



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 30 juni 2016¹

Mål C-171/15

**Connexion Taxi Services BV
mot
Staat der Nederlanden,
Transvision BV,
Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV
och
Zorgvervoercentrale Nederland BV**

(begäran om förhandsavgörande från Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol))

”Offentlig upphandling — Urvalsförfarande — Kvalitativa urvalskriterier —
Fakultativa uteslutningsgrunder — Allvarligt fel i yrkesutövningen — Proportionalitetsprincipen —
Utrymme för skönmässig bedömning som inte anges i det beskrivande dokumentet — Omfattning
av domstolsprövningen”

1. De tolkningsfrågor som Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol) har ställt handlar i första hand om ett av de vanligaste problemen vid tolkningen av direktiv 2004/18/EG,² nämligen medlemsstaternas befogenheter att utesluta vissa anbudsgivare vid offentliga upphandlingar. Den hänskjutande domstolen frågar även om domstolsprövningens omfattning vid prövning med stöd av direktiv 89/665/EEG.³

2. I förevarande fall hade en av anbudsgivarna gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, vilket enligt ”det beskrivande dokumentet”⁴ i anbudsförfarandet (automatiskt?) skulle medföra uteslutning. Den upphandlande myndigheten godtog emellertid inte bara att anbudsgivaren i fråga deltog i upphandlingsförfarandet utan tilldelade dessutom till slut denna anbudsgivare kontraktet.

3. Enligt direktiv 2004/18 (närmare bestämt artikel 45.2 d) får medlemsstaterna välja att föra in ett sådant villkor i de nationella bestämmelser som reglerar offentlig upphandling. Hoge Raad (Nederländernas högsta domstol) vill veta om den upphandlande myndigheten, oavsett villkoren i det beskrivande dokumentet, får bedöma anbudsgivarens handlande mot bakgrund av proportionalitetsprincipen och till och med undvika att utesluta denna anbudsgivare.

1 — Originalspråk: spanska.

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

3 — Rådets direktiv 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 89/665), vilket av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*) är tillämpligt i förevarande fall.

4 — Uttrycket ”beskrivande dokument” återfinns i direktiv 2004/18 tillsammans med ”meddelande om upphandling” (artikel 29) eller ”förfrågningsunderlag” och ”andra kompletterande handlingar” (artikel 40), beroende på omständigheterna.

4. Om den upphandlande myndigheten får göra detta, undrar den hänskjutande domstolen därefter hur omfattande den prövning som en nationell domstol ska göra av det fattade beslutet. Närmare bestämt undrar den hänskjutande domstolen om det i ett sådant fall är förenligt med unionsrätten att domstolens prövning inskränker sig till att bedöma om myndighetsbeslutet är ”rimligt”.

I – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrätt

Direktiv 2004/18

5. Artikel 45 har följande lydelse:

”2. 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,

...”

6. I artikel 45.2 sista stycket föreskrivs följande:

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

Direktiv 89/665

7. Artikel 1.1 tredje stycket i direktivet har följande lydelse:

”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. I artikel 2.1 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska se till att de åtgärder som vidtas vad avser prövningsförfarandena i artikel 1 innehåller bestämmelser om befogenheter att

a) vid första möjliga tillfälle och genom interimistiskt förfarande vidta provisoriska åtgärder i syfte att korrigera den påstådda överträdelsen eller förhindra att de berörda intressena skadas ytterligare, inbegripet åtgärder för att skjuta upp eller garantera uppskovet av förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt eller av genomförandet av ett beslut som fattats av den upphandlande myndigheten,

- b) antingen åsidosättande eller garantera åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt, inbegripet undanröjande av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbudsfordran, kontraktshandlingarna eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet,
- c) bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse.”

B – Nationell rätt

***Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten*⁵**

9. I artikel 45.3 i Bao återges de fakultativa uteslutningsgrunderna i artikel 45.2 i direktiv 2004/18.

10. Enligt ”Nota van toelichting” (förklarande not)⁶ till Bao, ska bedömningen av huruvida en anbudsgivare verkligen ska uteslutas enligt de allmänna bestämmelserna i direktiv 2004/18 präglas av proportionalitet och icke-diskriminering. Varje upphandlande myndighet ska i det konkreta fallet, beroende på kontraktets art och omfattning, arten och omfattningen av bedrägeriet och de åtgärder som företaget under tiden har vidtagit, undersöka huruvida ett företag som har lämnat in ett anbud ska uteslutas.

II – Bakgrund och tolkningsfrågorna

11. Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Ministeriet för hälsovård, välfärd och idrott), nedan kallat VWS, inledde den 10 juli 2012 ett europeiskt anbuds-förfarande för ”tillhandahållande av regional färdtjänst för rekreation och socialt umgänge för personer med funktionsnedsättning” (nedan kallat kontraktet). Kontraktet löpte på minst tre år och värdet uppgick till ungefär 60 000 000 euro om året.

12. Enligt punkt 3.1 (”Uteslutningsgrunder och lämplighetskrav”) i det beskrivande dokumentet ”[läggs] [e]tt anbud som omfattas av en grund för uteslutning ... åt sidan och blir inte föremål för vidare (innehållsmässig) bedömning”.

13. Vad gäller de villkor som anbudsgivarna ska uppfylla, hänvisar det beskrivande dokumentet till bilagan ”Enhetlig försäkran vid anbud” (som det är obligatoriskt att foga som bilaga till anbudet).

14. I det beskrivande dokumentet anges att ”[g]enom att underteckna denna försäkran försäkras anbudsgivaren att vederbörande inte omfattas av någon grund för uteslutning”.

15. I försäkran hänvisas i sin tur till artikel 45 i Bao och där anges vilka fakultativa uteslutningsgrunder som kommer att tillämpas. Anbudsgivaren uppmanas bland annat att förklara att ”företaget eller en ledande företrädare för företaget inte har gjort sig skyldiga till ett allvarligt fel i yrkesutövningen”.

16. I anbuds-förfarandet deltog bland annat Connexion Taxi Services BV (nedan kallat Connexion) och konsortiet bestående av Transvision, RMC och ZCN (nedan kallat konsortiet).

5 — Förordningen om anbudsregler vid offentlig upphandling (nedan kallad Bao). Vid den tidpunkt då det aktuella kontraktet tilldelades hade Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (lagen om offentlig upphandling av den 1 november 2012) ännu inte trätt i kraft.

6 — Som svar på den fråga som EU-domstolen ställde, uppgav den nederländska regeringen att noten inte ingår i själva Bao, även om den offentliggjordes tillsammans med lagen i samma officiella tidning. Notan innehåller, på samma sätt som skälen, en beskrivning av skälen till den antagna lagen. Även om den inte är rättsligt bindande, har den ur rättslig synvinkel ”en viktig och relevant betydelse för att tolka bestämmelserna”.

