



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 19 juni 2019*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 57.4 c och g – Offentlig upphandling av tjänster – Fakultativa skäl för uteslutning från deltagande i ett upphandlingsförfarande – Allvarligt fel i yrkesutövningen som innebär att den ekonomiska aktörens redbarhet ifrågasätts – Uppsägning av ett tidigare kontrakt på grund av kontraktsbrott – Det förhållandet att talan har väckts mot beslutet att säga upp nämnda kontrakt innebär att den upphandlande myndigheten är förhindrad att göra en bedömning av bristerna i fullgörandet av kontraktet fram till dess att domstolsförfarandet är avslutat”

I mål C-41/18,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Tribunale amministrativo regionale della Campania (Regionala förvaltningsdomstolen i Kampanien, Italien) genom beslut av den 22 november 2017, som inkom till domstolen den 22 januari 2018, i målet

Meca Srl

mot

Comune di Napoli

ytterligare deltagare i rättegången,

Sirio Srl,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Vilaras, domstolens vice ordförande R. Silva de Lapuerta samt domarna D. Šváby (referent), S. Rodin och N. Picarra,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: handläggaren R. Schiano,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 13 december 2018,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Comune di Napoli, genom A. Andreottola och A. Cuomo, avvocati,

* Rättegångsspråk: italienska.

- Sirio Srl, genom L. Lentini och C. Sito, avvocati,
- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av C. Colelli och C. Pluchino, avvocati dello Stato,
- Ungerns regering, genom G. Koós, M. Z. Fehér och A. Pokoraczki, samtliga i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom G. Gattinara, P. Ondrůšek och L. Haasbeek, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 7 mars 2019 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 57 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).
- 2 Begäran har framställts i ett mål mellan bolaget Meca Srl (nedan kallat Meca) och Comune di Napoli (Neapels kommun, Italien) angående kommunens beslut att låta bolaget Sirio Srl (nedan kallat Sirio) fortsätta att delta i en upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

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

”(101) 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, inklusive bestämmelser om tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, eller som gör sig skyldiga till andra former av allvarliga fel i yrkesutövningen, såsom överträdelser av konkurrensregler eller intrång i immateriella rättigheter. Det bör klargöras att ett allvarligt fel i yrkesutövningen kan innebära att en ekonomisk aktörs redbarhet ifrågasätts och att den ekonomiska aktören sålunda blir olämplig för tilldelning av ett offentligt kontrakt oberoende av om den ekonomiska aktören annars har teknisk och ekonomisk kapacitet att fullgöra kontraktet.

Med tanke på att de upphandlande myndigheterna kommer att ansvara för följderna av eventuella felaktiga beslut som de fattar, bör de också ha rätt att anse att det har förekommit allvarliga fel i yrkesutövningen om de, innan de fattar ett slutligt och bindande beslut om att det föreligger obligatoriska skäl för uteslutning, på något lämpligt sätt kan påvisa att den ekonomiska aktören inte har fullgjort sina skyldigheter, inklusive skyldigheter som gäller betalning av skatter eller sociala avgifter, såvida inte annat föreskrivs i nationell rätt. De bör också kunna utesluta anbudssökande eller anbudsgivare vars genomförande av tidigare offentliga kontrakt har visat på betydande brister i fråga om de väsentliga kraven, exempelvis uteblivna leveranser eller uteblivet tillhandahållande, stora brister i fråga om levererade varor eller tillhandahållna tjänster som gör dem oanvändbara för det avsedda syftet, eller olämpligt uppträdande som ger upphov till allvarliga tvivel om den ekonomiska aktörens pålitlighet. Det bör i nationell rätt föreskrivas en längsta tid för sådan uteslutning.

