



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ATHANASIOS RANTOS
föredraget den 15 december 2022¹

Mål C-545/21

**ANAS SpA
mot**

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

(begäran om förhandsavgörande från Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Strukturfonder – Europeiska regionala utvecklingsfonden (Eruf) – Förordning (EG) nr 1083/2006 – Artikel 2 led 7 – Begreppet oegentlighet – Beteenden som antas gynna en ekonomisk aktör under ett anbudsförfarande – Artikel 98.1 och 98.2 – Finansiella korrigeringar av medlemsstaterna – Offentlig upphandling av byggentreprenader – Direktiv 2004/18/EG – Artikel 45.2 första stycket d – Fakultativa uteslutningsgrunder – Allvarligt fel i yrkesutövningen”

Inledning

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande har framställts av Tribunale amministrativo per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien) inom ramen för en tvist mellan bolaget Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (nedan kallat ANAS) och Ministero delle Infrastrutture e Trasporti (Infrastruktur- och transportministeriet, Italien) angående ministeriets beslut att återkräva de belopp som utbetalats till ANAS inom ramen för ett projekt som syftar till att utföra arbete som medfinansierats av Europeiska regionala utvecklingsfonden (Eruf), på grund av oegentligheter i upphandlingsförbandet.

2. De tolkningsfrågor som den hänskjutande domstolen har ställt avser i huvudsak, för det första, tolkningen av begreppet oegentlighet i den mening som avses i förordning (EG) nr 1083/2006², vad gäller mutbrott eller mutförsök som rör en upphandlingskommitté i samband med utförandet av arbeten som finansieras genom unionens budget, för det andra, införlivandet i italiensk rätt av artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18/EG³ som rör bestämmelser om uteslutning från anbudsförbandet av en anbudsgivare, och slutligen, kriterierna för beräkning av beloppet för den finansiella korrigering som ska tillämpas i händelse av oegentligheter.

¹ Originalspråk: franska.

² Rådets förordning av den 11 juli 2006 om allmänna bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden och Sammanhållningsfonden samt om upphävande av förordning (EG) nr 1260/1999 (EUT L 210, 2006, s. 25).

³ Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

Förordning nr 1083/2006

3. I artikel 1 i förordning nr 1083/2006, med rubriken ”Syfte”, föreskrivs följande:

”I denna förordning fastställs de allmänna reglerna för [Eruf], Europeiska socialfonden (ESF) (nedan kallade strukturfonderna) och för Sammanhållningsfonden, utan att det påverkar tillämpningen av de särskilda bestämmelser som fastställs i förordning (EG) nr 1080/2006⁴, förordning (EG) nr 1081/2006⁵ och förordning (EG) nr 1084/2006⁶.

I denna förordning fastställs de mål som strukturfonderna och Sammanhållningsfonden (nedan kallade ”fonderna”) skall bidra till att förverkliga, de kriterier som gäller för medlemsstaternas och regionernas berättigande till stöd från fonderna, de tillgängliga ekonomiska medlen och kriterierna för tilldelningen av dessa.

I denna förordning fastställs ramen för sammanhållningspolitiken, inklusive den metod som skall användas för att fastställa gemenskapens strategiska riktlinjer för sammanhållning, de nationella strategiska referensramarna och granskningsprocessen på gemenskapsnivå.

I detta syfte fastställs i denna förordning principerna och reglerna för partnerskap, programplanering, utvärdering, förvaltning, inbegripet ekonomisk förvaltning, övervakning och kontroll på grundval av det ansvar som delas mellan medlemsstaterna och kommissionen.”

4. I artikel 2 led 7 i förordningen föreskrivs följande:

”I denna förordning gäller följande definitioner:

...

7) oegentlighet: varje överträdelse av en bestämmelse i gemenskapsrätten som är följden av en handling eller en underlåtenhet av en ekonomisk aktör, och som har lett eller skulle ha kunnat leda till en negativ ekonomisk effekt för Europeiska gemenskapernas allmänna budget genom att den allmänna budgeten belastas med en otillbörlig utgift.”

5. I artikel 9.5 i förordningen föreskrivs följande:

”De insatser som finansieras av fonderna skall överensstämma med bestämmelserna i fördraget och i rättsakter som antagits i enlighet med detta.”

⁴ Europaparlamentets och rådets förordning av den 5 juli 2006 om Europeiska regionala utvecklingsfonden och om upphävande av förordning (EG) nr 1783/1999 (EUT L 210, 2006, s. 1).

⁵ Europaparlamentets och rådets förordning av den 5 juli 2006 om Europeiska socialfonden och om upphävande av förordning (EG) nr 1784/1999 (EUT L 210, 2006, s. 12).

⁶ Rådets förordning av den 11 juli 2006 inrättande av Sammanhållningsfonden och om upphävande av förordning (EG) nr 1164/94 (EUT L 210, 2006, s. 79).

6. I artikel 70.1 b i förordningen föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall ansvara för de operativa programmens förvaltning och kontroll, i synnerhet genom följande åtgärder:

...

b) De skall förebygga, upptäcka och korrigera oegentligheter samt återkräva belopp som felaktigt betalats ut tillsammans med ränta på försenade betalningar i förekommande fall. De skall underrätta kommissionen om dessa och hålla kommissionen underrättad om hur de administrativa och rättsliga förfarandena fortskrider.”

7. I artikel 98 i förordning nr 1083/2006 föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall ha det huvudsakliga ansvaret för att utreda oegentligheter och agera vid konstaterande av betydande ändringar som påverkar sättet och förutsättningarna för genomförandet eller kontrollen av insatser eller operativa program och genomföra de nödvändiga finansiella korrigeringarna.

2. Medlemsstaten skall göra de finansiella korrigeringar som krävs i samband med att enskilda eller systembetingade oegentligheter konstateras i insatser eller operativa program. De korrigeringar som görs av medlemsstaterna skall bestå i att dra in allt eller en del av det offentliga stödet till ett operativt program. Medlemsstaten skall ta hänsyn till oegentligheternas art och allvar och till den ekonomiska förlusten för fonderna.

...”

Direktiv 2004/18

8. I artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:

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

...

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

Italiensk rätt

9. I artikel 38.1 c och f i decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lagstiftningsdekret nr 163 om antagande av lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, tjänster och varor

med tillämpning av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG) av den 12 april 2006⁷ föreskrivs följande:

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

...

- c) De som har dömts genom en dom eller ett strafföreläggande som har vunnit laga kraft, eller en dom om tillämpning av en nedsatt påföljd enligt artikel 444 i straffprocesslagen för allvarliga överträdelser till förfång för staten eller gemenskapen som påverkar yrkesetiken. En fällande lagakraftvunnen dom som meddelats på grund av ett eller flera brott för delaktighet i en kriminell organisation, korruption, bedrägeri eller penningtvätt, enligt definitionen i de unionsrättsakter som anges i artikel 45.1 i direktiv 2004/18, medför under alla omständigheter uteslutning.