17. Genom skrivelse av den 8 oktober 2012 meddelade VWS Connexion att detta företag hade kommit på andra plats och att VWS hade för avsikt att tilldela konsortiet kontraktet.

18. Den 20 november 2012 ålade Nederländse Mededingingsautoriteit (den nederländska konkurrensmyndigheten) RMC och BIOS-gruppen, där ZCN ingick, vissa påföljder med stöd av konkurrenslagen (Mededingingswet), på grund av ågeranden i taxitransportärenden i regionen Rotterdam mellan den 17 april 2009 och den 1 mars 2011.

19. Genom skrivelse av den 18 februari 2013 meddelade VWS Connexion att beslutet att tilldela konsortiet kontraktet hade fastställts. Trots att konsortiet hade gjort sig skyldigt till ett ”allvarligt fel i yrkesutövningen” hade en utslutning inte varit proportionerlig, enligt VWS.

20. Connexion överklagade VWS:s beslut till domstol och yrkade att staten skulle förbjudas att tilldela konsortiet kontraktet. Konsortiet bestred detta yrkande.

21. Voorzieningenrechter te Den Haag (domare med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder i Haag) biföll Connexions yrkande och fann att VWS, efter att ha fastställt att det rörde sig om ett allvarligt fel i yrkesutövningen, inte hade möjlighet att dessutom genomföra en proportionalitetsprövning.

22. Beslutet överklagades till Gerechtshof Den Haag (appellationsdomstolen i Haag), som upphävde beslutet från domaren med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder och påbjöd staten, om den fortfarande önskade detta, att tilldela konsortiet kontraktet.

23. Enligt Gerechtshof ger direktiv 2004/18 medlemsstaterna möjlighet att göra det som den nederländska lagstiftaren har gjort, nämligen att i artikel 45.3 Bao helt överta artikel 45.2 i direktivet och följaktligen överlåta åt de upphandlande myndigheterna att närmare beskriva utslutningsgrunderna.

24. Gerechtshof slog fast att oavsett huruvida det enligt de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling är obligatoriskt att genomföra en proportionalitetsprövning, är det i vart fall inte förbjudet enligt unionsrätten. Av de nederländska bestämmelserna följer dessutom att utslutning inte bör ske per automatik och att en upphandlande myndighet ska pröva huruvida en utslutning är proportionerlig.

25. Gerechtshof tillade att prövningen av VWS:s beslut måste präglas av återhållsamhet, särskilt som det (ännu) inte oåterkalleligt har fastställts att det rör sig om ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Kärnfrågan är huruvida det fanns rimliga skäl för VWS att komma fram till sin slutsats att det hade varit oproportionellt att utsluta konsortiet. Gerechtshof ansåg att den omständigheten att det i det beskrivande dokumentet anges att en anbudsgivare kan utslutas om det föreligger en utslutningsgrund inte är relevant och slog fast att VWS:s beslut kunde klara domstolens ”marginella”⁷ prövning.

26. Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol), till vilken Gerechtshofs dom har överklagats, konstaterar att det råder en viss motsättning mellan a) å ena sidan den lagstadgade skyldigheten för den upphandlade myndigheten att underkasta de fakultativa utslutningsgrunderna en proportionalitetsprövning vid bedömningen av om de ska ha en utslutande verkan, och b) å andra sidan, det beskrivande dokumentet, enligt vilket anbud som innehåller en utslutningsgrund ska läggas åt sidan.

7 — I översättningen till spanska används beteckningen ”sumario” (summarisk), medan begreppet ”marginell” (marginale) används i det nederländska originalet. Jag använder det sistnämnda begreppet, vilket är det som återfinns i tolkningsfrågan.

27. Den hänskjutande domstolen hyser tvivel om huruvida en tillämpning av proportionalitetsprincipen är förenlig med likabehandlingsprincipen, öppenhetsprincipen och principen om offentliggörande, när den förstnämnda principen inte uttryckligen har nämnts i det beskrivande dokumentet.

28. Dessutom menar Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol) att om domstolen ska göra en bedömning av innehållet i myndighetens beslut, begränsar den nederländska lagstiftningen domstolens befogenheter till att avse en "marginell" prövning av den upphandlande myndighetens beslut, vilken inskränker sig till att klarlägga om den rimligen hade kunnat komma fram till sitt beslut.

29. Mot denna bakgrund har Hoge Raad der Nederlanden ställt två tolkningsfrågor:

- ”1) a) Utgör unionsrätten, 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 byggentreprenader, varor och tjänster hinder för en skyldighet enligt nationell rätt för en upphandlande myndighet att med tillämpning av proportionalitetsprincipen bedöma huruvida ett allvarligt fel i yrkesutövningen som en anbudsgivare har gjort sig skyldig till verkligen ska medföra uteslutning?
- b) Har det för svaret på denna fråga någon betydelse att en upphandlande myndighet i anbudsvillkoren har angett att ett anbud som omfattas av en uteslutningsgrund ska läggas åt sidan och inte bli föremål för vidare innehållsmässig bedömning?
- 2) För det fall fråga 1.a ska besvaras nekande, utgör då unionsrätten hinder för att en nationell domstol inte gör en fullständig prövning av den bedömning i enlighet med proportionalitetsprincipen som en upphandlande myndighet i ett konkret fall har gjort, utan nöjer sig med en ('marginell') prövning av huruvida den upphandlande myndigheten rimligen hade kunnat komma fram till sitt beslut att trots allt inte utesluta en anbudsgivare som gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen i den mening som avses i artikel 45.2 första stycket i direktivet?”

III – Sammanfattning av parternas argument

A – Den första tolkningsfrågan

30. Enligt Connexion får den upphandlande myndigheten inte göra någon proportionalitetsprövning efter det att den har slagit fast att anbudsgivaren har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen. En sådan prövning har redan gjorts genom att överträdelsen angetts som uteslutningsgrund i det beskrivande dokumentet. Mot bakgrund av det sistnämnda dokumentets lydelse, skulle det enligt Connexion strida mot principerna om offentliggörande, om öppenhet och om likabehandling vid offentlig upphandling om den upphandlande myndigheten hade befogenhet att bedöma uteslutningsgrundens proportionalitet.

31. Alla de övriga parterna är av motsatt uppfattning. Införandet av uteslutningsgrunder ankommer på medlemsstaterna, vilka åtnjuter en frihet inom detta område. Inom ramen för denna frihet förhindrar direktiv 2004/18 inte att det föreskrivs att en proportionalitetsprövning först ska göras innan en anbudsgivare som omfattas av fakultativa uteslutningsgrunder utesluts. Beträffande den omständigheten att det i det beskrivande dokumentet anges att ett allvarligt fel i yrkesutövningen utgör en tillräcklig grund för att utesluta den som gjort sig skyldig till det, utgör den inte något hinder för att den upphandlande myndigheten tillämpar huvudregeln, det vill säga underkastar denna uteslutningsgrund en proportionalitetsprövning.