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

(102) Man bör dock kunna ta hänsyn till möjligheten att ekonomiska aktörer kan vidta efterlevnadsåtgärder för att avhjälpa konsekvenserna av brott eller fel och för att effektivt förhindra att de upprepas. Dessa åtgärder kan bland annat bestå i personella och organisatoriska åtgärder som att avbryta alla förbindelser med personer eller organisationer som är inblandade i det olämpliga uppträdandet, lämpliga åtgärder för att organisera om personalen, att införa rapporterings- och kontrollsystem, att inrätta en intern kontrollorganisation för att övervaka efterlevnaden samt att anta interna ansvars- och ersättningsregler. Om åtgärderna ger tillräckliga garantier bör den berörda ekonomiska aktören inte längre uteslutas enbart på dessa grunder. Ekonomiska aktörer bör ha möjlighet att begära att de efterlevnadsåtgärder som vidtagits för att eventuellt ge en berörd aktör tillträde till upphandlingsförfarandet granskas. Det bör emellertid vara medlemsstaternas sak att avgöra närmare formella och materiella villkor som är tillämpliga i sådana fall. I synnerhet bör de fritt kunna bestämma om de vill överlåta till de enskilda upphandlande myndigheterna att göra de relevanta bedömningarna eller anförtro andra myndigheter på central eller lokal nivå denna uppgift.”

4 Artikel 57 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Skäl till uteslutning”, och där 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:

...

c) Om den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt kan visa att en ekonomisk aktör har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som gör att dennes redbarhet kan ifrågasättas.

...

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

...

5. De upphandlande myndigheterna ska när som helst under förfarandet utesluta en ekonomisk aktör om det visar sig att denne, med avseende på handlingar eller försummelser antingen före eller under förfarandet, befinner sig i någon av de situationer som avses i punkterna 1 och 2.

När som helst under förfarandet får de upphandlande myndigheterna utesluta eller åläggas av medlemsstaterna att utesluta en ekonomisk aktör om det visar sig att denne, med avseende på handlingar eller försummelser antingen före eller under förfarandet, befinner sig i någon av de situationer som avses i punkt 4.

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

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

De åtgärder som vidtagits av den ekonomiska aktören ska bedömas med beaktande av allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet eller det allvarliga felet i fråga. Om åtgärderna anses vara otillräckliga ska den ekonomiska aktören informeras om skälen till beslutet.

En ekonomisk aktör som genom en lagakraftvunnen dom har uteslutits från att delta i upphandlings- eller koncessionstilldelningsförfaranden ska under den period som uteslutningen gäller, enligt domen i den medlemsstat där domen är giltig, inte ha rätt att utnyttja den möjlighet som anges i denna punkt.

7. Medlemsstaterna ska i enlighet med lagar och andra författningar samt med hänsyn till unionsrätten fastställa villkoren för tillämpning av denna artikel. De ska särskilt fastställa den längsta tillåtna uteslutningsperioden om den ekonomiska aktören inte vidtar några åtgärder enligt punkt 6 för att visa sin tillförlitlighet. Om denna period inte har fastställts i den lagakraftvunna domen får den inte överskrida fem år från den dag då domen meddelades i de fall som avses i punkt 1 och tre år från dagen för relevant händelse i de fall som avses i punkt 4.”

Italiensk rätt

- 5 I artikel 80.5 c i decreto legislativo n. 50 Codice dei contratti pubblici (lagdekret nr 50 om införande av lagen om offentlig upphandling) av den 18 april 2016 (ordinarie tillägg till GURI nr 91 av den 19 april 2016) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling) föreskrivs följande:

”En upphandlande myndighet ska utesluta en ekonomisk aktör från att delta i en upphandling i någon av följande situationer, som även kan avse en underleverantör i något av de fall som avses i artikel 105.6, om

...

- c) den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt visar att den ekonomiska aktören har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen, som gör att dennes redbarhet eller pålitlighet kan ifrågasättas. Med allvarliga fel i yrkesutövningen avses bland annat följande: Allvarliga brister i fullgörandet av ett tidigare offentligt kontrakt eller ett koncessionskontrakt, om dessa brister har medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid och uppsägningen inte har blivit föremål för talan vid domstol eller fastställts genom ett domstolsavgörande och inte heller har lett till skadestånd eller andra påföljder. Otillbörligt försök att påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess eller att tillägna sig konfidentiell information för egen vinning. Att lämna, även på grund av oaktsamhet, falska eller vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på beslut om uteslutning, urval eller kontraktstilldelning, eller att undanhålla uppgifter som är nödvändiga för att urvals-förfarandet ska kunna genomföras korrekt.