...

- f) Personer som enligt den upphandlande myndighetens motiverade bedömning har agerat grovt vårdslöst eller i ond tro vid utförandet av tjänster som tilldelats av den upphandlande myndighet som publicerat meddelandet om offentlig upphandling, eller som har gjort sig skyldiga till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, vilket den upphandlande myndigheten har kunnat styrka på något sätt.”

Målet vid den nationella domstolen, tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

10. Inom ramen för det nationella operativa programmet ”Reti e mobilità” för åren 2007–2013, vilket godkänts av Europeiska kommissionen, beviljades ANAS finansiering för genomförandet av ett projekt för modernisering av en väg.

11. I egenskap av upphandlande myndighet tilldelade ANAS under år 2012, efter ett selektivt anbuds förfarande grundat på kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ett offentligt kontrakt för att utföra arbetet, vilket sedan dess har slutförts, till en tillfällig företagssammanslutning bestående av Aleandri SpA och CCC Società Cooperativa.

12. På grund av en brottsutredning om korruption som inletts mot tre tjänstemän vid ANAS, inklusive två medlemmar av upphandlingskommittén, Aleandri och dess juridiska ombud,⁸ under år 2020, beslutade Infrastruktur- och transportministeriet att de belopp som redan utbetalats till ANAS för finansieringen av projektet skulle återkallas och att det resterande beloppet inte skulle utbetalas, med motiveringen att det vid tilldelningen av kontraktet förelåg bedrägeriliknande oegentligheter i den mening som avses i artikel 2.7 i förordning nr 1083/2006 och i artiklarna 4 och 5 i förordning (EG, Euratom) nr 2988/95.⁹

⁷ Ordinarie tillägg till GURI nr 100 av den 2 maj 2006, s. 1, nedan kallat lagstiftningsdekret nr 163/2006. Detta dekret, som var tillämpligt i målet vid den nationella domstolen, upphävdes genom decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (lagstiftningsdekret nr 50 om lagen om offentlig upphandling) av den 18 april 2016 (ordinarie tillägg till GURI nr 91 av den 19 april 2016).

⁸ Inom ramen för denna utredning dömdes en tjänsteman vid ANAS för korruption med tillämpning av en nedsatt påföljd, medan straffrättsliga förfaranden pågick mot övriga inblandade vid tidpunkten för hänskjutandet. Mer specifikt anklagades vissa av ANAS tjänstemän för att ha mottagit betalningar från det företag som tilldelats kontraktet i syfte att gynna kontraktstilldelningen.

⁹ Rådets förordning av den 18 december 1995 om skydd av Europeiska gemenskapens finansiella intressen (EGT L 312, 1995, s. 1).

13. ANAS yrkade i sitt överklagande till den hänskjutande domstolen ogiltigförklaring av detta beslut, genom att göra gällande att bolaget inte har dömts för något brott,¹⁰ att det inte finns några bevis för att Aleandri har erhållit det offentliga kontraktet i fråga på ett rättsstridigt sätt och att ANAS inte kan hållas ansvarigt för något felaktigt agerande av medlemmarna i upphandlingskommittén. Eftersom det aktuella arbetet har utförts finns det inte heller något samband mellan den påstådda oegentligheten eller det påstådda bedrägeriet och de utgifter som finansierats genom unionens allmänna budget.

14. Den hänskjutande domstolen har konstaterat att arbetet i fråga ansågs vara berättigat till finansiering genom unionens allmänna budget och att det slutfördes på ett korrekt sätt, samt att det är oklart huruvida anbudsförfarandet stördes till följd av de beteenden som är föremål för ovan nämnda brottsutredning. Den hänskjutande domstolen ifrågasätter därför, i huvudsak, begreppet oegentlighet i den mening som avses i förordning nr 1083/2006 och metoderna för att beräkna den finansiella korrigering som ska vidtas till följd av en sådan oegentlighet, samt den nationella lagstiftningens förenlighet med artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 om fakultativ uteslutning från deltagande i en offentlig upphandling av en anbudsgivare som har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

15. Mot denna bakgrund beslutade Tribunale amministrativo per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

- ”1) Ska artikel 70.1 b i [förordning nr 1083/2006], artikel 27 c i förordning (EG) nr 1828/2006^[11], artikel 1 i [konventionen som upprättats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapens finansiella intressen, undertecknad i Bryssel den 26 juli 1995^[12], artikel 1.2 i förordning nr 2988/95 och artikel 3.2 b i [direktiv (EU) 2017/1371^[13]] tolkas så, att beteenden som teoretiskt sett kan främja en ekonomisk aktör under ett tilldelningsförfarande alltid omfattas av begreppet oegentlighet eller bedrägeri och således utgör en rättslig grund för återkallande av stödet, även när det inte finns fullständiga bevis för att sådana beteenden faktiskt har ägt rum eller när det inte finns fullständiga bevis för att de har påverkat valet av stödmottagare?
- 2) Utgör artikel 45.2 [första stycket] d i [direktiv 2004/18] hinder för en bestämmelse, som artikel 38.1 f i lagstiftningsdekret nr 163/2006, som föreskriver att en ekonomisk aktör som har försökt att påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess, framför allt genom att muta vissa medlemmar av upphandlingskommittén, inte får uteslutas från upphandlingen?
- 3) Ska ovan nämnda bestämmelser tolkas så, för det fall att minst en av ovanstående frågor besvaras jakande, att medlemsstaten alltid ska återkalla stödet och att kommissionen alltid ska göra en finansiell korrigering på 100 procent, trots att stödet har använts för det avsedda syftet, för ett arbete som är berättigat till unionsfinansiering och som faktiskt har genomförts?

¹⁰ ANAS har vidare gjort gällande att den dom genom vilken en av dess tjänstemän dömdes för korruption inte har någon utomstraffrättslig verkan, eftersom den meddelades med tillämpning av en nedsatt påföljd.

¹¹ Kommissionens förordning av den 8 december 2006 om tillämpningsföreskrifter för rådets förordning (EG) nr 1083/2006 om allmänna bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden och Sammanhållningsfonden och för Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1080/2006 om Europeiska regionala utvecklingsfonden (EUT L 371, 2006, s. 1 och rättelse EUT L 45, 2007, s. 3).

¹² EGT C 316, 1995, s. 48 (nedan kallad PIF-konventionen).

¹³ Europaparlamentets och rådets direktiv om bekämpande genom straffrättsliga bestämmelser av bedrägeri som riktar sig mot unionens finansiella intressen (EUT L 198, 2017, s. 29).

