Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 26 september 2019*

”Begäran om förhandsavgörande – Artiklarna 49 och 56 FEUF – Offentlig upphandling– Direktiv 2014/24/EU – Artikel 71 – Underentreprenad – Nationella bestämmelser enligt vilka högst 30 procent av kontraktets totalbelopp kan läggas ut på underentreprenad”

I mål C-63/18,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Regionala förvaltningsdomstolen i Lombardiet, Italien) genom beslut av den 13 december 2017, som inkom till domstolen den 1 februari 2018, i målet

Vitali SpA

mot

Autostrade per l’Italia SpA,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden E. Regan (referent) samt domarna C. Lycourgos, E. Juhász, M. Ilešič och I. Jarukaitis,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av C. Colelli och V. Nunziata, avvocati dello Stato,

– Norges regering, genom K. H. Aarvik, H. Røstum och C. Anker, samtliga i egenskap av ombud,

– Europeiska kommissionen, genom L. Haasbeek, G. Gattinara och P. Ondrůšek, samtliga i egenskap av ombud,

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

* Rättegångsspråk: italienska.

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 49 och 56 FEUF, av artikel 71 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), i dess lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2170 av den 24 november 2015 (EUT L 307, 2015, s. 5) (nedan kallat direktiv 2014/24) och av proportionalitetsprincipen.

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Vitali SpA och Autostrade per l'Italia SpA och avser ett beslut av sistnämnda bolag, i egenskap av upphandlande myndighet, att utesluta Vitali SpA från ett förfarande för offentlig upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3 I skälen 1, 41, 78, 100 och 105 i direktiv 2014/24 anges följande:

”(1) Offentlig upphandling av medlemsstaternas myndigheter eller för deras räkning måste överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), särskilt om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, bland annat om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. För offentliga kontrakt över ett visst värde bör dock bestämmelser fastställas om samordning av nationella upphandlingsförfaranden för att se till att dessa principer omsätts i praktiken och för att säkerställa att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.

…

(41) Ingenting i detta direktiv bör hindra vidtagande eller genomförande av sådana åtgärder som behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och säkerhet …, under förutsättning att åtgärderna överensstämmer med EUF-fördraget.

…

(78) Den offentliga upphandlingen bör anpassas till de små och medelstora företagens behov. De upphandlande myndigheterna bör uppmanas att använda de regler om bästa praxis som fastställts i kommissionens avdelningars arbetsdokument av den 25 juni 2008 med titeln *European Code of Best Practices Facilitating Access by SMEs to Public Procurement Contracts*, som ger vägledning om hur de kan tillämpa ramen för offentlig upphandling på ett sätt som underlättar de små och medelstora företagens deltagande. I detta syfte och för att stärka konkurrensen bör de upphandlande myndigheterna i synnerhet uppmuntras att dela upp större kontrakt i delar. …

Medlemsstaterna bör få gå längre i sin strävan att underlätta små och medelstora företags deltagande på marknaden för offentlig upphandling genom att utvidga skyldigheten att överväga om det är lämpligt att dela upp kontrakt i mindre kontrakt, genom att begära att upphandlande myndigheter motiverar sitt beslut att inte dela upp kontrakten eller genom att göra en uppdelning obligatorisk under vissa förutsättningar. I samma syfte bör medlemsstaterna också få tillhandahålla mekanismer för direktbetalning till underleverantörer.

…

(100) Offentliga kontrakt bör inte tilldelas ekonomiska aktörer som har deltagit i en kriminell organisation eller som befunnits skyldiga till korruption eller bedrägerier riktade mot unionens ekonomiska intressen, terroristbrott, penningtvätt eller finansiering av terrorism. …

…

(105) Det är viktigt att underleverantörernas iakttagande av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i detta direktiv, förutsatt att sådana regler och deras tillämpning överensstämmer med unionsrätten, säkerställs genom lämpliga åtgärder från de behöriga nationella myndigheterna, exempelvis yrkesinspektioner eller miljövårdsmyndigheter, inom ramen för deras ansvar och befogenheter.

