Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 8 maj 2019 [1]

Mål C-267/18

Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA
mot
Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA

(begäran om förhandsavgörande från Curtea de Apel Bucureşti (Appellationsdomstolen i Bukarest, Rumänien))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2014/24/EU – Offentlig upphandling – Fakultativa skäl för uteslutning – Uteslutning av en ekonomisk aktör från deltagande i ett upphandlingsförfarande på grund av att ett tidigare kontrakt sagts upp sedan en underleverantör anlitats som den upphandlande myndigheten inte informerats om – Begreppet allvarliga eller ihållande brister – Undanhållande av information om uppsägning av ett tidigare kontrakt – Information om underleverantörers deltagande i fullgörandet av kontraktet – Mål och syften – Allvarlighetsgraden på undanhållandet av information”

1. Enligt direktiv 2014/24/UE [2] får en anbudsgivare uteslutas från ett upphandlingsförfarande om denne har visat ”allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt ett tidigare offentligt kontrakt … och detta har medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid” (artikel 57.4 g).

2. En rumänsk domstol frågar EU-domstolen huruvida denna bestämmelse är tillämplig när ”den förtida uppsägningen av det tidigare kontraktet” föranleddes av att den som tilldelats kontraktet anlitat en underleverantör för att utföra en del av arbetet utan att informera myndigheterna om detta. Dessutom informerade den ekonomiska aktören inte den (andra) upphandlande myndigheten i det nya upphandlingsförfarandet om att det tidigare kontraktet hade sagts upp i förtid.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt. Direktiv 2014/24

3. Skäl 101 har följande lydelse:

”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

1 Originalspråk: spanska.

2 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).

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.”

4. I artikel 57 (”Skäl för uteslutning”) 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.

…

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

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

…

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

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

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

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

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

…”

5. Artikel 71 har följande lydelse:

”…

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

…

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

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

Om det är nödvändigt med avseende på punkt 6 b i den här artikeln ska de begärda uppgifterna åtföljas av en egen försäkran från underleverantören i enlighet med artikel 59. …

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

…

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

…”

B. Nationell rätt Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (lag nr 98/2016 om offentlig upphandling (nedan kallad lag nr 98/2016))

6. Artikel 167 har följande lydelse:

”1) En upphandlande myndighet får utesluta varje ekonomisk aktör från förfarandet för tilldelning av det offentliga kontraktet/ramavtalet om aktören befinner i någon av följande situationer,

…

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

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

…

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

7. I artikel 171 föreskrivs följande:

”1) Varje ekonomisk aktör som befinner sig i någon av de situationer som avses i artiklarna 164 och 167 och som medför uteslutning från upphandlingsförfarandet får lämna bevis på att de åtgärder som den ekonomiska aktören vidtagit är tillräckliga för att bevisa dennes tillförlitlighet med hänvisning till skälen för uteslutning.

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

3) De bevis enligt punkt 1 som den ekonomiska aktör som befinner sig i någon av de situationer som anges i artiklarna 164 och 167 får lämna till den upphandlande myndigheten avser betalningen eller åtagandet att betala ersättning för eventuella skador som orsakats av brott eller andra oegentligheter, närmare redogörelser för förhållanden och omständigheter kring det brottet eller de andra oegentligheterna genom ett aktivt samarbete med de utredande myndigheterna samt vidtagande av lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder, såsom att avbryta

förbindelserna med personer eller organisationer som är inblandade i det oegentliga uppträdandet, vidta åtgärder för att organisera om personalen, införa kontroll- och rapporteringssystem, inrätta en intern kontrollorganisation för att övervaka efterlevnaden av lagar och bestämmelser eller anta interna ansvars- och ersättningsregler, för att förhindra nya brott och andra oegentligheter.

…”

II. Faktiska omständigheter i det nationella målet och tolkningsfrågan

8. Den 3 oktober 2010 tilldelade Primăria Râmnicu Vâlcea (Râmnicu Vâlcea kommun, Rumänien) Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (nedan kallat Delta) och två andra företag med vilka det bildat en tillfällig företagssammanslutning (UTE1) ett entreprenadkontrakt för att bygga om och modernisera en fritidsanläggning.

