Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 3 oktober 2019*

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Förfarande vid offentlig upphandling – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 57.4 – Fakultativa uteslutningsgrunder – Uteslutning av en ekonomisk aktör från deltagande i ett förfarande för offentlig upphandling – Uppsägning av ett tidigare kontrakt på grund av att en del därav lagts ut på en underleverantör – Begreppet ’allvarliga eller ihållande brister’ – Räckvidd”

I mål C-267/18,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest, Rumänien) genom beslut av den 2 april 2018, som inkom till domstolen den 17 april 2018, i målet

Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA

mot

Compania de Administrare a Infrastructurii Națională rutiere SA,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Vilaras samt domarna K. Jürimäe, D. Šváby, S. Rodin (referent) och N. Piçarra,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: handläggaren R. Şereş,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 27 februari 2019,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA, genom I.G. Iacob, R.E. Cîrlig, I. Cojocaru, A.M. Abrudan och I. Macovei, avocați,

– Rumäniens regering, genom C.-R. Canțăr, R.I. Hațieganu och L. Lițu, samtliga i egenskap av ombud,

– Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: rumänska.

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

och efter att den 8 maj 2019 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 57.4 g i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (nedan kallat Delta) och Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (nedan kallat CNAIR), i egenskap av upphandlande myndighet, angående att Delta har uteslutits från deltagande i ett förfarande för offentlig upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Direktiv 2014/24

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

”(101) De upphandlande myndigheterna bör … ges möjlighet att utesluta ekonomiska aktörer som har visat sig vara opålitliga, exempelvis på grund av att de inte fullgör sina miljörelaterade eller sociala skyldigheter, inklusive bestämmelser om tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, eller som gör sig skyldiga till andra former av allvarliga fel i yrkesutövningen, såsom överträdelser av konkurrensregler eller intrång i immateriella rättigheter. Det bör klargöras att ett allvarligt fel i yrkesutövningen kan innebära att en ekonomisk aktörs redbarhet ifrågasätts och att den ekonomiska aktören sålunda blir olämplig för tilldelning av ett offentligt kontrakt oberoende av om den ekonomiska aktören annars har teknisk och ekonomisk kapacitet att fullgöra kontraktet.

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

Vid tillämpning av fakultativa skäl för uteslutning bör de upphandlande myndigheterna ägna särskild uppmärksamhet åt proportionalitetsprincipen. Mindre allvarliga oegentligheter bör bara under exceptionella omständigheter leda till att en ekonomisk aktör utesluts. Upprepade fall av mindre allvarliga oegentligheter kan dock ge upphov till tvivel om en ekonomisk aktörs pålitlighet, vilket kan motivera att den utesluts.

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

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

”…

4. En upphandlande myndighet får utesluta eller kan åläggas av medlemsstaterna att utesluta en ekonomisk aktör från upphandlingsförfarandet i någon av följande situationer:

…

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

h) Om en ekonomisk aktör i allvarlig omfattning har lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras för kontroll av att det inte föreligger något skäl för uteslutning eller av att urvalskriterierna har uppfyllts, har undanhållit sådan information eller inte har kunnat lämna de kompletterande handlingar som krävs enligt artikel 59.

…

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

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

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

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

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

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

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

5 Artikel 71 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Anlitande av underleverantör”, och där föreskrivs följande:

”…

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.

…

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.

…”

Genomförandeförordning (EU) 2016/7

6 Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2016/7 av den 5 januari 2016 om fastställande av standardformuläret för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet (EUT L 3, 2016, s. 16) innehåller en bilaga 2, som har rubriken ”Standardformulär för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet”. Del III i nämnda bilaga har rubriken ”Uteslutningsgrunder”, och där anges närmare bestämmelser om tillämpningen av artikel 57 i direktiv 2014/24.