…

… Det bör dessutom uttryckligen anges att medlemsstaterna bör kunna gå längre än så, t.ex. genom att utvidga skyldigheterna avseende öppenhet, genom att möjliggöra direktbetalning till underleverantörer eller genom att möjliggöra eller kräva att de upphandlande myndigheterna kontrollerar att underleverantörerna inte befinner sig i någon av de situationer där det är befogat att utesluta en ekonomisk aktör. …

Det bör även uttryckligen anges att medlemsstaterna har rätt att införa strängare ansvarsregler enligt nationell rätt eller gå längre enligt nationell rätt om direktbetalning till underleverantörer.”

4 Enligt artikel 4 a i direktiv 2014/24 ska direktivet tillämpas på upphandlingar vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till tröskelvärdet 5 225 000 euro för offentliga byggentreprenadkontrakt.

5 Artikel 18 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Principer för upphandling”. I artikel 18.1 första stycket föreskrivs följande:

”De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.”

6 I artikel 57, med rubriken ”Skäl för utelutning”, i det direktivet föreskrivs i punkt 1 att den upphandlande myndigheten ska utesluta en ekonomisk aktör från att delta i ett upphandlingsförfarande om den, genom kontroll i enlighet med artiklarna 59, 60 och 61, har fastställt eller på annat sätt får kännedom om att den ekonomiska aktören har varit föremål för en lagakraftsvunnen dom på en av de grunder som anges i denna bestämmelse.

7 I artikel 63, med rubriken ”Utnyttjande av andra enheters kapacitet”, i samma direktiv föreskrivs följande i punkt 1 första stycket:

”När det gäller de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning som anges i artikel 58.3 och de kriterier för teknisk och yrkesmässig kapacitet som anges i artikel 58.4, får en ekonomisk aktör vid behov och i ett visst kontrakt utnyttja andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan den ekonomiska aktören och dessa enheter. När det gäller de kriterier avseende utbildnings- och yrkeskvalifikationer som anges i del II led f i bilaga XII, eller avseende relevant yrkeserfarenhet, får de ekonomiska aktörerna emellertid endast åberopa andra enheters kapacitet om samma enheter kommer att utföra de byggentreprenader eller tjänster för vilka denna kapacitet krävs.

Om en ekonomisk aktör vill åberopa andra enheters kapacitet ska denne bevisa för den upphandlande myndigheten att den kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna, exempelvis genom att lägga fram ett åtagande från enheterna i fråga rörande detta.”

8 I artikel 71, med rubriken ”Anlitande av underleverantörer”, i direktiv 2014/24 föreskrivs följande:

”1. Att underleverantörerna iakttar de skyldigheter som avses i artikel 18.2 ska säkerställas genom lämpliga åtgärder från de behöriga nationella myndigheterna inom ramen för deras ansvar och befogenheter.

2. I upphandlingsdokumenten får en upphandlande myndighet begära eller kan åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås.

3. Medlemsstaterna får föreskriva att den upphandlande myndigheten, på begäran av underleverantören och när kontraktets art så tillåter, ska överföra betalningar direkt till underleverantören för tjänster, varor eller byggentreprenader som har tillhandahållits till den ekonomiska aktör som har tilldelats kontraktet (huvudentreprenören). Sådana åtgärder får omfatta lämpliga mekanismer för att huvudentreprenören ska kunna bestrida felaktiga betalningar. Arrangemangen för betalningssättet ska anges i upphandlingsdokumenten.

4. Punkterna 1–3 påverkar inte frågan om huvudentreprenörens ansvar.

5. Vid byggentreprenadkontrakt och i fråga om tjänster som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av den upphandlande myndigheten, efter det att kontraktet tilldelats och senast då fullgörandet av kontraktet inleds, ska den upphandlande myndigheten kräva att huvudentreprenören till den upphandlande myndigheten uppger namn på, kontaktuppgifter till och legala ställföreträdare för sina underleverantörer som deltar i sådana byggentreprenader eller tjänster, i den mån de är kända vid den tidpunkten. Den upphandlande myndigheten ska kräva att huvudentreprenören underrättar den upphandlande myndigheten om varje ändring av dessa uppgifter under kontraktets löptid samt om de uppgifter som begärs för alla nya underleverantörer som huvudentreprenören därefter engagerar i sådana byggentreprenader eller tjänster.

