

Mål C-387/19

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

17 maj 2019

Domstol som begär förhandsavgörande:

Raad van State (Belgien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

7 maj 2019

Klagande:

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel

Motpart:

Vlaams Gewest

Saken i det nationella målet

Överklagande av beslutet av den 29 november 2016 från Afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen (väg- och trafikavdelningen för Östflandern) vid Agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest (väg- och trafikkontoret i regionen Flandern) om tilldelning av ett offentligt kontrakt för utförande av vägarbeten till en konkurrent till klagandebolagen.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Rättslig grund: 267 FEUF

Begäran om förhandsavgörande rör frågan huruvida en anbudsgivare som av den upphandlande myndigheten har uteslutits från en upphandling på grund av ett ”allvarligt fel” i yrkesutövningen själv förväntas uppge eventuella allvarliga fel i sin yrkesutövning och vilka åtgärder för själv rättelse som denne har vidtagit, eller om den upphandlande myndigheten, efter att ha fastställt att det föreligger ett

allvarligt fel som kan leda till uteslutning och innan ett beslut om uteslutning fattas, är tvungen att föreskriva ett kontradiktoriskt förfarande för detta ändamål.

Frågor som hänskjutits för förhandsavgörande

1. Ska artikel 57.4 c och g, jämförd med artikel 57.6 och 57.7 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 den strider mot en tillämpning som innebär att en ekonomisk aktör förpliktas att på eget initiativ lämna bevis på vilka åtgärder som denne har vidtagit för att visa sin tillförlitlighet?
2. Om så är fallet, har artikel 57.4 c och g, jämförd med artikel 57.6 och 57.7 i [direktiv 2014/24], såsom denna tolkats ovan, direkt effekt?

Unionsbestämmelser

- Artiklarna 57.4 c och g, 57.6, 57.7, 69.1 och 90 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014 s. 65)
- Allmänna rättsprincipen om att ingen ska dömas ohörd (*audi alteram partem*)
- Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2016/7 av den 5 januari 2016 om fastställande av standardformuläret för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet (EUT L 3, 2016, s. 16).

Nationella bestämmelser

- Artiklarna 23 och 24 i Wet van overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (lag om offentlig upphandling och vissa byggentreprenad-, varu- och tjänstekontrakt) av den 15 juni 2006
- Artiklarna 2 och 3 i Wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (lag om uttrycklig motivering i förvaltningshandlingar) av den 29 juli 1991
- Artikel 70 i Wet inzake overheidsopdrachten (lag om offentlig upphandling) av den 17 juni 2016
- Artikel 61.1 och 61.2 i Koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (kunglig förordning om tilldelning av offentliga kontrakt inom klassiska sektorer) av den 15 juli 2011
- Artikel 20 i Algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor

openbare werken (allmänna tilldelningsvillkor vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster samt koncessionsavtal rörande bygg- och anläggningsarbeten), som fogats som bilaga till den kungliga förordningen av den 26 september 1996

- Allmänna förvaltningsrättsliga principer som principerna om jämlikhet, konkurrens, tillbörlig aktsamhet, öppenhet och materiell motivering

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i målet vid den nationella domstolen

- 1 Väg- och trafikkontoret i regionen Flandern tilldelar offentliga kontrakt för utförande av vägarbeten. Kontrakten tilldelas efter offentlig upphandling. I meddelandet om upphandling anges uttryckligen att den upphandlande myndigheten får utesluta en anbudsgivare som har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen.
- 2 I tilldelningsbeslutet uteslöts klagandebolagen, som tillsammans hade bildat ett tillfälligt bolag, från upphandlingen på grund av allvarliga fel i yrkesutövningen. I motiveringen i den utvärderingsrapport som bifogades tilldelningsbeslutet förklarades vilka omständigheter som ansågs utgöra allvarliga fel i respektive bolags yrkesutövning. Det rörde sig om bland annat om brott mot arbetsmiljölagstiftningen, bristande trafiksignalering och (tekniska) brister vid utförandet av tidigare arbeten
- 3 Klagandebolagen har överklagat tilldelningsbeslutet till den hänskjutande domstolen och yrkat att beslutet ska upphävas.
- 4 Den hänskjutande domstolen konstaterar att det krävs en tolkning av unionsrätten, närmare bestämt artikel 57 i direktiv 2014/24, för att kunna avgöra målet.

