutande. Sådana villkor är under alla omständigheter ogiltiga.”

- 7 Enligt artikel 1.17 i lag nr 190 om bestämmelser för att förebygga och bekämpa korruption och olagligheter i den offentliga administrationen (legge no 190, disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione) av den 6 november 2012 (GURI nr 265, av den 13 november 2012) (nedan kallad lag nr 190/2012):

”Upphandlande myndigheter kan i meddelande, anbudsinfordran eller inbjudan att lämna anbud ange att åsidosättandet av klausuler i legalitetsprotokoll eller i integritetsavtal utgör skäl för uteslutning från upphandlingsförfarandet.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 8 Edilux och SICEF utgör den ledande bemyndigade företrädaren respektive fullmaktsgivaren för ett konsortium. Den 20 maj 2013 tilldelade den upphandlande myndigheten i det nationella målet dessa företag ett offentligt kontrakt till ett värde på 2 271 735 euro avseende restaureringen av grekiska tempel på Sicilien.
- 9 Med anledning av ett klagomål från Icogen Srl, det bolag som rankats som nummer två i upphandlingsförfarandet, upphävde den aktuella upphandlande myndigheten den 18 juni 2013 beslutet om tilldelning av det aktuella kontraktet till Edilux och SICEF. Istället tilldelades Icogen Srl slutgiltigt kontraktet.
- 10 Den aktuella upphandlande myndigheten grundade upphävandet och därmed uteslutningen av Edilux och SICEF från upphandlingsförfarandet på att dessa företag inte ingett någon försäkran om iakttagande av klausulerna i legalitetsprotokollet tillsammans med sina anbud, vilket skulle inges enligt det schema som anges i bilaga 6 till förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Under rubriken ”Varning” i förfrågningsunderlaget angavs att denna försäkran utgjorde en väsentlig handling som skulle inges vid äventyr av uteslutning.
- 11 Detta intyg, av vilket en kopia finns bland de handlingar som ingetts till domstolen, har följande lydelse:

”[Deltagaren i anbudsförfarandet] förbinder sig uttryckligen att för det fall den tilldelas kontraktet

- a. underrätta ... den upphandlande myndigheten ... om hur arbetena fortskrider, föremålet för, storleken på och parterna i underleverantörsavtal och underavtal, ... samt villkoren för urval av avtalsparter ...,

- b. underrätta den upphandlande myndigheten om varje försök till störning, olaglighet eller snedvridning som observerats under upphandlingsförfarandet och/eller verkställande av avtalet från en berörd persons, en anställd tjänstemans eller annan persons sida som kan påverka besluten avseende den berörda upphandlingen,
- c. samarbeta med polisen genom att anmäla varje försök till utpressning, hot eller påverkan av kriminell art ...,
- d. införa samma bestämmelser i underleverantörsavtalen ... och är medveten om att vid underlåtelse kommer eventuella tillstånd inte att beviljas,

