



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 14 december 2016 *

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling av tjänster — Direktiv 2004/18/EG — Artikel 45.2 — Sökandens eller anbudsgivarens personliga situation — Fakultativa uteslutningsgrunder — Allvarligt fel i yrkesutövningen — Nationella bestämmelser som föreskriver en bedömning från fall till fall med tillämpning av proportionalitetsprincipen — De upphandlande myndigheternas beslut — Direktiv 89/665/EEG — Domstolsprövning”

I mål C-171/15,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol) genom beslut av den 27 mars 2015, som inkom till domstolen den 15 april 2015, i målet

Connexxion Taxi Services BV

mot

Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,

Transvision BV,

Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV,

Zorgvervoercentrale Nederland BV,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden T. von Danwitz samt domarna E. Juhász (referent), C. Vajda, K. Jürimäe och C. Lycourgos,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona

justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 27 april 2016,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Connexxion Taxi Services BV, genom J. van Nouhuys, advocaat,

* * Rättegångsspråk; nederländska.

- Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV och Zorgvervoercentrale Nederland BV, genom J.P. Heering och P. Heemskerk, advocaten,
- Nederländernas regering, genom H.M. Stergiou, K. Bulterman, A.M. de Ree och J. Langer, samtliga i egenskap av ombud,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av S. Varone och F. Di Matteo, avvocati dello Stato,
- Europeiska kommissionen, genom A. Tokár och S. Noë, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 30 juni 2016 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser dels tolkningen av bestämmelserna i artikel 45.2 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, 2004, s. 114), dels omfattningen av domstolsprövningen av de upphandlande myndigheternas beslut.
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Connexxion Taxi Services BV (nedan kallat Connexxion) och å andra sidan Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport) (Nederländska staten – Ministeriet för hälsa och idrott, Nederländerna) (nedan kallat ministeriet) och konsortiet bestående av Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV och Zorgvervoercentrale Nederland BV (nedan sammantaget kallade konsortiet), angående lagligheten av ministeriets beslut att tilldela nämnda konsortium ett tjänsteavtal.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 Skäl 2 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Bestämmelserna om samordning bör därför tolkas i överensstämmelse med såväl ovannämnda regler och principer som andra bestämmelser i fördraget.”

- 4 I artikel 2 i detta direktiv, med rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, föreskrivs följande:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

- 5 Avsnitt 2 i kapitel VII i direktiv 2004/18, som ingår i direktivets avdelning II, avser "Kvalitativa urvalskriterier". Detta avsnitt inbegriper artikel 45 som har rubriken "Anbudssökandes eller anbudsgivares personliga ställning". I artikel 45.1 räknas omständigheter upp då en anbudssökande eller anbudsgivare ska uteslutas. I artikel 45.2 räknas omständigheter upp då en anbudssökande eller anbudsgivare får uteslutas. Denna punkt har följande lydelse:

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

...

- d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,

...

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

- 6 Bilaga VII A till direktivet, med rubriken "Information som skall finnas i meddelanden om offentlig upphandling", avser i punkt 17 "de urvalskriterier avseende de ekonomiska aktörernas personliga ställning som kan leda till att de utesluts och de uppgifter som begärs som bevis på att de inte tillhör de kategorier som motiverar uteslutning ...".

- 7 Artikel 1 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 2007/66/EG av den 11 december 2007 (EUT L 335, 2007, s. 31) (nedan kallat direktiv 89/335) har rubriken "Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden". I punkt 1 tredje stycket i den artikeln stadgas följande:

"Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv 2004/18/EG kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i detta direktiv, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning."

- 8 Direktiv 2004/18 har ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18 (EUT L 94, 2014, s. 65). Enligt artikel 91 i direktiv 2014/24 upphörde direktiv 2004/18 att gälla den 18 april 2016.

Nederländsk rätt

- 9 Direktiv 2004/18 har införlivats med Nederländsk rätt genom Besluit houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (förordning om regler avseende förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster), av den 16 juli 2005 (Stb. 2005, s. 408) (nedan kallad den nationella förordningen).
- 10 Artikel 45.2 d i detta direktiv har införlivats med Nederländsk rätt genom artikel 45.3 d i den nationella förordningen, som har följande lydelse:

"Den upphandlande myndigheten får utesluta en ekonomisk aktör från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt om denne

...