Trots vad som sägs i första stycket får medlemsstaterna direkt ålägga huvudentreprenören att tillhandahålla de begärda uppgifterna.

Om det är nödvändigt med avseende på punkt 6 b i den här artikeln ska de begärda uppgifterna åtföljas av en egen försäkran från underleverantören i enlighet med artikel 59. I genomförandeåtgärderna enligt punkt 8 i den här artikeln får föreskrivas att underleverantörer som tillkommer efter tilldelningen av kontraktet ska tillhandahålla intyg och andra kompletterande dokument i stället för en egen försäkran.

Det första stycket ska inte gälla för varuleverantörer.

Den upphandlande myndigheten får utvidga eller kan av medlemsstater åläggas att utvidga skyldigheterna enligt första stycket, exempelvis till

a) varukontrakt, till tjänstekontrakt som inte avser tjänster som ska tillhandahållas vid anläggningarna under direkt tillsyn av den upphandlande myndigheten eller till varuleverantörer som deltar i byggentreprenader eller tjänstekontrakt,

b) underleverantörer till huvudentreprenörens underleverantörer, eller ännu längre ned i underleverantörskedjan.

6. I syfte att undvika åsidosättande av de skyldigheter som avses i artikel 18.2 får lämpliga åtgärder vidtas, t.ex. följande:

a) Om en medlemsstats nationella lagstiftning föreskriver en mekanism med solidariskt ansvar för underleverantörer och huvudentreprenören ska den berörda medlemsstaten se till att de relevanta reglerna tillämpas i överensstämmelse med villkoren i artikel 18.2.

b) De upphandlande myndigheterna får i enlighet med artiklarna 59, 60 och 61 kontrollera eller får av medlemsstater åläggas att kontrollera om det finns skäl för uteslutning av underleverantörer enligt artikel 57. I sådana fall ska den upphandlande myndigheten begära att den ekonomiska aktören byter ut en underleverantör för vilken kontrollen har visat att det föreligger obligatoriska skäl för uteslutning. Den upphandlande myndigheten får begära eller får av en medlemsstat åläggas att begära att den ekonomiska aktören byter ut en underleverantör för vilken kontrollen har visat att det föreligger icke-obligatoriska skäl för uteslutning.

7. Medlemsstaterna får införa strängare ansvarsregler enligt nationell rätt eller gå längre enligt nationell rätt om direktbetalning till underleverantörer, exempelvis genom att föreskriva direktbetalning till underleverantörer utan att de behöver begära sådan direktbetalning.

8. Medlemsstater som har valt att införa åtgärder enligt punkterna 3, 5 eller 6 ska, genom lagar eller andra författningar och med beaktande av unionsrätten, fastställa villkor för genomförande av dessa åtgärder. Medlemsstaterna får därvid begränsa tillämpligheten av dem, exempelvis för vissa typer av kontrakt, vissa typer av upphandlande myndigheter eller ekonomiska aktörer eller från och med vissa belopp.”

Italiensk rätt

9 I artikel 105.2 tredje meningen i decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (lagstiftningsdekret nr 50 – lag om offentliga kontrakt) av den 18 april 2016 (ordinarie tillägg till GURI nr 91 av den 19 april 2016) (nedan kallat lagstiftningsdekret nr 50/2016) föreskrivs följande:

”Utan att det påverkar det som stadgas i punkt 5 får den del av byggentreprenad-, tjänste- eller varukontraktet som eventuellt läggs ut på underentreprenad inte överskrida 30 procent av det totala värdet för ett byggentreprenad-, tjänste– eller varuinköpskontrakt.”

