Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (nionde avdelningen)

den 3 juni 2021 *

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster – Direktiv 2014/24/EU – Genomförande av förfarandet – Urval av deltagare och tilldelning av kontrakt – Artikel 63 – Anbudsgivare som hänvisar till en annan enhets kapacitet för att uppfylla den upphandlande myndighetens krav – Artikel 57.4, 57.6 och 57.7 – Osanna uppgifter från den enheten – Anbudsgivaren utesluten utan att denne åläggs eller ges möjlighet att byta ut nämnda enhet – Proportionalitetsprincipen”

I mål C-210/20,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) genom beslut av den 20 februari 2020, som inkom till domstolen den 30 mars 2020, i målet

Rad Service Srl Unipersonale,

Cosmo Ambiente Srl,

Cosmo Scavi Srl

mot

Del Debbio SpA,

Gruppo Sei Srl,

Ciclat Val di Cecina Soc. Coop.,

Daf Costruzioni Stradali Srl,

ytterligare deltagare i rättegången:

Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro,

meddelar

DOMSTOLEN (nionde avdelningen)

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

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

* Rättegångsspråk: italienska.

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl och Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., genom A. Manzi och F Bertini, avvocati,

– Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av C. Colelli och S.L. Vitale, avvocati dello Stato,

– Europeiska kommissionen, genom G. Gattinara, P. Ondrůšek och K. Talabér-Ritz, samtliga i egenskap av ombud,

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

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 49 och 56 FEUF samt artikel 63 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 å ena sidan Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl och Cosmo Scavi Srl, som gemensamt utgör den tillfälliga företagssammanslutningen (GTE) Rad Service (nedan kallad GTE Rad Service), och å andra sidan Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl och Ciclat Val di Cecina Soc. Coop. (nedan kallade GTE Del Debbio) samt en tillfällig företagssammanslutning bestående av DAF Costruzioni Stradali Srl, GARC SpA och Edil Moter Srl (nedan kallad GTE Daf), angående beslutet av Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro (lokala hälsovårdsmyndigheten för centrala Toscana, Italien) att utesluta GTE Del Debbio från ett förfarande för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.

Tillämpliga bestämmelser

Direktiv 2014/24

3 I skälen 84, 101 och 102 i direktiv 2014/24 anges följande:

”(84) Många ekonomiska aktörer, inte minst små och medelstora företag, anser att kravet på att lägga fram en mängd intyg eller andra handlingar avseende uteslutnings- eller urvalskriterier medför en administrativ börda som är ett stort hinder för deras deltagande i offentlig upphandling. En begränsning av sådana krav, t.ex. genom användning av ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument bestående av en uppdaterad egen försäkran, kan leda till en betydande förenkling som både upphandlande myndigheter och ekonomiska aktörer vinner på.

Den anbudsgivare som myndigheten har beslutat att tilldela kontraktet bör dock vara skyldig att tillhandahålla relevanta bevis, och de upphandlande myndigheterna bör inte ingå kontrakt med anbudsgivare som inte kan göra detta. De upphandlande myndigheterna bör också ha rätt att begära alla eller delar av de kompletterande handlingarna närhelst de anser detta vara nödvändigt

för ett korrekt genomförande av förfarandet. Detta kan särskilt vara fallet när det gäller tvåstegsförfaranden – selektiva förfaranden, förhandlade förfaranden under konkurrens, konkurrenspräglade dialoger och innovationspartnerskap – där de upphandlande myndigheterna utnyttjar möjligheten att begränsa antalet anbudssökande som ombeds lämna ett anbud. Det kan vara berättigat att kräva att kompletterande handlingar lämnas in när de anbudssökande som ska inbjudas väljs ut så att man undviker att de upphandlande myndigheterna bjuder in anbudssökande som senare visar sig inte kunna lämna in kompletterande dokument i tilldelningsskedet, och därmed hindrar annars kvalificerade anbudssökande från att delta.

Det bör uttryckligen anges att det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet också bör innehålla relevant information om enheter vars kapacitet en ekonomisk aktör utnyttjar, så att kontrollen av informationen om dessa enheter kan utföras tillsammans med och på samma villkor som kontrollen avseende den huvudsakliga ekonomiska aktören.