...”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 6 Neapels kommun gjorde en anbudsinfordran för tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt avseende skolmåltider för läsåret 2017/2018. Upphandlingen omfattade tio delkontrakt, vilka vart och ett avsåg en av kommundelarna i Neapels kommun.
- 7 Det framgår av beslutet om hänskjutande att Sirio, beträffande två sådana delkontrakt, hade ingått ett avtal med Neapels kommun om tillhandahållande av skolmåltider för läsåret 2016/2017. Detta avtal sades upp i maj 2017 på grund av en matförgiftning som skett till följd av att det hade förekommit koliforma bakterier i maten som serverats i en skolbespisning.
- 8 Analyser som genomförts av Agenzia regionale per la protezione ambientale della Campania (ARPAC) (regionala miljöskyddsmyndigheten i Kampanien, Italien) (ARPAC)) på prover av livsmedel som förvarades av den berörda skollädan hade nämligen bekräftat förekomsten av koliforma bakterier, särskilt i grytstek. Till följd av detta tilldelades i stället Meca det offentliga kontraktet avseende skolmåltider för läsåret 2016/2017, eftersom det bolaget hade placerats på andra plats i rangordningen i anbudsinfordran för tilldelning av nämnda kontrakt.
- 9 I samband med att Sirio deltog i den ovan i punkt 6 nämnda anbudsinfordran uppgav bolaget uttryckligen följande: "Genom beslut ... av den 29 juni 2017 sade Neapels kommun upp avtalet ... av den 9 maj 2017 på grund av ett fall av matförgiftning". Bolaget uppgav vidare att det hade väckt talan vid Tribunale di Napoli (domstolen i Neapel, Italien) mot beslutet att säga upp nämnda avtal.
- 10 I protokoll av den 1 augusti 2017 beslutade den upphandlande myndigheten att låta Sirio fortsätta att delta i nämnda anbudsinfordran med avseende på det delkontrakt som bolaget hade lämnat ett anbud för. Meca överklagade beslutet att låta Sirio delta i anbudsinfordran till den hänskjutande domstolen, Tribunale amministrativo regionale della Campania (Regionala förvaltningsdomstolen i Kampanien, Italien), utan att avvakta beslutet från Neapels kommun i fråga om tilldelning av det kontrakt som det nu aktuella nationella målet gäller, vilket kommunen fattade den 7 november 2017 och som innebar att Sirio tilldelades kontraktet.
- 11 Meca ansåg nämligen att Sirio inte borde ha fått fortsätta att delta i upphandlingen, eftersom det avtal som Sirio hade ingått med Neapels kommun om tillhandahållande av skolmåltider för läsåret 2016/2017 hade sagts upp av kommunen till följd av att elever och skolpersonal hade blivit matförgiftade.
- 12 Till stöd för sitt överklagande anförde Meca att Neapels kommun felaktigt hade underlåtit att göra en bedömning av allvaret i de brister som förelegat i Sirios fullgörande av det offentliga kontraktet avseende skolmåltider för läsåret 2016/2017, trots att kommunen enligt artikel 80.5 c i lagen om offentlig upphandling har befogenhet att "på lämpligt sätt [visa] att den ekonomiska aktören har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen, som gör att dennes redbarhet eller pålitlighet kan ifrågasättas". Enligt Meca kan det förhållandet att Sirio väckt talan vid allmän domstol mot uppsägningen av det ovan i punkt 7 nämnda tjänsteavtalet inte anses innebära att den upphandlande myndigheten fräntas denna befogenhet. Med hänsyn till att ett fall av matförgiftning inträffade i maj 2017 borde Neapels kommun således inte automatiskt ha låtit Sirio delta i det anbudsförfarande som det nu aktuella nationella målet gäller.
- 13 Både Neapels kommun och Sirio anförde däremot att det förhållandet att Sirio väckt talan vid Tribunale di Napoli (domstolen i Neapel) medförde att den upphandlande myndigheten var förhindrad att göra en bedömning av bolagets pålitlighet.
- 14 Den hänskjutande domstolen har i sin begäran om förhandsavgörande konstaterat att det finns visst fog för den ståndpunkt som Neapels kommun och Sirio har intagit. Enligt praxis från de italienska domstolarna anses det nämligen följa av artikel 80.5 c i lagen om offentlig upphandling att en

anbudsgivare som har visat brister i fullgörandet av ett tidigare offentligt kontrakt ska ha rätt att delta i ett senare anbudsförfarande, om anbudsgivaren har väckt talan mot beslutet att på grund av dessa brister säga upp avtalet och det målet ännu inte har avgjorts.