- 4) Vid nekande svar på fråga 3 ovan, det vill säga om det inte är nödvändigt att återkalla stödet eller att göra en finansiell korrigering på 100 procent, är det förenligt med de bestämmelser som anges i punkt 1 och i linje med proportionalitetsprincipen att slå fast att stödet ska återkallas och att en finansiell korrigering ska göras med hänsyn till den ekonomiska skada som Europeiska unionens budget faktiskt har orsakats? Får de ekonomiska följderna, i den mening som avses i artikel [99].3 i förordning nr 1083/2006¹⁴, fastställas schablonmässigt genom tillämpning av de kriterier som anges i tabellen i punkt 2 i [annexet till kommissionens beslut C(2013) 9527 av den 19 december 2013¹⁵, med titeln 'Riktlinjer för fastställande av finansiella korrigeringar som ska tillämpas på utgifter som finansieras av unionen, i de fall som de tillämpliga bestämmelserna om offentlig upphandling inte har följts' (nedan kallade 2013 års riktlinjer)]?"

16. ANAS, den italienska regeringen och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Domstolen beslutade att avgöra målet utan muntlig förhandling i enlighet med artikel 76.2 i rättegångsreglerna.

Bedömning

Den första tolkningsfrågan

17. Den hänskjutande domstolen har med sin första tolkningsfråga i huvudsak sökt klarhet i huruvida artikel 70.1 b i förordning nr 1083/2006, artikel 27 c i förordning nr 1828/2006, artikel 1 i PIF-konventionen, artikel 1.2 i förordning nr. 2988/95 och artikel 3.2 b i direktiv 2017/1371 ska tolkas så, att beteenden som kan gynna en ekonomisk aktör under ett tilldelningsförfarande omfattas av begreppet oegentlighet eller bedrägeri och således utgör en rättslig grund för återkrav av stödet, även när sådana beteenden eller deras inverkan på urvalsförfarandet inte har kunnat påvisas fullt ut.

18. Även om den hänskjutande domstolen hänvisar till begreppen oegentlighet och bedrägeri anser jag inledningsvis, i likhet med kommissionen, att prövningen bör inriktas på frågan huruvida de aktuella beteendena omfattas av begreppet oegentlighet, vilket innefattar det mer begränsade begreppet bedrägeri.¹⁶ Den första tolkningsfrågan bör för övrigt prövas inte bara mot bakgrund av artikel 70.1 b i förordning nr 1083/2006 och artikel 1.2 i förordning 2988/95, som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, utan även, och främst, mot bakgrund av artikel 2 led 7 i förordningen, som rör begreppet oegentlighet.¹⁷

19. Med detta sagt erinrar jag om att i enlighet med artikel 1 i förordning 1083/2006 fastställs i förordningen särskilt reglerna för förvaltning, övervakning och kontroll av verksamheter som stöds ekonomiskt av fonderna på grundval av de ansvarsområden som delas mellan

¹⁴ Den hänskjutande domstolen har felaktigt hänvisat till artikel 98.3 i förordningen. Se även fotnot 41 i förevarande förslag till avgörande.

¹⁵ Beslut om fastställande och godkännande av riktlinjer för fastställande av finansiella korrigeringar som kommissionen ska tillämpa på utgifter som finansieras av unionen genom delad förvaltning, i de fall som bestämmelserna om offentlig upphandling inte har följts.

¹⁶ Enligt min uppfattning innefattar begreppet oegentlighet alla slags brott mot unionsrättsliga och nationella regler (se punkt 21 i detta förslag till avgörande), inklusive de som reglerar begreppet bedrägeri. Det sistnämnda begreppet kräver dessutom att handlingen eller underlåtenheten är avsiktlig och att det finns ett rättsligt konstaterande av straffrättslig karaktär, vilket inte framgår av de faktiska omständigheterna så som de lagts fram av den hänskjutande domstolen.

¹⁷ De övriga bestämmelser som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, det vill säga artikel 27 c i förordning 1828/2006, artikel 1 i PIF-konventionen och artikel 3.2 b i direktiv 2017/1371, är inte relevanta i detta avseende, eftersom de endast rör begreppet bedrägeri.

medlemsstaterna och kommissionen.¹⁸ Dessutom ska medlemsstaterna i enlighet med artikel 70.1 b i förordningen ta ansvar för förvaltningen och kontrollen av operativa program och, i synnerhet, förhindra, upptäcka och korrigera oegentligheter samt återkräva felaktigt utbetalda belopp.

20. För detta ändamål omfattar begreppet oegentlighet i enlighet med artikel 2 led 7 i förordningen, i synnerhet vad avser Eruf, varje överträdelse av en bestämmelse i unionsrätten till följd av en handling eller underlåtenhet av en ekonomisk aktör som har eller skulle få till följd att den skadar unionens allmänna budget genom att belasta den med ett felaktigt utbetalat belopp.¹⁹ Domstolen har preciserat att för att en sådan oegentlighet ska anses föreligga krävs att tre rekvisit är uppfyllda, nämligen för det första att unionsrätten har åsidosatts, för det andra att överträdelsen har sitt ursprung i en handling eller en underlåtenhet av en ekonomisk aktör och för det tredje att det föreligger en faktisk eller potentiell skada för unionens budget.²⁰

21. När det för det första gäller frågan om ett *åsidosättande av unionsrätten* följer det av artikel 9.5 i förordning nr 1083/2006 att unionen genom sina fonder endast kan finansiera åtgärder som genomförs i full överensstämmelse med unionsrätten, inklusive tillämpliga regler för offentlig upphandling.²¹ För det andra har domstolen slagit fast att artikel 2 led 7 i förordning 1083/2006 inte endast avser överträdelser av unionsrättsliga bestämmelser som sådana, utan även överträdelser av nationella bestämmelser som är tillämpliga på insatser som stöds av strukturfonderna och därigenom bidrar till att säkerställa en korrekt tillämpning av unionsrätten avseende förvaltning av projekt som finansieras av dessa fonder.²²

22. I detta avseende erinrar jag inledningsvis, vad gäller identifieringen av de åsidosatta bestämmelserna, om att upphandlande myndigheter i enlighet med artikel 2 i direktiv 2004/18 och motsvarande nationella regler måste behandla ekonomiska aktörer lika och förfara på ett öppet sätt. Det följer även av domstolens fasta rättspraxis på området offentlig upphandling att den upphandlande myndigheten är skyldig att iaktta principen om likabehandling av anbudsgivare.²³

¹⁸ Se dom av den 1 oktober 2020 Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, punkt 46 och där angiven rättspraxis). I skäl 65 i förordning nr 1083/2006 anges att genomförandet och kontrollen av interventionerna i första hand bör omfattas av medlemsstaternas ansvar enligt subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna.

