

Mål C-472/19**Begäran om förhandsavgörande****Datum för ingivande:**

20 juni 2019

Domstol som begär förhandsavgörande:

Conseil d'État (Frankrike)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

14 juni 2019

Klagande:

Vert Marine SAS

Motpart:

Premier ministre

Ministre de l'Économie et des Finances

Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen)

som dömer

i mål

[utelämnas]

med beaktande av följande förfarande:

Bolaget Vert Marine har i ansökan och en replik, vilka getts in till kansliet för den dömande verksamheten vid Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen), yrkat att Conseil d'État ska

1) ogiltigförklara det underförstådda beslut som Premier ministre (premiärministern) ska anses ha meddelat genom att inte besvara bolagets begäran om att artiklarna 19 och 23 i décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (dekret nr 2016-86 av den 1 februari 2016 om koncessioner) ska upphävas, eftersom beslutet tillkommit genom maktmissbruk,

2) ålägga premiärministern att upphäva dessa bestämmelser och ersätta dem med bestämmelser som kan säkerställa att dekretet är förenligt med unionsrätten inom tre månader från delgivningen av det beslut som ska meddelas,

[utlämnas]

Bolaget har hävdad att det genom de föreskrifter som det begär ska upphävas

- [utlämnas] [övervägande avseende nationell konstitutionell rätt]
- införs en ordning med tvingande förbud mot att lämna anbud vilken strider mot artikel 38 i direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner. **[Orig. s. 2]**

Premiärministern har i svaromål, som gavs in den 26 juli 2018, förklarat sig instämma i det yttrande som avgetts av ministre de l'économie et des finances (ekonomi- och finansministern).

Ekonomi- och finansministern har i svaromål, som gavs in den 27 juli 2018, yrkat att ansökan ska ogillas. Nämnda minister har hävdad att ansökan ska avvisas, eftersom bolaget Vert Marine saknar berättigat intresse av att få saken prövad och eftersom överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser de grunder som sökanden har åberopat.

[utlämnas]

Med beaktande av

- fördraget om Europeiska unionens funktionssätt,
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014,
- code de la commande publique (lagen om offentlig upphandling),
- code pénal (strafflagen),
- code de procédure pénale (straffprocesslagen),
- ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 (förordning nr 2016-65 av den 29 januari 2016),
- décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 (dekret nr 2018-1075 av den 3 december 2018),

[utlämnas]

och med beaktande av följande:

1. En behörig myndighet som erhåller en begäran om att upphäva en rättsstridig förordning är skyldig att göra detta, oavsett om förordningen i fråga varit rättsstridig från tidpunkten för dess undertecknande eller om rättsstridigheten följer av rättsliga eller faktiska omständigheter som inträffat efter denna tidpunkt. Om den myndighet som har antagit den omtvistade förordningen uttryckligen eller underförstått upphäver förordningen efter det att det ingetts en ansökan mot ett beslut att inte upphäva föreskrifter, förfaller ändamålet med en tvist som uppkommit till följd av detta beslut. Detta gäller emellertid inte om samma myndighet i en ny förordning återger de bestämmelser som den har upphävt, utan att ändra bestämmelserna annat än rent formellt.
2. Det föreskrivs i punkt II i artikel 19 i dekret av den 1 februari 2016 om koncessioner att den som ansöker om tilldelning av en koncession ska ge in alla de handlingar som visar att vederbörande inte omfattas av en uteslutning från förfarandet för tilldelning av koncessioner enligt artiklarna 39, 40 och 42 i förordningen av den 29 januari 2016 avseende samma koncessioner. I andra stycket i punkt II i artikel 23 i samma dekret anges därtill att ansökningar som avvisats ska tas bort. Det preciseras däri att såsom **[Orig. s. 3]** ”ansökan som ska avvisas [avses bland annat] en sådan som getts in av en sökande som inte får delta i upphandlingsförfarandet enligt artiklarna 39, 40, 42 och 44 i förordningen av den 29 januari 2016”.
3. Även om det framgår av handlingarna i målet att artiklarna 19 och 23 i dekretet av den 1 februari 2016 om koncessioner har upphävts genom décret du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique (dekretet av den 3 december 2018 om bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling), återges innehållet i nämnda artiklar, med endast rent formella ändringar, i artiklarna R. 3123-16–R. 3123-21 i lagen om offentlig upphandling. Ändamålet med yrkandet om att dessa bestämmelser ska upphävas har följaktligen inte förfallit, utan ska anses avse sistnämnda artiklar.