och intygar uttryckligen och högtidligen

- e. att undertecknad inte befinner sig i ett kontroll- eller delägarförhållande (rättsligt eller faktiskt) gentemot andra konkurrenter och att undertecknad inte har ingått och inte kommer att ingå något avtal med övriga deltagare i anbuds-förfarandet,
 - f. att undertecknad inte kommer att anlita andra företag som deltar i anbudsinfördran för att utföra någon av uppgifterna ... och att undertecknad vid underlåtelse är medveten om att sådana underleverantörsavtal inte kommer att godkännas,
 - g. att anbudet uppfyller principerna om att vara allvarligt menat, om integritet, oberoende och konfidentialitet, och att undertecknad förbinder sig att iaktta principerna om lojalitet, insyn och integritet, samt att undertecknad inte har ingått eller kommer att ingå något avtal som innebär en begränsning eller ett undvikande av konkurrens med någon annan deltagare i upphandlingsförfarandet,
 - h. för det fall att undertecknad tilldelas kontraktet, förbinder sig undertecknad att underrätta [den upphandlande myndigheten] om varje försök till störning, olaglighet eller snedvridning som observerats under upphandlingsförfarandet och/eller verkställande av avtalet från en berörd persons, en anställd tjänstemans eller annan persons sida som kan påverka besluten avseende den berörda upphandlingen,
 - i. undertecknad förbinder sig att samarbeta med polisen och att anmäla varje försök till utpressning, hot eller påverkan av kriminell art ...,
 - j. undertecknad förbinder sig att införa samma bestämmelser i underleverantörsavtalen ... och är medveten om att vid underlåtelse kommer eventuella tillstånd inte att beviljas,
 - k. ... är medveten om att ovan angivna förklaringar och skyldigheter utgör villkor för att delta i anbudsinfördran, vilket innebär att för det fall att [den upphandlande myndigheten] under upphandlingsförfarandet och på grundval av underbyggda, precisa och samstämmiga uppgifter fastställer att företaget i faktiskt hänseende är att anse som närstående till en annan deltagare i upphandlingsförfarandet det föreligger faktisk sammanslutning, kommer företaget att uteslutas.”
- 12 Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (regional förvaltningsdomstol för Sicilien) ogillade den talan som väckts av Edilux och SICEF mot det beslut som den aktuella upphandlande myndigheten fattade den 18 juni 2013. Dessa bolag överklagade då till Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (förvaltningsdomstol i andra instans för regionen Sicilien).
- 13 Den hänskjutande domstolen har förklarat att införandet av legalitetsprotokoll i den italienska rättsordningen syftar till att förebygga och bekämpa det skadliga fenomenet med infiltrering av den organiserade brottsligheten, särskilt inom sektorn för offentlig upphandling. Denna brottslighet är

djupt rotad i vissa regioner i södra Italien. Dessa protokoll är även väsentliga för att värna de grundläggande principerna om konkurrens och insyn som ligger till grund för lagstiftningen om offentlig upphandling i Italien och Europeiska unionen.

- 14 Enligt den hänskjutande domstolen medför artikel 1.17 i lag nr 190/2012 att de upphandlande myndigheterna, vid äventyr av uteslutning, kan kräva att sådana protokoll godtas i förväg, vilket är nödvändigt för att klausulerna i dessa avtal ska bli bindande. Om sanktioner endast kunde vidtas vid en underlåtelse att iaktta dessa klausuler under genomförandet av kontraktet, skulle det undanröja den eftersträvade och angivna verkan att skydda och avskräcka genom att i största möjliga mån agera i förväg. Ett sådant skäl för uteslutning är för övrigt giltigt enligt artikel 46.1 bis i lagstiftningsdekret nr 163. I denna bestämmelse föreskrivs att en sökande får uteslutas från ett upphandlingsförfarande på grundval av gällande rättsregler. Bestämmelsen i lag nr 190/2012 utgör en sådan rättsregel.
- 15 Den hänskjutande domstolen hyser emellertid tvivel angående huruvida ett sådant skäl för uteslutning är förenligt med unionsrätten. Denna domstol har härvid anfört att artikel 45 i direktiv 2004/18, vilken i punkt 1 första stycket och punkt 2 första stycket innehåller en uttömmande förteckning över skälen för uteslutning, inte innehåller någon jämförbar bestämmelse. Den anser däremot att artikel 1.17 i lag nr 190/2012 skulle kunna vara förenlig med artikel 45.1 tredje stycket i nämnda direktiv, vilket enligt denna domstol innehåller ett undantag, från den uttömmande uppräknings skälen för uteslutning, avseende tvingande krav av allmänintresse, såsom sådana som rör allmän ordning och förebyggande av brott.
- 16 Den hänskjutande domstolen har vidare anfört att även om värdet på den omtvistade upphandlingen understiger det relevanta tröskelvärdet för tillämpning av direktiv 2004/18, är principerna i unionsrätten inte desto mindre tillämpliga. Denna domstol har härvid påpekat att detta kontrakt har ett tydligt gränsöverskridande intresse, eftersom bestämmelserna i den särskilda lagstiftningen för nämnda upphandling även rör andra företags deltagande än sådana som är etablerade i Italien.
- 17 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Giustizia amministrativa per Regione Siciliana att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:
- ”1) Utgör unionsrätten, särskilt artikel 45 i direktiv 2004/18/EG, hinder för en sådan bestämmelse som artikel 1.17 i lag nr 190/2012, enligt vilken upphandlande myndigheter kan slå fast att en laglig grund för uteslutande av företag som deltar i ett upphandlingsförfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt är att företagen inte har åtagit sig – eller inte har lagt fram skriftlig bevisning för att de har åtagit sig – de förpliktelser som ingår i de så kallade legalitetsprotokollen och, mer allmänt, i avtal mellan de upphandlande myndigheterna och de deltagande företagen i syfte att motverka infiltration av organiserad brottslighet när det gäller tilldelning av offentliga kontrakt?
- 2) Kan en bestämmelse i en medlemsstats rättsordning som ger rätt att utesluta företag på det sätt som nämnts i fråga 1 anses utgöra ett motiverat undantag från principen att grunderna för uteslutande är uttömmande enligt artikel 45 i direktiv 2004/18, av det skälet att det grundar sig på det tvingande behovet att motverka försök till infiltration av organiserad brottslighet när det gäller förfaranden för tilldelning av offentliga kontrakt?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande synpunkter