- d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,

...”

- 11 I motiveringen till den nationella förordningen anges följande med avseende på artikel 45.3 däri:

”Bedömningen av huruvida en uteslutning verkligen ska ske och hur lång tid denna uteslutning ska gälla ska, med hänsyn till de allmänna övervägandena i direktivet, ska alltid vara proportionerlig och icke-diskriminerande. Uttrycket proportionerligt innebär att uteslutningen och varaktigheten av denna ska stå i proportion till felets allvar. Uteslutningen och dess varaktighet ska också stå i proportion till den offentliga upphandlingens storlek. Att fastställa en absolut tidsperiod under vilken ett företag som har handlat på ett otillåtet sätt omedelbart ska uteslutas från alla statliga offentliga upphandlingar strider följaktligen mot proportionalitetsprincipen. Detta innebär också att det alltid är fråga om en bedömning i det enskilda fallet, eftersom den upphandlande myndigheten alltid från fall till fall ska bedöma med avseende på varje upphandling om den i ett konkret fall ska utesluta ett visst företag (med hänsyn till upphandlingens art och storlek, överträdelsens natur och allvar samt de åtgärder som företaget har vidtagit i mellantiden).”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 12 Den 10 juli 2012 inledde ministeriet ett upphandlingsförfarande för tillhandahållandet av ”interregionala transporttjänster för sociala och rekreativa ändamål till rörelsehindrade personer”. Syftet med tjänsterna var att möjliggöra för rörelsehindrade personer att resa kostnadsfritt genom att varje år beviljas en resebudget beräknad på kilometer i taxi. Avtalet hade en löptid på minst tre år och nio månader och motsvarade ett årligt värde på cirka 60 000 000 euro.

- 13 Upphandlingsförfarandet beskrevs i detalj i ett dokument med rubriken ”Beskrivande dokument” där stycket ”Grund för uteslutning och lämplighetskrav” bland annat angav följande i punkt 3.1:

”Ett anbud som omfattas av en grund för uteslutning ska avslås och inte bli föremål för vidare bedömning.”

- 14 Vad gäller uteslutningsgrunderna hänvisar det beskrivande dokumentet till bilagan ”Enhetlig försäkran vid anbud”, som ska fyllas i av anbudsgivarna och som obligatoriskt ska bifogas anbudet. I det beskrivande dokumentet anges följande:

”Genom att underteckna denna försäkran försäkrar anbudsgivaren ... att denne inte omfattas av någon grund för uteslutning (se punkterna 2 och 3 i försäkran).”

- 15 Genom denna försäkran förklarar anbudsgivaren bland annat att ”varken dennes företag eller en ledande företrädare för företaget har gjort sig skyldiga till ett allvarligt fel i yrkesutövningen”.

- 16 I anbudsförfarandet deltog bland annat Connexion och konsortiet. Genom skrivelse av den 8 oktober 2012 underrättade ministeriet Connexion om att det hade kommit på andra plats och att ministeriet hade för avsikt att tilldela konsortiet kontraktet.

- 17 Den 20 november 2012 beslutade Nederländse Mededingingsautoriteit (den nederländska konkurrensmyndigheten) att påföra två företag i konsortiet, samt chefer inom dessa företag, böter på grund av åsidosättande av den nederländska konkurrenslagen. De fastställda åsidosättandena avsåg avtal som ingåtts med andra företag dels mellan den 18 december 2007 och den 27 augusti 2010, dels

mellan den 17 april 2009 och den 1 mars 2011. Ministeriet fann att det var fråga om ett allvarligt fel i yrkesutövningen men vidhöll sitt beslut att tilldela konsortiet kontraktet, eftersom uteslutning på grund av ett sådant fel inte skulle vara proportionerligt.