…

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

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

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

(102) Man bör dock kunna ta hänsyn till möjligheten att ekonomiska aktörer kan vidta efterlevnadsåtgärder för att avhjälpa konsekvenserna av brott eller fel och för att effektivt förhindra att de upprepas. Dessa åtgärder kan bland annat bestå i personella och organisatoriska åtgärder som att avbryta alla förbindelser med personer eller organisationer som är inblandade i det olämpliga uppträdandet, lämpliga åtgärder för att organisera om personalen, att införa rapporterings- och kontrollsystem, att inrätta en intern kontrollorganisation för att övervaka efterlevnaden samt att anta interna ansvars- och ersättningsregler. Om åtgärderna ger tillräckliga garantier bör den berörda ekonomiska aktören inte längre uteslutas enbart på dessa grunder. Ekonomiska aktörer bör ha möjlighet att begära

att de efterlevnadsåtgärder som vidtagits för att eventuellt ge en berörd aktör tillträde till upphandlingsförfarandet granskas. Det bör emellertid vara medlemsstaternas sak att avgöra närmare formella och materiella villkor som är tillämpliga i sådana fall. I synnerhet bör de fritt kunna bestämma om de vill överlåta till de enskilda upphandlande myndigheterna att göra de relevanta bedömningarna eller anförtro andra myndigheter på central eller lokal nivå denna uppgift.”

4 Artikel 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.”

5 Artikel 57 i samma direktiv har rubriken ”Skäl för uteslutning”. I artikel 57.4–57.7 föreskrivs följande:

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

…

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

…

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.

i) Om en ekonomisk aktör … av oaktsamhet lämna[t] vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på beslut om uteslutning, urval eller tilldelning.

…

5. …

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.”

6 Artikel 59 i samma direktiv, med rubriken ”Europeiskt enhetligt upphandlingsdokument”, har följande lydelse:

”1. När anbudsansökningar eller anbud lämnas in ska de upphandlande myndigheterna godta det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet som består av en uppdaterad egen försäkran som preliminärt bevis, i stället för intyg som utfärdats av myndigheter eller tredje parter om att den berörda ekonomiska aktören uppfyller något av följande villkor:

a) Den ekonomiska aktören befinner sig inte i någon av de situationer som avses i artikel 57 och där ekonomiska aktörer ska eller får uteslutas.

b) Den ekonomiska aktören uppfyller de relevanta urvalskriterier som har fastställts i enlighet med artikel 58.

c) Den ekonomiska aktören uppfyller i förekommande fall de objektiva regler och kriterier som har fastställts i enlighet med artikel 65.

Om den ekonomiska aktören utnyttjar andra enheters kapacitet i enlighet med artikel 63 ska det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet också innehålla de uppgifter som avses i första stycket i denna punkt för sådana enheter.

Det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet ska bestå av en formell förklaring där den ekonomiska aktören uppger att relevanta skäl för uteslutning inte föreligger och/eller att relevanta urvalskriterier är uppfyllda, och ska tillhandahålla relevant information som den upphandlande myndigheten begärt. Det ska också innehålla information om vilken myndighet eller tredje part som ansvarar för att utfärda kompletterande dokument, och en formell förklaring om att den ekonomiska aktören på begäran och utan dröjsmål kan lägga fram dessa kompletterande dokument.

Om den upphandlande myndigheten direkt kan få tillgång till de kompletterande dokumenten via en databas i enlighet med punkt 5, ska det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet också innehålla den information som krävs för detta, till exempel databasens webbadress, identifieringsuppgifter och, i förekommande fall, den förklaring om samtycke som krävs.

…

4. En upphandlande myndighet får när som helst under förfarandet anmoda anbudssökande och anbudsgivare att lämna in samtliga eller delar av de kompletterande dokumenten, när detta är nödvändigt för att se till att förfarandet genomförs på ett korrekt sätt.

Innan den upphandlande myndigheten tilldelar kontraktet, med undantag för kontrakt som grundar sig på ramavtal om sådana kontrakt ingås i enlighet med artikel 33.3 eller artikel 33.4 a, ska den kräva att den anbudsgivare som myndigheten har beslutat tilldela kontraktet lämnar in uppdaterade kompletterande dokument i enlighet med artikel 60 och i förekommande fall artikel 62. Den upphandlande myndigheten får uppmana de ekonomiska aktörerna att komplettera eller förtydliga inlämnade intyg som tagits emot i enlighet med artiklarna 60 och 62.

