Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 20 december 2017*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling av byggentreprenader – Direktiv 2004/18/EG – Artikel 45.2 och 45.3 – Villkor för att uteslutas från att delta i offentlig upphandling – Försäkran med avseende på att lagakraftvunna domar mot tidigare styrelseledamöter i det anbudsgivande bolaget saknas – En tidigare styrelseledamots brottsliga handling – Fällande dom i brottmål – Det anbudsgivande bolagets fullständiga och verkliga avståndstagande från den styrelseledamoten – Bevis – Det anbudsgivande bolagets bedömning av kraven avseende den skyldigheten”

I mål C-178/16,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) genom beslut av den 1 december 2015, som inkom till domstolen den 24 mars 2016, i målet

Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA,

Guerrato SpA

mot

Provincia autonoma di Bolzano,

Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP),

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),

ytterligare deltagare i rättegången:

Società Italiana per Condotte d’Acqua SpA,

Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali SpA,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

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

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

* Rättegångsspråk: italienska.

justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 5 april 2017,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA och Guerrato SpA, genom M. A. Sandulli och L. Antonini, avvocati,

– Provincia autonoma di Bolzano och Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP), genom C. Guccione, avvocato, R. von Guggenberg, Rechtsanwältin, L. Fadanelli, A. Roilo och S. Bikircher, avvocati,

– Società Italiana per Condotte d'acqua SpA, genom A. Guarino och C. Martelli, avvocati,

– Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av C. Pluchino, och de P. Grasso, avvocati dello Stato,

– Europeiska kommissionen, genom G. Gattinara och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 21 juni 2017 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 45.2 första stycket c och g samt 45.3 a 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) och vissa allmänna unionsrättsliga principer.

2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (nedan kallat Mantovani) och Guerrato SpA, det förstnämnda agerar i eget namn och är bemyndigad företrädare för en tillfällig företagssammanslutning som ska upprättas tillsammans med Guerrato och å andra sidan Provincia autonoma di Bolzano (autonoma provinsen Bolzano, Italien, nedan kallad provinsen Bolzano), Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) (ansvarigt kontor för förfarande och kontroll av offentlig upphandling av byggentreprenader, tjänster och varor (ACP)) och Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) (nationell myndighet för korruptionsbekämpning (ANAC)). Målet rör uteslutningen av Mantovani från anbudsförfarandet i en offentlig upphandling av byggentreprenader angående finansiering, utformning av ett slutgiltigt och exekutivt projekt samt uppförande och drift av ett nytt fängelse i Bolzano.

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. …”

4 I artikel 45 i direktiv 2004/18, som har rubriken ”Anbudssökandes eller anbudsgivares personliga ställning”, föreskrivs följande:

”1. Om en upphandlande myndighet får kännedom om en lagakraftvunnen dom som har meddelats på en eller flera av följande grunder skall den utesluta denna anbudssökande eller anbudsgivare från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt.

…

För tillämpningen av denna punkt skall den upphandlande myndigheten vid behov begära att anbudssökandena eller anbudsgivarna lämnar de handlingar som anges i punkt 3 och får om de hyser tvivel beträffande anbudssökandens/anbudsgivarnas personliga ställning vända sig till de behöriga myndigheterna för att få den information om dessa anbudssökandes eller anbudsgivares personliga ställning som de anser nödvändig. Om informationen rör en anbudssökande eller anbudsgivare som är etablerad i en annan stat än den upphandlande myndigheten, får den upphandlande myndigheten begära samarbete med de behöriga myndigheterna. I enlighet med den nationella lagstiftningen i den medlemsstat där de anbudssökande eller anbudsgivarna är etablerade, gäller denna anmodan juridiska och/eller fysiska personer inklusive, vid behov, företagschefer eller varje annan person som är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera anbudssökanden eller anbudsgivaren.

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

…

c) enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetiken,

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

…

g) i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt detta avsnitt eller har underlåtit att lämna sådan information.