- 18 I sin ansökan om interimistiska åtgärder yrkade Connexion att ministeriet skulle förbjudas att tilldela konsortiet kontraktet. Genom beslut av den 17 april 2013 biföll *voorzieningenrechter te Den Haag* (domare med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder i Haag, Nederländerna) denna ansökan och slog fast att ministeriet, efter att ha konstaterat att det var fråga om ett fel i yrkesutövningen, inte längre kunde göra någon proportionalitetbedömning.
- 19 Genom beslut av den 3 september 2013 upphävde *Gerechtshof Den Haag* (Appellationsdomstol i Haag) ovanstående interimistiska beslut och tillät ministeriet att tilldela konsortiet det i det nationella målet aktuella kontraktet med hänvisning till att de unionsrättsliga bestämmelserna inte förbjuder en upphandlande myndighet att i enlighet med proportionalitetsprincipen undersöka huruvida den omständigheten att en anbudsgivare omfattas av en fakultativ uteslutningsgrund ska medföra att anbudsgivaren utesluts, och att ministeriets bedömning inte stred mot likabehandlings- och transparensprinciperna.
- 20 Connexion överklagade detta beslut till *Hoge Raad der Nederlanden* (Nederländernas högsta domstol, Nederländerna).
- 21 *Hoge Raad der Nederlanden* (Nederländernas högsta domstol) anser att det nationella målet utmärker sig genom för det första att den upphandlande myndigheten i upphandlingsvillkoren angett att ett anbud som omfattas av en grund för uteslutning ska avslås utan prövning i sak, och för det andra att beslutet att tilldela en viss anbudsgivare kontraktet ändå vidhölls efter det att den upphandlande myndigheten fått kännedom om att nämnda anbudsgivare begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen, i den mening som avses i upphandlingsvillkoren.
- 22 Enligt den hänskjutande domstolen återger artikel 45.3 i den nationella förordningen samtliga de fakultativa grunder för uteslutning som anges i artikel 45.2 första stycket i direktiv 2004/18. Vad gäller tillämpningen av dessa uteslutningsgrunder framgår det av motiveringen till nämnda bestämmelse i den nationella förordningen att frågan huruvida det verkligen ska ske en uteslutning alltid måste prövas i enlighet med proportionalitets- och ickediskrimineringsprincipen. Den upphandlande myndigheten ska alltså i varje enskilt fall bedöma huruvida ett företag ska uteslutas ur upphandlingsförfarandet och därvid beakta upphandlingens art och storlek, överträdelsens natur och allvar samt de åtgärder som företaget har vidtagit i mellantiden.
- 23 Enligt den nationella rätten är den upphandlande myndigheten följaktligen skyldig att efter att ha fastställt ett allvarligt fel i yrkesutövningen avgöra, i enlighet med proportionalitetsprincipen, om överträdelsen verkligen bör medföra uteslutning.
- 24 Skyldigheten att göra en proportionalitetsbedömning skulle således kunna betraktas som en i den nationella rätten föreskriven uppmjukning av kriterierna för tillämpning av de fakultativa uteslutningsgrunderna, i den mening som avses i domen av den 9 februari 2006, *La Cascina m.fl.* (C-226/04 och C-228/04, EU:C:2006:94, punkt 21), och domen av den 10 juli 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063, punkterna 35 och 36). Enligt artikel 45.2 andra stycket i direktiv 2004/18 ska man vid en sådan uppmjukning i den nationella rätten av kriterierna ta hänsyn till unionsrätten samt likabehandlings- och transparensprinciperna. I det nationella målet har ministeriet, i egenskap av upphandlande myndighet och efter att ha fått kännedom om överträdelsen tagit ställning till, med tillämpning av proportionalitetsprincipen, om konsortiets yrkesmässiga hederlighet och tillförlitlighet kunde garanteras i samband med kontraktets fullgörande. Konsortiet ska ha vidtagit åtgärder i detta syfte.