- 15 Den hänskjutande domstolen anser dock att unionsrätten skulle kunna utgöra hinder för en nationell bestämmelse som artikel 80.5 c i lagen om offentlig upphandling. En sådan bestämmelse medför nämligen att det fakultativa skäl för uteslutning som anges i bestämmelsen blir verkningslöst, eftersom den upphandlande myndighetens handlingsutrymme elimineras om talan väcks mot ett beslut att säga upp ett tidigare avtal. Även om EU-domstolen ännu inte har haft tillfälle att tolka artikel 57.4 i direktiv 2014/24, följer det emellertid av domstolens praxis i fråga om 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) – en bestämmelse som upphävts genom artikel 57.4 i direktiv 2014/24 – att unionsrätten utgör hinder för alla inslag av automatik i fråga om beslut om fakultativ uteslutning på grund av allvarliga fel i yrkesutövningen, eftersom sådana beslut måste fattas med hänsyn till proportionalitetsprincipen.
- 16 På motsvarande sätt gäller, enligt den hänskjutande domstolen, att proportionalitetsprincipen och effektivitetsprincipen måste anses innebära ett förbud mot all slags automatik i beslutsfattandet när det gäller hinder mot att utesluta en ekonomisk aktör. Artikel 80.5 i lagen om offentlig upphandling innebär att den upphandlande myndigheten är förhindrad att göra en motiverad bedömning av allvaret i det fel i yrkesutövningen som legat till grund för beslutet att säga upp ett tidigare kontrakt om talan har väckts mot nämnda uppsägningsbeslut vid allmän domstol. Enligt den hänskjutande domstolen strider denna bestämmelse därför mot nyss nämnda principer och därmed mot direktiv 2014/24. Den anser nämligen att artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 inte medför ett krav på att den vinnande anbudsgivarens ansvar har fastställts slutligt, det vill säga genom ett domstolsavgörande.
- 17 Den hänskjutande domstolen har vidare anfört att det framgår av domen av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct (C-465/11, EU:C:2012:801) att ett ”fel i yrkesutövningen” utgör ett skäl för uteslutning om felet objektivt sett är allvarligt. Enligt italiensk rätt är nämligen resultatet av deltagandet i en anbudsinfordran villkorat av en händelse som kontrolleras enbart av den ena avtalsparten, det vill säga beslutet att väcka talan vid domstol mot beslutet att säga upp ett tidigare kontrakt.
- 18 Till sist har den hänskjutande domstolen anfört att den italienska lagstiftningen även är oförenlig med de mål som anges i skäl 102 i direktiv 2014/24, genom vilket ett system med ”efterlevnadsåtgärder” avseende anbudsgivare har införts. Det förhållandet att det finns en automatisk rätt att delta i en upphandling enbart av det skälet att det har väckts talan vid allmän domstol mot beslutet att säga upp ett tidigare kontrakt medför att företag inte ges incitament att vidta efterlevnadsåtgärder trots att sådana åtgärder är nödvändiga för att undvika en upprepning av det beteende som föranledde nämnda uppsägning.
- 19 Under dessa omständigheter beslutade Tribunale amministrativo regionale della Campania (regionala förvaltningsdomstolen i Kampanien) att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Utgör de unionsrättsliga principerna om skydd för berättigade förväntningar och rättssäkerhet, vilka kommer till uttryck i [EUF-fördraget], samt de principer som följer av dessa, såsom principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet och effektivitet som är fastställda i direktiv [2014/24], samt bestämmelsen i artikel 57.4 c och g i det direktivet hinder för tillämpning av en nationell lagstiftning, såsom artikel 80.5 c i [lagen om offentlig upphandling], enligt vilken den omständigheten att det har väckts talan vid domstol med anledning av att det förekommit allvarliga brister i fullgörandet av ett tidigare kontrakt, vilka medfört att det berörda kontraktet sagts upp i förtid, innebär att den upphandlande myndigheten är förhindrad att göra en bedömning av

anbudsgivarens pålitlighet fram till dess att det föreligger ett slutligt avgörande i tvistemålet, trots att det berörda företaget inte har visat att det har vidtagit några efterlevnadsåtgärder för att avhjälpa bristerna som föranlett den förtida uppsägningen av kontraktet och för att undvika att samma brister upprepas?”