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

3. Den upphandlande myndigheten skall godta som tillräckligt bevis för att den ekonomiska aktören inte befinner sig i någon av de situationer som anges i punkt 1 och i punkt 2 a, 2 b, 2 c, 2 e och 2 f

a) för punkt 1 och punkt 2 a, 2 b, och 2 c ett utdrag ur kriminalregistret eller, om detta inte är möjligt, en likvärdig handling från den behöriga rättsliga eller administrativa myndigheten i personens hemland eller ursprungsland som visar att dessa krav är uppfyllda,

…”

Italiensk rätt

5 I Italien regleras all offentlig upphandling av byggentreprenader, tjänster och varor genom decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lagstiftningsdekret nr 163 av den 12 april 2006 om inrättande av lag om offentlig upphandling av byggentreprenader, tjänster och varor till genomförande av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG) (ordinarie tillägg till GURI nr 100 av den 2 maj 2006), i dess lydelse enligt lagdekret nr 70 av den 13 maj 2011 (GURI nr 110 av den 13 maj 2011, s. 1), omvandlat till lag genom lag nr 106 av den 12 juli 2011 (GURI nr 160 av den 12 juli 2011, s. 1) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 163/2006).

6 I artikel 38 i del II i lagstiftningsdekret nr 163/2006 fastställs allmänna villkor för deltagande i förfarandena för koncessioner och offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Artikel 38.1 c i lagstiftningsdekretet har följande lydelse:

”Följande personer får inte delta i förfaranden för koncessioner och offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster och får inte ingå avtal som underleverantörer eller tillhörande avtal:

…

c) De som har dömts genom en dom eller ett strafföreläggande som har vunnit laga kraft, eller en dom om förhandlad påföljd enligt artikel 444 i straffprocesslagen för allvarliga överträdelser till förfång för staten eller gemenskapen som påverkar yrkesetiken. En fällande lagakraftvunnen dom på grund av deltagande i en eller flera överträdelser i en kriminell organisation, korruption, bedrägeri, penningtvätt, som definierats i gemenskapens rättsakter som citeras i artikel 45.1 i direktiv 2004/18 medför i alla fall i vart fall uteslutning. Uteslutning och förbud tillämpas om domen eller beslutet har avkunnats mot innehavaren eller den tekniske direktören om det är fråga om ett enskilt bolag; delägare eller den tekniske direktören, om det är fråga om ett handelsbolag; komplementärerna eller den tekniske direktören, om det är fråga om ett kommanditbolag; styrelseledamöter med behörighet att företräda bolaget, den tekniske direktören eller ende bolagsmannen, en fysisk person, eller majoritetsdelägaren i fråga om ett bolag med färre än fyra delägare om det är fråga om ett annat slags bolag eller ett konsortium. Uteslutning och förbud ska i vart fall tillämpas även på dem som upphört att utöva sin tjänst under det år som föregår den dag då meddelandet om upphandling publiceras, eftersom bolaget inte visar att det fullständigt och verkligen har tagit avstånd från det agerande som en påföljd har vidtagits mot. Uteslutning och förbud är i vart fall inte aktuellt när överträdelsen avkriminaliseras eller om vederbörande fått upprättelse, det vill säga att överträdelsen förklaras vara utsläckt efter en fällande dom eller om den fällande domen återkallas; …”

Det nationella målet och tolkningsfrågan

7 I ett meddelande som publicerades i *Europeiska unionens officiella tidning* den 27 juli 2013 (S 145–251280), inledde provinsen Bolzano ett upphandlingsförfarande i ett öppet förfarande för offentlig upphandling av byggentreprenader angående finansiering, utformning av ett slutgiltigt och exekutivt projekt samt uppförande och drift av ett nytt fängelse i Bolzano. Det beräknade beloppet för arbetena uppgick till 165 400 000 euro.

8 Den 16 december 2013 gav Mantovani i eget namn in en ansökan om att delta som bemyndigad företrädare för en tillfällig företagssammanslutning som ska upprättas. Bolaget gav in två förklaringar om att iaktta de allmänna villkor som föreskrivs i artikel 38 i lagstiftningsdekret nr 163/2006. Den

4 december 2013 angav bolaget att B, som i egenskap av styrelseordförande, verkställande direktör och rättslig företrädare hade upphört att utöva sin tjänst den 6 mars 2013, inte hade fällts genom någon lagakraftvunnen dom. Mantovani upprepade innehållet i förklaringen den 16 december 2013.

9 Vid sitt möte den 9 januari 2014 godtog den upphandlande myndigheten Mantovanis ansökan med vissa förbehåll i avvaktan på att Mantovani skulle inkomma med preciseringar beträffande B. I en artikel i lokalpressen som hade publicerats den 6 december 2013 angavs nämligen att B hade varit föremål för rättsliga åtgärder för att ha varit initiativtagare till ett system med falska fakturor och ha förhandlat om påföljden till ett år och tio månaders fängelse.