¹⁹ På liknande sätt föreskrivs i artikel 1.2 i förordning nr 2988/95 att en oegentlighet omfattar varje överträdelse av en bestämmelse i unionsrätten som är en följd av en handling eller en underlåtenhet av en ekonomisk aktör och som har lett till eller skulle ha kunnat leda till en negativ ekonomisk effekt för unionens budget eller för de budgetar som förvaltas av unionen, antingen genom att inkomster från egna medel som uppburits direkt för unionens räkning minskas eller uteblir, eller genom en felaktig utgift. Såsom framgår av domstolens rättspraxis fastställs i förordning nr 2988/95 endast allmänna bestämmelser om kontroller och sanktioner i syfte att skydda unionens finansiella intressen samt att återkrav av felaktigt använda medel ska ske på grundval av sektorsspecifika bestämmelser (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 maj 2016, Județul Neamț och Județul Bacău, C-260/14 och C-261/14, EU:C:2016:360, punkt 32 och där angiven rättspraxis). Även om begreppet oegentlighet i den mening som avses i artikel 2 led 7 i förordning nr 1083/2006 och artikel 1.2 i förordning nr 2988/95 kräver en enhetlig tolkning, eftersom de två förordningarna i fråga utgör en del av en och samma bestämmelse som garanterar en god förvaltning av unionens medel och skyddet av unionens ekonomiska intressen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 maj 2016, Județul Neamț och Județul Bacău, C-260/14 och C-261/14, EU:C:2016:360, punkt 34), bör därför i förevarande fall detta begrepp främst tolkas mot bakgrund av förordning nr 1083/2006.

²⁰ Se dom av den 1 oktober 2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, punkt 51).

²¹ Se dom av den 6 december 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, punkt 57 och där angiven rättspraxis).

²² Se dom av den 1 oktober 2020 Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, punkt 52 och där angiven rättspraxis).

²³ Se dom av den 29 april 2004, kommissionen/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 108 och där angiven rättspraxis).

23. Precis som kommissionen har påpekat anser jag att ett sådant beteende som det som vissa av ANAS tjänstemän anklagas för, bestående i att ha tagit emot betalningar från det företag som tilldelats kontraktet för att främja tilldelningen av kontraktet till detta företag, åtminstone utgör ett åsidosättande av principerna om likabehandling i förfarandet för tilldelningen av kontraktet,²⁴ oavsett om det faktiskt störde det aktuella anbudsförfarandet.²⁵

24. Dessutom får den upphandlande myndigheten, med stöd av artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18, utesluta ekonomiska aktörer som har gjort sig skyldiga till allvarliga fel i yrkesutövningen från deltagande i upphandlingen. Jag anser att förekomsten av en sådan grund för uteslutning, som är fakultativ men som har föreskrivits i italiensk rätt i artikel 38.1 f i lagstiftningsdekret 163/2006, också skulle utgöra, om den bekräftas av den hänskjutande domstolen²⁶, en överträdelse i den mening som avses i den rättspraxis som anges i punkt 21 i detta förslag till avgörande.

25. Den hänskjutande domstolen uttrycker vidare tvivel kring vilken bevisnivå som krävs för att fastställa att det föreligger en överträdelse, och därmed en oegentlighet. Den har påpekat att det i förevarande fall inte finns fullständiga bevis för det omtvistade beteendet och dess inverkan på tilldelningen av kontraktet.

26. I avsaknad av unionsbestämmelser på området ankommer det på varje medlemsstat att i sin interna rättsordning anta de förfaranderegler för domstolsprövningen som är avsedda att tillvarata de rättigheter som enskilda har enligt unionsrätten, inklusive beviskravet för att fastställa en oegentlighet, under förutsättning att dessa förfaranderegler är förenliga med likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen.²⁷

27. Detta synsätt, som redan är rådande när det gäller principerna om jämlikhet och öppenhet, vilka omnämns i punkt 22 i förevarande förslag till avgörande, erkänns uttryckligen i artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18²⁸. Enligt denna bestämmelse, om det antas att den är relevant i det här fallet, tillerkänns den upphandlande myndigheten befogenhet att utesluta en ekonomisk aktör från deltagande i upphandlingen om denne har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen som ”på något sätt” kan styrkas av den upphandlande myndigheten.²⁹

28. I förevarande fall nöjer jag mig med att påpeka, såsom kommissionen med fog har gjort gällande, att ett uteslutande på grund av allvarliga fel i yrkesutövningen måste grundas på att den upphandlande myndigheten oberoende konstaterar att det föreligger ett sådant icke-yrkesmässigt beteende, med stöd av alla bevismedel och, i förekommande fall, uppgifter som följer av ett

²⁴ Se artikel 2 i direktiv 2004/18, som har rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt”, enligt vilken upphandlande myndigheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt, samt den rättspraxis enligt vilken den upphandlande myndigheten ska iakttä principen om likabehandling av anbudsgivare (se, bland annat, dom av den 29 april 2004, kommissionen/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 108 och där angiven rättspraxis).

²⁵ Jag vill dessutom i förväg påpeka att det inte är nödvändigt att påvisa uppsåt eller vårdslöshet från stödmottagarens sida för att det ska vara fråga om en oegentlighet i den mening som avses i artikel 2 led 7 i förordning nr 1083/2006. ANAS kan nämligen tillskrivas ett objektivet ansvar grundat på dess tjänstemäns ansvarsområden, vilket jag kommer att förklara i punkt 30 och fotnot 32 i detta förslag till avgörande.

²⁶ I den mån artikel 38.1 f i lagstiftningsdekret nr 163/2006 är tillämplig i förevarande fall, vilket enligt min mening inte är uppenbart (se analysen av den andra tolkningsfrågan).

²⁷ Se, analogt, dom av den 22 november 2012, Cuadrench Moré (C-139/11, EU:C:2012:741, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

²⁸ Såsom har påpekats i fotnot 26 i förslaget till avgörande tvivlar jag på att denna bestämmelse (eller närmare bestämt den nationella införlivandebestämmelsen, det vill säga artikel 38.1 f i lagstiftningsdekret nr 163/2006) är tillämplig i förevarande fall.

²⁹ Domstolen har klargjort att konstaterandet av ett tjänstefel i den mening som avses i artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 inte kräver en dom som vunnit laga kraft (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 december 2012, Forposta och ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punkt 28, och dom av den 20 december 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani och Guerrato, C-178/16, EU:C:2017:1000, punkt 44).

straffrättsligt förfarande, men utan att detta sker automatiskt. Domstolen har klargjort att ett domstolsavgörande, beroende på föremålet för avgörandet, kan, även om det ännu inte har vunnit laga kraft, ge den upphandlande myndigheten ett lämpligt medel att motivera att ett allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger, eftersom dess beslut i vart fall kan bli föremål för domstolsprövning.³⁰ Samma överväganden är enligt min mening lämpliga vad gäller principerna om jämlighet och öppenhet som nämns i punkt 22 i detta förslag till avgörande.