9. Den 7 juni 2017 beslutade kommunen att säga upp kontraktet, på grund av att UTE1 hade brutit mot kontraktet genom att anlita en underleverantör för att utföra viktiga delar av byggentreprenaden utan föregående tillstånd, trots att förfrågningsunderlaget innehöll villkoret att ingen underleverantör fick delta i fullgörandet av kontraktet utan tillstånd av den upphandlande myndigheten. [3]

10. Uppsägningen i förtid av kontraktet på grund av UTE1:s kontraktsbrott tillkännagavs den 25 juli 2017 på online-plattformen Sistemul Electronic de Achiziții Publice (det elektroniska systemet för offentlig upphandling) (nedan kallat det elektroniska systemet).

11. Den 27 juli 2017 inledde Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (nedan kallat CNAIR) ett offentligt upphandlingsförfarande avseende byggentreprenadkontraktet för ”Proiectare și execuție lărgire la 4 benzi DN 7 Bâldana-Titu km 30 + 950 – 52 + 350” (Projektering och utförande av utvidgningen till 4 körfält på riksväg DN 7 Bâldana-Titu km 30 + 950 – 52 + 350), till ett uppskattat värde på cirka 210 627 629 RON (46 806 139,78 euro), under en period på 84 månader.

12. Delta bildade tillsammans med två andra företag en ny företagssammanslutning (UTE2) och deltog som anbudsgivare i förfarandet. I sin anbudsansökan angav Delta att företaget inte omfattades av något skäl för uteslutning.

13. CNAIR:s utvärderingskommitté konsulterade det elektroniska systemet och fann att det fanns ett fastställelsebeslut som fattats av Primăria Râmnicu Vâlcea, enligt vilket kontraktet som hade ingåtts mellan kommunen och UTE1 hade sagts upp.

14. Efter att ha hört Delta och Primăria Râmnicu Vâlcea uteslöt CNAIR:s utvärderingskommitté den 18 december 2017 UTE2 från upphandlingsförfarandet avseende utvidgningen av riksvägen. Utvärderingskommittén gjorde gällande att uppsägningen i förtid av det tidigare kontraktet och den omständigheten att UTE2 inte hade informerat om detta i det andra upphandlingsförfarandet, utgjorde skäl för uteslutning enligt artikel 167.1 g och h i lag nr 98/2016.

15. UTE2 begärde att den upphandlande myndigheten skulle återkalla beslutet om uteslutning och åter granska dess anbud. Eftersom CNAIR inte svarade ingav UTE2 ett klagomål till Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Statens nämnd för tvistlösning) (nedan kallad CNSC).

3 I samma beslut beräknades det att skador för 2 345 299,70 RON (521 000 euro) hade uppkommit.

16. Den 2 februari 2018 ogillade CNSC klagomålet och slog fast följande:

– CNSC var behörig att pröva lagenligheten av beslutet att inte godta en ekonomisk aktörs anbud och att kontrollera huruvida anbudet uppfyller det lagstadgade rekvisitet för uteslutning, men den var inte behörig att bedöma fastställelsebeslutets laglighet.

– Eftersom presumtionen om lagenlighet gäller dokumentet om fastställelse var det styrkt att det hade skett ett allvarligt åsidosättande av förpliktelserna i ett tidigare offentligt kontrakt.

– UTE2 hade endast åberopat skäl för att fastställelsebeslutet var rättsstridigt, utan att lägga fram bevis för dess trovärdighet, i enlighet med artikel 171 i lag nr 98/2016.

17. CNSC:s beslut överklagades till den hänskjutande domstolen den 16 februari 2018. I överklagandet har UTE2 i korthet gjort gällande följande: a) Det aktuella fastställelsebeslutet kan inte styrka ett allvarligt och upprepat åsidosättande av kontraktsförpliktelser från Deltas sida. b) Även om det antas att nämnda fastställelsebeslut överensstämmer med verkligheten, uppfyller inte dess innehåll rekvisitet för uteslutning vid allvarliga och upprepade åsidosättanden av kontraktsförpliktelser. [4]

18. Mot bakgrund av detta har Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest, Rumänien) hänskjutit följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Kan artikel 57.4 g i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG tolkas så, att uppsägningen av ett offentligt kontrakt på grund av att en underleverantör har anlitats för att utföra en del av byggentreprenaden utan den upphandlande myndighetens tillstånd, utgör en allvarlig eller ihållande brist i fullgörandet av något materiellt krav enligt ett tidigare offentligt kontrakt, vilket medför att en ekonomisk aktör ska uteslutas från ett offentligt upphandlingsförfarande?”