10 Den upphandlande myndigheten försåg sig därefter med uppgifter i belastningsregistret för B. Av dessa framgick att den ovannämnda domen hade avkunnats den 5 december 2013 och vunnit laga kraft den 29 mars 2014. Vid sitt möte den 29 maj 2014 uppmanade den upphandlande myndigheten Mantovani att inkomma med preciseringar om dem domen.

11 Mantovani svarade med att bland annat hävda att domen mot B hade vunnit laga kraft efter hans förklaring av den 4 och den 16 december 2013, domen av den 6 december 2013 avkunnades inom stängda dörrar och inte vid offentlig förhandling och publicerades först den 3 februari 2014. Mantovani har tillagt att för att styrka att bolaget fullständigt och verkligen tagit avstånd från B:s agerande, avsattes denne omedelbart från sin tjänst som styrelseledamot i Mantovanikoncernen. Bolagets förvaltningsorgan omorganiserades, B:s ageranden löstes in och en ansvarstalan inleddes mot honom.

12 Efter att ha upprättat en klassificering där Mantovani med reservation placerades som nummer fem, begärde den upphandlande myndigheten ett yttrande från ANAC över lagenligheten i att eventuellt utesluta Mantovani. ANAC svarade i huvudsak att det visserligen inte kunde sägas att Mantovani lämnat oriktiga uppgifter, eftersom en lagakraftvunnen dom inte förelåg, men att det förhållandet att ett straffrättsligt förfarande avseende en av de personer som anges i artikel 38.1 c i lagstiftningsdekret nr 163/2006 inte hade meddelats inom rimlig tid kan utgöra ett åsidosättande av skyldigheten att samarbeta lojalt med den upphandlande myndigheten och därmed motarbeta att bolaget fullständigt och verkligt tagit avstånd från den berörda personen.

13 Under dessa förhållanden beslutade den upphandlande myndigheten under sitt möte den 27 februari 2015 att utesluta Mantovani från upphandlingsförfarandet. I protokollet från det mötet slogs fast att de allmänna villkor som föreskrivs i artikel 38 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 inte var uppfyllda ”på grund av att de uppgifter som bolaget har gett in för att visa att det tagit avstånd från de straffbara handlingar som en person gjort sig skyldig till som upphört att utöva ledarskap, hade ingetts för sent” och att den fällande domen ”avkunnades före den förklaring som avgavs i upphandlingsförfarandet och att Mantovani därför inte kunde ha meddelat den i det skede då deltagandet undersöktes”.

14 Mantovani väckte talan mot beslutet om uteslutning vid Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (Regionala förvaltningsdomstolen, självständiga sektionen för Bolzano, Italien). I en dom av den 27 augusti 2015 slog den domstolen fast att uteslutningen var lagenlig och fann att den omständigheten att en fällande dom hade avkunnats mot B hade kunnat vara föremål för en förklaring under anbudsförfarandet och att endast en anbudsgivare som ingett förklaringar som överensstämmer med verkligheten utan att vilseleda den upphandlande myndigheten skulle kunna göra gällande det avståndstagande som avses i artikel 38.1 c i lagstiftningsdekret nr 163/2006.

15 Mantovani överklagade den domen till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) bland annat eftersom artikel 38 i lagstiftningsdekret nr 163/2006 strider mot unionsrätten, och begärde att en begäran om förhandsavgörande skulle riktas till domstolen.

16 Mot denna bakgrund beslutade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till EU-domstolen:

”Utgör en nationell bestämmelse såsom artikel 38.1 c i lagstiftningsdekret [163/2006] hinder för en korrekt tillämpning av artikel 45.2 första stycket c och g samt 45.3 a i direktiv 2004/18 och för de unionsrättsliga principerna om skydd för berättigade förväntningar, rättssäkerhet, likabehandling, proportionalitet, öppenhet, förbud mot att försvåra förfarandet, maximalt öppnande för konkurrens på marknaden för offentlig upphandling samt principerna om att sanktionsåtgärder ska vara uttömmande fastställda och tydliga, till den del innehållet i den föreskrivna skyldigheten att förklara, enligt den nationella bestämmelsen utvidgas beträffande att lagakraftvunna fällande domar inte föreligger (vilket omfattar domar om påföljd som förhandlats med åklagare) för överträdelser som avses i den bestämmelsen, för dem som, i de företag som vill lämna in anbud, har haft en ledande ställning som de har upphört att utöva under det år som föregår publiceringen av meddelandet om upphandling och därmed anser att den omständigheten att bolaget inte kan styrka att det fullständigt och verkligen har tagit avstånd från dessa personers straffbara agerande utgör en grund för uteslutning från upphandlingsförfarandet, varvid bedömningen av avståndstagandet lämnas till den upphandlande enhetens fria skön, vilket får till följd att den upphandlande enheten i praktiken kan införa en rad skyldigheter vilkas bristande uppfyllelse medför uteslutning från upphandlingsförfarandet, närmare bestämt