Prövning av tolkningsfrågan

Inledande synpunkter

- 20 Domstolen konstaterar för det första att det framgår av handlingarna i målet att det uppskattade värdet av det kontrakt som är aktuellt i det nationella målet uppgår till 1 127 660 euro och att det således överstiger det tröskelvärde på 750 000 euro som anges i artikel 4 d i direktiv 2014/24 för offentliga tjänstekontrakt för de särskilda tjänster som anges i bilaga XIV till det direktivet. Av detta följer att direktiv 2014/24 är tillämpligt på det nationella målet och att tolkningsfrågan ska prövas enbart mot bakgrund av bestämmelserna i det direktivet.
- 21 För det andra gjorde den italienska regeringen vid den muntliga förhandlingen gällande att den tolkning av artikel 80.5 c i lagen om offentlig upphandling som den hänskjutande domstolen har redogjort för i begäran om förhandsavgörande inte längre motsvarar det nya italienska rättsläget.
- 22 Vad beträffar fall där det tycks finnas skilda uppfattningar om vilken nationell lagstiftning som är tillämplig gäller enligt fast rättspraxis att det inom ramen för förfarandet för förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF inte ankommer på EU-domstolen att ange vilka relevanta nationella bestämmelser som är tillämpliga i det nationella målet. Sådan behörighet tillkommer uteslutande den hänskjutande domstolen som, genom att redogöra för vilka nationella bestämmelser som är tillämpliga, ger EU-domstolen möjlighet att tillhandahålla alla uppgifter om unionsrättens tolkning som möjliggör för den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida en nationell lagstiftning är förenlig med unionslagstiftningen (dom av den 26 juni 2008, Burda, C-284/06, EU:C:2008:365, punkt 39).
- 23 Vid sådana förhållanden finner domstolen att tolkningsfrågan ska besvaras mot bakgrund av de uppgifter om de faktiska och rättsliga omständigheterna som anges i beslutet om hänskjutande.

Prövning i sak

- 24 Tolkningsfrågan har ställts för att få klarhet i huruvida artikel 57.4 c och g i direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken det förhållandet att talan har väckts mot en upphandlande myndighets beslut att säga upp ett upphandlingskontrakt på grund av att det förekommit allvarliga brister i fullgörandet av kontraktet innebär att den upphandlande myndigheten, i samband med att den gör en ny anbudsinfordran, är förhindrad att vid urvalet av anbudsgivare göra en bedömning av pålitligheten hos den ekonomiska aktör som berörs av nämnda uppsägning.
- 25 För det första delar domstolen generaladvokatens bedömning i punkt 32 i förslaget till avgörande att lydelsen i artikel 57.4 i direktiv 2014/24 ligger tillräckligt nära lydelsen i artikel 45.2 i direktiv 2004/18 – som har upphävts genom den förstnämnda bestämmelsen – för att den tolkning som begärts av den hänskjutande domstolen ska kunna hämta inspiration från domstolens praxis i fråga om den sistnämnda bestämmelsen.
- 26 I mål där domstolen har haft att tolka fakultativa skäl för uteslutning, såsom de som föreskrevs i artikel 45.2 första stycket d eller g i direktiv 2004/18, vilka var de enda bestämmelserna som inte innehöll någon hänvisning till nationell rätt, har domstolen således med stöd av artikel 45.2 andra stycket i direktiv 2004/18, där det föreskrevs att medlemsstaterna med hänsyn till unionsrätten ska

fastställa villkoren för tillämpningen av artikel 45.2, gjort en mer strikt avgränsning av medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning och själv fastställt omfattningen av det i det aktuella målet omtvistade fakultativa skälet för uteslutning (se, bland annat, dom av den 13 december 2012 i mål Forposta och ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punkterna 25–31).