- 25 Enligt den hänskjutande domstolen har EU-domstolen till dags dato inte slagit fast huruvida unionsrätten, och särskilt artikel 45.2 i direktivet, utgör hinder för en skyldighet enligt nationell rätt för en upphandlande myndighet att med tillämpning av proportionalitetsprincipen bedöma om en anbudsgivare som har begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen verkligen ska uteslutas. EU-domstolen har inte heller uttalat sig i frågan huruvida det i detta avseende är av betydelse att den upphandlande myndigheten i upphandlingsvillkoren har föreskrivit att varje anbud i samband med vilket det finns en grund för uteslutning ska avslås utan prövning i sak. Detta direktiv innehåller inte heller några bestämmelser om omfattningen av den rättsliga prövningen av upphandlande myndigheters beslut.
- 26 Mot denna bakgrund har Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol) fattat beslut om att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:
- ”1) a) Utgör unionsrätten, särskilt artikel 45.2 i direktiv 2004/18, hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken en upphandlande myndighet är skyldig att med tillämpning av proportionalitetsprincipen bedöma huruvida en anbudsgivare som har begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen verkligen ska uteslutas?
- b) Påverkas svaret på denna fråga av att en upphandlande myndighet i anbudsvillkoren har angett att ett anbud som omfattas av en uteslutningsgrund ska avslås och inte bli föremål för vidare bedömning i sak?
- 2) För det fall fråga 1 a ska besvaras nekande, utgör unionsrätten då hinder för att en nationell domstol inte gör en fullständig prövning av den bedömning i enlighet med proportionalitetsprincipen som en upphandlande myndighet har gjort i ett konkret fall, utan enbart gör en (’marginell’) prövning av huruvida den upphandlande myndigheten rimligen hade kunnat besluta att trots allt inte utesluta en anbudsgivare som begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen, i den mening som avses i artikel 45.2 första stycket i direktiv 2004/18?”

Prövning av tolkningsfrågorna

- 27 Det ska inledningsvis konstateras att omständigheterna i det nationella målet, såsom de återges i punkterna 12–17 i denna dom, hänför sig till tiden för den 18 april 2016, vilket är den dag då tidsfristen för medlemsstaterna att införliva direktiv 2014/24 löpte ut. Tolkningsfrågorna ska följaktligen i tidsmässigt hänseende (*ratione temporis*) prövas i förhållande till enbart direktiv 2004/18 såsom detta har tolkats i domstolens praxis.

Fråga 1 a

- 28 I enlighet med domstolens praxis överlåter artikel 45.2 i direktiv 2004/18 på medlemsstaterna att med avseende på offentliga kontrakt som omfattas av direktivet att bestämma hur de ska tillämpa de däri angivna sju grunderna för uteslutning, bland annat avseende yrkesmässig hederlighet, solvens och tillförlitlighet. Detta framgår av uttrycket ”får uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt”, som förekommer i bestämmelsens inledning (se, med avseende på artikel 29 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139), dom av den 9 februari 2006, La Cascina m.fl., C-226/04 och C-228/04, EU:C:2006:94). Enligt artikel 45.2 andra stycket i direktivet ska medlemsstaterna dessutom fastställa villkoren för tillämpning av nämnda bestämmelse i enlighet med nationell rätt och med hänsyn till unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 35).