Rumänsk rätt

7 I artikel 167.1 i Legea nr. 98/2016 privind achizier iile publice (lag nr 98/2016 om offentlig upphandling) av den 19 maj 2016 (*Monitorul Oficial al României*, del I, nr 390 av den 23 maj 2016) föreskrivs följande:

”1. En upphandlande myndighet ska utesluta en ekonomisk aktör från ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt eller ingående av ett ramavtal i någon av följande situationer:

…

g) Om en ekonomisk aktör i allvarlig omfattning eller upprepade gånger har åsidosatt sina huvudsakliga förpliktelser enligt ett offentligt kontrakt, ett sektorsspecifikt kontrakt eller ett kontrakt om koncession som tidigare ingåtts, och åsidosättandet har medfört att kontraktet sagts upp i förtid, lett till skadestånd eller jämförbara påföljder.

h) Om en ekonomisk aktör har lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som den upphandlande myndigheten har begärt för kontroll av att det inte föreligger något skäl för uteslutning eller av att kvalifikations- eller urvalskriterierna har uppfyllts, eller har undanhållit sådan information eller inte kan lämna de styrkande handlingar som krävs. …

…

8. Med allvarliga åsidosättanden av kontraktsförpliktelser avses i punkt 1 g exempelvis underlåtenhet att fullgöra kontraktet eller leverans/tillhandahållande/utförande av varor/byggentreprenader/tjänster som uppvisar väsentliga avvikelser som gör dem olämpliga för den användning som anges i kontraktet.”

8 I artikel 171 i nämnda lag föreskrivs följande:

”1. Varje ekonomisk aktör som befinner sig i någon av de situationer som avses i artiklarna 164 och 167 och som medför uteslutning från upphandlingsförfarandet får lägga fram bevis för att styrka att de åtgärder som den ekonomiska aktören vidtagit är tillräckliga för att konkret visa att aktören är tillförlitlig trots att det föreligger skäl för uteslutning.

2. Om den upphandlande myndigheten anser att de bevis som den ekonomiska aktören har lagt fram enligt punkt 1 räcker för att i praktiken bevisa dennes tillförlitlighet, ska den inte utesluta den ekonomiska aktören från upphandlingsförfarandet.

3. De bevis enligt punkt 1 som den ekonomiska aktör som befinner sig i någon av de situationer som anges i artiklarna 164 och 167 får lämna till den upphandlande myndigheten avser betalning av ersättning för eventuell skada som orsakats av brott eller andra oegentligheter eller ett åtagande att betala sådan ersättning, fullständigt klargörande av förhållanden och omständigheter genom ett aktivt samarbete med de utredande myndigheterna samt vidtagande av lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder, såsom att avbryta förbindelserna med personer eller organisationer som är inblandade i det oegentliga agerandet, vidta åtgärder för att organisera om personalen, införa kontroll- och rapporteringssystem, inrätta en intern kontrollorganisation för att övervaka efterlevnaden av lagar och bestämmelser eller anta interna ansvars- och ersättningsregler, för att förhindra nya brott och andra oegentligheter. …”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

9 Kommunen Râmincu Vâlcea (Rumänien) (nedan kallad kommunen) tilldelade genom beslut av den 3 oktober 2014 en tillfällig företagssammanslutning i vilken Delta var huvudpartner (nedan kallad företagssammanslutning nr 1) ett byggentreprenadkontrakt avseende renovering och modernisering av en fritidsanläggning (nedan kallat kontrakt nr 1).

10 Den 7 juni 2017 sade kommunen upp kontrakt nr 1 på grund av att företagssammanslutning nr 1 hade anlitat en underentreprenör utan att först inhämta kommunens godkännande.

11 Den 25 juli 2017 lämnade kommunen en så kallad *constatarea* (formell anmärkning) (nedan kallad anmärkningen) på online-plattformen Sistemul Electronic de Achiziții Publice (det elektroniska systemet för offentlig upphandling) (nedan kallad upphandlingsplattformen). I anmärkningen angavs dels att nämnda kontrakt hade sagts upp på grund av ett fel som företagssammanslutning nr 1 hade begått, dels att uppsägningen hade vållat kommunen skada som uppskattades till 2 345 299,70 rumänska lei (RON) (ungefär 521 000 euro).

12 Genom ett meddelande om upphandling av den 27 juli 2017 inledde CNAIR ett öppet förfarande för upphandling av byggentreprenad avseende utbyggnad av en riksväg. För detta ändamål avsåg CNAIR att ingå ett ramavtal till ett värde av 210 627 629 RON (ungefär 46 806 140 euro) för en period på 84 månader.

13 Inom ramen för detta förfarande gav en tillfällig företagssammanslutning bestående av Delta, Aleandri SpA och Luca Way Srl (nedan kallad företagssammanslutning nr 2) in ett anbud.