Huruvida ansökan kan tas upp till prövning

4. Det framgår av handlingarna i målet att bolaget Vert Marine är specialiserat inom delegerad förvaltning av sport- och fritidsartiklar och att huvuddelen av dess verksamhet följer av koncessioner som ingåtts med offentliga organ. Bolaget har därmed styrkt att det har ett intresse som ger det rätt att väcka talan på grund av maktmissbruk mot beslutet att inte upphäva de omtvistade föreskrifterna, eftersom de inte innehåller några bestämmelser om efterlevnadsåtgärder som innebär att en ekonomisk aktör som ansöker om att tilldelas en koncession kan undgå de förbud mot att lämna anbud som föreskrivs för det fall ansvar ådömts för vissa brott.
5. [utelämnas] [nationella processuella frågor]

Huruvida de omtvistade föreskrifterna är lagenliga i sak

6. Bolaget Vert Marine har hävdat att artiklarna 19 och 23 i dekretet av den 1 februari 2016, vars bestämmelser återges i lagen om offentlig upphandling, är

rättsstridiga eftersom de utgör en tillämpning av artikel 39 i förordningen av den 29 januari 2016 som strider mot målen med artikel 38 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

7. En sådan grund kan, till skillnad från vad ekonomi- och finansministern har gjort gällande i sitt svaromål, med framgång åberopas eftersom artiklarna 19 och 23 i dekretet, vilka innehåller förteckningen över de handlingar som kan visa att **[Orig. s. 4]** sökanden inte omfattas av någon uteslutning från att lämna anbud, ska anses ha antagits för tillämpningen av artikel 39 i förordningen.
8. I artikel 38 i direktiv 2014/23/EU föreskrivs obligatoriska eller fakultativa skäl för att utesluta ekonomiska aktörer från förfarandena för tilldelning av koncessioner. I punkt 4 i nämnda artikel anges de brott som, om en ekonomisk aktör döms för sådana, medför obligatoriskt förbud mot att delta i förfaranden för tilldelning av koncessioner. Av lydelsen av punkt 9 i samma artikel framgår emellertid följande: *”En ekonomisk aktör som befinner sig i någon av de situationer som avses i punkterna 4 och 7 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 förfarandet. 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 berörda ekonomiska aktören informeras om skälen till beslutet. En ekonomisk aktör som genom en lagakraftvunnen dom har uteslutits från att delta i upphandlings- eller koncessionstilldelningsförfaranden ska under den period som uteslutningen gäller, enligt domen i den medlemsstat där domen är giltig, inte ha rätt att utnyttja den möjlighet som anges i denna punkt. ”*

Punkt 10 i samma artikel har följande lydelse: *”Medlemsstaterna ska i enlighet med lagar och andra författningar samt med hänsyn till unionsrätten fastställa villkoren för tillämpning av denna artikel. De ska särskilt fastställa den längsta tillåtna uteslutningsperioden om den ekonomiska aktören inte vidtar några åtgärder enligt punkt 9 för att visa sin tillförlitlighet. Om denna period inte har fastställts i den lagakraftvunna domen får den inte överskrida fem år från den dag då domen meddelades i de fall som avses i punkt 4 och tre år från dagen för relevant händelse i de fall som avses i punkt 7. ”*