III. Förfarandet vid EU-domstolen

19. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 17 april 2018.

20. Delta, den rumänska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Delta, den österrikiska regeringen och kommissionen medverkade vid förhandlingen den 27 februari 2019.

IV. Bedömning

A. Inledande anmärkning

21. Den hänskjutande domstolens fråga rör enbart tolkningen av artikel 57.4 g i direktiv 2014/24. Jag anser emellertid att det framgår av fast praxis vid domstolen [5] att svaret kan utsträckas till att omfatta andra bestämmelser i det direktivet som har samband med samma faktiska omständigheter, för att tillhandahålla den hänskjutande domstolen ett bedömningsunderlag som underlättar dess arbete.

4 Delta anförde även att såväl fastställelsebeslutet som de kontraktsbrott som det grundade sig på hade överklagats till domstol.

5 Dom av den 22 oktober 2015, Impresa Edilux och SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, punkt 20): ”Det framgår emellertid av fast rättspraxis att den omständigheten att den hänskjutande domstolen har formulerat en tolkningsfråga med hänvisning till vissa bestämmelser i unionsrätten inte hindrar att EU-domstolen tillhandahåller alla uppgifter om unionsrättens tolkning som kan vara användbara vid avgörandet av målet, oberoende av om det har hänvisats därtill i frågorna eller inte. Därvid ankommer det på EU-domstolen att utifrån alla de uppgifter som den nationella domstolen har tillhandahållit, särskilt skälen till begäran om förhandsavgörande, ta fram de uppgifter av unionsrättslig karaktär som med hänsyn till föremålet för talan påkallar tolkning.”

22. Det skäl för uteslutning som hänger samman med den förtida uppsägningen av kontraktet återfinns visserligen i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24. I beslutet om hänskjutande[6] anges emellertid att den upphandlande myndighetens utvärderingskommitté ”även [tillämpade] bestämmelserna i artikel 167.1 h i lag nr 98/2016 om offentlig upphandling på det aktuella anbudet”. Eftersom denna bestämmelse i den nationella lagstiftningen återspeglar det skäl för uteslutning som avses i artikel 57.4 h i direktiv 2014/24, kan domstolen lämna ett mer fullständigt svar om den även prövar vilken betydelse det sistnämnda skälet har för de faktiska omständigheterna i fråga.[7]

B. Skälet för uteslutning i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24

23. I mitt förslag till avgörande i målet Meca[8] påpekade jag att bland de handlingar från en ekonomisk aktörs sida som enligt artikel 57.4 i direktiv 2014/24 kan motivera att denne utesluts från ett upphandlingsförfarande, finns såväl ”allvarligt fel i yrkesutövningen, som gör att dennes redbarhet kan ifrågasättas” (led c), som ”om en ekonomisk aktör har visat allvarliga … brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt ett tidigare offentligt kontrakt … och detta har medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid” (led g).

24. Av skäl 101 i direktiv 2014/24 framgår att de allvarliga fel i yrkesutövningen som avses i led c främst är av *utomobligatorisk* karaktär, vilket innebär att det är rättsstridiga handlingar som i allmänhet företas utanför avtalsförhållanden. Så är fallet när det gäller underlåtenhet att fullgöra miljörelaterade eller sociala förpliktelser, överträdelser av konkurrensregler eller intrång i immateriella rättigheter eller obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter. Det handlande som beskrivs i led g är däremot ett karaktäristiskt *avtalsbrott*.

25. Vissa avtalsbrott kan visserligen samtidigt vara en form av allvarligt fel i yrkesutövningen, nämligen ett fel som begås inom ramen för ett tidigare offentligt kontrakt som är tillräckligt allvarligt för att medföra att avtalsförhållandet bryts.

26. Det skulle innebära att sambandet mellan de båda leden är ett samband mellan en *lex generalis* (led c) och en *lex specialis* (led g), vilket gör att det går att använda sig av syftet med och motiveringen till den allmänna bestämmelsen för att klargöra vilka principer som ska tillämpas vid tolkningen av regeln i led g.