- 18 De tolkningsfrågor som den hänskjutande domstolen har ställt avser tolkningen av artikel 45 i direktiv 2004/18. Den hänskjutande domstolen har emellertid i sin begäran om förhandsavgörande konstaterat att upphandlingen i det nationella målet har ett värde som understiger det relevanta tröskelvärde för tillämpning av detta direktiv, det vill säga det tröskelvärde som fastställs i artikel 7 c i detta direktiv.
- 19 De särskilda och noggrant reglerade förfaranden som föreskrivs i Europeiska unionens direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling är endast tillämpliga på kontrakt vars värde överskrider det tröskelvärde som uttryckligen föreskrivs i vart och ett av dessa direktiv. Bestämmelserna i dessa direktiv är således inte tillämpliga på kontrakt vars värde understiger det tröskelvärde som föreskrivs i dem (se dom *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 15 och där angiven rättspraxis). Artikel 45 i direktiv 2004/18 är således inte tillämplig i det nationella målet.
- 20 Det framgår emellertid av fast praxis från domstolen 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 (se, bland annat, dom *Ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve m.fl.*, C-225/13, EU:C:2014:245, punkt 30 och där angiven rättspraxis).
- 21 Det följer av fast rättspraxis att vid tilldelning av kontrakt som till följd av sitt värde inte omfattas av tillämpningsområdet för unionens direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling, ska de grundläggande reglerna och de allmänna principerna i EUF-fördraget, särskilt likabehandlingsprincipen och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, ändå tillämpas i den mån upphandlingen har ett tydligt gränsöverskridande intresse, mot bakgrund av vissa objektiva kriterier (se, för ett liknande resonemang, dom *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 16 och där angiven rättspraxis).
- 22 Den hänskjutande domstolen har anfört att principerna i unionsrätten är tillämpliga på det i denna domstol anhängiga målet och har i detta sammanhang konstaterat att det föreligger ett tydligt gränsöverskridande intresse, eftersom bestämmelserna i den särskilda lagstiftningen för nämnda upphandling även rör andra företags deltagande än sådana som är etablerade i Italien.
- 23 Mot denna bakgrund finner EU-domstolen att den första frågan ska anses avse tolkningen av de grundläggande regler och allmänna principer i fördraget som nämns ovan i punkt 21.
- 24 Däremot saknas det anledning att besvara den andra frågan. Det framgår nämligen av skälen för begäran om förhandsavgörande att denna fråga specifikt avser artikel 45.1 tredje stycket i direktiv 2004/18, där det föreskrivs ett undantag, från den skyldighet som anges i det första stycket i denna punkt, avseende tvingande krav av allmänintresse. Enligt detta undantag får en upphandlande myndighet utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare från deltagande i en upphandling om en lagkraftvunnen dom har meddelats mot vederbörande på en eller flera av de grunder som räknas upp i denna bestämmelse.