10 Artikel 105.5 i lagstiftningsdekret nr 50/2016 har följande lydelse:

”I fråga om de arbeten som avses i artikel 89.11, och utan att det påverkar gränserna i samma punkt, får den del av kontraktet som eventuellt läggs ut på underentreprenad inte överskrida 30 procent av värdet på arbetena och kontraktet får inte utan objektiva skäl delas upp i mindre delar.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

11 Genom meddelande om offentlig upphandling som publicerades i augusti 2016 inledde Autostrade per l’Italia ett selektivt upphandlingsförfarande för tilldelning av bygg- och anläggningskontrakt för utvidgning med ett femte spår på motorväg A8 från betalstationen i Milano Nord (Italien) till sammanlänkningen i Lainate (Italien) med ett kontraktsvärde på 85 211 216,84 EUR exklusive mervärdesskatt.

12 Bolaget Vitali uteslöts från upphandlingsförfarandet, eftersom bolaget överskred den högsta gräns på 30 procent som får läggas ut på underentreprenad i artikel 105.2 i lagstiftningsdekret nr 50/2016.

13 Vitali väckte talan vid den hänskjutande domstolen och yrkade bland annat att bolaget på nytt skulle tillåtas delta i upphandlingsförfarandet.

14 I mellandom av den 5 januari 2018 lämnade den hänskjutande domstolen samtliga grunder som åberopats av Vitali utan bifall med undantag för grunden att den gräns på 30 procent för underentreprenad som föreskrivs i italiensk rätt inte är förenlig med unionsrätten.

15 Den hänskjutande domstolen hyser tvivel om huruvida denna kvantitativa begränsning är förenlig med artikel 49 FEUF, artikel 56 FEUF, artikel 71 i direktiv 2014/24 och proportionalitetsprincipen.

16 Den hänskjutande domstolen har påpekat att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) härvidlag har uttalat att den nationella lagstiftaren på området för underentreprenad kan fastställa snävare gränser än vad som föreskrivs i relevanta unionsrättsliga bestämmelser, såvitt dessa snävare gränser motiveras av principen om social hållbarhet och av de värderingar som föreskrivs i artikel 36 FEUF, inbegripet allmän ordning och säkerhet. Den hänskjutande domstolen har även påpekat att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) anser att EU-domstolens praxis om kvantitativa begränsningar för underentreprenad vid offentlig upphandling, vilken avser 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 143, 2004, s. 114) inte är tillämplig avseende direktiv 2014/24.

17 Den hänskjutande domstolen har emellertid även påpekat att direktiv 2014/24, liksom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 2004, s. 1) och direktiv 2004/18, inte föreskriver någon kvantitativ begränsning för underentreprenad. Enligt den hänskjutande domstolen kan en bestämmelse om ett generellt tak för underentreprenad på 30 procent av det totala kontraktsvärdet försvåra för företag, i synnerhet för små och medelstora företag, att delta i offentliga upphandlingar, vilket är ett hinder för etableringsfriheten och för friheten att tillhandahålla tjänster. Denna gräns fastställs abstrakt till en viss procentdel av kontraktet, oberoende av möjligheten att kontrollera förmågan hos eventuella underleverantörer och utan något som helst angivande av de huvudsakliga kännetecknen hos de uppgifter som avses.

18 Den hänskjutande domstolen frågar sig således huruvida den berörda nationella lagstiftningen går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de målsättningar som eftersträvas.

19 Mot denna bakgrund beslutade Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Regionala förvaltningsdomstolen i Lombardiet, Italien) att vilandeförklara målet och att ställa följande fråga till EU-domstolen:

”Utgör principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster i artiklarna 49 och 56 [FEUF], artikel 71 i direktiv [2014/24/EU], i vilken det inte fastställs några kvantitativa begränsningar för underentreprenad, samt den unionsrättsliga proportionalitetsprincipen hinder för att tillämpa nationella bestämmelser om offentlig upphandling, såsom den italienska bestämmelsen i artikel 105.2 tredje meningen i [lagstiftningsdekret nr 50/2016], enligt vilka den del av ett byggentreprenad-, tjänste- eller varuinköpskontrakt som läggs ut på underentreprenad inte får överskrida 30 procent av det totala kontraktsvärdet?”