B – Den andra tolkningsfrågan

32. Connexion anser att domstolen får göra en fullständig prövning av myndighetsbeslutet.
33. Den nederländska regeringen och konsortiet har däremot gjort gällande att domstolsprövningen ska begränsas till en *marginell* prövning av om den upphandlande myndighetens beslut var rimligt.
34. Enligt kommissionen bör domstolens prövning vara mer omfattande än så, och den får pröva om de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga och huruvida det har förekommit en uppenbart oriktig bedömning, samt om de omständigheter som ligger till grund för den upphandlande myndighetens beslut är riktiga, fullständiga och tillförlitliga.
35. Enligt den italienska regeringen ankommer det på den nationella lagstiftaren att föreskriva vilken typ av prövning som ska göras, eftersom det enligt unionsrätten inte krävs att den nationella domstolens prövning i sin helhet ersätter den upphandlande myndighetens prövning i sak.

IV – Bedömning

A – Tolkningsfråga 1 a

36. Är det förenligt med direktiv 2004/18 att en medlemsstat ålägger de upphandlande myndigheterna att göra en proportionalitetsprövning av en eventuell uteslutning av anbudsgivare som har gjort sig skyldiga till ett allvarligt fel i yrkesutövningen?
37. Innan jag besvarar den frågan är det lämpligt att göra två förtydliganden. Av de uppgifter som finns i beslutet att begära förhandsavgörande framgår att varken vid den tidpunkt då anbudsgivarna lämnade sina anbud eller vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten fattade sitt beslut (den 8 oktober 2012) hade konsortiet ålagts någon påföljd på grund av att det gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel. Det var först senare (den 20 november 2012) som den nederländska konkurrensmyndigheten ålade vissa av företagen i konsortiet vissa påföljder, på grund av konkurrensbegränsande samverkan som hade skett flera år tidigare. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra om den påföljden, vilken ålades efter det att anbudet hade lämnats in och efter det första tilldelningsbeslutet, kan anses utgöra en giltig grund för att utesluta den som gjort sig skyldig till felet och som redan hade lämnat sitt anbud (naturligtvis utan att det där avspeglades något allvarligt fel, eftersom det dittills inte hade förelegat något sådant i rättslig mening).
38. Om den hänskjutande domstolen trots allt finner att den påföljd som ålagts anbudsgivaren gör att denne ska anses⁸ ha gjort sig skyldig till ”ett allvarligt fel i yrkesutövningen”, uppkommer frågan hur denna uteslutningsgrund får användas: antingen automatiskt eller efter det att en proportionalitetsprövning har gjorts.
39. Det andra klagörandet rör tolkningen av de nationella bestämmelserna, vilken det enbart ankommer på den nationella domstolen att göra. I beslutet att begära förhandsavgörande påpekar Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol) att ”en upphandlande myndighet enligt nationell rätt [är] skyldig att, om en fakultativ uteslutningsgrund i artikel 45.3 Bao är tillämplig, i

8 — Jag anser att fram till dess att beslutet om påföljd fattas, ska den ekonomiska aktören presumeras oskyldig och denne kan då inte anses ha gjort sig skyldig till ett allvarligt fel. Det gäller även om de handlingar som utgör överträdelsen (men som ännu inte har förklarats vara det) begicks före tidpunkten för inbjudan att lämna anbud.

enlighet med proportionalitetsprincipen bedöma huruvida en överträdelse verkligen ska medföra att den berörda anbudsgivaren utesluts”. Härigenom avgörs diskussionen i målet om förhandsavgörande om huruvida det finns tillräcklig rättslig grund för ”skyldigheten” att bedöma proportionaliteten (och indirekt om betydelsen av den förklarande noten till Bao), vad beträffar den nationella rätten.

40. Efter dessa klagöranden kan svaret på frågan utan större svårigheter härledas från domstolens praxis, före och efter direktiv 2004/18.⁹

41. Medan direktiv 92/50/EEG¹⁰ fortfarande gällde (i vilket artikel 29 hade en lydelse som liknade den i artikel 45.2 i direktiv 2004/18), betonade domstolen i domen i målet La Cascina m.fl.¹¹ att det överläts till medlemsstaterna att tillämpa de fakultativa fallen för uteslutning, vilket framgår av uttrycket ”kan uteslutas från deltagande i ett kontraktsförfarande” som återfanns i början av artikel 29. Medlemsstaterna kan inte föreskriva andra fall för uteslutning än dem som anges i bestämmelsen,¹² men artikel 29 i direktiv 92/50 föreskriver inte att dessa skäl för uteslutning ska tillämpas på ett enhetligt sätt.¹³

42. Efter det att direktiv 2004/18 hade trätt i kraft, följde domstolen samma linje i domen i målet Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici,¹⁴ i vilken resonemanget i domen i målet La Cascina m.fl.¹⁵ återges i punkt 35. Domstolen upprepade där att medlemsstaterna i enlighet med nationell rätt och med hänsyn till gemenskapsrätten ska fastställa villkoren för tillämpning av artikel 45.2 i direktiv 2004/18. Domstolen slog där således åter fast att medlemsstaterna har befogenhet att godta uteslutningskriterierna och, om de så önskar, göra dem mer flexibla.

43. Om det ankommer på medlemsstaterna att ange vilka skäl för uteslutning – bland dem som enligt direktiv 2004/18 är fakultativa – som ska gälla i deras egen rättsordning, är det logiskt att de även har befogenhet att precisera villkoren för deras tillämpning. De får således definiera dessa skäl mer eller mindre strikt, vilket innebär att om de skulle välja att underkasta alla dessa skäl, eller endast vissa av dem, en proportionalitetsprövning i det enskilda fallet, finns det inget i direktiv 2004/18 som hindrar detta.

44. Av domen i målet Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici¹⁶ framgår att medlemsstaternas utövande av denna befogenhet dock inte är ovillkorlig. Dels tillmäter unionen etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster stor betydelse, vilket är en drivkraft för att öppna upp upphandlingsförfarandena så mycket som möjligt. En tillämpning av de fakultativa skälen för uteslutning skulle kunna utgöra ett hinder för att uppnå detta syfte. Dels är det legitimt att motivera skälen för uteslutning med mål av allmänintresse, som att försäkra sig om att anbudsgivaren är tillförlitlig, iakttar omsorg och är yrkesmässigt hederlig och seriös. För att göra en avvägning mellan dessa intressen använder sig domstolen av proportionalitetsprincipen.