Dessa bestämmelser klargörs genom skäl 71 i direktivet, som har följande lydelse: *Man bör dock kunna ta hänsyn till möjligheten att ekonomiska aktörer kan vidta*

efterlevnadsåtgärder för att avhjälpa konsekvenserna av brott eller fel och för att effektivt förhindra att de upprepas. Dessa åtgärder kan särskilt bestå i personella och organisatoriska åtgärder som att avbryta alla förbindelser med personer eller organisationer som är inblandade i det olämpliga uppträdandet, lämpliga åtgärder för att organisera om personalen, att införa rapporterings- och kontrollsystem, att inrätta en intern kontrollstruktur för att övervaka efterlevnaden samt att anta interna ansvars- och ersättningsregler. Om åtgärderna ger tillräckliga garantier bör den berörda ekonomiska aktören inte längre uteslutas enbart på dessa grunder. De ekonomiska aktörerna bör ha möjlighet att begära att de efterlevnadsåtgärder som vidtagits för att eventuellt ge en berörd aktör tillträde till upphandlingsförfarandet granskas. Det bör emellertid vara medlemsstaternas sak att avgöra närmare formella och materiella villkor som är tillämpliga i sådana fall. I synnerhet bör de fritt kunna bestämma om de vill överlåta till de enskilda upphandlande myndigheterna eller enheterna att göra de relevanta bedömningarna eller anförtro andra myndigheter på central eller lokal nivå denna uppgift. [Orig. s. 5]

9. Artikel 39 i ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (förordning av den 29 januari 2016 om koncessioner), som numera återges i artikel L. 3123-1 i lagen om offentlig upphandling, hade följande lydelse: *”Följande personer ska uteslutas från förfarandet för tilldelning av koncessioner: 1° Personer som i en lagakraftvunnen dom har dömts för något av de brott som föreskrivs i artiklarna 222-34–222-40, 373-7, 373-3, 374-7, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1–421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12–432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1–441-7, 441-9, 445-1–445-2-1 eller 450-1 i strafflagen, artiklarna 1741–1743, 1746 eller 1747 i den allmänna skattelagen, och, beträffande koncessioner som inte är försvars- eller säkerhetskonnessioner, i artiklarna 225-4-1 och 225-4-7 i strafflagen, eller för underlåtenhet att avslöja sådana brott, samt för likvärdiga brott som föreskrivs i lagstiftningen i en annan medlemsstat i Europeiska unionen. Den omständigheten att en medlem av förvaltnings-, administrations-, lednings- eller övervakningsorganet eller en fysisk person med befogenhet att företräda, fatta beslut för eller utöva kontroll över en juridisk person i en lagakraftvunnen dom har dömts för något av dessa brott eller för underlåtenhet att avslöja något av dessa brott medför att denna juridiska person ska uteslutas från förfarandet för tilldelning av koncessioner, så länge som denna fysiska person utövar dessa funktioner. En uteslutning från förfarandet för tilldelning av koncessioner enligt denna punkt 1° ska gälla under fem år från den dag då domen meddelades ...”*
10. Bolaget Vert Marine har hävdats att fransk rätt strider mot målen med direktivet av den 26 februari 2014, eftersom det varken i de bestämmelser i nationell rätt som anges i föregående punkt eller i någon annan bestämmelse föreskrivs en möjlighet – för en aktör som i en lagakraftvunnen dom har dömts för något av de brott som anges i nämnda bestämmelser och som därmed, enligt punkt 1° i artikel 39 i förordningen av den 29 januari 2016, under fem års tid är utesluten från förfaranden för tilldelning av koncessioner – att vidta särskilda åtgärder för att visa sin tillförlitlighet för en upphandlande myndighet.