5. Trots vad som sägs i punkt 4 ska ekonomiska aktörer inte vara tvungna att lägga fram kompletterande dokument eller andra skriftliga bevis om och i den mån som den upphandlande myndigheten har möjlighet att kostnadsfritt få tillgång till intyg eller relevant information direkt via en nationell databas i någon medlemsstat, exempelvis ett nationellt upphandlingsregister, Virtual Company Dossier, ett system för elektronisk dokumentlagring eller ett kvalificeringssystem.

…”

7 I artikel 60 i direktivet, som har rubriken ”Bevismedel”, föreskrivs följande:

”1. De upphandlande myndigheterna får kräva intyg, försäkringar och andra bevismedel enligt punkterna 2, 3 och 4 i denna artikel och bilaga XII som bevis för att det inte föreligger något skäl för uteslutning enligt artikel 57 och för att urvalskriterierna enligt artikel 58 har uppfyllts.

Den upphandlande myndigheten får inte kräva andra bevismedel än dem som anges i denna artikel och i artikel 62. När det gäller artikel 63 får de ekonomiska aktörerna använda alla lämpliga medel för att bevisa för den upphandlande myndigheten att de kommer att förfoga över nödvändiga resurser.

2. De upphandlande myndigheterna ska godta följande intyg som tillräckligt bevis på att inga av de situationer som anges i artikel 57 är tillämpliga på den ekonomiska aktören:

a) När det gäller punkt 1 i den artikeln, uppvisande av ett utdrag från ett relevant register, såsom utdrag ur brottsregister, eller om det inte finns, ett likvärdigt dokument som utfärdats av en behörig rättslig eller administrativ myndighet i ursprungsmedlemsstaten eller ursprungslandet eller i det land där den ekonomiska aktören är etablerad, som visar att dessa krav är uppfyllda.

b) När det gäller punkterna 2 och 4 b i den artikeln, ett intyg utfärdat av den behöriga myndigheten i den berörda medlemsstaten eller det berörda landet.

…”

8 Artikel 63 i direktivet, med rubriken ”Utnyttjande av andra enheters kapacitet”, har följande lydelse:

”1. 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.

Den upphandlande myndigheten ska i enlighet med artiklarna 59, 60 och 61 kontrollera om de enheter vars kapacitet den ekonomiska aktören avser att utnyttja uppfyller relevanta urvalskriterier och om det finns skäl för uteslutning i enlighet med artikel 57. Den upphandlande myndigheten får begära att den

ekonomiska aktören byter ut en enhet som inte uppfyller ett relevant urvalskriterium eller för vilken det föreligger obligatoriska skäl för uteslutning. Den upphandlande myndigheten får begära, eller får av medlemsstaten åläggas att begära, att den ekonomiska aktören byter ut en enhet för vilken det föreligger icke-obligatoriska skäl för uteslutning.

Om en ekonomisk aktör utnyttjar andra enheters kapacitet när det gäller kriterier för ekonomisk och finansiell ställning, får den upphandlande myndigheten kräva att den ekonomiska aktören och de enheterna solidariskt ska vara ansvariga för fullgörandet av kontraktet.

På samma villkor kan en grupp av ekonomiska aktörer enligt artikel 19.2 åberopa resurserna hos deltagarna i gruppen eller andra enheter.

2. När det gäller kontrakt avseende byggentreprenader, tjänstekontrakt och monterings- eller installationsarbeten inom ramen för ett varukontrakt, får den upphandlande myndigheten kräva att vissa kritiska uppgifter ska utföras direkt av anbudsgivaren eller om anbud lämnas in av en grupp av ekonomiska aktörer i enlighet med artikel 19.2, en deltagare i gruppen.”

Italiensk rätt

9 Artikel 32.7 i decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (lagstiftningsdekret nr 50 om lag om offentlig upphandling) av den 18 april 2016 (ordinarie tillägg till GURI nr 91 av den 19 april 2016) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling) har följande lydelse:

”Tilldelningsbeslutet träder i kraft efter det att det har kontrollerats att kriterierna är uppfyllda.”