9 — I beslutet att begära förhandsavgörande och i parternas yttranden hänvisas det som ytterligare tolkningskriterium till skäl 101 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). Enligt det skälet bör de upphandlande myndigheterna ägna särskild uppmärksamhet åt proportionalitetsprincipen vid tillämpning av fakultativa skäl för uteslutning. Även om direktiv 2014/24 av tidsmässiga skäl inte kan få verkan i förevarande mål, avspeglas domstolens praxis inom detta område i ingressen till direktivet.

10 — Rådets direktiv 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).

11 — Dom av den 9 februari 2006, La Cascina m.fl. (C-226/04 och C-228/04, EU:C:2006:94, punkterna 21 och 23).

12 — Ibidem, punkt 22.

13 — Ibidem, punkt 23: ”... [m]edlemsstaterna har ... möjlighet att över huvud taget inte tillämpa dessa skäl för uteslutning och på så sätt se till att deltagandet i offentliga upphandlingar är så stort som möjligt, eller att införliva dessa skäl 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 befogenhet att mildra kriterierna i artikel 29 i direktivet eller göra dem mer tänjbara.”

14 — Dom av den 10 juli 2014, Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063).

15 — Dom av den 9 februari 2006, La Cascina m.fl. (C-226/04 och C-228/04, EU:C:2006:94).

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

45. Konsekvensen av denna rättspraxis är att en nationell lag, enligt vilken den upphandlande myndigheten endast får utesluta anbudsgivare som har ålagts påföljd på grund av att de gjort sig skyldiga till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, om den anser att en uteslutning av detta skäl är förenlig med proportionalitetsprincipen och inte åsidosätter artikel 45.2 i direktiv 2004/18 eller unionsrätten.

B – Tolkningsfråga 1 b

46. I det beskrivande dokumentet anges inte att en anbudsgivare som har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen endast får uteslutas om en proportionalitetsprövning har gjorts. Detta är orsaken till den hänskjutande domstolens tvivel: Är lydelsen av det beskrivande dokumentet relevant i förevarande fall?

47. För att besvara denna fråga är det nödvändigt att utgå från svaret på föregående fråga: en proportionalitetsprövning i det enskilda fallet med avseende på de fakultativa uteslutningsgrunderna krävs enligt de nederländska bestämmelserna om offentlig upphandling (närmare bestämt Bao) och det är heller inte oförenligt med unionsrätten. Frågan är emellertid om den regel som generellt har fastställts ska ha företräde eller om den upphandlande myndigheten är bunden av ett visst villkor i ett beskrivande dokument, som i just denna upphandling utesluter en anbudsgivare som har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel.

48. Som jag tidigare nämnt får EU-domstolen inte träda i den nationella domstolens ställe vad avser tolkningen av den nationella rätten. Ur ett rent nationellt rättsligt perspektiv, anser jag emellertid att det är möjligt att få villkoret i det beskrivande dokumentet att överensstämma med den allmänna regeln. I annat fall skulle det innebära att vissa tvingande bestämmelser som är tillämpliga vid offentlig upphandling skulle åsidosättas i ett enskilt fall, genom ett särskilt beslut som inte iakttar dessa.

49. Villkoret i det beskrivande dokumentet kan utan större svårigheter tolkas på ett sätt som "överensstämmer med" Bao, om man utgår från en helhetsbedömning av samtliga bestämmelser rörande offentlig upphandling. De fakultativa uteslutningsgrunderna fungerar inte i ett tomrum utan inom en på förhand fastställd rättslig ram, som ska iakttas. De gäller således bara om de lagstadgade villkoren för deras tillämpning är uppfyllda. Ett av dessa villkor är att agerandet ska bedömas mot bakgrund av proportionalitetsprincipen, när det rör sig om överträdelser som anbudsgivare har gjort sig skyldiga till.

50. När den upphandlande myndigheten handlar i överensstämmelse med detta kriterium, följer den till punkt och pricka de allmänna riktlinjerna för offentlig upphandling i Nederländerna, vilka fastställts i Bao och i den förklarande noten till den lagen. Även om det inte uttryckligen har angetts i det beskrivande dokumentet att den upphandlande myndigheten har befogenhet att bedöma den överträdelse som anbudsgivaren har gjort sig skyldig till mot bakgrund av proportionalitetsprincipen, får denna befogenhet anses underförstådd.

51. Det som föreskrivs i punkt 3.1 i det beskrivande dokumentet ("ett anbud som omfattas av en grund för uteslutning läggs åt sidan"), ska enligt min uppfattning just på grund av sin lagstiftningsliknande karaktär likställas med de riktlinjer för tolkning som gäller för alla underordnade rättsregler, vilka inte kan betraktas oberoende av de mer allmänna regler som de bygger på. Även om det i Bao föreskrivs att den upphandlande myndigheten i det konkreta fallet "beroende på kontraktets art och omfattning, arten och omfattningen av bedrägeriet och de åtgärder som företaget under tiden har vidtagit" ska undersöka om anbudsgivaren ska uteslutas på grund av att denne gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, kan den omständigheten att denna nödvändiga tillämpning av proportionalitetsprincipen i det enskilda fallet inte nämns i det beskrivande dokumentet, inte medföra att man bortser från den.

52. Detta synsätt bekräftas av unionsrätten. De domar där domstolen har uttalat sig om de fakultativa uteslutningsgrunderna och slagit fast att de inte ska tillämpas automatiskt, bekräftar att en sådan ”överensstämmande tolkning” ska göras. Det följer av domen i målet Forposta och ABC Direct Contact¹⁷ att automatiken (beträffande uteslutningen av en anbudsgivare som begått allvarliga fel) skulle kunna gå utöver det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har enligt artikel 45.2 i direktiv 2004/18.

53. Enligt den domen är det till att börja med nödvändigt att göra ”en konkret och individuell bedömning av den aktuella ekonomiske aktörens inställning”.¹⁸ Eftersom den inte iakttog detta kriterium, slog domstolen fast att unionsrätten utgör hinder för en nationell lag i vilken det föreskrivs att ”den upphandlande myndigheten är skyldig att automatiskt utesluta aktören från ett ... förfarande för offentlig upphandling ... Den upphandlande myndigheten har härvid inte möjlighet att från fall till fall bedöma hur allvarligt den ovannämnde aktörens påstått felaktiga agerande har varit ...”. Även om omständigheterna i målet Forposta och ABC Direct Contact¹⁹ skiljer sig från dem i förevarande mål, kan det resonemang som domstolen förde i det förstnämnda målet användas här som tolkningskriterium.