- 27 I det avseendet står det klart att direktiv 2014/24 inskränker utrymmet för skönsmässig bedömning. Det kan nämligen konstateras att medan en hänvisning till nationella lagar och andra författningar gjordes i fem av de sju typfall som angavs i artikel 45.2 i direktiv 2004/18, finns en sådan hänvisning numera, bland de nio typfall som anges i artikel 57.4 i direktiv 2014/24, endast i det typfall som anges artikel 57.4 b i det direktivet.
- 28 För det andra kan det konstateras att det i artikel 57.4 i direktiv 2014/24 anges att "[e]n upphandlande myndighet får utesluta eller kan åläggas av medlemsstaterna att utesluta en ekonomisk aktör från upphandlingsförfarandet i [något av de fall som avses i den bestämmelsen]". Det framgår således av lydelsen i den bestämmelsen att det ankommer på de upphandlande myndigheterna, och inte på en nationell domstol, att bedöma huruvida en ekonomisk aktör ska uteslutas från ett upphandlingsförfarande.
- 29 För det tredje gäller att det särskilda syftet med att upphandlande myndigheter ska ha möjlighet att utesluta en anbudsgivare från ett upphandlingsförfarande är att de ska kunna bedöma varje anbudsgivares redbarhet och pålitlighet, vilket framgår av artikel 57.4 c och g och skäl 101 i direktiv 2014/24.
- 30 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 42 och 43 i sitt förslag till avgörande, har båda dessa skäl för uteslutning sin grund i ett centralt inslag i förhållandet mellan den ekonomiska aktör som tilldelats kontraktet och den upphandlande myndigheten, nämligen pålitligheten hos nämnda aktör, som den upphandlande myndighetens förtroende för denna aktör grundar sig på. Det är mot denna bakgrund som det i skäl 101 första stycket i direktiv 2014/24 anges att upphandlande myndigheter får utesluta "ekonomiska aktörer som har visat sig vara opålitliga", medan det i andra stycket i detta skäl talas om "olämpligt uppträdande som ger upphov till allvarliga tvivel om den ekonomiska aktörens pålitlighet" i samband med fullgörande av tidigare offentliga kontrakt.
- 31 För det fjärde kan det konstateras att det i artikel 57.5 i direktiv 2014/24 anges att upphandlande myndigheter ska ha rätt att utesluta en ekonomisk aktör "när som helst under förfarandet" och inte bara efter det att en domstol har meddelat sitt avgörande, vilket är ytterligare en indikation på att unionslagstiftarens avsikt har varit att låta upphandlande myndigheter göra sin egen bedömning av en ekonomisk aktörs handlingar eller försummelser antingen före eller under upphandlingsförfarandet, om något av de fall som avses i artikel 57.4 i direktivet föreligger.
- 32 Till sist ska det påpekas att om det förhöll sig så att en upphandlande myndighet automatiskt blev bunden av en bedömning som gjorts av en utomstående part, skulle det förmodligen vara svårt för den upphandlande myndigheten att ägna särskild uppmärksamhet åt proportionalitetsprincipen när den tillämpar de fakultativa skälen för uteslutning. Enligt skäl 101 i direktiv 2014/24 innebär proportionalitetsprincipen dock framför allt att en upphandlande myndighet, innan den beslutar att utesluta en ekonomisk aktör, ska ta hänsyn till att de oegentligheter som begåtts är mindre allvarliga eller till att det varit fråga om upprepade fall av mindre allvarliga oegentligheter.
- 33 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 35 och 36 i sitt förslag till avgörande, står det således klart att medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning inte är oinskränkt och att en medlemsstat som beslutar att införa ett av de fakultativa skälen för uteslutning enligt direktiv 2014/24 är skyldig att iaktta dess utmärkande egenskaper, så som de beskrivs i direktivet. Det förhållandet att det i artikel 57.7 i direktiv 2014/24 anges att medlemsstaterna ska "fastställa villkoren för tillämpning

av denna artikel” ”med hänsyn till unionsrätten” innebär att medlemsstaterna inte kan förvanska de fakultativa skälen för uteslutning som anges i den bestämmelsen eller bortse från de mål eller principer som ligger till grund för vart och ett av dessa skäl.