- 29 Följaktligen är avsikten med artikel 45.2 i direktiv 2004/18 inte att de grunder för uteslutning som anges däri ska tillämpas på ett enhetligt sätt inom unionen. Medlemsstaterna har nämligen möjlighet att inte alls tillämpa dessa uteslutningsgrunder eller att införliva dem med den nationella lagstiftningen mer eller mindre rigoröst i olika fall beroende på nationella hänsyn av rättslig, ekonomisk eller social karaktär. Inom denna ram har medlemsstaterna alltså befogenhet att antingen mjuka upp kriterierna i bestämmelsen eller göra dem flexiblare (dom av den 10 juli 2014, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 36).
- 30 Vad i förevarande fall gäller möjligheten att utesluta en ekonomisk aktör på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen, har Konungariket Nederländerna inte preciserat villkoren för tillämpning av artikel 45.2 andra stycket i nämnda direktiv i sin lagstiftning utan har genom den nationella förordningen överlåtit utövandet av denna möjlighet på de upphandlande myndigheterna. Den i det nationella målet aktuella nederländska lagstiftningen ger nämligen de upphandlande myndigheterna möjlighet att tillämpa de fakultativa uteslutningsgrunder som föreskrivs i artikel 45.2 i detta direktiv på ett förfarande för offentlig upphandling.
- 31 Vad gäller den grund för uteslutning av en anbudsgivare som avser ett allvarligt fel i yrkesutövningen framgår det av beslutet om hänskjutande att direktivet ålägger den berörda upphandlande myndigheten, när den fått kännedom om anbudsgivarens överträdelse, att i enlighet med proportionalitetsprincipen göra en bedömning av om det verkligen finns anledning att utesluta anbudsgivaren.
- 32 Denna bedömning av om en uteslutning är en proportionerlig åtgärd mjukar således upp tillämpningen av den uteslutningsgrund som avser allvarligt fel i yrkesutövningen enligt artikel 45.2 d i direktiv 2004/18, såsom anges i den rättspraxis som återges i punkt 29 i denna dom. Det följer dessutom av skäl 2 i nämnda direktiv att proportionalitetsprincipen ska tillämpas generellt på ett förfarande för offentlig upphandling.
- 33 Fråga 1 a ska följaktligen besvaras enligt följande. Unionsrätten, och särskilt artikel 45.2 i direktiv 2004/18, utgör inte hinder för en nationell bestämmelse, såsom den som är aktuell i det nationella målet, enligt vilken en upphandlande myndighet är skyldig att med tillämpning av proportionalitetsprincipen bedöma huruvida en anbudsgivare som har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen verkligen ska uteslutas.

Fråga 1 b

- 34 Den hänskjutande domstolen har ställt fråga 1 b för att få klarhet i huruvida bestämmelserna i direktiv 2004/18, med hänsyn till likabehandlingsprincipen, och den därur sprungna transparensprincipen, ska tolkas så, att de utgör hinder för att en upphandlande myndighet tilldelar en anbudsgivare som begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen ett offentligt kontrakt på grund av att uteslutningen av nämnda anbudsgivare från upphandlingsförfarandet skulle strida mot proportionalitetsprincipen, trots att en anbudsgivare som begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen, enligt de aktuella upphandlingsvillkoren, med nödvändighet skulle uteslutas utan hänsyn till om denna åtgärd var proportionerlig eller inte.
- 35 Av de nationella bestämmelser som är aktuella i förevarande fall följer att den upphandlande myndigheten har ett stort utrymme för eget skön vid fastställandet, i upphandlingsdokumenten, av villkoren för tillämpning av artikel 45.2 i direktiv 2004/18 – i vilken de fall anges i vilka en ekonomisk aktör som har begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen får uteslutas – och vid den faktiska tillämpningen av dessa villkor.