54. Sammanfattningsvis ska – utöver de skäl som rör den nationella rätten (Baos företrädare som allmän lag som reglerar offentlig upphandling i Nederländerna), vilka det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma, – EU-domstolens praxis beaktas, vilken i princip utgör hinder för en automatisk tillämpning av denna uteslutningsgrund.

55. Jag föreslår således att tolkningsfrågan ska besvaras så, att villkoret i det beskrivande dokumentet inte får användas för att undvika en proportionalitetsprövning av anbudsgivarens felaktiga agerande i det enskilda fallet, vid bedömningen av om denne ska uteslutas från kontraktet eller inte.

56. Invändningarna mot detta synsätt, vilka bygger på principerna om offentlighet, om likabehandling och om öppenhet (som såväl den hänskjutande domstolen som Connexion har nämnt, med hänvisning till domen i målet kommissionen/CAS Succhi di Frutta²⁰), har visserligen en viss tyngd, men de övertygar mig inte. Enligt den rättspraxis som domstolen erinrade om i den domen,²¹ måste samma villkor gälla för samtliga anbudsgivare, utan åtskillnad. I förevarande fall har en tillämpning av proportionalitetsprincipen inte bara stöd i de allmänna bestämmelserna om offentlig upphandling i Nederländerna, utan den skulle ha tillämpats på samma sätt på alla anbudsgivare som omfattas av samma uteslutningsgrund. Det kunde ha skett en diskriminering om en anbudsgivare, som gjort sig skyldig till ett liknande allvarligt fel, automatiskt skulle ha uteslutits från upphandlingen utan att någon proportionalitetsprövning först gjorts, till skillnad från vad som var fallet med konsortiet. Så är emellertid inte fallet.

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

18 — Ibidem, punkt 31.

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

20 — Dom av den 29 april 2004, C-496/99 P (EU:C:2004:236).

21 — Dom av den 29 april 2004, kommissionen/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkterna 108–111). Enligt domstolen ”[innebär] principen om likabehandling av anbudsgivare en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras att principen iakttas ... Enligt denna princip krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och den innebär således att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare.”

57. Jag anser inte att den rättspraxis där domen i målet kommissionen/CAS Succhi de Frutta²² ingår, utgör hinder för det svar som jag föreslår. Den roll som principerna om likabehandling, om offentliggörande och om insyn spelar i förhållande till vissa villkor i det beskrivande dokumentet, vilket ska tolkas mot bakgrund av de allmänna regler som är tillämpliga på offentliga upphandlingar, hindrar inte att den upphandlande myndigheten gör en bedömning i ett enskilt fall av huruvida anbudsgivarens felaktiga agerande, mot bakgrund av proportionalitetsprincipen, förhindrar att denne tilldelas kontraktet i fråga, för vilket han har utarbetat ett anbud med bättre villkor än de övriga.

58. I det nu aktuella anbudsförfarandet gjordes det i själva verket inte någon ändring av villkoren eller urvalsförfarandet, vilka var lika för alla anbudsgivare. Den upphandlande myndigheten kontrollerade om anbuden uppfyllde upphandlingskriterierna²³ och den tillämpade inte någon uteslutningsgrund som inte hade angetts i det beskrivande dokumentet.²⁴ Den omständigheten att den upphandlande myndigheten gjorde en proportionalitetsprövning, vilket inte uttryckligen hade föreskrivits i det beskrivande dokumentet men som krävs enligt de allmänna reglerna för offentlig upphandling i Nederländerna (och enligt domstolens praxis) då den bedömde en av dessa uteslutningsgrunder, är enligt min uppfattning förenligt med principen om likabehandling och den därmed förknippade principen om att iaktta öppenhet.

59. Det är rimligt att domstolen insisterar på (senast i domen i domen Pizzo²⁵) att villkoren i förfrågningsunderlaget eller motsvarande handlingar ska iakttas, som garanti för att alla anbudsgivare behandlas lika. Denna regel har som alla regler sina gränser och förfrågningsunderlaget (eller de motsvarande handlingarna) kan inte tillmätas så stor betydelse att man utan vidare kan bortse från de krav vid offentliga upphandlingar som föreskrivs i medlemsstaternas lagstiftningar. Det bör beaktas att vissa upphandlande myndigheter på detta sätt skulle kunna känna sig frestade att bortse från vissa krav i förfrågningsunderlagen, vilka föreskrivits i lag av den nationella lagstiftaren men som den upphandlande myndigheten inte godtar eller som den helt enkelt vill undvika (till och med för att gynna en potentiell anbudsgivare), i förvisning om att förfrågningsunderlag som är utformade på det sättet i praktiken inte kan ifrågasättas. Samtidigt som det är viktigt att behandla alla anbudsgivare lika, är det lika viktigt att dessa, och den upphandlande myndigheten, inte undantas från de allmänna regler och principer som gäller inom detta område i varje medlemsstat. En av dessa är proportionalitetsprincipen, vilken är tillämplig på den uteslutningsgrund som är aktuell i förevarande fall.

C – Tolkningsfråga 2

60. Även om den hänskjutande domstolen inte uttryckligen nämner det, uppfattar jag det så, att den frågar EU-domstolen om tolkningen av direktiv 89/665 om samordning av de nationella bestämmelserna för prövning av offentlig upphandling.

61. Med avseende på de upphandlande myndigheternas beslut (naturligtvis när det rör sig om kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18), ska medlemsstaterna se till att de berörda parterna ges möjlighet att på ett snabbt och effektivt få prövat om dessa myndigheter har åsidosatt de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling eller de nationella bestämmelser genom vilka dessa införlivas i nationell rätt. Detta är kort sagt syftet med direktiv 89/665.

22 — Dom av den 29 april 2004, kommissionen/CAS Succhi de Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236). Det målet rörde en situation i vilken den upphandlande myndigheten ändrade anbudsförfarendets allmänna struktur genom att ensidigt ändra ett av villkoren för detta. Villkoret ansågs grundläggande eftersom det hade varit möjligt för anbudsgivarna att lämna ett väsentligen annorlunda anbud om det hade förekommit i anbudsinfordran. Ingen av dessa omständigheter föreligger emellertid i förevarande mål.

23 — Se dom av den 6 november 2014, Cartiera dell'Adda, (C-42/13, EU:C:2014:2345, punkt 44), med hänvisning till domen i målet kommissionen/CAS Succhi di Frutta, (dom av den 29 april 2004, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkterna 108–111).

24 — Till skillnad från vad som var fallet i målet Pizzo (dom av den 2 juni 2016, C-27/15, EU:C:2016:404).

25 — Dom av den 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404).