10 I artikel 80.5 f-bis i lagen om offentlig upphandling föreskrivs följande:

”Den upphandlande myndigheten ska utesluta en ekonomisk aktör från anbudsförfarandet om denne befinner sig i någon av följande situationer, inbegripet när situationen rör en underentreprenör i de fall som avses i artikel 105.6: … f-bis) Den ekonomiska aktören ger in osanna handlingar eller förklaringar i ett pågående anbudsförfarande och inom ramen för hänvisning till andra enheters kapacitet.”

11 I artikel 89 i samma lag föreskrivs följande:

”1. …

En ekonomisk aktör som önskar utnyttja andra enheters kapacitet ska bifoga … en förklaring undertecknad av [stödföretaget] som intygar att den uppfyller de allmänna kriterierna i artikel 80 och de tekniska kriterierna och att den förfogar över resurser som är föremål för dess kapacitet. Den ekonomiska aktören ska visa för den upphandlande myndigheten att den kommer att förfoga över nödvändiga resurser genom att inge en förklaring undertecknad av stödföretaget, i vilken stödföretaget förbinder sig gentemot anbudsgivaren och den upphandlande myndigheten att under hela kontraktets löptid tillhandahålla anbudsgivaren de nödvändiga resurser som inte finns tillgängliga för anbudsgivaren. Vid osanna uppgifter ska den upphandlande myndigheten utesluta anbudsgivaren och ställa säkerheten till förfogande, utan att det påverkar tillämpningen av artikel 80.12 med avseende på dem som undertecknat förklaringarna. …

3. Den upphandlande myndigheten ska i enlighet med artiklarna 85, 86 och 88 kontrollera om de enheter vilkas kapacitet den ekonomiska aktören önskar utnyttja uppfyller de relevanta urvalskriterierna eller om det föreligger skäl för uteslutning i den mening som avses i artikel 80. Den ska ålägga den ekonomiska aktören att ersätta enheter som brister vad gäller något av de relevanta

urvalskriterierna eller för vilka det finns obligatoriska skäl för uteslutning. I meddelandet om anbudsinfordran kan även anges i vilka fall den ekonomiska aktören är skyldig att ersätta en enhet på vilken icke obligatoriska skäl för uteslutning tillämpas, förutsatt att det rör sig om tekniska kriterier.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

12 Genom ett meddelande om anbudsinfordran av den 3 januari 2018 inledde den lokala hälsovårdsmyndigheten i centrala Toscana ett förfarande för upphandling av bygg- och anläggningsarbete avseende selektiv, mekanisk rivning av det tidigare sjukhuset Misericordia e Dolce i Prato (Italien), till ett grundbelopp på 5 673 030,73 euro.

13 GTE Del Debbio åberopade i samband med sitt anbud den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten hos ett stödföretag.

14 GTE Daf och GTE Del Debbio placerades på de två första platserna i den preliminära rangordningen men uteslöts sedan från förfarandet av den upphandlande myndigheten. GTE Rad Service kom därför att placeras överst.

15 Uteslutandet av GTE Del Debbio motiverades av att stödföretaget lämnat en förklaring som inte nämnde en *patteggiamento*, det vill säga en dom om tillämpning av en sanktion som förhandlats fram inom ramen för ett avtal mellan parterna, som hade meddelats mot företagets innehavare och rättsliga företrädare den 14 juni 2013 och som vunnit laga kraft den 11 september 2013. I italiensk rätt likställs *patteggiamento*, under sådana omständigheter som i det nationella målet, med en fällande dom för vållande till kroppskada eller sjukdom, som har begåtts i strid med bestämmelserna om skydd för hälsa och säkerhet på arbetsplatsen.

16 Den upphandlande myndigheten ansåg att stödföretaget hade lämnat oriktiga och vilseledande uppgifter i den fråga som återfinns i det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet och som avsåg huruvida det hade gjort sig skyldigt till allvarliga fel i yrkesutövningen i den mening som avses i artikel 80.5 c i lagen om offentlig upphandling. Den upphandlande myndigheten fann därför att GTE Del Debbio automatiskt skulle uteslutas från förfarandet i enlighet med artiklarna 80.5 f-bis och 89.1 i nämnda lag.

17 Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Regionala förvaltningsdomstolen för Toscana, Italien) upphävde genom två domar uteslutningarna av GTE Del Debbio och GTE Daf, varpå GTE RAD Service överklagade dessa domar till den hänskjutande domstolen, Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien).