29. För det andra har det i förevarande fall inte ifrågasatts att ett sådant åsidosättande av unionsrätten eller av tillämplig nationell rätt ska ha sitt ursprung i *en handling eller en underlåtenhet av en ekonomisk aktör*.

30. I vilket fall som helst ska det påpekas att ANAS är en ekonomisk aktör³¹ och att begreppet handling eller underlåtenhet inte kräver något subjektivt inslag. Domstolen har nämligen klargjort att även om definitionen av begreppet oegentlighet i artikel 2 led 7 i förordning nr 1083/2006 inte är tydlig vad gäller den uppsåtliga eller oaktsamma karaktären hos den berörda förmånstagarens beteende, kan en sådan karaktär inte anses vara ett nödvändigt kriterium för att en oegentlighet, i den mening som avses i bestämmelsen, ska kunna anses föreligga.³²

31. För det tredje, vad gäller förekomsten av *en negativ ekonomisk effekt för unionens budget* på grund av en sådan underlåtenhet, framgår det av artikel 2 led 7 i förordning nr 1083/2006 att ett åsidosättande av unionsrätten eller av den nationella rätt som är tillämplig på insatser som stöds av fonderna utgör en oegentlighet i den mening som avses i denna bestämmelse, om den har lett eller skulle ha kunnat leda till en negativ ekonomisk effekt för unionens allmänna budget genom att den belastas med en otillbörlig utgift.

32. Den hänskjutande domstolen har understrukit att det i förevarande fall inte har visats att någon skada orsakats på unionens budget.

33. Domstolen har dock tolkat bestämmelsen så, att ett åsidosättande av reglerna om offentlig upphandling utgör en oegentlighet i den mening som avses i bestämmelsen, så länge det inte kan uteslutas att det finns en möjlighet att detta åsidosättande har påverkat den berörda fondens budget, utan att det är nödvändigt att påvisa en specifik ekonomisk påverkan.³³

³⁰ Se dom av den 20 december 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani och Guerrato* (C-178/16, EU:C:2017:1000, punkt 47).

³¹ I artikel 27 a i förordning nr 1828/2006 definieras begreppet ekonomisk aktör som alla fysiska och juridiska personer eller andra organ som deltar i genomförandet av en stödsats med medel från fonderna, med undantag för medlemsstaterna när de utövar sina befogenheter i egenskap av statsmakter.

³² Se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 oktober 2020, *Elme Messer Metalurgs* (C-743/18, EU:C:2020:767), i vilken domstolen, efter dels en kontextuell tolkning av artikel 2 led 7 i förordning nr 1083/2006 (punkterna 59–62), dels en teleologisk tolkning av förordningen (punkt 63), och efter att ha klargjort att skyldigheten att återbetala en förmån som erhållits på ett otillbörligt sätt genom en oegentlighet inte utgör en sanktion, utan endast är en följd av att det fastställts att villkoren för att erhålla förmånen enligt unionsreglerna inte varit uppfyllda, vilket gör den erhållna förmånen otillbörlig (punkt 64 och där angiven rättspraxis), drog slutsatsen att det inte är nödvändigt att påvisa uppsåt eller oaktsamhet från stödmottagarens sida för att fastställa att det föreligger en oegentlighet i den mening som avses i artikel 2 led 7 i förordning nr 1083/2006 (punkt 65). I övrigt, när det gäller ANAS eventuella objektiva ansvar grundat på dess tjänstemäns ansvar, har domstolen också klargjort att unionsrätten utgår från premissen att juridiska personer agerar genom sina företrädare och att bland annat ett agerande som strider mot yrkesetik hos de sistränmda kan utgöra en relevant faktor vid bedömningen av ett bolags yrkesetik (se dom av den 20 december 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani och Guerrato*, C-178/16, EU:C:2017:1000, punkt 34).

³³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 juli 2016, *Wrocław - Miasto na prawach powiatu* (C-406/14, EU:C:2016:562, punkterna 44 och 45 samt där angiven rättspraxis), dom av den 6 december 2017, *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere* (C-408/16, EU:C:2017:940, punkterna 60 och 61), och dom av den 1 oktober 2020, *Elme Messer Metalurgs* (C-743/18, EU:C:2020:767, punkt 67).

34. I förevarande fall anser jag att ett sådant beteende som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, och som åtminstone innebär ett åsidosättande av principerna om likabehandling och öppenhet, skulle ha kunnat störa det aktuella anbudsförfarandet på ett rättsstridigt sätt genom att det gynnat det företag som tilldelats kontraktet. Utan att det är nödvändigt att visa att det föreligger en verklig ekonomisk förlust kan det inte uteslutas att upphandlingen, om detta beteende inte hade förekommit, skulle ha tilldelats en annan anbudsgivare eller på förmånligare villkor för unionens budget, vilket i enlighet med den rättspraxis som anges i föregående punkt inbegriper det tredje villkor som nämns i den rättspraxis som anges i punkt 20 i förevarande förslag till avgörande.

35. Sammanfattningsvis föreslår jag att den första tolkningsfrågan ska besvaras enligt följande. Artikel 2 led 7 och artikel 70.1 b i förordning nr 1083/2006 ska tolkas så, att ett beteende som enligt de behöriga myndigheternas bedömning kan gynna en ekonomisk aktör under ett tilldelningsförfarande omfattas av begreppet oegentlighet och ska som huvudregel medföra att den förmån som erhållits på ett otillbörligt sätt dras in, förutsatt att möjligheten att detta beteende har påverkat den berörda fondens budget inte kan uteslutas.

Den andra tolkningsfrågan

36. Med sin andra tolkningsfråga vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 utgör hinder för en sådan bestämmelse som artikel 38.1 f i lagstiftningsdekret nr 163/2006, enligt vilken en ekonomisk aktör som har försökt påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess, särskilt när detta försök bestod i att muta myndighetens medlemmar, inte kan uteslutas ur upphandlingsförfarandet.

37. Artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 rör grunderna för uteslutning av en anbudsgivare ur upphandlingsförfarandet. I artikeln föreskrivs att en ekonomisk aktör som i yrkesutövningen gjort sig skyldig till ett allvarligt fel, som på något sätt kan styrkas av de upphandlande myndigheterna, får uteslutas ur upphandlingsförfarandet.

38. Genom att den införlivar en sådan bestämmelse med italiensk rätt, utesluter artikel 38.1 f i lagstiftningsdekret nr 163/2006 bland annat personer som i yrkesutövningen har begått ett allvarligt fel, som på något sätt kan bevisas av den upphandlande myndigheten, från deltagande i förfaranden för tilldelning av koncessioner och för offentliga upphandlingar av byggentreprenader, varor och tjänster.