62. I min analys kommer jag börja med att undersöka frågan om huruvida direktiv 89/665 – och den rättspraxis där direktivet har tolkats – innehåller riktlinjer för att klarlägga i vilken grad eller omfattning som prövningsorganen ska pröva de upphandlande myndigheternas beslut. Om det finns sådana riktlinjer ska de därefter jämföras med dem som gäller i nederländsk rätt, vilka den hänskjutande domstolen har hänvisat till.

63. Ett andra steg blir sedan att klarlägga huruvida domstolsprövningens omfattning ska vara densamma i de två processuella scenarier som beskrivs i artikel 2 i direktiv 89/665, det vill säga dels, det interimistiska förfarande som gör det möjligt att vidta provisoriska åtgärder i skedet innan upphandlingsavtalet genomförs, dels övriga prövningsförfaranden som syftar till att få myndighetens tilldelningsbeslut upphävt samt erhålla skadestånd. I förevarande fall²⁶ väckte Connexion talan mot VWS:s beslut att tilldela konsortiet kontraktet och yrkade att Voorzieningenrechter te Den Haag (domaren med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder i Haag) skulle upphäva beslutet. Denna talan omfattades således av tillämpningsområdet för artikel 2.1 c i direktiv 89/665.

64. Jag kommer avslutningsvis att undersöka om det mot bakgrund av omständigheterna i det nationella målet kan hävdas – vilket Nederländernas regering anser – att den prövning som de olika domstolarna har gjort, i första och andra instans, uppfyllde de krav på prövningen som föreskrivs i direktiv 89/665.

1. Hur ingående domstolsprövningen av de upphandlande myndigheternas beslut ska vara

65. Inom området offentlig upphandling kan samma tendens skönjas som inom andra områden av den europeiska offentliga rätten: om domstolen till att börja med nöjde sig med att hänvisa till medlemsstaternas processuella autonomi och att som korrektiv använda sig av principerna om likvärdighet och om effektivitet som minimikrav för de nationella domstolsprövningssystemen i tvister som rör unionsrätten, har de krav som följer av rätten till ”domstolsskydd” kommit att betonas allt mer och samtidigt har denna prövning kommit att bli allt mer ingående.²⁷

66. Denna tendens har logiskt nog varit ännu tydligare när unionslagstiftaren har antagit harmoniserande bestämmelser, just med avseende på domstolsprövningen av vissa beslut som fattats av de nationella myndigheterna. Så är bland annat fallet när det gäller området offentlig upphandling, eftersom direktiv 89/665 och de efterföljande ändringarna av det, har byggt på en insikt om att unionsrätten blir verkningslös om det inte finns harmoniserade prövningsmekanismer som är effektiva och som säkerställer att de tillämpliga bestämmelserna följs. Dessa mekanismer syftar inte bara till att skydda anbudsgivarnas rättigheter, utan även till att förbättra det offentliga upphandlingssystemet som helhet, vars ekonomiska betydelse för den inre marknaden inte nog kan betonas.

67. Det är därför inte förvånande att det såväl i beslutet att begära förhandsavgörande som i parternas yttranden finns upprepade hänvisningar till domarna i målen HI²⁸ och Croce Amica One Italia,²⁹ i vilka domstolen uttalade sig om omfattningen av domstolens befogenheter att pröva den upphandlade myndighetens verksamhet.

26 — Se punkterna 20 och 21 i detta förslag till avgörande.

27 — I doktrinen från de senaste åren finns gott om reflektioner rörande denna fråga. Se en aktuell beskrivning av *status quaestionis* i Jans, J.H., Prechal, S. och Widdershoven R.J.G.M., *The Europeanisation of Public Law*, 2 uppl., Groningen, 2015, s. 399 och följande sidor.

28 — Dom av den 18 juni 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379).

29 — Dom av den 11 december 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435).

68. I den förstnämnda domen slog domstolen fast att direktiv 89/665 utgör hinder för en nationell bestämmelse som innebär att prövningen av huruvida ett beslut ”är rättsenligt endast skall omfatta frågan huruvida detta beslut är av godtycklig art”.³⁰ I domen *Croce Amica One Italia*³¹ vidareutvecklade domstolen sitt resonemang från domen i det ovannämnda målet HI och erinrade om att prövningen av huruvida ett beslut är rättsenligt inte endast kan omfatta frågan om detta beslut är av godtycklig art. Därefter gick domstolen ett steg vidare och slog fast att lagstiftaren kan tilldela nationella domstolar befogenheter att kontrollera att nämnda beslut är lämpliga.

69. På samma sätt ges domstolen i förevarande mål tillfälle att ta ställning till huruvida en prövning som enbart är ”marginell” (det är detta uttryck som den hänskjutande domstolen använder) uppfyller villkoren i direktiv 89/665. Den hänskjutande domstolen är inte så tydlig i sin beskrivning av vad som utmärker systemet med ”marginell” prövning och av beslutet att begära förhandsavgörande framgår bara att den nederländska domstolen begränsar sin prövning till att avgöra huruvida den upphandlande myndighetens beslut är ”rimligt”.

70. Vid första anblick skulle detta nästan intuitivt ge anledning att tro att om detta är det allmänna systemet för domstolsprövning av myndighetsbeslut som gäller i Nederländerna (inte bara beträffande offentlig upphandling, utan även inom andra offentlighetsrättsliga områden), borde den medlemsstatens processuella autonomi ha företräde, om det inte enligt en harmoniserande bestämmelse krävs att domstolsprövningen ska vara ”fullständig” och inte enbart ”marginell”.

71. Med förbehåll för vad jag nedan kommer att redogöra för beträffande prövningsförfarandets interimistiska skede, anser jag emellertid att en domstolsprövning som inom detta område inskränker sig till att bedöma huruvida beslutet att tilldela kontraktet var ”rimligt”, inte är förenligt med artikel 2 i direktiv 89/665. Som domstolen betonade i domen i målet *Alcatel Austria m.fl.*,³² ska prövningsförfarandena säkerställa en effektiv tillämpning av de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, ”särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till”. Om förutsättningarna för det är uppfyllda, ska prövningsförfarandet göra det möjligt för klaganden att ”utverka undanröjande av” ”den upphandlande myndighetens beslut innan kontraktet ingås – i vilket den upphandlande myndigheten beslutar med vilken av de anbudsgivare som deltagit i anbudsförfarandet den skall ingå kontrakt”. Enbart en rimlighetsprövning ger ingen garanti för att beslutet strikt följer upphandlingsreglerna.

72. En upphandlande myndighet kan i princip välja mellan flera olika lösningar, som alla är lika ”rimliga” och som inte upphör att vara det bara för att en av dem i slutändan visar sig vara den bästa lösningen, det vill säga den som stämmer bäst överens med upphandlingsvillkoren. En prövning där domstolen inskränker sig till att undersöka om ett beslut är ”rimligt”, skiljer sig när allt kommer omkring i kvalitativt hänseende inte mycket från en prövning av huruvida beslutet är godtyckligt. Det rör sig om en prövningsnivå som liknar den som domstolen förkastade i domen i målet HI³³ och som inskränkte sig till att undersöka huruvida det angripna beslutet var godtyckligt.