- 36 Det kan inte uteslutas att den upphandlande myndigheten, redan i samband med upprättandet av upphandlingsdokumenten och beroende på den berörda upphandlingens art och graden av känslighet vad gäller de tjänster som är föremål för upphandlingen liksom de krav på yrkesmässig hederlighet och tillförlitlighet som därmed ställs på de ekonomiska aktörerna, kan ha den uppfattningen att en anbudsgivare som begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen automatiskt ska uteslutas från upphandlingen under förutsättning att bedömningen av felets allvar sker med beaktande av proportionalitetsprincipen.
- 37 Med en sådan entydigt formulerad klausul i upphandlingsdokumenten som den i det nationella målet aktuella upphandlingsförfarandet, kan alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare få kännedom om såväl den upphandlande myndighetens krav som upphandlingsvillkoren, och agera därefter.
- 38 Vad gäller frågan huruvida den upphandlande myndigheten enligt de relevanta nationella bestämmelserna är skyldig eller har möjlighet att välja att göra en bedömning, efter det att anbudet lämnats in eller rent av efter urvalet av anbudsgivare, av om en uteslutning som beslutats i enlighet med en klausul avseende uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen, är förenlig med proportionalitetsprincipen trots att det i de aktuella upphandlingsvillkoren framgick 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, erinrar domstolen om att det ankommer på den upphandlande myndigheten att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punkt 40 och där angiven rättspraxis) med beaktande av bland annat punkt 17 i bilaga VII A till direktiv 2004/18.
- 39 Enligt principen om likabehandling krävs dessutom att alla anbudsgivare som är intresserade av ett offentligt kontrakt ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och kan veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet samt vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 36).
- 40 Kravet på transparens innebär också att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 juni 2016, Cartiera dell'Adda, C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 36 och där angiven rättspraxis).
- 41 Vad gäller proportionalitetsbedömningen av den i det nationella målet aktuella uteslutningen konstaterar domstolen att vissa berörda ekonomiska aktörer, som känner till både uteslutningsklausulen i upphandlingsdokumenten och att de begått ett fel i yrkesutövningen som skulle kunna betraktas som allvarligt, skulle kunna känna sig frestade att lämna ett anbud i förhoppning att undantas från uteslutningen på grundval av en senare bedömning av deras situation med hänsyn till proportionalitetsprincipen, i enlighet med de i det nationella målet aktuella bestämmelserna. Andra aktörer som befinner sig i en liknande situation skulle däremot avstå från att lämna anbud då de förlitar sig på lydelsen i den ifrågakvarande uteslutningsklausulen som inte berör någon sådan proportionalitetsbedömning.
- 42 Detta senare fall skulle i synnerhet kunna gälla ekonomiska aktörer i andra medlemsstater, vilka har sämre kännedom om begreppen i och tillämpningen av den relevanta nationella lagstiftningen i fråga. Detta gäller särskilt i en sådan situation som den i förevarande fall där den upphandlande myndighetens skyldighet att bedöma huruvida uteslutningen på grund av ett allvarligt fel i yrkesutövningen är proportionerlig, inte framgår av lydelsen i artikel 45.3 i den nationella

förordningen utan enbart av motiveringen till nämnda bestämmelse. Enligt med de uppgifter som den nederländska regeringen har lämnat i samband med förfarandet vid EU-domstolen är denna motivering inte bindande i sig, utan ska enbart beaktas vid tolkningen av den bestämmelsen.

- 43 En bedömning av den aktuella uteslutningen mot bakgrund av proportionalitetsprincipen, trots att det i villkoren för den offentliga upphandlingen föreskrivs att anbud som omfattas av en sådan uteslutningsgrund ska avslås utan någon bedömning mot bakgrund av denna princip, skulle således kunna försätta berörda ekonomiska aktörer i ovisshet och strida mot likabehandlings- och transparensprincipen.
- 44 Av det anförda följer att fråga 1 b ska besvaras enligt följande. Bestämmelserna i direktiv 2004/18, och i synnerhet dess artikel 2 och punkt 17 i bilaga VII A, ska, mot bakgrund av likabehandlingsprincipen och den därur sprungna transparensprincipen, tolkas på så sätt att de utgör hinder för att en upphandlande myndighet tilldelar en anbudsgivare som begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen ett offentligt kontrakt med hänvisning till att uteslutningen av nämnda anbudsgivare skulle strida mot proportionalitetsprincipen, trots att 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.

Den andra frågan

- 45 Eftersom svaret på fråga 1 b är tillräckligt för att den nationella domstolen ska kunna avgöra det mål som är anhängigt vid den, saknas anledning att besvara fråga 2.

Rättegångskostnader

- 46 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) **Unionsrätten, och särskilt artikel 45.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, utgör inte hinder för en nationell bestämmelse, såsom den som är aktuell i det nationella målet, enligt vilken en upphandlande myndighet är skyldig att med tillämpning av proportionalitetsprincipen bedöma huruvida en anbudsgivare som har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen verkligen ska uteslutas.**
- 2) **Bestämmelserna i direktiv 2004/18, och i synnerhet dess artikel 2 och punkt 17 i bilaga VII A, ska, mot bakgrund av likabehandlingsprincipen och den därur sprungna transparensprincipen, tolkas på så sätt att de utgör hinder för att en upphandlande myndighet tilldelar en anbudsgivare som begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen ett offentligt kontrakt med hänvisning till att uteslutningen av nämnda anbudsgivare skulle strida mot proportionalitetsprincipen, trots att 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.**

Underskrifter