i) skyldigheter att lämna uppgifter och avge försäkran om brottmål som ännu inte har avgjorts genom lagakraftvunnen dom (och vars utfall följaktligen är osäkert), som inte föreskrivs i lag och inte heller för personer som innehar uppdrag,

ii) skyldigheter som innebär avståndstagande på eget initiativ, eftersom dessa skyldigheter inte är närmare definierade vad gäller dels de typer av ageranden som inte är straffbara, dels den respektive tidsramen (vars uppfyllelse kan krävas även före den tidpunkt då brottmålsdomen vinner laga kraft), och dels det skede i förfarandet där de ska vara uppfyllda,

iii) skyldigheter som innebär lojalt samarbete med odefinierad avgränsning, bortsett från en hänvisning till det allmänna kravet på god tro?”

Tolkningsfrågan

Upptagande till prövning

17 Provinsen Bolzano anser att begäran om förhandsavgörande ska avvisas. Enligt provinsen Bolzano har domstolen i dom av den 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), besvarat en fråga om tolkningen av artikel 45.2 i direktiv 2004/18 som liknade den fråga som väckts i förevarande mål.

18 Domstolen anför härvid att en begäran om förhandsavgörande angående tolkning inte ska avvisas endast på grund av att den liknar frågan i en begäran om förhandsavgörande som domstolen har besvarat. Den situation som gav upphov till domen till vilken det hänvisats i ovanstående punkt avsåg i vart fall en annan rättslig situation som kännetecknades av att en anbudsgivare uteslöts på grund av att avgifter för social trygghet inte hade erlagts i samband med ett anbudsförfarande där endast de grundläggande bestämmelserna och de allmänna principerna i EUF-fördraget var tillämpliga, eftersom det tröskelvärde som föreskrivs i artikel 7 c i direktiv 2004/18 inte hade uppnåtts.

19 Provinsen Bolzano anser dessutom att tolkningsfrågan inte har något samband med den nationella tvisten, eftersom uteslutningen var en sanktionsåtgärd som vidtogs på grund av att Mantovani inte tog fullständigt och verkligt avstånd från sin tidigare styrelseledamot B:s agerande och inte på grund av

åsidosättande av skyldigheter att lämna uppgifter och avge försäkran. För övrigt är hänvisningen till den uteslutningsgrund som avser lämnande av oriktiga uppgifter i artikel 45.2 första stycket g och 45.3 i direktiv 2004/18 varken relevant eller avgörande.

20 Domstolen erinrar om att frågor om unionsrätten presumeras vara relevanta. Domstolen kan avvisa en tolkningsfråga från en nationell domstol endast då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (dom av den 8 september 2015, Taricco m.fl., C-105/14, EU:C:2015:555, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

21 I förevarande mål har den hänskjutande domstolen angett att Mantovanis förklaringar av den 4 och den 16 december 2013 om att någon lagakraftvunnen dom inte föreligger, visserligen inte kan anses vara ”oriktiga uppgifter” i den mening som avses i artikel 45.2 första stycket g i direktiv 2004/18. Den hänskjutande domstolen har emellertid preciserat att det är en fråga huruvida unionsrätten gör det möjligt att beakta det förhållandet att någon försäkran inte lämnats avseende straffrättsliga förfaranden beträffande tidigare styrelseledamöter i det anbudsgivande bolaget som ännu inte har dömts genom en lagakraftvunnen dom.

22 Mot denna bakgrund är det inte uppenbart att tolkningsfrågan saknar samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen.