- 34 Såsom angetts ovan i punkt 28 framgår det av lydelsen i artikel 57.4 i direktiv 2014/24 att unionslagstiftarens avsikt har varit att det ankommer på den upphandlande myndigheten, och ingen annan, att vid urvalet av anbudsgivare bedöma huruvida en anbudssökande eller anbudsgivare ska uteslutas från ett upphandlingsförfarande.
- 35 Det är mot bakgrund av det nyss anförda som den hänskjutande domstolens fråga ska besvaras.
- 36 Det framgår av beslutet om hänskjutande att en upphandlande myndighet enligt artikel 80.5 c i lagen om offentlig upphandling har rätt att utesluta en ekonomisk aktör från ett anbuds-förfarande. Detta gäller under förutsättning bland annat att den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt visar för det första att den ekonomiska aktören har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen som gör att dennes redbarhet eller pålitlighet kan ifrågasättas, för det andra att dessa allvarliga fel i yrkesutövningen, som kan bero på allvarliga brister i fullgörandet av ett tidigare offentligt kontrakt, har medfört att det avtal som ingåtts mellan den ekonomiska aktören och den upphandlande myndigheten har sagts upp samt lett till skadestånd eller jämförbara påföljder och för det tredje att uppsägningen av nämnda avtal inte har blivit föremål för talan vid domstol eller har fastställts genom ett domstolsavgörande.
- 37 Det är uppenbart att en nationell bestämmelse som artikel 80.5 c i lagen om offentlig upphandling inte är ägnad att bevara den ändamålsenliga verkan av det fakultativa skäl för uteslutning som anges i artikel 57.4 c eller g i direktiv 2014/24.
- 38 En sådan bestämmelse medför nämligen att den upphandlande myndigheten är förhindrad att använda det utrymme för skönsmässig bedömning som den har enligt artikel 57.4 i direktiv 2014/24 enbart på grund av att en anbudssökande eller en anbudsgivare har väckt talan mot beslutet att säga upp ett tidigare upphandlingskontrakt som denna aktör var part i, trots att aktörens agerande framstod som tillräckligt bristfälligt för att motivera en uppsägning av kontraktet.
- 39 Det är vidare uppenbart att en regel som den som anges i artikel 80.5 c i lagen om offentlig upphandling inte utgör ett incitament för en vinnande anbudsgivare som varit föremål för ett beslut om uppsägning av ett tidigare upphandlingskontrakt att vidta självsanerande åtgärder. Sätillvida kan en sådan regel anses strida mot kraven i artikel 57.6 i direktiv 2014/24.
- 40 Direktiv 2014/24 innebär nämligen en förnyelse bland annat i det avseendet att det i artikel 57.6 införs en mekanism för självsanerande åtgärder (*self-cleaning*). Denna mekanism, som är tillämplig på ekonomiska aktörer som inte har uteslutits genom en lagakraftvunnen dom, syftar till att uppmuntra en ekonomisk aktör som befinner sig i någon av de situationer som avses i artikel 57.4 i direktiv 2014/24 att lämna bevis på att de åtgärder som aktören vidtagit är tillräckliga för att styrka dennes pålitlighet, trots att en relevant grund för uteslutning föreligger. Om bevisen anses vara tillräckliga ska den berörda ekonomiska aktören inte uteslutas från upphandlingsförfarandet. I detta syfte ska den ekonomiska aktören bevisa att denne har ersatt eller åtagit sig att ersätta eventuella skador som orsakats av brottet eller det allvarliga felet i fråga, att denne har klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna samt har vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel.
- 41 I det avseendet delar domstolen generaladvokatens bedömning i punkt 44 i förslaget till avgörande att de självsanerande åtgärderna betonar den vikt som fästs vid den ekonomiska aktörens pålitlighet, eftersom detta genomsyrar de grunder för uteslutning som rör anbudsgivarens subjektiva förhållanden.

- 42 Tolkningsfrågan ska således besvaras enligt följande. Artikel 57.4 c och g i direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken det förhållandet att talan har väckts mot en upphandlande myndighets beslut att säga upp ett upphandlingskontrakt på grund av att det förekommit allvarliga brister i fullgörandet av kontraktet innebär att den upphandlande myndigheten, i samband med att den gör en ny anbudsinfordran, är förhindrad att vid urvalet av anbudsgivare göra en bedömning av pålitligheten hos den ekonomiska aktör som berörs av nämnda uppsägning.

Rättegångskostnader

- 43 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 (fjärde avdelningen) följande:

Artikel 57.4 c och g i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ska tolkas på så sätt att den utgör hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken det förhållandet att talan har väckts mot en upphandlande myndighets beslut att säga upp ett upphandlingskontrakt på grund av att det förekommit allvarliga brister i fullgörandet av kontraktet innebär att den upphandlande myndigheten, i samband med att den gör en ny anbudsinfordran, är förhindrad att vid urvalet av anbudsgivare göra en bedömning av pålitligheten hos den ekonomiska aktör som berörs av nämnda uppsägning.

Underskrifter