27. Båda skälen för uteslutning har sin grund i ett centralt inslag i förhållandet mellan den som tilldelats kontraktet och den upphandlande myndigheten, nämligen den förstnämndes *pålitlighet* som ligger till grund för den sistnämndes förtroende för denne. Även om direktiv 2004/18/EG[9] inte uttryckligen nämnde detta inslag, har domstolen myntat det i sin praxis.[10]

28. I direktiv 2014/24 finns pålitligheten med som ett centralt inslag i förhållandet, just i samband med regleringen av allvarliga fel i yrkesutövningen. Av skäl 101 första stycket framgår att de upphandlande myndigheterna får utesluta ”ekonomiska aktörer som har visat sig vara opålitliga”. I andra stycket i samma skäl nämns uppträdande i samband med tidigare kontrakt ”som ger upphov till allvarliga tvivel om den ekonomiska aktörens pålitlighet”.

6 Punkt 15.

7 Prövningen av kontraktsbrottet skulle även kunna ske mot bakgrund av det skäl för uteslutning som avses i artikel 57.4 c i direktiv 2014/24 (det vill säga allvarligt fel i yrkesutövningen). Jag kommer emellertid inte att gå in närmare på det.

8 Förslag till avgörande av den 7 mars 2019 (C-41/18, EU:C:2019:183, punkterna 38–45).

9 Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

10 Dom av den 20 mars 2018, kommissionen/Österrike (Statstryckeri) (C-187/16, EU:C:2018:194, punkterna 88 och 91), dom av den 14 december 2016, Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, punkt 28), och dom av den 9 februari 2006, La Cascina m.fl. (C-226/04 och C-228/04, EU:C:2006:94, punkt 21).

29. Betydelsen av den ekonomiska aktörens *pålitlighet* framgår av några av punkterna (6 och 7) i artikel 57 i direktiv 2014/24, där det föreskrivs att denne får vidta åtgärder för att bevisa sin tillförlitlighet, trots att det föreligger relevanta skäl för uteslutning. Det innebär att inslaget *pålitlighet* präglar de skäl för uteslutning som rör anbudsgivarens subjektiva förhållanden.

30. Enligt syftet med artikel 57 i direktiv 2014/24 ska den upphandlande myndigheten ha frihet att bedöma detta inslag (anbudsgivarens pålitlighet) utan att den måste vara bunden av andra offentliga organs bedömningar. Det ankommer på de upphandlande myndigheterna, och enbart på dem, att bedöma räckvidden av de fel som innebär brister i fullgörandet av något materiellt krav i ett tidigare kontrakt som är så allvarliga att det motiverar att kontraktet sägs upp grund av bristande förtroende.

31. Som jag tidigare har påpekat är det skäl för uteslutning som avses i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24, och som tillämpats i förevarande mål, aktuellt när den ekonomiska aktören visat allvarliga eller ihållande brister [11] i fullgörandet av något materiellt krav enligt ett tidigare offentligt kontrakt och detta har medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid.

32. Det bör här understrykas att det fel som anbudsgivaren har begått ska vara tillräckligt grovt (”allvarligt”) för att motivera en uppsägning av kontraktet i förtid, med beaktande av proportionalitetsprincipen.

33. En jämförelse mellan några olika språkversioner av denna bestämmelse [12] visar att detta skäl för uteslutning kräver att aktören har underlåtit att uppfylla någon väsentlig skyldighet enligt ett tidigare offentligt kontrakt. Denna skyldighet kan vara såväl materiell som formell, eftersom det inte finns något som hindrar att det finns formella skyldigheter som anses vara väsentliga för fullgörandet av ett offentligt kontrakt. [13]

34. För att uteslutningen ska kunna tillämpas räcker det således inte att ett tidigare offentligt kontrakt ensidigt har sagts upp. Den upphandlande myndigheten måste även göra en bedömning av det kontraktsbrott som entreprenören påstått ha gjort sig skyldig till och undersöka om det uppfyller villkoren i artikel 57.4 g i direktiv 2014/24.

35. EU-domstolen ska inte träda i den hänskjutande domstolens ställe vid prövningen av de faktiska omständigheterna eller bedömningen av hur allvarligt det kontraktsbrott var som gjorde att Delta uteslöts. Det ankommer således i förevarande mål på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida det otillåtna anlitandet av en underleverantör [14] vid byggentreprenaden för fritidsanläggningen, innebar en allvarlig brist vid fullgörandet av kontraktet mellan UTE1 och Primăria Râmnicu Vâlcea.