18 Den hänskjutande domstolen anser att enligt artikel 89.1 fjärde stycket i lagen om offentlig upphandling medför den omständigheten att den rättsliga företrädaren för stödföretaget lämnat oriktiga uppgifter automatiskt en skyldighet för den upphandlande myndigheten att utesluta den anbudsgivare som åberopat stödföretagets kapacitet från upphandlingen, utan att ge denne möjlighet att byta ut företaget. Det korrigeringsförfarande som föreskrivs i artikel 89.3 i den lagen är således inte tillämpligt, vilket innebär att den ekonomiska aktören inte kan byta ut stödföretaget.

19 Den hänskjutande domstolen hyser emellertid tvivel om huruvida denna bestämmelse är förenlig med de principer och regler som avses i artikel 63 i direktiv 2014/24 och med artiklarna 49 och 56 FEUF. Artikel 63.1 andra stycket i direktiv 2014/24 syftar bland annat till att säkerställa att tjänsterna utförs av aktörer med tillräcklig kapacitet och moral, och det ankommer därför på den upphandlande myndigheten att samtycka till att byta ut ett stödföretag som inte uppfyller kriterierna eller för vilket det finns ett skäl för uteslutning.

20 Genom att artikel 89.1 fjärde stycket i lagen om offentlig upphandling föreskriver automatisk uteslutning av anbudsgivaren till följd av osanna uppgifter om kapaciteten hos ett företag som anbudsgivarens avser att anlita, förbjuder den bestämmelsen därmed att stödföretaget byts ut och, följaktligen, den korrigerande lösning som föreskrivs i artikel 89.3 i denna lag för övriga obligatoriska skäl för uteslutning.

21 Artikel 63 i direktiv 2014/24 gör emellertid ingen skillnad mellan dessa fall, utan föreskriver att stödföretaget ska bytas ut varje gång det omfattas av obligatoriska skäl för uteslutning, oavsett vilka.

22 En anbudsgivare kan inte heller kontrollera äktheten och sanningshalten i de förklaringar som lämnats av de företag vilkas kapacitet anbudsgivaren avser att utnyttja. Denne måste också förlita sig på de förklaringar och den dokumentation som stödföretagen lämnar in. GTE Del Debbio har för övrigt gjort gällande att det i förevarande fall var omöjligt för företaget att känna till den straffrättsliga domen mot innehavaren av stödföretaget, eftersom detta företag inte fanns med i det utdrag ur kriminalregistret som andra enskilda än den berörde själv kan få tillgång till.

23 Slutligen ska, enligt den hänskjutande domstolen, de eventuella nationella begränsningarna av en anbudsgivares rätt att åberopa andra enheters kapacitet bedömas strikt, mot bakgrund av principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

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

”Utgör artikel 63 i [direktiv 2014/24] jämförd med principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster i artiklarna 49 och 56 [FEUF] hinder för att tillämpa den italienska lagstiftningen om utnyttjande av andra enheters kapacitet och uteslutning från upphandlingsförfaranden, som återfinns i artikel 89.1 fjärde stycket i lagen om offentlig upphandling …, enligt vilken den upphandlande myndigheten alltid ska utesluta den ekonomiska aktören om dess stödföretag i samband med anbudsgivningen inkommer med osanna försäkringar angående förekomsten av lagakraftvunna fällande domar, som potentiellt kan visa att stödföretaget har gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, utan att anbudsgivaren åläggs eller ges möjlighet att byta ut stödföretaget, vilket däremot är fallet i de övriga situationer där enheter vars kapacitet den ekonomiska aktören avser att utnyttja inte uppfyller ett relevant urvalskriterium eller för vilka det föreligger obligatoriska skäl för uteslutning?”

25 Den hänskjutande domstolen har dessutom begärt att förfarandet för skyndsam handläggning enligt artikel 105.1 i domstolens rättegångsregler ska tillämpas, på grund av att förevarande mål aktualiserar en principfråga och avser utförande av brådskande byggnads- och anläggningsarbeten avseende sjukhusbyggnader, som varken får skjutas upp eller avbrytas och som har ett betydande värde, samt att den nationella bestämmelsen i fråga är föremål för en omfattande tvist.