Den första frågan

- 25 Den första frågan ska således förstås på så sätt att den avser huruvida de grundläggande reglerna och de allmänna principerna i fördraget, särskilt likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, ska tolkas så, att de utgör hinder för en bestämmelse i nationell rätt enligt vilken en upphandlande myndighet kan utesluta en anbudssökande eller en anbudsgivare från anbudsförfarandet för ett offentligt kontrakt på grund av att företaget inte tillsammans med anbudet gett in ett skriftligt godtagande av åtaganden och intyganden i ett legalitetsprotokoll, såsom det som är aktuellt i det nationella målet, vars syfte är att motverka infiltration av organiserad brottslighet på området för offentlig upphandling.
- 26 Domstolen har redan fastställt att varje medlemsstat ska tillerkännas ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att vidta åtgärder för att säkerställa iakttagandet av likabehandlingsprincipen och insynsskyldigheten, vilka de upphandlande myndigheterna är skyldiga att iaktta i samtliga upphandlingsförfaranden. Varje medlemsstat är nämligen bäst lämpad att själv, utifrån nationella hänsyn av historisk, rättslig, ekonomisk eller social karaktär, identifiera situationer i vilka det finns risk för att beteenden uppstår som kan leda till att nämnda princip och skyldighet åsidosätts (se, för ett liknande resonemang, dom Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punkterna 31 och 32 samt där angiven rättspraxis).
- 27 Enligt den hänskjutande domstolen syftar sådana legalitetsprotokoll som är i fråga i det nationella målet till att förebygga och bekämpa fenomenet med infiltrering av den organiserade brottsligheten, särskilt inom sektorn för offentlig upphandling. Denna brottslighet är djupt rotad i vissa regioner i södra Italien. Dessa protokoll är även väsentliga för att värna principerna om konkurrens och insyn som ligger till grund för lagstiftningen om offentlig upphandling i Italien och Europeiska unionen.
- 28 Domstolen konstaterar att skyldigheten att avge en försäkran om iakttagande av denna typ av legalitetsprotokoll i syfte att förhindra kriminell verksamhet och snedvridning av konkurrensen på området för offentlig upphandling, är ägnad att förstärka likabehandling och insyn i samband med offentlig upphandling. I den mån denna skyldighet åligger varje anbudssökande eller anbudsgivare utan åtskillnad, strider den inte heller mot icke-diskrimineringsprincipen.
- 29 Enligt proportionalitetsprincipen, som ingår bland unionsrättens allmänna principer, får en sådan åtgärd emellertid inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet (se, för ett liknande resonemang, dom Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punkt 33 och där angiven rättspraxis).
- 30 Domstolen godtar inte de argument som framförts av Edilux och SICEF, enligt vilka en försäkran om iakttagande av vissa åtaganden utgör ett ineffektivt medel för att bekämpa den organiserade brottslighetens infiltration, eftersom iakttagandet av dessa åtaganden endast kan kontrolleras i efterskott, efter tilldelningen av det berörda kontraktet.
- 31 Den hänskjutande domstolen har nämligen påpekat att klausulerna i legalitetsprotokoll måste ha accepterats i förväg, såsom ett villkor för deltagande i upphandlingsförfarandet, för att vara bindande. Den anförde vidare att om sanktioner endast kunde vidtas vid en underlåtelse att iaktta dessa klausuler under genomförandet av kontraktet, skulle det undanröja den eftersträvade och angivna verkan att skydda och avskräcka genom att i största möjliga mån agera i förväg. Mot denna bakgrund finner domstolen, med beaktande av det utrymme för skönsmässig bedömning som tillerkänns medlemsstaterna, vilket det erinrats om ovan i punkt 26, att skyldigheten att avge en försäkran om iakttagande av åtaganden i ett legalitetsprotokoll i samband med att deltagandet i en anbudsinfördran för tilldelning av ett kontrakt inleds, inte kan anses gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de eftersträvade syftena.