23 Av detta följer att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

24 Genom sin fråga vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida direktiv 2004/18 och särskilt artikel 45.2 första stycket c och g samt artikel 45.3 a i detsamma samt principerna om skydd för berättigade förväntningar, rättssäkerhet, likabehandling, proportionalitet och öppenhet ska tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken den upphandlande myndigheten, enligt de villkor som den har fastställt, får beakta en brottmålsdom mot en styrelseledamot i ett anbudsgivande bolag för en överträdelse som påverkar yrkesetiken i det bolaget, när styrelseledamoten har upphört att utöva sin tjänst under det år som föregår den dag då meddelandet om upphandling publiceras och utesluta det bolaget från att delta i det aktuella upphandlingsförfarandet, eftersom det genom att underlåta att lämna uppgifter om den domen, vilken ännu inte vunnit laga kraft, inte fullständigt och fullständigt och verkligen har tagit avstånd från styrelseledamotens agerande.

25 Domstolen anför inledningsvis att i formuleringen av tolkningsfrågan hänvisade den hänskjutande domstolen till de grunder för uteslutning som anges i artikel 45.2 första stycket c och g i direktiv 2004/18, om uteslutning av anbudsgivare som enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetiken respektive anbudsgivare som i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt avsnitt 2 i kapitel VII i det direktivet eller har underlåtit att lämna sådan information.

26 Det framgår av upplysningarna i beslutet om hänskjutande att Mantovanis anbud förkastats i upphandlingsförfarandet, eftersom bolaget för sent och ofullständigt förebringade bevisning för att det hade tagit avstånd från styrelseledamotens agerande. Mantovani kritiserades framför allt för att i sina förklaringar av den 4 och den 16 december 2013 inte ha angett att ett straffrättsligt förfarande pågick mot bolagets tidigare styrelseledamot och hade lett till att en förhandlad påföljd avkunnades inom stängda dörrar den 6 december 2013.

27 Såsom Europeiska kommissionen har gjort gällande, kan omständigheterna i det nationella målet hänföra sig till den grund för uteslutning som anges i artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 som möjliggör uteslutning av en anbudsgivare som har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten.

28 Det framgår emellertid av fast rättspraxis att den omständigheten att den hänskjutande domstolen har formulerat en tolkningsfråga med hänvisning till vissa bestämmelser i unionsrätten inte hindrar att EU-domstolen tillhandahåller alla uppgifter om unionsrättens tolkning som kan vara användbara vid avgörandet av målet, oberoende av om det har hänvisats därtill i frågorna eller inte. Det ankommer härvid på domstolen att utifrån samtliga uppgifter som den nationella domstolen har lämnat, och i synnerhet utifrån skälen i beslutet om hänskjutande, avgöra vilka delar av unionsrätten som behöver tolkas med hänsyn till saken i målet (se, bland annat, dom av den 22 oktober 2015, Impresa Edilux och SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punkt 20 och där angiven rättspraxis).

29 Domstolen finner under dessa förhållanden att tolkningsfrågan även avser tolkningen av den valfria grunden för uteslutning enligt artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18.

30 I fråga om de valfria grunderna för uteslutning, finner domstolen först och främst att det enligt artikel 45.2 sista stycket i direktiv 2004/18 åligger medlemsstaterna att fastställa ”villkoren för tillämpning” i enlighet med unionsrätten.

31 Enligt fast rättspraxis 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. I det sammanhanget har medlemsstaterna befogenhet att antingen mjuka upp kriterierna i bestämmelsen eller göra dem flexiblare (dom av den 14 december 2016, Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, punkt 29 och där anförd rättspraxis).

32 Medlemsstaterna har således ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när de fastställer kraven för tillämpning av de valfria grunderna för uteslutning enligt artikel 45.2 i direktiv 2004/18.

33 I fråga om den valfria grund för uteslutning som föreskrivs i artikel 45.2 första stycket c i det direktivet och som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att från upphandlingsförfarandet utesluta en anbudsgivare som har dömts i en dom som har vunnit laga kraft enligt det aktuella landets rättsliga bestämmelser – och en överträdelse avseende anbudsgivarens yrkesetik fastställs i domen – anger domstolen först och främst att det inte preciseras i den grunden i vilken omfattning överträdelser som begås av företagsledare eller styrelseledamöter i en juridisk person kan leda till att denna utesluts enligt den bestämmelsen.

34 Såsom generaladvokaten angav i punkterna 54 och 58 i förslaget till avgörande utgår unionsrätten emellertid från premissen att juridiska personer agerar genom sina företrädare. De sistnämndas agerande i strid med yrkesetiken kan därför vara en relevant faktor vid bedömningen av ett bolags yrkesetik. Medlemsstaterna får – i samband med att de fastställer kraven för tillämpning av de valfria grunderna för uteslutning – bland de detaljer som är relevanta för att bedöma det anbudsgivande bolagets integritet därför beakta huruvida bolagets styrelseledamöter agerat i strid med yrkesetiken.