26 Begäran om skyndsam handläggning avslogs genom beslut av domstolens ordförande av den 7 juli 2020.

Prövning av tolkningsfrågan

27 Det ska inledningsvis påpekas att den fråga som ställts antyder att en nationell lagstiftning enligt vilken en anbudsgivare automatiskt utesluts när en enhet vars kapacitet denne avser att anlita har lämnat oriktiga uppgifter skulle kunna strida mot icke-diskrimineringsprincipen, eftersom det är tillåtet att byta ut en sådan enhet när enheten brister avseende ett relevant urvalskriterium eller när det föreligger obligatoriska skäl för uteslutning.

28 Medlemsstaterna har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när de fastställer villkoren för tillämpning av de fakultativa skäl för uteslutning som föreskrivs i artikel 57.4 i direktiv 2014/24 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punkt 36, dom av den 28 mars 2019, Idi, C-101/18, EU:C:2019:267, punkt 45, och dom av den 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 34). Enligt artikel 57.4 och 57.7 i direktiv 2014/24 får medlemsstaterna nämligen välja att inte tillämpa de icke obligatoriska uteslutningsgrunder som anges där eller att införliva dem med den nationella lagstiftningen i en grad av strikthet som kan variera från fall till fall beroende på nationella hänsyn av rättslig, ekonomisk eller social karaktär.

29 Under dessa omständigheter ska den ställda frågan omformuleras och den hänskjutande domstolen ska anses ha ställt denna fråga för att få klarhet i huruvida artikel 63 i direktiv 2014/24, jämförd med artikel 57.4 h och 57.6 i samma direktiv och mot bakgrund av proportionalitetsprincipen, ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken den upphandlande myndigheten automatiskt ska utesluta en anbudsgivare från ett förfarande för offentlig upphandling när ett stödföretag, vars kapacitet anbudsgivaren avser att utnyttja, har lämnat en osann förklaring rörande förekomsten av lagakraftvunna brottmålsdomar, utan att anbudsgivaren åläggs eller ges möjlighet att byta ut stödföretaget, vilket däremot är fallet i de övriga situationer där enheter vars kapacitet den ekonomiska aktören avser att utnyttja inte uppfyller ett relevant urvalskriterium eller för vilka det föreligger obligatoriska skäl för uteslutning.

30 Domstolen erinrar om att artikel 63.1 i direktiv 2014/24 föreskriver en rätt för den ekonomiska aktören att i ett visst kontrakt utnyttja andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan enheterna, för att uppfylla 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 i direktivet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punkterna 29 och 33, dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkterna 33, 35, 39, 49 och 51, och dom av den 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punkt 25).

31 Enligt artikel 59.1 andra och tredje styckena jämförd med skäl 84 tredje stycket i direktiv 2014/24 ska den ekonomiska aktör som avser att utnyttja denna rätt, när den lämnar in sin ansökan om att få delta eller lämna anbud, till den upphandlande myndigheten överlämna ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument där denne förklarar att såväl aktören själv som de enheter som denne avser att utnyttja inte befinner sig i någon av de situationer som avses i artikel 57 i direktivet och som ska eller kan medföra uteslutning av en ekonomisk aktör.

32 Det ankommer således, enligt artikel 63.1 andra stycket i direktiv 2014/24, på den upphandlande myndigheten att kontrollera dels att de enheter vilkas kapacitet den ekonomiska aktören avser att utnyttja uppfyller de tillämpliga urvalskriterierna, i enlighet med artiklarna 59–61 i direktivet, dels huruvida det föreligger sådana skäl för uteslutning som avses i artikel 57 i direktivet, beträffande såväl denna ekonomiska aktör själv som dessa enheter.

33 Enligt artikel 63.1 andra stycket tredje meningen i direktiv 2014/24 får den upphandlande myndigheten kräva, eller kan av den medlemsstat som den tillhör åläggas att kräva, att den berörda ekonomiska aktören byter ut den enhet vars kapacitet den avser att utnyttja men för vilken det finns icke-obligatoriska skäl för uteslutning. Det framgår således tydligt av denna sistnämnda mening att även om medlemsstaterna i ett sådant fall kan föreskriva att den upphandlande myndigheten är skyldig att kräva att den ekonomiska aktören gör ett sådant byte, kan de däremot inte frånta den upphandlande myndigheten möjligheten att på eget initiativ kräva ett sådant byte. Medlemsstaterna har nämligen endast möjlighet att ersätta denna möjlighet med en skyldighet, för den upphandlande myndigheten, att genomföra ett sådant byte.