73. Enligt min uppfattning kräver den domstolsprövning som föreskrivs i direktiv 89/665 mer än så för att den ska förtjäna att betecknas som sådan. Domstolen kan inte enbart inskränka sig till att pröva om de angripna besluten är ”rimliga”, i synnerhet som besluten måste följa ett detaljerat regelverk som omfattar såväl formella som materiella aspekter. En domstol som prövar en talan inom detta område, måste bedöma om det angripna tilldelningsbeslutet har följt upphandlingsreglerna och om den utvalda anbudsgivarens anbud klarar den kritiska analys som konkurrenterna har anfört i överklagandet. En

30 — Dom av den 18 juni 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, punkt 64). Enligt domstolen kan omfattningen av den domstolsprövning som ska ske inom ramen för det prövningsförfarande som avses i direktiv 89/665, med hänsyn till den målsättning att förstärka rättsmedlen som detta direktiv har, inte tolkas restriktivt.

31 — Dom av den 11 december 2014, *Croce Amica One Italia* (C-440/13, EU:C:2014:2435).

32 — Dom av den 28 oktober 1999, *Alcatel Austria m.fl.* (C-81/98, EU:C:1999:534, punkterna 33 och 43).

33 — Dom av den 18 juni 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379).

sådan bedömning kräver i många fall en prövning av de avgörande omständigheterna (som myndigheten kan ha fastställt felaktigt) samt av de bevis som lagts fram om olika anbuds större eller mindre förtjänster i förhållande till andra. Den kräver också att en prövning görs av huruvida myndighetens åtgärd är tillräckligt motiverad och om den är anpassad till, eller avviker från, de mål som ligger till grund för den (det vill säga om det finns tecken på maktmissbruk) och de övriga rättsliga bestämmelser som reglerar den. En bedömning av alla dessa aspekter sträcker sig som sagt längre än till att bara pröva om det angripna beslutet är ”rimligt” och den innefattar faktiska och rättsliga frågor som är av mer ”teknisk”, och ofta mer komplicerad, karaktär än vad de domstolar som prövar myndighetsbeslut vanligtvis brukar hantera.

74. Jag anser således att om den uppfattas på det sätt som jag har beskrivit ovan, uppfyller en ”marginell” prövning av den upphandlande myndighetens beslut som inskränker sig till en bedömning av om de är ”rimliga”, så som den hänskjutande domstolen har beskrivit den, inte kravet på domstolsprövning i direktiv 89/665. Frågan är emellertid om dessa överväganden är tillämpliga på det interimistiska skedet av förfarandet för att pröva sådana beslut.

2. Domstolsprövningen i det interimistiska skedet

75. Som jag tidigare har nämnt handlade målet i första instans om det beslut genom vilket VWS valde ut en viss anbudsgivare, medan den ansökan som ingavs till Voorzieningenrechter te Den Haag (domaren med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder i Haag) framställdes inom ramen för ett interimistiskt förfarande.³⁴ Tvisten rörde således sådana interimistiska åtgärder som avses i artikel 2.1 a i direktiv 89/665. I det nederländska systemet³⁵ finns en uppdelning av behörigheter beroende på om en ansökan avser interimistiska åtgärder eller om det yrkas att myndighetens beslut ska prövas i sak.³⁶

76. Att det finns ett interimistiskt inslag kan vara av betydelse för svaret på den andra tolkningsfrågan: domstolarnas prövning av de upphandlande myndigheternas beslut behöver inte vara lika ingående i det interimistiska skedet som då tvisten avgörs i sak. I det förstnämnda fallet är domstolens kännedom om målet vanligtvis begränsad³⁷ och interimistiska beslut vinner normalt sett inte rättskraft utan kan ändras senare när tvisten prövas i sak.

77. Den speciella ställning som en domstol med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder har, mot bakgrund av direktiv 89/665, innebär således att de åtgärder som domstolen beslutar om får en tillfällig karaktär, fram till dess att tvisten är helt avgjord, och de interimistiska åtgärderna ”reglerar [inte] rättsförhållandena slutgiltigt”.³⁸ Om det dessutom beaktas att den tolkning av direktiv 2004/18

34 — Detta framgår uttryckligen av punkt 3.2.1 i beslutet att begära förhandsavgörande.

35 — I domen av den 9 december 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl.* (C-568/08, EU:C:2010:751, punkt 45), och i generaladvokat Cruz Villalóns förslag till avgörande i samma mål (C-568/08, EU:C:2010:515), analyserades den nederländska lagstiftning som då gällde. I punkt 11 i domen slog domstolen fast att ”offentlig upphandling [hör] till privaträttens område, och tilldelning av offentliga kontrakt utgör en privaträttslig handling. De förberedande beslut som fattas av förvaltningsorgan före tilldelningen av ett offentligt kontrakt betraktas som förberedande privaträttsliga handlingar. De allmänna domstolarna är behöriga att pröva mål om offentlig upphandling, såväl vad avser säkerhetsåtgärder som sakfrågan. Förvaltningsdomstolar saknar behörighet om inte annat anges i lag”. Den nederländska regeringen medgav vid förhandlingen i målet att denna rättsliga ram inte ändrades i någon väsentlig grad genom antagandet av *Wet van 28 januari 2010 tot implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijn aanbesteden* (lag om införlivande av prövningsdirektivet av den 28 januari 2010).

36 — Hebly, Jan M, och Folkert, Wilman G., ”Damages for breach of procurement law: The Dutch situation”, s. 75–88, i *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Fairgrieve Ducan och Lichère, François (red.), Hart Publishing, Oxford, 2011.

37 — I sin dom av den 9 december 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl.* (C-568/08, EU:C:2010:751, punkt 77), slog domstolen fast följande: ”Det kan ... inte uteslutas att domstolen med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder och den domstol som senare har att pröva samma tvist i sak gör olika tolkningar av de tillämpliga unionsrättsliga bestämmelserna. Dels ska domstolen med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder fatta ett beslut i ett skyndsamt förfarande där såväl bevisupptagning som prövning av parternas grunder nödvändigtvis är mer summariska än då målet prövas i sak. Dels har den prövning som görs av domstolen med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder, till skillnad från den som görs av den domstol som har att pröva målet i sak, inte till syfte att slutligt avgöra de anspråk som framställts, utan att interimistiskt skydda de aktuella intressena och, i förekommande fall, göra en avvägning mellan dessa.”