20 Den hänskjutande domstolens begäran om skyndsam handläggning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 105.1 i domstolens rättegångsregler avslogs genom beslut av domstolens ordförande den 8 mars 2018, Vitali (C-63/18, ej publicerat, EU:C:2018:199).

Tolkningsfrågan

21 Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artikel 49 FEUF, artikel 56 FEUF och direktiv 2014/24 ska tolkas så, att de utgör hinder för en lagstiftning såsom den i det nationella målet enligt vilken anbudsgivare högst kan lägga ut 30 procent av kontraktet på underentreprenad till tredje part.

22 EU-domstolen erinrar inledningsvis om att begäran om förhandsavgörande ska besvaras utifrån direktiv 2014/24, eftersom värdet exklusive mervärdesskatt av den upphandling som avses i det nationella målet överskrider det tröskelvärde på 5 225 000 EUR som föreskrivs i artikel 4 a i detta direktiv.

23 EU-domstolen erinrar om att detta direktiv, såsom i sak framgår av första skälet i direktivet, syftar till att säkerställa att särskilt principerna om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, bland annat om likahandling, icke-diskriminering, proportionalitet och öppenhet, iakttas vid offentlig upphandling och att säkerställa att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.

24 Härvidlag föreskrivs uttryckligen i artikel 63.1 i direktivet att anbudsgivare under vissa förutsättningar får utnyttja andra enheters kapacitet för att uppfylla vissa kriterier för urval av ekonomiska aktörer.

25 I artikel 71.2 i direktivet, som specifikt avser underentreprenad, föreskrivs vidare att i upphandlingsdokumenten får den upphandlande myndigheten begära eller kan åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås.

26 Härav följer att direktiv 2014/24, liksom direktiv 2004/18 som har upphävts genom förstnämnda direktiv, möjliggör för anbudsgivarna att utnyttja underleverantörer för att uppfylla kontraktet om villkoren i direktivet är uppfyllda (se, för ett liknande resonemang, avseende direktiv 2004/18, dom av den 14 juli 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punkterna 31–33).

27 Enligt fast rättspraxis och såsom framgår av skäl 78 i direktiv 2014/24 ligger det i unionens intresse, vad avser offentlig upphandling, att ett anbudsförfarande ska vara öppet för så stor konkurrens som möjligt. Användning av underleverantörer, vilket kan antas gynna små och medelstora företags tillträde till offentliga upphandlingar, bidrar till att uppnå detta syfte (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 april 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punkt 48 och där angiven rättspraxis).

28 EU-domstolen slog i punkt 35 i dom av den 14 juli 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562), som avsåg tolkningen av direktiv 2004/18, fast, att en klausul i förfrågningsunderlaget för ett bygg- och anläggningskontrakt som uppställer begränsningar för att anlita underentreprenörer för en del av kontraktet som på ett abstrakt sätt satts till en viss procentandel därav, oberoende av om det är möjligt att kontrollera kapaciteten hos eventuella underleverantörer och utan någon hänvisning till den huvudsakliga karaktären av de uppgifter som avses, är oförenlig med detta direktiv, vilket var tillämpligt i det mål som ledde fram till nämnda dom.

29 EU-domstolen erinrar om att även om artikel 71 i direktiv 2014/24 i stort sett är likalydande med artikel 25 i direktiv 2004/18, föreskrivs det i förstnämnda artikel icke desto mindre ytterligare regler om underentreprenad. I artikel 71 föreskrivs särskilt möjligheten att den upphandlande myndigheten får begära eller kan åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren anger om vederbörande avser att utnyttja underleverantörer, och en möjlighet för den upphandlande myndigheten att under vissa förutsättningar överföra betalningar direkt till underleverantören för tjänster, varor eller byggentreprenader som har tillhandahållits huvudentreprenören. Det föreskrivs vidare i artikel 71 att

de upphandlande myndigheterna får kontrollera eller får av medlemsstaterna åläggas att kontrollera om det finns skäl för uteslutning av underleverantörer enligt artikel 57 i direktivet, bland annat på grund av deltagande i en kriminell organisation, bestickning eller bedrägeri.