Parternas huvudargument i det nationella målet

- 5 Klagandebolagen har gjort gällande att artiklarna 23 och 24 i ovannämnda lag av den 15 juni 2006, artikel 57.4, 57.6 och 57.7 i direktiv 2014/24, principen i det direktivet om att ingen ska dömas ohörd (*audi et alteram partem*), artiklarna 2 och 3 i lagen av den 29 juli 1991 (lagen om formell motivering) och flera allmänna förvaltningsrättsliga principer har åsidosatts.
- 6 Klagandebolagen anser att de, innan det görs en bedömning av huruvida de har gjort sig skyldiga till allvarliga fel i sin yrkesutövning, måste ges möjlighet att försvara sig och visa att de har vidtagit åtgärder för att åtgärda problemen. I ovannämnda direktivbestämmelser föreskrivs ett kontradiktoriskt förfarande i vilket anbudsgivaren ges möjlighet att visa att de tidigare felen har åtgärdats eller inte längre är aktuella. Vidare anges det att sådana faktiska omständigheter som de som är i fråga i förevarande mål får användas i högst tre år för att utestänga en

anbudsgivare, även om anbudsgivaren inte har lämnat bevis på att denne under tiden har avhjälpt problemet.

- 7 Klagandebolagen har åberopat att ovannämnda direktivbestämmelser har direkt effekt.

På grund av EU-domstolens vida tolkning av begreppet stat kan klagandebolagen åberopa detta direktiv, som inte i tid har införlivats med den belgiska rättsordningen, mot motparten i dess egenskap av regional förvaltningsmyndighet.

Klagandebolagen anser att dessa bestämmelser är ovillkorliga, tydliga och precisa. Den omständigheten att det anges att en medlemsstat ”måste vidta nödvändiga åtgärder” och att det i ingressen anges att det ankommer på medlemsstaterna att utarbeta närmare formella och materiella villkor – villkor som enligt klagandebolagen enbart avser förfarandet – innebär inte i sig att införandet av en ekonomisk aktörs rätt att lämna bevis på att denne har vidtagit självrättelseåtgärder är villkorat.

Klagandebolagen har bland annat hänvisat till direktivet systematik, och att direktivet enligt dem ska tolkas så, att varje ekonomisk aktör ska ges möjlighet att bevisa att denne har vidtagit åtgärder om den upphandlande myndigheten anser att dennes redbarhet kan ifrågasättas. Anbudsgivaren kan ju endast veta vad myndigheterna betraktar som ett allvarligt fel om detta meddelas vederbörande. Därför innebär ”det kontradiktoriska förfarandets *ratio legis* [...] att alla som får göra invändningar vet vad de kan göra invändningar mot”. En anbudssökande eller anbudsgivare ska därför inte ”på eget initiativ” behöva bevisa att han eller hon har vidtagit korrigerande åtgärder. Denna skyldighet, som kommer att införas i kommande lagstiftning, är enligt klagandebolagen inte tillämplig på det aktuella kontraktet och strider dessutom mot innehållet i och syftet med artikel 57 i direktivet som, precis som vid onormalt låga anbud, föreskriver att ett kontradiktoriskt kontrollförfarande ska tillämpas.

Dessutom åsidosätts den princip om att ingen ska dömas ohörd (*audi et alteram partem*) som uttryckligen anges i direktivet. Motparten Vlaams Geweest (regionen Flandern) har vidare varit oaktsam och handlat i strid med öppenhetsprincipen, principen om sund konkurrens och jämlikhetsprincipen eftersom klagandebolagen har behandlats annorlunda än sina ”europeiska kolleger”.