39. Även om den hänskjutande domstolen tolkar denna bestämmelse så, att en ekonomisk aktör som har försökt påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess, särskilt genom att muta myndighetens medlemmar, inte kan uteslutas ur upphandlingsförfarandet, förefaller däremot den italienska regeringen och kommissionen anse att bestämmelsen, enligt italiensk rättspraxis och förvaltningspraxis, gör det möjligt att i begreppet allvarligt fel inkludera försök att påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess.³⁴

³⁴ Kommissionen är av den åsikten att den rättspraxis från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) som den hänskjutande domstolen har hänvisat till (dom nr 5704 av den 4 december 2017) inte ger stöd för den domstolens slutsats. Den italienska regeringen har till stöd för sin tolkning hänvisat till annan rättspraxis från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) (dom nr 5299 av den 20 november 2015) samt till ett beslut och riktlinjer från den nationella myndigheten för bekämpande av korruption som motsäger den tolkning som den hänskjutande domstolen föreslagit.

40. Det ska i detta avseende erinras om att den nationella lagstiftaren enligt domstolens rättspraxis tillerkänns ett visst handlingsutrymme vad gäller formerna för införlivande av artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18.³⁵

41. Vidare förefaller ordalydelsen i artikel 38.1 f i lagstiftningsdekret nr 163/2006, i likhet med artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18, ha en mycket vid formulering. Begreppet ”allvarligt fel i yrkesutövningen som kan konstateras på något sätt” likställs därvid i princip med det jämförbara ”allvarligt fel vid utövandet av yrkesverksamheten som kan konstateras på något sätt”.³⁶ Här till kommer det faktum, som kommissionen noterat, att den nationella bestämmelsen i fråga, på grund av sin vida formulering, lätt kan tolkas på ett sätt som är förenligt med den införlivade bestämmelsen.³⁷

42. Därför anser jag, utan att vilja inkräkta på den nationella domstolens behörighet att tolka nationell rätt, att texten i införlivandebestämmelsen är förenlig med den införlivade bestämmelsen.³⁸

43. Dessutom är relevansen av den fråga som ställts av den hänskjutande domstolen inte uppenbar, eftersom det inte framgår av handlingarna i målet som getts in till domstolen att den oegentlighet som upptäckts av de behöriga myndigheterna i det här fallet är kopplad till ett åsidosättande av artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18, såsom den införlivats i artikel 38.1 f i lagstiftningsdekret nr 163/2006, vilket borde ha lett till att den upphandlande myndigheten uteslutit den anbudsgivare som senare tilldelades kontraktet ur upphandlingsförfarandet.³⁹ Såsom kommissionen har påpekat är det svårt att se att det föreligger någon oegentlighet från ANAS sida av den anledningen att bolaget inte har uteslutit anbudsgivaren i fråga från upphandlingsförfarandet på grund av ett allvarligt fel i yrkesutövningen som upptäcktes långt efter tilldelningen av kontraktet.

44. Jag erinrar dock om att det enligt fast rättspraxis finns en presumtion om att nationella domstolars frågor om tolkningen av unionsrätten, som ställs av en nationell domstol inom de rättsliga och faktiska ramar som den fastställer på eget ansvar och vars riktighet det inte

³⁵ Det följer nämligen av denna rättspraxis att artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 inte avser en enhetlig tillämpning på unionsnivå av de uteslutningsgrunder som anges där, eftersom medlemsstaterna kan välja att inte tillämpa uteslutningsgrunderna 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 (se dom av den 14 december 2016, *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, punkt 29 och där angiven rättspraxis).

³⁶ Jag noterar att i artikel 38.1 f i lagstiftningsdekret nr 163/2006 används samma term (allvarligt fel) som i den italienska versionen av artikel 45.2 1 stycket d i direktiv 2004/18, medan en annan term, som hänvisar till begreppet fel (till exempel ”faute grave” i den franska versionen och ”grave professional misconduct” i den engelska versionen), används i andra språkversioner av samma bestämmelse.

³⁷ Kravet på en enhetlig tolkning av nationell rätt, vilket ställs inom ramen för en *contra legem*-tolkning av nationell rätt (se, bland annat, för ett liknande resonemang, dom av den 28 april 2022, *Phoenix Contact*, C-44/21, EU:C:2022:309, punkt 50 och där angiven rättspraxis), innefattar även skyldigheten för de nationella domstolarna att i förekommande fall ändra etablerad rättspraxis om denna är grundad på en tolkning av nationell rätt som är oförenlig med syftena med ett direktiv (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 april 2022, *Phoenix Contact*, C-44/21, EU:C:2022:309, punkt 52 och där angiven rättspraxis).

³⁸ Detta övervägande påverkar inte principen att räckvidden av en bestämmelse i nationell rätt måste fastställas med hänsyn till den tolkning som de nationella domstolarna gör av den (se, bland annat, för ett liknande resonemang, dom av den 12 november 2009, kommissionen/Spanien, C-154/08, ej publicerad, EU:C:2009:695, punkt 125), vilket, med beaktande av den rättspraxis som anges i föregående fotnot, det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera. Domstolen har dock klargjort att hänsyn inte ska tas till enstaka domstolsavgöranden eller domstolsavgöranden som utgör en minoritet i ett sammanhang med rättspraxis som präglas av ett annat synsätt, eller en tolkning som dementerats av den högsta nationella domstolen, medan hänsyn måste tas till en signifikant tolkning i rättspraxis som inte dementerats utan som kanske till och med bekräftats av nämnda högsta domstol (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 december 2003, kommissionen/Italien, C-129/00, EU:C:2003:656, punkterna 31 och 32).

³⁹ Däremot verkar det som om en sådan oegentlighet snarare avser ett åsidosättande av principerna om likabehandling och öppenhet (se punkterna 21–24 ovan).

ankommer på domstolen att kontrollera, är relevanta.⁴⁰ I förevarande fall är det vidare inte uppenbart att den begärda tolkningen av den unionsrättsliga bestämmelsen i fråga inte har något samband med verkligheten eller föremålet för tvisten vid den nationella domstolen.

45. Sammanfattningsvis föreslår jag att den andra tolkningsfrågan ska besvaras enligt följande. Artikel 45.2 första stycket d i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att den i princip och med beaktande av skyldigheten att tolka nationell rätt i enlighet med syftena med bestämmelsen, inte utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken personer som i yrkesutövningen har begått ett allvarligt fel, som på något sätt kan bevisas av den upphandlande myndigheten, utesluts från deltagande i förfaranden för tilldelning av koncessioner och för offentliga upphandlingar av byggtreprenader, varor och tjänster.