30 Det kan emellertid inte utläsas av unionslagstiftarens avsikt att genom antagandet av dessa regler ytterligare precisera i vilka situationer anbudsgivaren kan utnyttja underleverantörer, att medlemsstaterna nu skulle ha möjlighet att begränsa utnyttjandet av underleverantörer till en andel av kontraktet som fastställts abstrakt till en viss procentdel därav, såsom den begränsning som infördes genom den lagstiftning som aktualiseras i det nationella målet.

31 Den italienska regeringen har härvidlag gjort gällande att det är tillåtet för medlemsstaterna att vidta andra åtgärder än de som specifikt anges i direktiv 2014/24 för att bland annat säkerställa att principen om öppenhet iakttas vid offentliga upphandlingar, eftersom denna princip tillmäts särskild betydelse i detta direktiv.

32 Den italienska regeringen har närmare bestämt framhävt den omständigheten att den begränsning för anlitande av underleverantörer som avses i det nationella målet motiveras av särskilda till Italien hänförliga omständigheter, där underentreprenad alltid har varit ett medel för att bedriva kriminell verksamhet. Genom att begränsa den del av kontraktet som kan läggas ut på underentreprenad medför den nationella lagstiftningen att det blir mindre attraktivt för kriminella organisationer att delta i offentliga inköp, vilket skulle hindra infiltration av maffian vid offentliga inköp och således skydda allmän ordning.

33 Det är korrekt, vilket den italienska regeringen har påpekat, att det uttryckligen framgår av skälen 41 och 105 i direktiv 2014/24 och av vissa bestämmelser i detta direktiv, såsom artikel 71.7, att medlemsstaterna i nationell rätt får föreskriva regler som på vissa punkter är strängare än dem som föreskrivs i direktivet för underentreprenad, såvida dessa regler är förenliga med unionsrätten.

34 Det är även korrekt, vilket bland annat framgår av de kriterier för kvalitativt urval som föreskrivs i direktiv 2014/24, särskilt skälen för uteslutning i artikel 57.1, att unionslagstiftaren genom att anta sådana bestämmelser har velat undgå att ekonomiska aktörer som varit föremål för en lagakraftsvunnen dom, enligt de förutsättningar som anges i denna artikel, deltar i en offentlig upphandling.

35 I skäl 41 i direktiv 2014/24 anges att ingenting i detta direktiv bör hindra vidtagande eller genomförande av sådana åtgärder som behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, under förutsättning att åtgärderna överensstämmer med EUF-fördraget. I skäl 100 i direktivet preciseras att offentliga kontrakt inte bör tilldelas ekonomiska aktörer som har deltagit i en kriminell organisation.

36 Enligt EU-domstolens fasta praxis ska medlemsstaterna vidare tillerkännas ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att vidta åtgärder för att säkerställa iakttagandet av insynsskyldigheten, vilken de upphandlande myndigheterna är skyldiga att iaktta i samtliga upphandlingsförfaranden. Varje medlemsstat är nämligen bäst lämpad att själv, utifrån nationella hänsyn av historisk, rättslig, ekonomisk eller social karaktär, identifiera situationer i vilka det finns risk för att beteenden uppstår som kan leda till att nämnda skyldighet åsidosätts (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 oktober 2015, Impresa Edilux och SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punkt 26 och där angiven rättspraxis)

37 EU-domstolen har mera specifikt redan fastställt att bekämpande av fenomenet med infiltrering av den organiserade brottsligheten inom sektorn för offentlig upphandling är ett legitimt syfte, som kan motivera en begränsning av de grundläggande regler och allmänna principer som föreskrivs i EUF-fördraget vilka är tillämpliga vid offentlig upphandling (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 oktober 2015, Impresa Edilux och SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punkterna 27 och 28).