36. EU-domstolen kan emellertid ge den hänskjutande domstolen viss vägledning som den kan använda sig av för att göra sin egen bedömning.

11 I denna artikel används pluralformen *brister*. Jag anser emellertid att kriteriet snarare är kvalitativt än kvantitativt och att en enda allvarlig brist i sig skulle kunna medföra uteslutning. Detta gjorde även kommissionen och den österrikiska regeringen gällande vid förhandlingen. I skäl 101 i direktiv 2014/24, där exempel ges på vad som avses med ”allvarliga brister”, används singularformen vid ”uteblivna leveranser eller uteblivet tillhandahållande” eller ”olämpligt uppträdande som ger upphov till allvarliga tvivel om den ekonomiska aktörens pålitlighet”. Åtgärden måste som sagt alltid stå i proportion till handlandets allvarlighetsgrad.

12 I den spanska versionen används uttrycket *requisito de fondo*, men de övriga versionerna avser snarast villkorets *betydelse*: som den franska (*obligation essentielle*), den engelska (*substantive requirement*), den tyska (*einer wesentlichen Anforderung*) och den italienska (*requisito sostanziale*).

13 Det avsiktliga förtigandet av en underleverantörs deltagande, vilket hemlighållits av anbudsgivaren för att kringgå villkor i kontraktet som avspeglar tvingande bestämmelser i direktiv 2014/24, förefaller visserligen vara av formell karaktär, men det kan vålla allvarlig skada och på grund av detta och det bedrägliga uppsåtet kan det betraktas som allvarligt.

14 Delta har i själva verket gjort gällande att ingen underleverantör anlitades, utan att det rörde sig om en förbindelse med ett annat företag för tillhandahållande av tjänster och leverans av material. Att döma av redogörelsen för de faktiska omständigheterna i beslutet att begära förhandsavgörande, vilken EU-domstolen måste hålla sig till, tycks den hänskjutande domstolen utgå från att en underleverantör faktiskt anlitades.

37. För det första bör den beakta innehållet i förfrågningsunderlaget och i vilken mån det innehöll en skyldighet för entreprenören att upplysa om sin avsikt att anlita en underleverantör och att det krävdes tillstånd från den upphandlande myndigheten för detta. Enligt den rumänska regeringen fanns det särskilda villkor om att ingen underleverantör fick delta i fullgörandet av kontraktet utan den upphandlande myndighetens tillstånd. [15]

38. De ska erinras om att det i artikel 71.2 i direktiv 2014/24 föreskrivs att ”[i] upphandlingsdokumenten får en upphandlande myndighet begära eller kan åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås”. Det är endast på grundval av den uppgiften som den upphandlande myndigheten kan bedöma om underleverantören i sin tur är tillförlitlig. [16]

39. Ett villkor i ett förfrågningsunderlag som kräver en sådan föregående upplysning, är således fast förankrat i unionsrätten. Införandet av ett sådant villkor överensstämmer dessutom med syftet med direktiv 2014/24 beträffande mekanismerna för att informera om avsikter att använda underleverantörer och om underleverantörernas identitet.

40. Medan direktiv 2004/18 var kortfattat i det avseendet, [17] eftersom det där bara angavs att det var lämpligt att fastställa bestämmelser om underleverantörer för att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling, [18] betonas det i direktiv 2014/24 varför det är så viktigt med ”öppenhet i underleverantörskedjan”.

41. Närmare bestämt klargörs det i inledningen till direktiv 2014/24 att ”detta kommer att ge de upphandlande myndigheterna information om vem som är närvarande på byggplatser där byggentreprenader utförs … Det bör klargöras att skyldigheten att lämna den begärda informationen under alla förhållanden åligger huvudentreprenören, antingen på grundval av *särskilda klausuler som varje upphandlande myndighet är skyldig att inkludera i samtliga upphandlingsförfaranden*, eller på grundval av skyldigheter som medlemsstaterna ålägger huvudentreprenörer genom allmänt tillämpliga bestämmelser”. [19]

42. Ur en strikt normativ synvinkel föreskrivs det i artikel 71.6 b i direktiv 2014/24 att ”[d]e upphandlande myndigheterna får … kontrollera eller får av medlemsstater åläggas att kontrollera om det finns skäl för uteslutning av underleverantörer enligt artikel 57”. En sådan kontroll förutsätter naturligtvis att den som tilldelats kontraktet har informerat de upphandlande myndigheterna om avsikten att anlita en underleverantör.