14 När CNAIR:s utvärderingskommitté gjorde efterforskningar i upphandlingsplattformen angående var och en av anbudsgivarna fick den kännedom om anmärkningen. CNAIR begärde därför klarlägganden från kommunen och Delta i detta avseende.

15 Delta angav i sitt svar på begäran om klarläggande att anmärkningen, även om den antogs återspegla de verkliga förhållandena, inte visade att bolaget allvarligt och vid upprepade tillfällen hade åsidosatt sina avtalsförpliktelser. Bolaget angav vidare att det hade väckt talan vid rumänsk domstol dels mot anmärkningen, dels mot beslutet om uppsägning av kontrakt nr 1 och att dessa mål ännu inte hade avgjorts.

16 Kommunen hävdade för sin del att det varit motiverat att säga upp kontrakt nr 1 på grund av att viktiga delar av den aktuella byggentreprenaden hade lagts ut på en underleverantör under kontraktstiden utan att kommunen hade godkänt detta i förväg.

17 Mot bakgrund av de erhållna svaren slog CNAIR:s utvärderingskommitté fast att Delta inte hade visat att anmärkningen tills vidare inte skulle ha verkan eller att den hade ogiltigförklarats. Kommittén konstaterade vidare att företagssammanslutning nr 2 i det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet hade försäkrat att det beträffande sammanslutningen inte fanns något skäl för uteslutning avseende allvarligt fel i yrkesutövningen och att det inte heller förelåg någon situation som föranlett uppsägning i förtid av ett tidigare kontrakt, skadestånd eller annan jämförbar påföljd i samband med kontrakt nr 1. Den fann därför att sammanslutningens anbud omfattades av bestämmelserna i artikel 167.1 g i lag nr 98/2016. Mot denna bakgrund beslutade CNAIR den 18 december 2017 att utesluta det anbud som lämnats av företagssammanslutning nr 2 (nedan kallat beslutet om uteslutning).

18 Delta begärde därefter att CNAIR skulle avhjälpa den brist som bolaget ansåg finnas i lagstiftningen om offentlig upphandling genom att återkalla beslutet om uteslutning och genom att göra en ny utvärdering av den dokumentation och det anbud som getts in av företagssammanslutning nr 2.

19 Det framgår av beslutet om hänskjutande att CNAIR inte besvarade denna begäran.

20 Delta överklagade den 8 januari 2018 beslutet om uteslutning till Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Nationella överklagandenämnden, Rumänien) (nedan kallad CNSC), som avslog överklagandet genom beslut av den 2 februari 2018. I beslutet anförde CNSC att den saknade behörighet att pröva huruvida anmärkningen var lagenlig och att fastställa huruvida det eventuellt begåtts något fel i samband med fullgörandet av kontrakt nr 1. CNSC angav dock att eftersom anmärkningen inte hade ogiltigförklarats genom ett slutligt domstolsavgörande fick den presumeras vara lagenlig och anses utgöra bevis för att åsidosättandet av avtalsförpliktelserna enligt kontrakt nr 1 hade varit av allvarlig art. CNSC anförde vidare att den upphandlande myndigheten inte hade grundat beslutet att utesluta företagssammanslutning nr 2 enbart på anmärkningen. Enligt CNSC hade nämnda myndighet nämligen inhämtat upplysningar för att kunna bedöma uppgifterna i anmärkningen och grundat beslutet på yttrandena från Delta och CNAIR. CNSC anförde slutligen att företagssammanslutning nr 2 endast hade åberopat att anmärkningen var rättsstridig, utan att lägga fram bevis för att den var tillförlitlig trots att det förelåg skäl för uteslutning, i enlighet med artikel 171 i lag nr 98/2016.

21 Delta väckte den 16 februari 2018 talan mot CNAIR vid den hänskjutande domstolen, Curtea de Apel Bucureşti (Appellationsdomstolen i Bukarest, Rumänien), och yrkade att det beslut som CNSC hade fattat den 2 februari 2018 skulle ogiltigförklaras.