38 Även om en kvantitativ begränsning av utnyttjandet av underleverantörer kunde anses ägnad att bekämpa infiltrering av den organiserade brottsligheten går en sådan begränsning som avses i det nationella målet under alla omständigheter utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.

39 EU-domstolen erinrar härvidlag om att upphandlande myndigheter under hela förfarandet måste iaktta de principer som anges i artikel 18 i direktiv 2014/24, i synnerhet principerna om likabehandling, öppenhet och proportionalitet (dom av den 20 september 2018, Montte, C-546/16, EU:C:2018:752, punkt 38).

40 Såsom har erinrats om i punkt 30 i denna dom innebär den nationella lagstiftning som aktualiseras i det nationella målet ett allmänt och abstrakt förbud mot underentreprenad över en fast procentandel av det berörda kontraktets värde, med följd att förbudet är tillämpligt oberoende av vilken ekonomisk sektor som berörs av det aktuella kontraktet, arbetets art och underleverantörernas identitet. Ett sådant allmänt förbud gör det dessutom inte möjligt för den upphandlande enheten att göra en bedömning från fall till fall (se, analogt, dom av den 5 april 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, punkterna 54 och 55).

41 Härav följer att en anbudsgivare enligt den nationella lagstiftning som aktualiseras i det nationella målet vid samtliga upphandlingar själv ska tillhandahålla en betydande del av de berörda byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna, då anbudsgivaren annars automatiskt kommer att uteslutas från upphandlingsförfarandet, inbegripet i situationer där den upphandlande enheten kan kontrollera de berörda underleverantörernas identitet och efter en sådan kontroll bedömer att ett sådant förbud inte är nödvändigt för att bekämpa organiserad brottslighet i den berörda upphandlingen.

42 Såsom kommissionen har påpekat kan den målsättning som den italienska lagstiftaren eftersträvar uppnås med mindre restriktiva åtgärder, såsom de i artikel 71 i direktiv 2014/24 och om vilka det har erinrats i punkt 29 i denna dom. Såsom den hänskjutande domstolen har påpekat har det redan i italiensk rätt vidtagits åtskilliga åtgärder som uttryckligen förbjuder företag som misstänks tillhöra maffian eller åtminstone ha band till de största brottssyndikaten i Italien att delta i offentliga upphandlingar.

43 En begränsning av underentreprenad av det slag som avses i det nationella målet kan därför inte anses förenlig med direktiv 2014/24.

44 Denna slutsats påverkas inte av de argument som har åberopats av den italienska regeringen med innebörden att de kontroller som den upphandlande myndigheten ska göra enligt nationell rätt är ineffektiva. En sådan omständighet, som – vilket framgår av den italienska regeringens egna yttranden – följer av de särskilda reglerna för dessa kontroller, påverkar således inte att den nationella åtgärd som avses i det nationella målet är restriktiv. Den italienska regeringen har dessutom inte på något sätt i målet kunnat visa att de olika regler i artikel 71 i direktiv 2014/24, vilka möjliggör för medlemsstaterna att begränsa användandet av underentreprenad, och de skäl för uteslutning av underleverantörer som följer av artikel 57 i samma direktiv och till vilka det hänvisas i artikel 71.6 b i direktivet, inte kan genomföras på ett sådant sätt att den målsättning som eftersträvas med den nationella lagstiftning som avses i det nationella målet uppnås.

45 Mot bakgrund av samtliga ovan angivna omständigheter ska tolkningsfrågan besvaras som följer. Direktiv 2014/24 ska tolkas så, att det utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning såsom den i det nationella målet enligt vilken anbudsgivare högst kan lägga ut 30 procent av kontraktets samlade värde på underentreprenad till tredje man.

Rättegångskostnader

46 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, i dess lydelse enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2170 av den 24 november 2015, ska tolkas så, att det utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning såsom den i det nationella målet enligt vilken en anbudsgivare högst kan lägga ut 30 procent av kontraktets samlade värde på underentreprenad till tredje man.

Underskrifter