43. Med detta antagande som utgångspunkt, ska det dessutom klargöras huruvida underlåtenheten att upplysa om anlitandet av underleverantören enligt förfrågningsunderlaget ska medföra att kontraktet sägs upp i förtid. Vad den upphandlande myndigheten då gör om den säger upp kontraktet är att den ”strängt följer de kriterier som den själv har fastställt”, i den mening som avses i domen Connexxion Taxi Services. [20]

15 Punkt 17 i dess skriftliga yttrande. Vid förhandlingen diskuterades innehållet i detta villkor (nummer 23.6) och Delta medgav att det fanns med i förfrågningsunderlaget.

16 Skäl 105 i direktiv 2014/24: ”… Det bör dessutom uttryckligen anges att medlemsstaterna bör kunna gå längre än så, t.ex. genom att utvidga skyldigheterna avseende öppenhet … genom att möjliggöra eller kräva att de upphandlande myndigheterna kontrollerar att underleverantörerna inte befinner sig i någon av de situationer där det är befogat att utesluta en ekonomisk aktör.”

17 En jämförelse mellan bestämmelserna om underleverantörer i direktiv 2004/18 (artikel 25) och i direktiv 2014/24 (artikel 71) visar att skyldigheten att, om det anges i förfrågningsunderlaget, upplysa den upphandlande myndigheten om vilken del av arbetet som underleverantörer kommer att användas för och de föreslagna underleverantörernas identitet, i allt väsentligt kvarstår.

18 Skäl 32 i direktiv 2004/18.

19 Skäl 105 i direktiv 2014/24. Min kursivering.

20 Dom av den 14 december 2016, Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, punkt 38 och där angiven rättspraxis).

44. För det andra ska den hänskjutande domstolen pröva huruvida ett direkt utförande enbart av den utvalda entreprenören utgjorde en *väsentlig* skyldighet för att uppnå den upphandlande myndighetens mål. I annat fall, det vill säga om det var möjligt att anlita underleverantörer inom ramen för entreprenadkontraktet, även om det krävdes en föregående upplysning om det och tillstånd från den upphandlande myndigheten, måste det prövas huruvida avsaknaden av en sådan upplysning (och därmed av det erforderliga tillståndet) bara utgjorde ett enkelt administrativt fel utan större betydelse, som kunde rättas till i efterhand. [21]

45. För det tredje kan den hänskjutande domstolen pröva i vilken mån anlitandet av underleverantören påverkade en viktig del av byggentreprenaden för fritidsanläggningen och huruvida underleverantörens medverkan hade en negativ inverkan på utförandet av entreprenaden. [22]

46. Dessa bedömningar är relevanta för att pröva uteslutningen mot bakgrund av proportionalitetsprincipen. [23] Om den ekonomiska aktörens handlande genom vilket denne åsidosatte sina skyldigheter i det första kontraktet inte uppnådde en viss grad av betydelse (det vill säga om det bara hade en minimal betydelse), är det möjligt att uteslutningen från det andra kontraktet var otillbörlig på grund av att den var oproportionerlig.

47. Om det för det fjärde slås fast att detta skäl för uteslutning föreligger, får den berörda anbudsgivaren enligt artikel 57.6 i direktiv 2014/24 (vilket införlivats genom artikel 171 med lag nr 98/2016) fortfarande lämna bevis på att denne efter sitt tidigare handlande har visat prov på tillförlitlighet. [24]

48. Avslutningsvis utgör Deltas argument rörande den pågående domstolsprövningen av Primăria Râmnicu Vâlcea beslut att säga upp avtalet med UTE1 [25] inte i sig något hinder för att detta skäl för uteslutning tillämpas. Såsom jag påpekade i mitt förslag till avgörande i målet Meca, [26] fråntar den omständigheten att det har väckts talan i domstol mot ett beslut att säga upp ett tidigare kontrakt i förtid, inte den upphandlande myndigheten all möjlighet att bedöma det beteende som gav upphov till beslutet och därmed anbudsgivarens pålitlighet.