35 Enligt artikel 45.1 *in fine* i direktiv 2004/18 är det för övrigt tillåtet att i den nationella rätten, i samband med obligatoriska grunder för uteslutning, beakta huruvida styrelseledamöter agerat klandervärt. Det finns således inte något hinder för att medlemsstaterna, när de genomför den grund för uteslutning som föreskrivs i artikel 45.2 första stycket c i direktiv 2004/18, anser att en styrelseledamot som företräder de anbudgivande bolaget agerat på ett sätt som kan tillskrivas bolaget.

36 Att det, i samband med den grund för uteslutning som föreskrivs i artikel 45.2 första stycket c i direktiv 2004/18, beaktas hur styrelseledamöter i ett anbudsgivande bolag agerar, när bolaget utgör en juridisk person, kan således inte anses vara en ”utvidgning” av tillämpningsområdet för den grunden för uteslutning. Det innebär däremot att tillämpningsområdet genomförs och att den ändamålsenliga verkan hos grunden för uteslutning bevaras.

37 Den omständigheten att de faktiska omständigheter som kan leda till att anbudsgivaren utesluts följer av hur en styrelseledamot agerar som upphört att utöva sin tjänst den dag då begäran om att delta i anbudsförfarandet gavs in kan inte heller utgöra hinder för att den grunden för uteslutning tillämpas.

38 Den grunden för uteslutning avser nämligen uppenbarligen att en tidigare ekonomisk aktör agerat felaktigt i ett upphandlingsförfarande Det ankommer på medlemsstaten att med beaktande av proportionalitetsprincipen slå fast från vilken dag ett sådant agerande kan motivera att anbudsgivaren utesluts.

39 Vad vidare gäller frågan huruvida en överträdelse påverkar yrkesetiken i det anbudsgivande bolaget, finner domstolen att deltagande i en styrelseledamots utsändning av falska fakturor kan anses vara en överträdelse som påverkar yrkesetiken i det bolaget.

40 Vad slutligen avser kravet att domen måste ha vunnit laga kraft, anmärker domstolen att det kravet är uppfyllt i det nationella målet, eftersom beslutet om uteslutning fattades efter det att domen mot B hade vunnit laga kraft.

41 I enlighet med den rättspraxis som citerats ovan i punkt 31 har medlemsstaten befogenhet att antingen mjuka upp kraven för tillämpning av de valfria grunderna för uteslutning och därmed avstå från att tillämpa en grund för uteslutning om det anbudsgivande bolaget tagit avstånd från det agerande som utgör en överträdelse. I ett sådant fall har det även befogenhet att fastställa kraven för avståndstagandet och, som den italienska rättsordningen, fordra att det anbudsgivande bolaget upplyser den upphandlande myndigheten om en dom mot dess styrelseledamot, även om domen ännu inte har vunnit laga kraft.

42 Det anbudsgivande bolaget, som ska uppfylla de kraven, får förebringa den bevisning som enligt dess uppfattning visar att det har tagit avstånd.

43 Om avståndstagandet inte tillfredsställande kan visas för den upphandlande myndigheten, följer med nödvändighet att grunden för uteslutning ska tillämpas.

44 Med avseende på vad som angetts ovan i punkt 27, i en situation där en dom om yrkesetiken hos en styrelseledamot i ett anbudsgivande bolag ännu inte har vunnit laga kraft kan artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 tillämpas. Enligt den bestämmelsen är det möjligt att utesluta ett anbudsgivande bolag som har gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,

45 Domstolen konstaterar att de överväganden som angetts ovan i punkterna 34–43 gäller och ska tillämpas efter nödvändiga ändringar i fråga om allvarliga fel i yrkesutövningen.

46 I förhållande till tillämpningen av artikel 45.2 första stycket c i direktiv 2004/18, utgörs en av skillnaderna av att den upphandlande myndigheten ”på något sätt” kan styrka att ett sådant allvarligt fel föreligger.

47 Ett domstolsavgörande kan, även om det ännu inte har vunnit laga kraft, beroende på avgörandets föremål ge den upphandlande myndigheten ett lämpligt medel att motivera att ett allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger, eftersom dess beslut i vart fall kan omfattas av domstolsprövning.