- 8 Regionen Flandern har i första hand bestritt att artikel 57 i direktiv 2014/24 har direkt effekt. Den har även bestritt att artikel 57.6 i samma direktiv är ovillkorlig, tydlig och precis. Enligt regionen Flandern är detta krav inte uppfyllt, åtminstone inte vad gäller de korrigerande åtgärderna, eftersom det i artikel 57.7 anges att medlemsstaterna ”i enlighet med lagar och andra författningar samt med hänsyn till unionsrätten [ska] fastställa villkoren för tillämpning av denna artikel”. Regionen Flandern har i detta sammanhang även hänvisat till skäl 102 i direktivet. Den kortfattade beskrivning av systemet med korrigerande åtgärder som ges i direktivet innebär också att medlemsstaterna har ett stort utrymme för

skönsmässig bedömning vid genomförandet av direktivet på detta område. I direktivet fastställs exempelvis inte när anbudssökanden eller anbudsgivaren ska meddela att korrigerande åtgärder har vidtagits, eller på vilket sätt detta ska ske. Att medlemsstaterna förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att själva utarbeta bestämmelser om korrigerande åtgärder framgår även av den omständigheten att direktivet ger medlemsstaterna frihet att själva avgöra vilken instans – den upphandlande myndigheten eller ett annat organ – som ska vara behörig att utvärdera den korrigerande åtgärden. Även den omständigheten att den belgiska lagstiftaren i lagstiftning som vid tidpunkten för tilldelningen av kontraktet ännu inte hade antagits (artikel 70 i lagen av den 17 juni 2016, som införlivar artikel 57 i direktiv 2014/24) har lagt till eller klargjort grundläggande aspekter av bestämmelserna om korrigerande åtgärder tyder på detta.

- 9 För det andra har regionen Flandern gjort gällande att det omtvistade beslutet inte bryter mot direktivets bestämmelser om självrättelse. Eftersom direktivet endast i mycket allmänna ordalag beskriver hur systemet med korrigerande åtgärder ska se ut kan den upphandlande myndigheten med stöd av artikel 57.6 i direktivet avgöra hur den ska tillämpa bestämmelserna om självrättelse. Enligt regionen Flandern är det därför också logiskt att i en sådan situation söka stöd i lagen av den 17 juni 2016, i vilken det fastställs en skyldighet att på eget initiativ lägga fram bevis på vilka konkreta åtgärder som har vidtagits, även när dessa ännu inte har trätt i kraft. Enligt regionen Flandern är det inget som hindrar att en anbudssökande i samband med att denne lämnar sitt anbud själva meddelar vilka korrigerande åtgärder som vidtagits.

Att uppfylla bestämmelserna om korrigerande åtgärder på detta sätt strider enligt regionen Flandern inte mot artikel 57 i direktivet. Anbudsgivaren är ju den som är bäst lämpad att bedöma huruvida han eller hon omfattas av ett av de fakultativa skälen till uteslutning och därför måste vidta korrigerande åtgärder. I förevarande fall var det uppenbart att bristerna i samband med tidigare kontrakt var av allvarlig art, särskilt eftersom även dessa kontrakt hade tilldelats av regionen Flandern.

Vad gäller jämförelsen med det kontradiktoriska kontrollförfarandet vid onormalt låga anbud är regionen Flandern av uppfattningen att det av artikel 57.6 i direktivet, i sig och jämförd med artikel 69.1, framgår att det finns en grundläggande skillnad mellan dessa bestämmelser.

Regionen Flandern hänvisar även till genomförandeförordning (EU) 2016/7, i vars bifogade standardformulär möjlighet ges att i samband med varje fakultativt skäl till uteslutning, inbegripet det allvarliga fel i yrkesutövningen som är i fråga i förevarande fall, ange huruvida åtgärder för självrättelse har vidtagits och, i förekommande fall, beskriva dessa. Av detta följer enligt regionen Flandern att även Europeiska kommissionen anser att det av direktiv 2014/24 följer att det ankommer på anbudssökanden eller anbudsgivaren att själv ta initiativ till korrigerande åtgärder och underrätta den upphandlande myndigheten om dessa.

Regionen Flandern har dessutom bestritt presumtionen att förfarandet för självrättelse kan se olika ut beroende på vilket skäl för uteslutning som är tillämpligt. Eftersom syftet med direktivet är en avsevärd administrativ förenkling av förfarandet för offentlig upphandling kan unionslagstiftarens avsikt inte ha varit att föreskriva olika förfaranden för självrättelse.