- 32 När det sedan gäller innehållet i det legalitetsprotokoll som är i fråga i det nationella målet, består de åtaganden som anbudssökande eller anbudsgivare ska göra enligt punkterna a–d i protokollet i huvudsak av att ange i vilket skede arbetena befinner sig, föremålet för, storleken på och parterna i underleverantörsavtal och underavtal samt villkoren för urval av avtalsparter, att underrätta den upphandlande myndigheten om varje försök till störning, olaglighet eller snedvridning som observerats under upphandlingsförfarandet och/eller verkställande av avtalet, att samarbeta med polisen och att anmäla varje försök till utpressning, hot eller påverkan av kriminell art, samt att införa samma klausuler i underleverantörsavtalen. Dessa åtaganden sammanfaller med de intyganden som ska göras enligt punkterna h–j i detta protokoll.
- 33 När det gäller ett sådant intygande som anges i punkt g i det aktuella legalitetsprotokollet, enligt vilken deltagaren intygar att vederbörande inte har ingått eller kommer att ingå något avtal som innebär en begränsning eller ett undvikande av konkurrens med någon annan deltagare i upphandlingsförfarandet, har detta endast till syfte att värna principerna om konkurrens och insyn i förfaranden för offentlig upphandling.
- 34 Sådana åtaganden och intyganden avser anbudssökandens eller anbudsgivarens lojala uppträdande gentemot den aktuella upphandlande myndigheten i det nationella målet samt anbudssökandens eller anbudsgivarens samarbete med polisen. De går inte utöver vad som är nödvändigt för att bekämpa den organiserade brottslighetens infiltration inom sektorn för offentlig upphandling.
- 35 Enligt punkt e i det aktuella legalitetsprotokollet ska deltagaren intyga att vederbörande inte befinner sig i ett kontroll- eller delägarförhållande gentemot andra konkurrenter.
- 36 Såsom Europeiska kommissionen har påpekat i sitt skriftliga yttrande, framgår det av domstolens praxis att en regel om automatisk uteslutning av anbudssökande eller anbudsgivare som har sådana band till gentemot andra anbudssökande eller anbudsgivare går utöver vad som är nödvändigt för att förhindra beteenden som innebär hemligt samförstånd och således även för att säkerställa tillämpningen av likabehandlingsprincipen och iakttagandet av insynsskyldigheten. En sådan regel om automatisk uteslutning utgör en icke motbevisbar presumtion för företag mellan vilka det finns ett kontroll- eller delägarförhållande om ömsesidig påverkan på deras respektive anbud för samma kontrakt. En sådan regel innebär således att det är omöjligt för dessa anbudssökande eller anbudsgivare att visa att deras anbud är självständiga och det strider således mot unionens intresse av att säkerställa att så många anbudsgivare som möjligt deltar i ett anbuds förfarande (se, för ett liknande resonemang, dom Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punkterna 28–30, och dom Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punkterna 39 och 40).
- 37 Enligt nämnda punkt e ska deltagaren även intyga att vederbörande inte har ingått och inte kommer att ingå något avtal med övriga deltagare i upphandlingsförfarandet. Ett sådant intygande går utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa principen om konkurrens på området för offentlig upphandling genom att det utesluter varje möjlighet att ingå avtal mellan deltagare, även sådana avtal som inte kan begränsa konkurrensen. Ett sådant intygande skiljer sig således från det som avses i punkt g i det aktuella legalitetsprotokollet.
- 38 Härav följer att en skyldighet för en deltagare i en offentlig upphandling att intyga att det inte föreligger något kontroll- eller delägarförhållande gentemot andra konkurrenter samt att det inte föreligger något avtal med andra deltagare i upphandlingsförfarandet – varvid avsaknad av ett sådant intygande medför att deltagaren automatiskt utesluts från detta förfarande – utgör ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.
- 39 Dessa överväganden ska även gälla beträffande det intygande som avses i punkt f i det aktuella legalitetsprotokollet, enligt vilken deltagaren ska intyga att den inte kommer att anlita andra företag som deltar i anbudsinfördran för att utföra någon av uppgifterna och att vederbörande vid underlåtelse är medveten om att sådana underleverantörsavtal inte kommer att godkännas. Ett sådant