48 Domstolen tillägger att en anbudsgivare enligt artikel 45.2 första stycket g i direktiv 2004/18 får uteslutas om han i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter, men även när han inte lämnat uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt avsnitt 2 i kapitel VII i avdelning II i det direktivet, beträffande ”kvalitativa urvalskriterier”. Även att den upphandlande myndigheten inte informeras om en tidigare styrelseledamots straffbara handlingar kan leda till att en anbudsgivare utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling.

49 Det är tillräckligt att anmärka att den hänskjutande domstolen inte förklarat på vilket sätt tolkningen av artikel 45.3 första stycket a i direktiv 2004/18 är nödvändig med hänsyn till omständigheterna i det nationella målet.

50 I begäran om förhandsavgörande har den hänskjutande domstolen vidare hänvisat till flera principer, varav endast vissa är unionsrättsliga principer. Den har inte förklarat på vilket sätt de principerna, mot bakgrund av omständigheterna i målet, kan vara relevanta och strida mot den nationella lagstiftning som är i fråga i det nationella målet.

51 Beträffande principen om likabehandling anmärker domstolen att med hänsyn till att lagstiftningen syftar till att skydda förfarandet för offentlig upphandling, kan situationen för ett anbudsgivande bolag, vars styrelseledamot har begått en överträdelse som påverkar yrkesetiken i det bolaget eller ett allvarligt fel i yrkesutövningen under dessa förhållanden inte anses jämförbar med situationen för ett anbudsgivande bolag, vars styrelseledamot inte har gjort sig skyldig till ett sådant agerande.

52 Det framgår inte av begäran om förhandsavgörande i vilken mån det är nödvändigt att tolka rättssäkerhetsprincipen, principen om skydd för berättigade förväntningar och principen om öppenhet i förhållande till det nationella målet.

53 Tillämpningen av proportionalitetsprincipen ska undersökas i förhållande till från vilken tidpunkt styrelseledamotens felaktiga agerande kan anses ha lett till att det anbudsgivande bolaget uteslutits. Om det tidsmässiga avståndet är för stort kan den nationella lagstiftningen minska unionsdirektivens tillämpningsområde i fråga om offentlig upphandling.

54 Bedömningen av ett felaktigt agerande under det år som föregått den dag då meddelandet om upphandling publicerats framstår inte som oproportionerlig, i synnerhet som det i den lagstiftning som är aktuell i det nationella målet föreskrivs att bolaget kan styrka att det verkligen och fullständigt har tagit avstånd från sin styrelseledamots agerande.

55 Med beaktande av vad ovan anförts ska tolkningsfrågan besvaras med att direktiv 2004/18 och särskilt artikel 45.2 första stycket c, d och g i detsamma samt principen om likabehandling och proportionalitetsprincipen ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken den upphandlande myndigheten

– enligt de villkor som den har fastställt och även om domen ännu inte har vunnit laga kraft, får beakta en brottmålsdom mot en styrelseledamot i ett anbudsgivande bolag för en överträdelse som påverkar yrkesetiken i det bolaget, när styrelseledamoten har upphört att utöva sin tjänst under det år som föregår den dag då meddelandet om upphandling publiceras, och

– utesluta det bolaget från att delta i det aktuella upphandlingsförfarandet, eftersom det genom att underlåta att lämna uppgifter om den domen, vilken ännu inte vunnit laga kraft, inte fullständigt och fullständigt och verkligen har tagit avstånd från styrelseledamotens agerande.

Rättegångskostnader

56 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:

Direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster och särskilt artikel 45.2 första stycket c, d och g i detsamma samt principen om likabehandling och proportionalitetsprincipen ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken den upphandlande myndigheten

– **enligt de villkor som den har fastställt och även om domen ännu inte har vunnit laga kraft, får beakta en brottmålsdom mot en styrelseledamot i ett anbudsgivande bolag för en överträdelse som påverkar yrkesetiken i det bolaget, när styrelseledamoten har upphört att utöva sin tjänst under det år som föregår den dag då meddelandet om upphandling publiceras, och**

– **utesluta det bolaget från att delta i det aktuella upphandlingsförfarandet, eftersom det genom att underlåta att lämna uppgifter om den domen, vilken ännu inte vunnit laga kraft, inte fullständigt och fullständigt och verkligen har tagit avstånd från styrelseledamotens agerande.**

Underskrifter