I tredje hand har regionen Flandern gjort gällande att principen om god förvaltningssed inte har åsidosatts. Regionen Flandern har slutligen hänvisat till Raad van States rättspraxis angående skyldigheten att höra berörda parter och gjort gällande att en upphandlande myndighet som vill fatta beslut om uteslutning i princip inte är skyldig att höra parterna eftersom den inte fråntar dem en fördel som tidigare beviljats eller ålägger dem en sanktion, utan enbart avstår från att bevilja dem den begärda fördelen.

Kortfattad redogörelse för skälen till begäran om förhandsavgörande

- 10 Den hänskjutande domstolen konstaterar inledningsvis att meddelandet om upphandling offentliggjordes den 11 och 13 maj 2016, det vill säga efter det att tidsfristen för att införliva direktivet hade löpt ut, vilket den gjorde den 18 april 2016. Från och med detta datum måste även det standardformulär som avses i genomförandeförordning 2016/7 användas för att utarbeta det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet. I detta formulär ges under ”Uteslutningsgrunder” en möjlighet att meddela huruvida den ekonomiska aktören har vidtagit åtgärder för självrättelse och att i förekommande fall beskriva dessa.

I artikel 61.2.4 i den kungliga förordningen från 2011, som är tillämplig i det nationella målet, och med stöd av vilken klagandebolagen har uteslutits, fastställs att den anbudssökande eller anbudsgivare som i sin yrkesutövning har begått ett allvarligt fel inte får delta i något skede av tilldelningsförfarandet.

Den hänskjutande domstolen påpekar vidare att lagen av den 17 juni 2016 – i vilken det föreskrivs ett förfarande där den anbudssökande eller anbudsgivare som kan uteslutas på grund av allvarliga brister på eget initiativ får bevisa att vederbörande har vidtagit korrigerande åtgärder – vid tidpunkten för det omtvistade beslutet ännu inte hade trätt i kraft.

För att kunna avgöra målet är det enligt den hänskjutande domstolen nödvändigt att besvara frågan huruvida artikel 57.4 c och g, jämförd med artikel 57.6 och 57.7, i direktiv 2014/24 strider mot en tillämpning som innebär att en ekonomisk aktör som, såsom i förevarande fall, enligt den upphandlande myndigheten har begått ett allvarligt fel i sin yrkesutövning och inte på eget initiativ har meddelat eventuella korrigerande åtgärder utesluts från upphandlingen, utan att denne – inom ramen för en planerad uteslutning från den upphandlande myndighetens sida – uttryckligen getts möjlighet att lämna bevis på eventuella åtgärder som trots detta visar dennes tillförlitlighet eller uppmanats att göra detta i meddelandet om upphandling eller kravspecifikationerna.

Om ovannämnda fråga ska besvaras så, att direktivet tillåter en sådan tillämpning, behöver frågan om huruvida de relevanta bestämmelserna i direktivet har direkt effekt inte undersökas närmare.

Enligt den hänskjutande domstolen går det emellertid inte att hitta något tydligt svar på den frågan, varken i de berörda bestämmelsernas lydelse eller i EU-domstolens praxis.

EU-domstolens tidigare praxis angående bestämmelserna om självrättelse, särskilt domen av den 24 oktober 2018, Vossloh Laeis GmbH, C-124/17, EU:C:2018:855 (punkterna 20–23 och domslutet), rör nämligen inte den här aktuella frågan, nämligen huruvida artikel 57.6 i direktivet kan tolkas så, att en ekonomisk aktör på eget initiativ måste vidta åtgärder för självrättelse, eller om vederbörande, innan ett beslut om uteslutning kan fattas, även måste ha uppmanats att vidta sådana åtgärder.

Den berörda direktivbestämmelsens lydelse ger inget entydigt besked eftersom det i denna bestämmelse endast anges att ”[e]n 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”. Även i skäl 102 i direktivet konstateras det endast i allmänna ordalag att ”[e]konomiska aktörer bör ha möjlighet att begära att de efterlevnadsåtgärder som vidtagits för att eventuellt ge en berörd aktör tillträde till upphandlingsförfarandet granskas.”

I standardformuläret i genomförandeförordning 2016/7 ges den ekonomiska aktören under ”Uteslutningsgrunder” möjlighet att meddela huruvida denne har vidtagit åtgärder för självrättelse och i förekommande fall beskriva dessa.