22 Delta gjorde gällande att CNAIR saknade rätt att utesluta Delta från förfarandet för upphandling av byggentreprenad avseende utbyggnad av en riksväg på grundval av det beslut om uppsägning som avses i punkt 10 ovan. Uppsägningen av kontrakt nr 1 på grund av att en del av kontraktet hade lagts ut på en underleverantör utan föregående godkännande från den upphandlande myndigheten utgjorde nämligen en mindre allvarlig oegentlighet och inte ett åsidosättande av en huvudförpliktelse enligt kontraktet. Delta anförde att en sådan oegentlighet endast under exceptionella omständigheter kan leda till att en ekonomisk aktör utesluts, i enlighet med skäl 101 i direktiv 2014/24. I det avseendet åberopade Delta punkt 30 i dom av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801) och gjorde gällande att det följer av denna punkt att begreppet ”allvarligt fel” avser ett agerande från den ekonomiska aktörens sida som inbegriper uppsåt eller viss grad av oaktsamhet.

23 Curtea de Apel Bucureşti (Appellationsdomstolen i Bukarest) konstaterade att EU-domstolen ännu inte haft tillfälle att tolka artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 och beslutade därför att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Kan artikel 57.4 g i [direktiv 2014/24] tolkas på så sätt att det förhållandet att ett offentligt kontrakt har sagts upp på grund av att en underleverantör har anlitats för att utföra en del av byggentreprenaden utan den upphandlande myndighetens godkännande utgör en sådan allvarlig eller ihållande brist i fullgörandet av något materiellt krav enligt ett tidigare offentligt kontrakt som medför att en ekonomisk aktör ska uteslutas från att delta i ett upphandlingsförfarande?”

Prövning av tolkningsfrågan

24 Den hänskjutande domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att den omständigheten att en ekonomisk aktör har lagt ut en del av ett tidigare offentligt byggentreprenadkontrakt på en underleverantör utan den upphandlande myndighetens godkännande, vilket har medfört att kontraktet har sagts upp, utgör en allvarlig eller ihållande brist i fullgörandet av ett materiellt krav enligt det tidigare kontraktet – i den mening som avses i nämnda bestämmelse – och motiverar att den ekonomiska aktören ska uteslutas från att delta i ett senare upphandlingsförfarande.

25 Det framgår av lydelsen av artikel 57.4 i direktiv 2014/24 att unionslagstiftarens avsikt har varit att det ankommer på den upphandlande myndigheten, och ingen annan, att vid urvalet av anbudsgivare bedöma huruvida en anbudssökande eller anbudsgivare ska uteslutas från ett upphandlingsförfarande (dom av den 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punkt 34).

26 Det särskilda syftet med att upphandlande myndigheter ska ha nyss nämnda möjlighet att utesluta en anbudsgivare från ett upphandlingsförfarande är att de ska kunna bedöma varje anbudsgivares redbarhet och pålitlighet. I synnerhet har det fakultativa skäl för uteslutning som anges i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24, jämförd med skäl 101 i samma direktiv, sin grund i ett centralt inslag i förhållandet mellan den ekonomiska aktör som tilldelats kontraktet och den upphandlande myndigheten, nämligen pålitligheten hos nämnda aktör, som den upphandlande myndighetens förtroende för denna aktör grundar sig på (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punkterna 29 och 30).

27 Upprättandet av ett förtroendeförhållande mellan den upphandlande myndigheten och den anbudsgivare som tilldelats kontraktet förutsätter således att den upphandlande myndigheten inte automatiskt blir bunden av den bedömning som en annan upphandlande myndighet har gjort i

samband med en tidigare offentlig upphandling, bland annat för att den förstnämnda upphandlande myndigheten ska kunna ägna särskild uppmärksamhet åt proportionalitetsprincipen när den tillämpar de fakultativa skälen för uteslutning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punkterna 30 och 32). Enligt denna princip krävs nämligen att den upphandlande myndigheten själv prövar och bedömer de faktiska omständigheterna. I det avseendet delar domstolen generaladvokatens bedömning i punkt 32 i förslaget till avgörande att det framgår av lydelsen i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 att den oegentlighet som anbudsgivaren gjort sig skyldig till måste ha varit tillräckligt allvarlig för att motivera att kontraktet sägs upp med hänsyn till proportionalitetsprincipen.

28 Härav följer att en upphandlande myndighet inte automatiskt kan anse att det förhållandet att en annan upphandlande myndighet har beslutat att säga upp ett tidigare offentligt kontrakt på grund av att den anbudsgivare som tilldelats kontraktet har lagt ut en del av kontraktet på en underleverantör utan föregående godkännande från den upphandlande myndigheten innebär att nämnda anbudsgivare har gjort sig skyldig till en allvarlig eller ihållande brist – i den mening som avses i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 – i fullgörandet av något materiellt krav enligt det tidigare kontraktet.