C. Skälet för uteslutning i artikel 57.4 h i direktiv 2014/24

49. Bland de fall som nämns i artikel 57.4 h i direktiv 2014/24 som kan motivera att en ekonomisk aktör utesluts från ett offentligt upphandlingsförfarande finns bland annat

– att denne ”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”, och

– och att denne ”har undanhållit sådan information”. [27]

21 Detta är en av de möjligheter som kommissionen pekar på i sitt skriftliga yttrande (tillsammans med andra, såsom möjligheten att UTE1 försökte vilseleda den upphandlande myndigheten beträffande underleverantörens identitet).

22 Även om det i beslutet att begära förhandsavgörande inte anges om det fanns brister i utförandet, anser den rumänska regeringen att fastställandet av UTE1:s ansvar tyder på att det gjorde det.

23 Direktiv 2014/24 hänvisar till åtgärdens proportionalitet, även i samband med obligatoriska skäl för uteslutning, såsom underlåtenhet att betala skatter eller socialförsäkringsavgifter (artikel 57.3 andra stycket).

24 I punkt 21 i beslutet att begära förhandsavgörande klargörs det att UTE2 ”endast åberopade skäl för att fastställelsebeslutet var rättsstridigt, utan att lägga fram bevis för dess trovärdighet …”. Vid förhandlingen gjorde Delta inte gällande att företaget skulle ha vidtagit några avhjälpande åtgärder, för att självt rätta till sitt handlande och återupprätta förtroendet (det angav bara att det tidigare försökt avhjälpa underlåtenheten att upplysa om anlitandet av underleverantören).

25 Den hänskjutande domstolen nämner denna litispendens i punkt 12 i beslutet att begära förhandsavgörande.

26 C-41/18, EU:C:2019:183.

27 Även om vissa av de språkversioner som jag har granskat negerar verben och andra inte (på italienska, *non ha trasmesso*; på engelska, *has withheld*; på franska, *a caché*; på tyska, *zurückgehalten*; på portugisiska, *tiver retido*; på rumänska, *nu a divulgat*), anser jag att de i grund och botten beskriver samma handlande.

50. Domstolen tog upp det första av de här fallen då den i domen Esaprojekt [28] tolkade bestämmelsen i direktiv 2004/18 (det vill säga artikel 45.2 g), vilken på liknande sätt gjorde det möjligt att utesluta en ekonomisk aktör från en offentlig upphandling på grund av att denne lämnat oriktiga uppgifter till den upphandlande myndigheten.

51. I den domen slog domstolen fast att anbudsgivaren inte behövde ha lämnat de oriktiga uppgifterna uppsåtligen, utan att det var tillräckligt att denne ”varit i viss grad oaktsam, det vill säga en oaktsamhet som i avgörande grad kan påverka beslut om uteslutning, urval och tilldelning av ett offentligt kontrakt”. Eftersom så var fallet där kunde anbudsgivaren anses ha lämnat oriktiga uppgifter ”i allvarlig omfattning”, vilket rättfärdigade ”den upphandlande myndighetens beslut att utesluta aktören i fråga från det aktuella upphandlingsförfarandet”. [29]

52. Det andra fallet behandlades i domen Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani och Guerrato, [30] med hänvisning till den motsvarande bestämmelsen i direktiv 2004/18. [31] I det målet hade anbudsgivaren i sitt anbud underlåtit att lämna information om att en styrelseledamot hade dömts för flera brott. Domstolen fann att den omständigheten var tillräcklig för att utesluta anbudsgivaren från upphandlingsförfarandet. [32]

53. Även om ordalydelsen av artikel 57.4 h i direktiv 2014/24 kan ge sken av att den ”allvarliga omfattningen” bara krävs när det har lämnats oriktiga uppgifter och inte när uppgifter har undanhållits, anser jag inte att så är fallet. Det gäller såväl vid ett aktivt handlande (att förvanska) som vid en underlåtenhet (att undanhålla). Det viktigaste är att uppgifterna, som varit oriktiga eller undanhållits, har betydelse för det beslut som den upphandlande myndigheten fattar. Jag anser att även detta är en konsekvens av proportionalitetsprincipen.

54. I förevarande mål har den hänskjutande domstolen till skillnad från den upphandlande myndigheten, inte tagit upp det skäl för uteslutning som här är föremål för min bedömning. [33] Eftersom Delta underlät att upplysa CNAIR om att dess tidigare offentliga kontrakt hade sagts upp, till följd av underlåtenhet att uppfylla villkoret om underleverantörer, valde CNAIR att (tillsammans med det skäl för uteslutning som jag granskat i det föregående avsnittet) tillämpa artikel 167.1 i lag nr 98/2016, det vill säga den nationella bestämmelse som återspeglar artikel 57.4 h i direktiv 2014/24.