34 En sådan tolkning av artikel 63.1 andra stycket tredje meningen i direktiv 2014/24 bidrar dessutom till att säkerställa att de upphandlande myndigheterna iakttar proportionalitetsprincipen, i enlighet med artikel 18.1 i direktivet. Det följer nämligen av denna princip, som utgör en allmän princip i unionsrätten, att de regler som medlemsstaterna eller de upphandlande myndigheterna ställer upp inom ramen för genomförandet av bestämmelserna i nämnda direktiv inte får gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de mål som eftersträvas med direktivet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 48, och dom av den 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 45).

35 För det första är syftet med artikel 57 i direktiv 2014/24, vilket även är det syfte som eftersträvas med artikel 63 i direktivet, att göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att försäkra sig om varje anbudsgivares redbarhet och pålitlighet och följaktligen att förtroendet till den berörda ekonomiska aktören inte har brustit (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punkt 29, och dom av den 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punkt 26). Det är mot denna bakgrund som artikel 57.6 jämförd med skäl 102 i direktiv 2014/24 i princip garanterar att varje ekonomisk aktör som befinner sig i någon av de situationer som avses i artikel 57.1 och 57.4 i direktivet har rätt att lägga fram bevis för att de åtgärder som vidtagits är tillräckliga för att styrka dennes tillförlitlighet trots att det föreligger ett relevant skäl för uteslutning.

36 Under dessa omständigheter förutsätter artikel 63 i direktiv 2014/24 – till och med innan den fordrar att en anbudsgivare ska byta ut den kapacitet som den avser att använda, på grund av att den befinner sig i någon av de situationer som avses i artikel 57.1 och 57.4 i direktivet – att den upphandlande myndigheten ger anbudsgivaren och/eller enheten möjlighet att redogöra för de korrigerande åtgärder som den kan ha vidtagit för att avhjälpa den konstaterade oegentligheten och följaktligen visa att den kan betraktas som en tillförlitlig enhet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punkt 37).

37 Det är således endast i andra hand, och om den enhet som åberopar ett sådant skäl för uteslutning som avses i artikel 57.1 och 57.4 i direktiv 2014/24 inte har vidtagit någon korrigerande åtgärd eller om den upphandlande myndigheten finner att de åtgärder som vidtagits är otillräckliga, som denna myndighet kan eller, om det krävs enligt nationell rätt, ska kräva att anbudsgivaren byter ut nämnda enhet.

38 Det ska i detta hänseende preciseras att enligt artikel 57.6 fjärde stycket i direktiv 2014/24 får en ekonomisk aktör som genom en lagakraftvunnen dom har uteslutits från deltagande i ett upphandlingsförfarande eller en koncessionstilldelning visserligen inte, under den uteslutningsperiod som fastställs i domen i de medlemsstater där domen får verkan, åberopa de korrigerande åtgärder som denne har vidtagit till följd av denna dom och följaktligen undgå uteslutning om bevisningen bedöms vara tillräcklig. När det i en lagakraftvunnen dom föreskrivs att en enhet vars kapacitet anbudsgivaren avser att utnyttja inte får delta i ett upphandlingsförfarande eller en koncessionstilldelning, måste den upphandlande myndigheten i så fall ge anbudsgivaren möjlighet att byta ut denna enhet.

39 För det andra framgår relevansen i förhållande till proportionalitetsprincipen av den tolkning av artikel 63.1 andra stycket tredje meningen i direktiv 2014/24 som återges i punkt 33 i förevarande dom även av skäl 101 tredje stycket i direktivet, enligt vilket de upphandlande myndigheterna, när de tillämpar fakultativa skäl för uteslutning, ska ägna särskild uppmärksamhet åt denna princip. Denna uppmärksamhet måste vara än noggrannare när den uteslutning som föreskrivs i den nationella lagstiftningen inte drabbar anbudsgivaren på grund av en försummelse som kan tillskrivas denne, utan på grund av en försummelse som begåtts av en enhet som anbudsgivaren avser att utnyttja och i förhållande till vilken anbudsgivaren inte har någon kontrollbefogenhet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 48).