29 Det ankommer nämligen på den upphandlande myndigheten att göra sin egen bedömning av hur en ekonomisk aktör som varit föremål för uppsägning av ett tidigare offentligt kontrakt har agerat. I det avseendet ska den upphandlande myndigheten göra en omsorgsfull och opartisk prövning, på grundval av alla relevanta omständigheter, av bland annat beslutet om uppsägning samt en prövning, mot bakgrund av proportionalitetsprincipen, av huruvida den ekonomiska aktören, enligt myndighetens uppfattning, gjort sig skyldig till allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt det tidigare kontraktet, eftersom sådana brister kan få förtroendeförhållandet med den aktuella ekonomiska aktören att upphöra.

30 Under de omständigheter som är aktuella i det nationella målet ska CNAIR bland annat fastställa huruvida – enligt dess uppfattning – det förhållandet att företagssammanslutning nr 1 anlitade en underleverantör utan att först ha inhämtat kommunens godkännande utgjorde en allvarlig brist och, om så är fallet, huruvida denna brist påverkade fullgörandet av något materiellt krav som ålåg den utvalda anbudsgivaren enligt kontrakt nr 1.

31 I detta syfte ska CNAIR bedöma betydelsen av den del av kontrakt nr 1 som lades ut på en underleverantör och fastställa – såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 45 i sitt förslag till avgörande – huruvida underentreprenörens medverkan hade en negativ inverkan på fullgörandet av nämnda kontrakt.

32 CNAIR ska även pröva huruvida det i upphandlingsavtalet angavs en skyldighet för den utvalda anbudsgivaren att personligen fullgöra byggentreprenadkontraktet eller huruvida det angavs att anlitande av underleverantör krävde föregående godkännande från kommunen, eftersom sådana krav är förenliga med artikel 71.2 i direktiv 2014/24, vilket generaladvokaten har påpekat i punkt 39 i sitt förslag till avgörande. Det följer nämligen av den bestämmelsen att ”en upphandlande myndighet [i upphandlingsdokumenten] får 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”. Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 38 i sitt förslag till avgörande kan den upphandlande myndigheten endast bedöma huruvida underentreprenören är pålitlig med hjälp av denna information. Syftet med kravet på att förhandsgodkännande från den upphandlande myndigheten ska inhämtas är bland annat att myndigheten ska kunna försäkra sig om att det inte föreligger någon uteslutningsgrund beträffande den underentreprenör som den utvalda anbudsgivaren avser att anlita.

33 CNAIR ska vidare göra en prövning av huruvida anlitandet av en underentreprenör kan anses utgöra en väsentlig ändring av det anbud som den utvalda anbudsgivaren lämnat (se analogt dom av den 13 april 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 39), i den meningen att ändringen innebär att det

införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att låta andra anbudsgivare delta i förfarandet än dem som ursprungligen tilläts delta eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs (dom av den 13 april 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 38, och dom av den 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 35).

34 Dessutom ska CNAIR göra en bedömning av huruvida det förhållandet att företagssammanslutning nr 2 underlät att informera CNAIR om uppsägningen av kontrakt nr 1 ska anses innebära att denna sammanslutning agerade på sätt som avses i artikel 57.4 h i direktiv 2014/24. Såsom generaladvokaten i allt väsentligt har anfört i punkt 53 i sitt förslag till avgörande omfattar denna bestämmelse nämligen både aktivt agerande, som till exempel förfalskning, och underlåtenhet, eftersom både lämnande av oriktiga uppgifter och undanhållande av korrekta uppgifter kan komma att påverka den upphandlande myndighetens beslut.

35 Denna tolkning vinner för övrigt stöd i artikel 57.5 andra stycket i direktiv 2014/24, där det anges att ”de upphandlande myndigheterna [när som helst under förfarandet får] utesluta eller åläggas av medlemsstaterna att utesluta en ekonomisk aktör om det visar sig att denne, med avseende på handlingar eller försummelser antingen före eller under förfarandet, befinner sig i någon av de situationer som avses i punkt 4”.