Den tredje och den fjärde tolkningsfrågan

46. Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje och den fjärde tolkningsfrågan, vilka ska besvaras tillsammans, för att få klarhet i huruvida de bestämmelser som nämns i den första och den andra frågan ska tolkas så, att de i fall av en oegentlighet alltid ålägger medlemsstaten att tillämpa en finansiell korrigering på 100 procent och, om så inte är fallet, vilka kriterier som ska tillämpas för att fastställa korrigeringssatsen, med beaktande av dessa regler och proportionalitetsprincipen.

47. Närmare bestämt hyser den hänskjutande domstolen tvivel om huruvida tillämpningen av en finansiell korrigering på 100 procent är förenlig med de regler och den princip som nämnts, med tanke på att bidragen i fråga anslogs för arbeten som är berättigade till EU-finansiering och som har utförts. Den hänskjutande domstolen frågar sig om denna finansiella korrigering inte snarare borde fastställas med beaktande av den ekonomiska skada som orsakats unionens allmänna budget och om de ekonomiska följderna av de konstaterade bristerna⁴¹ kan fastställas schablonmässigt, med tillämpning av de kriterier som nämns i tabellen i avsnitt två i 2013 års riktlinjer.⁴²

48. Enligt artikel 98.1 och 98.2 i förordning nr 1083/2006 ankommer det på medlemsstaterna att, när en oegentlighet väl har konstaterats, vidta nödvändiga finansiella korrigeringar som består i att helt eller delvis dra in det offentliga stödet till det operativa programmet och fastställa beloppet för den korrigering som ska göras med beaktande av tre kriterier, nämligen oegentlighetens art, dess allvar och den ekonomiska förlusten för den berörda fonden. När det rör sig om en enstaka, icke-upprepad oegentlighet har det klargjorts i domstolens rättspraxis att det sistnämnda kravet nödvändigtvis innebär en prövning från fall till fall, med beaktande av samtliga omständigheter i varje enskilt fall som är relevanta med avseende på något av dessa tre kriterier.⁴³

⁴⁰ Se, bland annat, dom av den 1 augusti 2022, Vyriausioji tarnybinės etikos komisija (C-184/20, EU:C:2022:601, punkt 48 och där angiven rättspraxis).

⁴¹ För tydlighetens skull vill jag påpeka att samtidigt som den hänskjutande domstolen hänvisar till artikel 98 i förordning 1083/2006, som rör finansiella korrigeringar som *medlemsstaterna* tillämpar, hänvisar den till de ekonomiska följderna av de konstaterade bristerna i det berörda operativa programmet som nämns i artikel 99.3 i förordningen, vilken rör de finansiella korrigeringar som *kommissionen* tillämpar, medan artikel 98.2 rör den ekonomiska förlusten för fonderna.

⁴² Såsom anges i artikel 1 i beslut C(2013) 9527 fastställs i bilagan till beslutet riktlinjer för att fastställa de finansiella korrigeringar som, i fall av bristande efterlevnad av reglerna om offentlig upphandling, ska tillämpas på utgifter som finansieras av unionen inom ramen för den delade förvaltningen för programperioderna 2007–2013 och 2014–2020. I artikel 2 i beslutet anges vidare att kommissionen ska tillämpa dessa riktlinjer, vilka ersätter tidigare riktlinjer för programperioderna 2000–2006 och 2007–2013, när den företar finansiella korrigeringar till följd av oegentligheter som upptäckts efter dagen då beslutet antogs.

⁴³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 juli 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, punkt 48).

49. När det för det första gäller frågan huruvida varje oegentlighet medför en skyldighet att tillämpa en finansiell korrigering på 100 procent, anser jag att en sådan tolkning klart skulle strida mot de principer och den rättspraxis som nämnts i föregående punkt, enligt vilka medlemsstaterna, när de ålägger en finansiell korrigering till följd av en oegentlighet, är skyldiga att beakta samtliga omständigheter i fallet, inbegripet följderna av oegentligheten för anslag av bidragen och utförandet av arbete som är berättigat till finansiering.⁴⁴

50. Enligt min mening innebär denna slutsats dock inte någon skyldighet att under alla omständigheter begränsa den finansiella korrigeringen till den ekonomiska förlust som fonden i fråga har lidit. Det finns nämligen situationer där, för det fall oegentligheter konstateras, risken att drabbas av en förlust som är begränsad till den del som oegentligheten avser inte skulle ha en avskräckande verkan. I sådana situationer skulle ett fullständigt återkallande av finansieringen kunna vara proportionerligt, oberoende av om det kan visas att det föreligger en motsvarande förlust för den berörda fonden⁴⁵ och utan att den omständigheten att det subventionerade projektet slutligen har genomförts är avgörande i detta avseende.⁴⁶

51. I förevarande fall anser jag att mutbrott eller mutförsök som medlemmarna i upphandlingskommittén är inblandade i kan utgöra ett särskilt allvarligt och klandervärt brott,⁴⁷ oberoende av bevisen för dess ekonomiska inverkan på unionens budget. Ett sådant beteende skulle således i princip medföra en korrigering på 100 procent av bidraget, vilket det ankommer på den behöriga nationella myndigheten att, under den hänskjutande domstolens kontroll, bedöma och motivera, med hänsyn till omständigheterna i det aktuella fallet och med beaktande av proportionalitetsprincipen.

52. När det för det andra gäller beräkningen av beloppet för den finansiella korrigeringen erinrar jag om att i den mån 2013 års riktlinjer, som den hänskjutande domstolen hänvisat till, syftar till att fastställa de finansiella korrigeringar som kommissionen, i fall av bristande efterlevnad av reglerna om offentlig upphandling, tillämpar på utgifter som finansieras av unionen inom ramen för delad förvaltning, kan de också vara vägledande för medlemsstaterna när de själva korrigerar oegentligheter, utan att vara bindande för dem.⁴⁸ Punkt 1.3 i riktlinjerna, som rör kriterierna för de korrigeringssatser som ska tillämpas, anger i första stycket en serie korrigeringar (på 5 %, 10 %, 25 % och 100 %) som tillämpas på utgifter kopplade till ett kontrakt, med hänsyn till oegentlighetens allvar och proportionalitetsprincipen, när det inte är möjligt att exakt kvantifiera de ekonomiska konsekvenserna för den berörda marknaden. I punktens andra stycke preciseras

⁴⁴ Dessutom skulle en sådan skyldighet att automatiskt dra tillbaka hela bidraget i praktiken fungera som en sanktion, vilket strider mot den rättspraxis som nämns i fotnot 32 i förevarande förslag till avgörande, enligt vilken skyldigheten att återbetala en förmån som erhållits på ett otillbörligt sätt på grund av en oegentlighet inte är en sanktion.