De möjliga skälen till uteslutning hänför sig dock till olika situationer. I vissa fall kommer det att vara tydligt för den berörda ekonomiska aktören huruvida det rör sig om ett tillåtet skäl för uteslutning. Andra skäl för uteslutning är mindre uppenbara. Det finns obligatoriska och fakultativa skäl för uteslutning. I den mån det eventuellt rör sig om ett ”allvarligt fel”, såsom i förevarande fall, ankommer det enligt skäl 101 i direktivet på den upphandlande myndigheten att bedöma huruvida det har förekommit allvarliga fel i yrkesutövningen. För den berörda anbudsgivaren är det inte alltid lätt att förutse att den upphandlande myndigheten kommer att komma fram till en sådan slutsats. Måste anbudsgivaren i så fall agera på eget initiativ eller måste den upphandlande myndigheten i ett kontradiktoriskt förfarande föreskriva detta, efter att myndigheten har fastställt att det enligt dess uppfattning rör sig om ett allvarligt fel som kan leda till utslutning?

Vidare kan åtgärder för självrättelse omfattas av bedömningen av huruvida uteslutningsåtgärden är proportionerlig. Enligt den hänskjutande domstolen främjas även konkurrensen av en tolkning enligt vilken ett kontradiktoriskt förfarande måste föreskrivas innan beslutet om uteslutning fattas.

Mot detta talar den omständigheten att det genom att lägga initiativet hos anbudsgivaren är mer sannolikt att flera upphandlande myndigheter förfogar över samma information när de ska fatta ett tilldelningsbeslut, vilket ökar öppenheten.

Vad gäller analogin med onormalt låga anbud konstaterar den hänskjutande domstolen att det i artikel 69 i direktivet föreskrivs att den upphandlande myndigheten i samband med onormalt låga anbud ska utföra ett antal aktiva handlingar, och att detta inte uttryckligen är fallet i samband med bestämmelserna om själv rättelse i artikel 57.6 i direktivet. Den hänskjutande domstolen hänvisar även till att det målet som eftersträvas med bestämmelserna om onormalt låga anbud skiljer sig från det mål som eftersträvas med själv rättelser.

- 11 Vad gäller de berörda bestämmelsernas direkta effekt påpekar den hänskjutande domstolen att EU-domstolen ännu inte har yttrat sig om detta. Enligt den hänskjutande domstolen kan det emellertid slås fast att artikel 57.6 i direktiv 2014/24 behöver kompletteras för att kunna tillämpas, särskilt vad gäller fastställandet av att en ekonomisk aktör får lämna bevis på att de åtgärder som den ekonomiska aktören har vidtagit är tillräckliga för att bevisa dennes tillförlitlighet, trots att det föreligger relevanta skäl för uteslutning. Detsamma gäller för artikel 57.7 i direktivet. I direktivet anges exempelvis inte när anbudssökanden eller anbudsgivaren ska meddela att korrigerande åtgärder har vidtagits och på vilket sätt detta ska ske samt vem som ska utvärdera åtgärderna.
- 12 Å andra sidan följer det av EU-domstolens praxis att lydelsen av en bestämmelse som ålägger medlemsstaten ”att vidta nödvändiga åtgärder” i sig inte hindrar att en särskild rättighet ges på en ovillkorlig och tillräckligt exakt grund i direktivet. Även om de samlade bestämmelserna om själv rättelse inte förefaller ha direkt effekt kan det enligt den hänskjutande domstolen därför inte helt uteslutas att vissa delar av bestämmelserna, som fungerar som minimigarantier, eventuellt kan ha sådan effekt.

Om EU-domstolen anser att den möjlighet som en anbudsgivare genom artikel 57.6 i direktiv 2014/24 ges att bevisa sin tillförlitlighet, trots en uteslutning på grund av ett allvarligt fel i yrkesutövningen, innebär att den upphandlande myndigheten alltid ska ge anbudsgivaren denna möjlighet innan den utesluter vederbörande, uppkommer således frågan om detta kan anses utgöra ett slags minimiskydd som med stöd av direktivet kan ges en exakt definition.

- 13 Eftersom det således råder tvivel om hur de berörda bestämmelserna ska tolkas har den hänskjutande domstolen beslutat att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen avseende de ovan formulerade frågorna.