36 Vad gäller det nu aktuella fallet gör domstolen följande bedömning. Uppsägningen av kontrakt nr 1 hade fastställts på ett formaliserat sätt och det ankom därför på företagssammanslutning nr 2, i enlighet med kraven på insyn och lojalitet, att informera den upphandlande myndigheten om sin situation. Mot bakgrund av detta borde företagssammanslutning nr 2 omedelbart ha inkommit med samtliga upplysningar som kunde visa antingen att den inte hade anlitat en underleverantör och att sammanslutningen därför inte hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt kontrakt nr 1 eller att den omständigheten att den upphandlande myndighetens godkännande inte hade inhämtats i samband med den tidigare upphandlingen endast utgjorde en oegentlighet av mindre betydelse. Sådana upplysningar hade i synnerhet kunnat lämnas i standardformuläret för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet, som är fogat till genomförandeförordning 2016/7. Del III i standardformuläret, som har rubriken ”Uteslutningsgrunder”, innehåller nämligen ett avsnitt C, som har rubriken ”Insolvens, intressekonflikter eller allvarliga fel i yrkesutövningen”. I avsnitt C i formuläret ska anbudssökande bland annat besvara frågan huruvida de gjort sig skyldiga till ett allvarligt fel i yrkesutövningen och, om så är fallet, lämna närmare upplysningar.

37 Om den upphandlande myndigheten finner att de villkor som anges i artikel 57.4 g eller h i direktiv 2014/24 är uppfyllda, ska den enligt artikel 57.6 i direktivet, jämförd med skäl 102 däri, ge den aktuella ekonomiska aktören möjlighet att lägga fram bevis för att de självsanerande åtgärder som aktören har vidtagit är tillräckliga för att undvika upprepning av den oegentlighet som legat till grund för uppsägningen av det tidigare offentliga kontraktet och att dessa åtgärder därmed är ägnade att styrka aktörens pålitlighet, trots att det föreligger ett relevant fakultativt skäl för uteslutning.

38 Under dessa omständigheter ska tolkningsfrågan besvaras enligt följande. Artikel 57.4 g i direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att den omständigheten att ett en ekonomisk aktör har lagt ut en del av ett tidigare offentligt byggentreprenadkontrakt på en underleverantör utan den upphandlande myndighetens godkännande, vilket har medfört att kontraktet har sagts upp, utgör en allvarlig eller ihållande brist i fullgörandet av ett materiellt krav enligt det tidigare kontraktet – i den mening som avses i nämnda bestämmelse – och är således ägnad att motivera att den ekonomiska aktören ska uteslutas från att delta i ett senare upphandlingsförfarande, om den upphandlande myndighet som organiserar det senare upphandlingsförfarandet anser att ett sådant anlitande av underleverantör medför att förtroendeförhållandet med den aktuella ekonomiska aktören upphör. Innan den upphandlande myndigheten beslutar om sådan uteslutning ska den emellertid, i enlighet

med artikel 57.6 i direktiv 2014/24, jämförd med skäl 102 i direktivet, ge den ekonomiska aktören möjlighet att redogöra för de självsanerande åtgärder som aktören har vidtagit efter uppsägningen av det tidigare offentliga kontraktet.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

Artikel 57.4 g i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ska tolkas på så sätt att den omständigheten att ett en ekonomisk aktör har lagt ut en del av ett tidigare offentligt byggentreprenadkontrakt på en underleverantör utan den upphandlande myndighetens godkännande, vilket har medfört att kontraktet har sagts upp, utgör en allvarlig eller ihållande brist i fullgörandet av ett materiellt krav enligt det tidigare kontraktet – i den mening som avses i nämnda bestämmelse – och är således ägnad att motivera att den ekonomiska aktören ska uteslutas från att delta i ett senare upphandlingsförfarande, om den upphandlande myndighet som organiserar det senare upphandlingsförfarandet anser att ett sådant anlitande av underleverantör medför att förtroendeförhållandet med den aktuella ekonomiska aktören upphör. Innan den upphandlande myndigheten beslutar om sådan uteslutning ska den emellertid, i enlighet med artikel 57.6 i direktiv 2014/24, jämförd med skäl 102 i direktivet, ge den ekonomiska aktören möjlighet att redogöra för de självsanerande åtgärder som aktören har vidtagit efter uppsägningen av det tidigare offentliga kontraktet.

Underskrifter