intygande innebär nämligen en presumtion som inte kan motbevisas, och för det fall att den som tilldelats kontraktet ingår ett eventuellt underleverantörsavtal efter tilldelningen av kontraktet med en deltagare i samma anbudsinfördran kommer dessa båda företag att anses agera i hemligt samförstånd utan att det finns någon möjlighet att bevisa motsatsen. Ett sådant intygande går således längre än vad som är nödvändigt för att förhindra att företag agerar i hemligt samförstånd.

- 40 Med hänsyn till syftet att förebygga och bekämpa fenomenet med den organiserade brottslighetens infiltration, ska dessutom varje påtryckning från ett annat företag som deltagit i anbudsinfördran på den som har tilldelats ett kontrakt, i syfte att få till stånd ett underleverantörsavtal avseende detta kontrakt med det förstnämnda företaget, meddelas den upphandlande myndigheten eller i förekommande fall anmälas till polisen i enlighet med punkterna b, c, g, h och i i det aktuella legalitetsprotokollet.
- 41 Med hänsyn till det ovanstående ska den första frågan besvaras på följande sätt. De grundläggande reglerna och de allmänna principerna i fördraget, särskilt likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en bestämmelse i nationell rätt enligt vilken en upphandlande myndighet kan utesluta en anbudssökande eller en anbudsgivare från anbudsförfarandet för ett offentligt kontrakt på grund av att företaget inte tillsammans med anbudet gett in ett skriftligt godtagande av åtaganden och intyganden i ett legalitetsprotokoll, såsom det som är aktuellt i det nationella målet, vars syfte är att motverka infiltration av organiserad brottslighet på området för offentlig upphandling. I den mån det aktuella protokollet kräver att en anbudssökande eller en anbudsgivare ska intyga att vederbörande inte befinner sig i ett kontroll- eller delägarförhållande gentemot andra anbudssökande eller anbudsgivare, inte har ingått och inte kommer att ingå något avtal med andra deltagare i anbudsförfarandet och inte kommer att anlita andra företag som deltagit i detta förfarande för att utföra någon uppgift, får en underlåtelse att avge ett sådant intygande emellertid inte medföra att anbudssökanden eller anbudsgivaren automatiskt utesluts från detta förfarande.

Rättegångskostnader

- 42 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande 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 (tionde avdelningen) följande:

De grundläggande reglerna och de allmänna principerna i fördraget, särskilt likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn, ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en bestämmelse i nationell rätt enligt vilken en upphandlande myndighet kan utesluta en anbudssökande eller en anbudsgivare från anbudsförfarandet för ett offentligt kontrakt på grund av att företaget inte tillsammans med anbudet gett in ett skriftligt godtagande av åtaganden och intyganden i ett legalitetsprotokoll, såsom det som är aktuellt i det nationella målet, vars syfte är att motverka infiltration av organiserad brottslighet på området för offentlig upphandling. I den mån det aktuella protokollet kräver att en anbudssökande eller en anbudsgivare ska intyga att vederbörande inte befinner sig i ett kontroll- eller delägarförhållande gentemot andra anbudssökande eller anbudsgivare, inte har ingått och inte kommer att ingå något avtal med andra deltagare i anbudsförfarandet och inte kommer att anlita andra företag som deltagit i detta förfarande för att utföra någon uppgift, får en underlåtelse att avge ett sådant intygande emellertid inte medföra att anbudssökanden eller anbudsgivaren automatiskt utesluts från detta förfarande.

Underskrifter