11. Prövningen av denna grund är avhängig av huruvida direktivet av den 26 februari 2014 ska tolkas så, att det utgör ett absolut hinder för en medlemsstats lagstiftning som innebär att en ekonomisk aktör, som omfattas av ett sådant skäl för uteslutning som anges i punkt 1^o i artikel 39 i förordningen av den 29 januari 2016, inte kan lägga fram bevis för att de åtgärder som aktören har vidtagit är tillräckliga för att visa dennas tillförlitlighet för den upphandlande myndigheten, trots att detta skäl för uteslutning föreligger, även om det rör sig om synnerligen allvarliga brott som lagstiftaren har avsett att beivra, i syfte att upprätthålla etiska krav i den offentliga upphandlingen, för att säkerställa sökandenas föredömlighet.
12. Ekonomi- och finansministern har i sina svarsskrivelser dessutom gjort gällande att det i fransk rätt finns olika mekanismer, såsom befrielse – som innebär att en domstol helt eller delvis kan befria en person från ett förbud, förverkande eller varje bristande förmåga som följer av en brottmålsdom – återupprättande av rättslig handlingsförmåga – som innebär att varje bristande förmåga och förverkande som följer av en dom kan undanröjas – och strykning av uppgiften i intyg nr 2 i belastningsregistret om att vederbörande dömts för brott. Nämnade mekanismer föreskrivs i artikel 132-21 i strafflagen, artikel 133-12 i strafflagen respektive artikel 775-1 i straffprocesslagen. Medlemsstaterna är enligt direktivet dessutom fria att besluta om de vill överlåta möjligheten att bedöma relevansen av efterlevnadsåtgärderna till de enskilda upphandlande myndigheterna eller enheterna eller anförtro andra myndigheter på central eller lokal nivå dessa uppgifter. Prövningen av den grund som har åberopats i ansökan är således även avhängig av huruvida sådana mekanismer, som en rättslig myndighet [**Orig. s. 6**] genomför, kan betraktas som lämpliga efterlevnadsåtgärder, vilket förutsätter att det avgörs huruvida en domstol kan anses utgöra en myndighet på central eller lokal nivå, i den mening som avses i skäl 71 i direktivet, och huruvida villkoren för att bevilja rättsliga åtgärder av de slag som föreligger i fransk rätt innebär att dessa kan likställas med efterlevnadsåtgärder i den mening som avses i direktivet.
13. Det är förenat med betydande svårighet att besvara dessa frågor, vilka är av avgörande betydelse för utgången i målet vid Conseil d'État. Följaktligen finns det anledning att med stöd av artikel 267 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt hänskjuta dessa frågor till Europeiska unionens domstol och vilandeförklara det av bolaget Vert Marine anhängiggjorda målet till dess att den domstolen har meddelat sitt avgörande.

Mot denna bakgrund meddelar Conseil d'État (Högsta förvaltningsdomstolen) följande BESLUT:

Artikel 1: Det av bolaget Vert Marine anhängiggjorda målet vilandeförklaras till dess att Europeiska unionens domstol har besvarat följande frågor:

- 1) Ska Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner tolkas så, att det utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning som, i syfte att upprätthålla etiska krav i den

offentliga upphandlingen, innebär att en ekonomisk aktör, som i en lagakraftvunnen dom har dömts för ett synnerligen allvarligt brott och som av det skälet omfattas av ett förbud mot att delta i ett förfarande för tilldelning av en koncession under fem års tid, inte kan lägga fram bevis för att de åtgärder som aktören har vidtagit är tillräckliga för att visa dennas tillförlitlighet för den upphandlande myndigheten, trots att detta skäl för uteslutning föreligger?

2) Om medlemsstaterna enligt direktiv 2014/23 får anförtro andra myndigheter än den berörda upphandlande myndigheten att bedöma aktörernas efterlevnadsåtgärder, får medlemsstaterna i så fall anförtro domstolar denna uppgift? Om denna fråga besvara jakande, kan då sådana mekanismer i fransk rätt som befrielse, återupprättande av rättslig handlingsförmåga och strykning av uppgiften i intyg nr 2 i belastningsregistret om att vederbörande dömts för brott likställas med efterlevnadsåtgärder i den mening som avses i direktivet?

[utelämnas] [**Orig. s. 7**] [utelämnas] [uppgifter av processuell natur]

ARBETS-DOKUMENT