40 Proportionalitetsprincipen ålägger den upphandlande myndigheten att göra en konkret, individuell bedömning av den berörda enhetens inställning, på grundval av alla relevanta omständigheter (se, analogt, dom av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 31, och dom av den 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punkt 29). Den upphandlande myndigheten ska i detta sammanhang beakta de medel som anbudsgivaren hade till sitt förfogande för att kontrollera om den enhet som myndigheten avsåg att använda sig av gjorde sig skyldig till regelbrott (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punkt 52).

41 Om den hänskjutande domstolen i förevarande fall bekräftar GTE Del Debbios påstående att den fällande brottmålsdomen mot företagsledaren för det stödföretag vars kapacitet det avsåg att utnyttja inte fanns med i det utdrag ur kriminalregistret som de privata enheterna kunde ta del av, så att GTE Del Debbio enligt den italienska lagstiftningen inte hade möjlighet att få kännedom om den fällande domen, kan det företaget inte kritiseras för att ha brustit i omsorg. Under sådana omständigheter skulle det således strida mot proportionalitetsprincipen i artikel 18.1 i direktiv 2014/24 att förhindra att den enhet som berörs av ett skäl för uteslutning byts ut.

42 Det ska vidare preciseras att när den upphandlande myndigheten enligt nationell rätt måste kräva att en anbudsgivare byter ut en enhet vars kapacitet denne avser att utnyttja, ska den upphandlande myndigheten, i enlighet med principerna om öppenhet och likabehandling i artikel 18.1 i direktiv 2014/24, se till att utbytet av den berörda enheten inte leder till en väsentlig ändring av anbudsgivarens anbud.

43 Den upphandlande myndighetens skyldighet att iaktta principen om likabehandling av anbudsgivare, vars syfte är att främja utvecklingen av en sund, effektiv konkurrens mellan de företag som deltar i en offentlig upphandling och vilket utgör kärnan i de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, innebär bland annat att anbudsgivarna ska behandlas lika såväl när de utarbetar sina anbud som när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Principen om likabehandling och skyldigheten att förfara på ett öppet sätt hindrar att det sker någon förhandling mellan den upphandlande myndigheten och en anbudsgivare i ett förfarande för offentlig upphandling, vilket innebär att anbudet i princip inte kan ändras efter det att det har getts in, vare sig på den upphandlande myndighetens eller på anbudsgivarens initiativ (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 maj 2017, Archus och Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punkterna 25 och 27 och där angiven rättspraxis).

44 Av detta följer att den upphandlande myndighetens begäran om att en enhet vars kapacitet en anbudsgivare avses att utnyttja ska bytas ut, i likhet med en begäran om förtydligande av ett anbud, inte får leda till att anbudsgivaren i själva verket inger ett nytt anbud eller till att det ursprungliga anbudet ändras på ett betydande sätt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 40, dom av den 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punkt 64, och dom av den 11 maj 2017, Archus och Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punkterna 31 och 37).

45 Av vad som anförts följer att den hänskjutna frågan ska besvaras enligt följande. Artikel 63 jämförd med artikel 57.4 h i direktiv 2014/24 ska mot bakgrund av proportionalitetsprincipen tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken den upphandlande myndigheten automatiskt ska utesluta en anbudsgivare från ett förfarande för offentlig upphandling när ett stödföretag, vars kapacitet anbudsgivaren avser att utnyttja, har lämnat en osann förklaring rörande förekomsten av lagakraftvunna brottmålsdomar, utan att anbudsgivaren i ett sådant fall åläggs eller åtminstone ges möjlighet att byta ut stödföretaget.

Rättegångskostnader

46 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 (nionde avdelningen) följande:

Artikel 63 jämförd med artikel 57.4 h 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 mot bakgrund av proportionalitetsprincipen tolkas så, att den utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken den upphandlande myndigheten automatiskt ska utesluta en anbudsgivare från ett förfarande för offentlig upphandling när ett stödföretag, vars kapacitet anbudsgivaren avser att utnyttja, har lämnat en osann förklaring rörande förekomsten av lagakraftvunna brottmålsdomar, utan att anbudsgivaren i ett sådant fall åläggs eller åtminstone ges möjlighet att byta ut stödföretaget.

Underskrifter