55. Om den hänskjutande domstolen finner det lämpligt att pröva det andra skälet för uteslutning som CNAIR har tillämpat, måste den i detta sammanhang se till de särskilda omständigheterna kring undanhållandet av uppgifterna samt till allvarlighetsgraden av detta handlande.

56. För att bedöma hur allvarliga de uppgifter som undanhölls den upphandlande myndigheten var, räcker det inte att slå fast att anbudsgivaren förteg att det eventuellt förelåg ett skäl för uteslutning. Det är dessutom nödvändigt att bedöma vilken betydelse de undanhållna uppgifterna hade.

28 Dom av den 4 maj 2017 (C-387/14, EU:C:2017:338).

29 Ibidem, punkterna 71 och 77.

30 Dom av den 20 december 2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000).

31 Enligt artikel 45.2 g i direktiv 2004/18 får ”[e]n ekonomisk aktör … uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt om han … underlåtit att lämna [den information som kan begäras enligt detta avsnitt]”.

32 Dom av den 20 december 2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000, punkt 48): ”Även att den upphandlande myndigheten inte informeras om en tidigare styrelseledamots straffbara handlingar kan leda till att en anbudsgivare utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling.”

33 Vid förhandlingen påpekade kommissionen att artikel 57.4 h skulle kunna användas som grund för uteslutningen.

57. I ett fall som det här aktuella, i vilket det hade skett en uppsägning av ett tidigare kontrakt genom ett formellt beslut,[34] innebar lojalitetsprincipen att Delta var skyldigt att upplysa den upphandlande myndigheten om denna omständighet redan från början, även om Delta får lov att lämna den information som företaget anser krävs för att visa att det inte förelåg någon underlåtenhet att fullgöra skyldigheter eller att underlåtenheten var av ringa betydelse.[35]

58. Under alla förhållanden ankommer det på den nationella domstolen att bedöma de faktiska omständigheterna i målet för att mot bakgrund av proportionalitetsprincipen avgöra huruvida uteslutningen av anbudsgivaren av ett eller annat skäl var tillräckligt motiverad.

V. Förslag till avgörande

59. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågan från Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest, Rumänien) på följande vis:

1) Artikel 57.4 g i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ska tolkas på följande sätt:

   – En upphandlande myndighet får i princip från ett offentligt upphandlingsförfarande rörande byggentreprenad utesluta en ekonomisk aktör som fått ett tidigare offentligt kontrakt uppsagt i förtid på grund av den ekonomiska aktörens underlåtenhet att uppfylla skyldigheten att upplysa om att denne anlitat en underleverantör för att utföra en del av arbetet och att inhämta vederbörligt tillstånd för detta.

   – Det ankommer på den hänskjutande domstolen att mot bakgrund av de enskilda omständigheterna i målet och med tillämpning av proportionalitetsprincipen avgöra huruvida uppsägningen i förtid av (det första) kontraktet berodde på en allvarlig brist vid fullgörandet av ett väsentligt villkor i detta kontrakt, som var tillräcklig för att utesluta den ekonomiska aktören från (det andra) kontraktet.

2) Artikel 57.4 h i direktiv 2014/24 utgör inte hinder för den upphandlande myndigheten att i en (andra) offentlig upphandling utesluta den anbudsgivare som för den upphandlande myndigheten undanhållit uppsägningen i förtid av ett tidigare kontrakt, på grund av allvarliga brister vid fullgörandet av ett väsentligt villkor i detta (första) kontrakt. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att mot bakgrund av proportionalitetsprincipen pröva hur allvarligt undanhållandet av dessa uppgifter har varit.

34 Den österrikiska regeringen underströk vid förhandlingen att en uppsägning i förtid av ett offentligt kontrakt är en faktor vars betydelse inte får underskattas och att den måste belysas vid senare upphandlingsförfaranden.

35 Vid förhandlingen medgav Delta att den inte lämnade denna uppgift i det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet, med motiveringen att blanketten inte innehåller något utrymme för anmärkningar. Det fanns dock inget som hindrade Delta från att ge in en särskild inlaga med upplysningar om omständigheterna kring uppsägningen av kontraktet, om företaget hade velat det.