⁴⁵ Som exempel kan nämnas att domstolen, i ett mål om finansiering av en investering inom ramen för Europeiska utvecklings- och garantifonden för jordbruket (EUGFJ), där endast en del (28 %) av investeringen var behäftad med en oegentlighet som berodde på felaktiga uppgifter, fann att endast möjligheten att en oegentlighet sanktioneras, inte genom att stödet minskas upp till det belopp som motsvarar oegentligheten, utan genom att det dras in helt och hållet, i sig kunde skapa den avskräckande effekt som var nödvändig för en korrekt förvaltning av EUGFJ:s resurser (se dom av den 24 januari 2002, *Conserve Italia/kommissionen*, C-500/99 P, EU:C:2002:45, punkt 101). I samma mål konstaterade generaladvokaten att det skulle inbjuda till missbruk om den subventionsmottagare som agerat rättsstridigt endast löpte risk att förlora stödet i den omfattning som stödet berörs av det rättsstridiga agerandet (förslag till avgörande av generaladvokat Alber i mål *Conserve Italia/kommissionen* (C-500/99 P, EU:C:2001:415, punkterna 94 och 97).

⁴⁶ Såsom framgår av tribunalens rättspraxis motiverar den omständigheten att mottagaren av det ekonomiska stödet inte uppfyller sina skyldigheter i allmänhet en revidering av bidraget från unionen, utan att enbart den omständigheten att projektet har genomförts räcker för att motivera betalningen av bidraget (se dom av den 13 juli 2011, *Grekland/kommissionen*, T-81/09, ej publicerad, EU:T:2011:366, punkt 68 och där angiven rättspraxis, fastställd genom beslut av den 10 oktober 2012, *Grekland/kommissionen*, C-497/11 P, ej publicerad, EU:C:2012:625).

⁴⁷ Den omständigheten att EU-medel har mottagits och använts av en otillbörligt gynnad ekonomisk aktör innebär allvarlig skada för unionens ekonomiska intressen, eftersom det äventyrar principerna om fri konkurrens och likabehandling vid tilldelning av kontrakt.

⁴⁸ I punkt 1.1 sista stycket i 2013 års riktlinjer rekommenderas medlemsstaternas behöriga myndigheter att iaktta samma kriterier och satser när de korrigerar oegentligheter som upptäcks av deras egna myndigheter, såvida de inte tillämpar striktare normer.

att bedömningen av hur allvarlig en oegentlighet är och den ekonomiska inverkan på unionens budget ska göras med beaktande av konkurrensnivån, öppenheten och likabehandlingen, eftersom oegentligheten ska anses allvarlig om överträdelsen i fråga har en avskräckande effekt på potentiella anbudsgivare eller leder till att ett kontrakt tilldelas en annan anbudsgivare än den som borde ha tilldelats kontraktet. Senare i samma punkt anges bland annat att ingen korrigering ska göras om oegentligheten endast är av formell art och saknar faktisk eller potentiell finansiell betydelse (tredje stycket), medan en finansiell korrigering på 100 procent kan tillämpas i de allvarligaste fallen, när oegentligheten gynnar en eller flera anbudsgivare eller anbudssökande eller när den är hänförlig till ett bedrägeri, vilket har fastställts av en behörig rättslig eller administrativ myndighet (sjätte stycket).

53. Dessa riktlinjer ger följaktligen den hänskjutande domstolen relevanta kriterier för att beräkna storleken på den finansiella korrigeringen, så att denna kan fastställas med beaktande av den ekonomiska förlust som uppkommit för unionens allmänna budget, i den mening som avses i artikel 98.2 i förordning nr 1083/2006.⁴⁹

54. Sammanfattningsvis föreslår jag att den tredje och den fjärde tolkningsfrågan ska besvaras på följande sätt. Artikel 98 i förordning nr 1083/2006 ska tolkas så, att om förekomsten av en oegentlighet i den mening som avses i artikel 2 led 7 i förordningen systematiskt ålägger de behöriga nationella myndigheterna att vidta en finansiell korrigering, ska storleken på den tillämpliga korrigeringen, med hänsyn till proportionalitetsprincipen, fastställas med beaktande av alla konkreta omständigheter som är relevanta, det vill säga den konstaterade oegentlighetens art och allvar samt den ekonomiska förlusten för den berörda fonden, utan att dessa myndigheter är skyldiga att under alla omständigheter begränsa den finansiella korrigeringen till den ekonomiska förlusten för fonden, varför ett särskilt allvarligt och klandervärt brott i princip kan föranleda en korrigering på 100 procent av bidraget, oavsett om det finns bevis för ekonomiska konsekvenser för unionens budget.

Förslag till avgörande

55. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Tribunale amministrativo per il Lazio (Regionala förvaltningsdomstolen i Lazio, Italien) på följande sätt.

- 1) Artikel 2 led 7 och artikel 70.1 b i rådets förordning (EG) nr 1083/2006 av den 11 juli 2006 om allmänna bestämmelser för Europeiska regionala utvecklingsfonden, Europeiska socialfonden och Sammanhållningsfonden samt om upphävande av förordning (EG) nr 1260/1999

ska tolkas så,

att ett beteende som enligt de behöriga myndigheternas bedömning kan gynna en ekonomisk aktör under ett tilldelningsförfarande omfattas av begreppet oegentlighet och ska som huvudregel medföra att den förmån som erhållits på ett otillbörligt sätt dras in, förutsatt att möjligheten att detta beteende har påverkat den berörda fondens budget inte kan uteslutas

- 2) Artikel 45.2 första stycket d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

⁴⁹ Den hänskjutande domstolen har felaktigt hänvisat till artikel 98.3 i förordningen.

ska tolkas så,

att den i princip och med beaktande av skyldigheten att tolka nationell rätt i enlighet med syftet med denna bestämmelse inte utgör hinder för en nationell lagstiftning, enligt vilken personer som i yrkesutövningen har begått ett allvarligt fel, som den upphandlande myndigheten på något sätt kan bevisa, utesluts från deltagande i förfaranden för tilldelning av koncessioner och för offentliga upphandlingar av byggentreprenader, varor och tjänster.

3) Artikel 98 i förordning nr 1083/2006

ska tolkas så,

även om förekomsten av en oegentlighet i den mening som avses i artikel 2 led 7 i förordning nr 1083/2006 systematiskt ålägger de behöriga nationella myndigheterna att vidta en finansiell korrigering, ska storleken på den tillämpliga korrigeringen, med hänsyn till proportionalitetsprincipen, fastställas med beaktande av alla konkreta omständigheter som är relevanta, det vill säga den konstaterade oegentlighetens art och allvar samt den ekonomiska förlusten för den berörda fonden, utan att dessa myndigheter är skyldiga att under alla omständigheter begränsa den finansiella korrigeringen till den ekonomiska förlusten för fonden, varför ett särskilt allvarligt och klandervärt brott i princip kan föranleda en korrigering på 100 procent av bidraget, oavsett om det finns bevis för ekonomiska konsekvenser för unionens budget.