38 — Dom av den 9 december 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl.* (C-568/08, EU:C:2010:751, punkt 77).

som görs i det interimistiska skedet senare kan fastställas ”vara felaktigt av den domstol som prövar målet i sak”,³⁹ innebär det att det interimistiska förfarandet i sig i domstolens praxis karaktäriseras som en ren förberedelse för det efterföljande förfarandet, och det är endast det sistnämnda som mynnar ut i ett avgörande i sak, så att rättsförhållandena i fråga kan fastställas efter att tvisten har framställts i sin helhet.

78. Det är endast i det sistnämnda förfarandet, och inte i det interimistiska, som det kan krävas att en sådan fullständig domstolsprövning ska göras som jag tidigare har beskrivit. Domstolen med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder kan således inte göra en lika ingående prövning av myndighetsbeslutet som den domstol som ska pröva tvisten i sak. Domstolen får närmare bestämt inskränka sig till att göra en rimlighetsprövning av de motstående yrkandena och av själva tilldelningsbeslutet, som liknar den som gäller vid andra interimistiska förfaranden (prövning av vad som vid första påseendet framstår som faktiskt och rättsligt befogat (*fumus boni iuris*) och av om ärendet är brådskande (*periculum in mora*) samt en intresseavvägning).

79. Ett sådant resonemang, vilket enligt min uppfattning i princip är ägnat att besvara den hänskjutande domstolens fråga, kan emellertid ifrågasättas med hjälp av en faktisk uppgift som måste beaktas. Uppgifter om nederländsk praxis⁴⁰ visar att den stora merparten (omkring 92 % av prövningarna av offentliga upphandlingar mellan åren 2004 och 2009) avgörs i det interimistiska skedet, i vilket klagandena framställer yrkanden om interimistiska åtgärder för att förhindra att kontrakten ingås. Beslutet om interimistiska åtgärder brukar i nederländsk processrättslig praxis vara ”det enda och slutgiltiga avgörandet i tvister” inom detta område.⁴¹

80. Om det verkligen hade förhållit sig så med prövningsförfarandena i Nederländerna, hade de nederländska domstolarna med behörighet att meddela interimistiska avgöranden varit nästan den enda, och slutliga, garanten i systemet med domstolsprövning av överklaganden av de upphandlande myndigheternas beslut med stöd av direktiv 89/665. Det skulle innebära att de teoretiska skillnaderna mellan det interimistiska skedet och det slutgiltiga skedet i sådana förfaranden skulle suddas ut.

81. Under sådana förhållanden skulle den fullständiga prövning av de upphandlande myndigheternas beslut, som det ankommer på domstolarna att göra, försvagas och den skulle ersättas av en ”marginell” prövning som görs av domstolarna med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder. Prövningsförfarandena skulle sannolikt bli effektivare och snabbare, men samtidigt skulle de förlora sin förmåga att reagera på vissa eventuella oegentligheter, av olika slag, i de upphandlande myndigheternas beslut, vilka skulle undgå den prövning som de ska underkastas enligt direktiv 89/665. Med andra ord skulle direktivet inte iaktas i sin helhet.

3. Domstolsprövningen i det nationella målet

82. Det ovan anförda kan användas för att ge ett abstrakt svar på den andra tolkningsfrågan, i likhet med det sätt på vilket den hänskjutande domstolen har formulerat frågan. En närmare analys av vad som förevarit i det nationella målet visar emellertid att såväl den prövning som gjorts av domaren med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder som den prövning som gjorts av Gerechtshof Den Haag (appellationsdomstolen i Haag) enligt min uppfattning sträcker sig länge än en ”marginell” domstolsprövning, om det ordet uppfattas på det sätt som jag har redovisat ovan.

39 — Ibidem, punkt 80.

40 — Jag har hämtat dessa siffror från den rapport om offentlig upphandling i Nederländerna som har sammanställts av Van de Meent, Gert-Wim & Manunza Elisabetta R., i *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes. The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014*, Congress Publications, vol. 3. DJOF Publishing, s. 641 och följande sidor, Köpenhamn, 2014. Författarna anger i sin tur som källa *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland: 1 september 2004 – 31 augustus 2009*, Final report, June 2010, Van Doorne NV/Ministry of Economic Affairs.

41 — Ibidem, fotnot 131: ”In the Dutch legal system it is not required to follow-up with another proceedings for the interim relief judgment to have binding force; therefore, often, in practice, the interim judgment contains the sole and final ruling on a procurement dispute (barring appeal of the interim judgment), as losing parties tend to resign themselves to this verdict.”

83. Voorzieningenrechter te Den Haag (domare med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder i Haag) prövade inte bara i vilken mån VWS:s beslut var rimligt utan prövade det även mot bakgrund av de ”positiva” regler som var tillämpliga på anbudsförfarandet (i synnerhet det beskrivande dokumentet, som gavs företräde) när den slog fast att den anbudsgivare som tilldelats kontraktet skulle uteslutas. Vad beträffar appellationsdomstolen instämmer jag med den nederländska regeringens⁴² uppfattning att den prövning som den domstolen gjorde var ”uttömmande”, det vill säga att den ”beaktade alla de aspekter som låg till grund för ministeriets beslut att inte slutgiltigt utesluta” konsortiet, efter att den tolkat samtliga tillämpliga bestämmelser och kommit fram till ett motsatt resultat jämfört med Voorzieningenrechter te Den Haag (domare med behörighet att besluta om interimistiska åtgärder i Haag).

84. Om så är fallet, vilket jag tror, skulle den andra tolkningsfrågan antingen kunna betecknas som rent hypotetisk (eftersom den handlar om huruvida det är tillåtet med en ”marginell” prövning som i själva verket inte har gjorts under något av de två föregående skedena i förfarandet), eller besvaras nekande, vilket är vad jag föreslår, med beaktande av en särskild hänvisning till omständigheterna i förfarandet vid de nationella domstolarna. På grundval av de handlingar som föreligger i detta mål kan inte slutsatsen dras att den domstolsprövning som har gjorts av de domstolar som har medverkat i det nationella målet har inskränkt sig till en sådan prövning.

V – Förslag till avgörande

85. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol) på följande vis:

- ”1) 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, som den som är aktuell i förevarande mål, enligt vilken en upphandlande myndighet ska tillämpa proportionalitetsprincipen då den bedömer om en anbudsgivare som har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen ska uteslutas, även om denna befogenhet inte uttryckligen anges i det beskrivande dokumentet till kontraktet.
- 2) Artiklarna 1 och 2 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, utgör hinder för en bestämmelse, eller en allmän praxis, i en medlemsstat som begränsar omfattningen av prövningsförfarandena till att enbart pröva om de upphandlande myndigheternas beslut är rimliga.”

42 — Punkt 56 i dess skriftliga yttrande.