

**Mål C-403/23****Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

30 juni 2023

**Domstol som begär förhandsavgörande:**

Consiglio di Stato (Italien)

**Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:**

16 juni 2023

**Klagande:**

Luxone Srl, för egen räkning och i egenskap av ledarföretag för en tillfällig företagssammanslutning under bildande tillsammans med Iren Smart Solutions SpA

**Motpart:**

Consip SpA

**Saken i det nationella målet**

Överklagande som bolaget Luxone, för egen räkning och i egenskap av ledarföretag för en tillfällig företagssammanslutning under bildande tillsammans med bolaget Iren Smart Solutions, (nedan kallat Luxone) har ingett till Consiglio di Stato av den dom som meddelades av Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (nedan kallad TAR Lazio) genom vilken nämnda domstol ogillade Luxones överklagande av de beslut som Consip SpA hade fattat gentemot bolaget. I dessa beslut föreskrevs att Luxone skulle uteslutas från ett upphandlingsförfarande och att de provisoriska säkerheter som bolaget hade ställt i samband med sina anbud i upphandlingsförfarandet skulle förverkas.

**Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande**

Begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Stato, i egenskap av domstol i sista instans, enligt artikel 267 FEUF, syftar till att fastställa huruvida den

italienska lagstiftningen om ändring av sammansättningen av tillfälliga företagssammanslutningar, om uteslutning av en tillfällig företagssammanslutning från ett upphandlingsförfarande om en av dess medlemmar drar sig ur och om förverkande av provisoriska säkerheter som har ställts inom ramen för ett upphandlingsförfarande från vilket anbudsgivaren har uteslutits är förenlig med direktiv 2004/18/EG samt med de unionsrättsliga principerna om proportionalitet, näringsfrihet, fri rörlighet och etableringsfrihet.

### **Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande**

A) ”Utgör direktiv 2004/18/EG, artiklarna 16 och 52 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, principerna om proportionalitet, konkurrens, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster i artiklarna 49, 50, 54 respektive 56 FEUF hinder för nationella bestämmelser (artiklarna 11.6, 37.8–37.10, 37.18, 37.19 och 38.1 f i lagstiftningsdekret nr 163/2006) enligt vilka det, för det fall giltighetsperioden för det ursprungliga anbud som har lämnats av en tillfällig företagssammanslutning under bildande löper ut, inte är tillåtet att reducera det ursprungliga antalet medlemmar i sammanslutningen i samband med att anbudets giltighetsperiod förlängs? Är nämnda nationella bestämmelser närmare bestämt förenliga med de allmänna unionsrättsliga principerna om näringsfrihet och ändamålsenlig verkan samt med artikel 16 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna?”

B) ”Utgör direktiv 2004/18/EG, artiklarna 16, 49, 50 och 52 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, artikel 4 i protokoll 7 till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (Europakonventionen), artikel 6 FEU, principerna om proportionalitet, konkurrens, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster i artiklarna 49, 50, 54 respektive 56 FEUF hinder för nationella bestämmelser (artiklarna 38.1 f, 48 och 75 i lagstiftningsdekret nr 163/2006) vilka föreskriver att sanktionen att förverka den provisoriska säkerheten ska tillämpas, som en automatisk konsekvens av att en ekonomisk aktör har uteslutits från ett förfarande för tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt, även oberoende av huruvida samma ekonomiska aktör har tilldelats det aktuella kontraktet eller ej?”

### **Anförda unionsbestämmelser**

Direktiv 2004/18/EG, särskilt skäl 2 samt artiklarna 2 och 4.2

Artiklarna 16, 49, 50 och 52 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan)

Artiklarna 49, 50, 54 och 56 FEUF

Artikel 6 FEU

## Anförda nationella bestämmelser

Decreto legislativo n. 163 del 2006, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lagstiftningsdekret nr 163/2006, lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, tjänster och varor med införlivande av direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling), i den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna:

Artikel 11.6:

”En anbudsgivare får endast lämna ett anbud. Anbudet är bindande under den tid som anges i meddelandet om upphandling eller i inbjudan eller, om ingen tidsperiod anges, i 180 dagar från det att fristen för att lämna anbud har löpt ut. Den upphandlande myndigheten kan begära att anbudsgivarna förlänger denna giltighetsperiod.”

Artikel 37.8-37.10, 37.18 och 37.19:

”8. Anbud får lämnas av de personer som avses i artikel 34.1 d och 34.1 e, även om dessa ännu inte har bildats. I så fall ska anbudet vara undertecknat av alla ekonomiska aktörer som kommer att bilda den aktuella tillfälliga företagssammanslutningen eller det aktuella ordinära konsortiet av anbudsgivare och innehålla ett åtagande om att ovan nämnda aktörer i händelse av tilldelning av kontraktet kommer att lämna särskild kollektiv fullmakt till en av dem ... med rätt att underteckna kontraktet för egen räkning och å de deltagande företagens vägnar.

9. ... Med förbehåll för bestämmelserna i punkterna 18 och 19 är det förbjudet att ändra sammansättningen av den tillfälliga företagssammanslutningen eller det ordinära konsortiet av anbudsgivare på något sätt jämfört med den sammansättning som framgår av det åtagande som gjordes i samband med anbudet.

10. Bristande iakttagande av förbuden i den föregående punkten medför att tilldelningen av kontraktet ska ogiltigförklaras eller att kontraktet är ogiltigt samt att de anbudsgivare som har bildat den aktuella företagssammanslutningen utesluts ...

18. Om ledarföretaget går i konkurs eller om näringsidkaren – när ledarföretaget är en enskild firma – avlider, blir föremål för förbud mot att utöva vissa rättigheter eller verksamheter, ställs under förvaltarskap eller går i konkurs samt i de fall som avses i lagstiftningen mot maffia får den upphandlande myndigheten fortsätta kontraktsförhållandet med en annan ekonomisk aktör som har utsetts till ledarföretag på de sätt som föreskrivs i denna lag, under förutsättning att denne uppfyller lämpliga krav på kvalificering för att utföra de arbeten, leverera de varor eller tillhandahålla de tjänster som kvarstår. Om dessa villkor inte är uppfyllda får den upphandlande myndigheten häva kontraktet.

19. Om ett av de deltagande företagen går i konkurs eller om näringsidkaren – när det deltagande företaget är en enskild firma – avlider, blir föremål för förbud mot att utöva vissa rättigheter eller verksamheter, ställs under förvaltarskap eller går i konkurs samt i de fall som avses i lagstiftningen mot maffia är ledarföretaget – om detta inte utser en annan ekonomisk aktör att träda in i det deltagande företags ställe som uppfyller de fastställda lämplighetskraven – skyldigt att genomföra kontraktet i egen regi eller genom de övriga deltagande företagen, under förutsättning att dessa uppfyller lämpliga krav på kvalificering för att utföra de arbeten, leverera de varor eller tillhandahålla de tjänster som kvarstår.”

Artikel 38.1 f:

”1. Följande personer ska uteslutas från upphandlingsförfaranden för koncessioner, offentliga byggtreprenadkontrakt, varukontrakt och tjänstekontrakt och får inte tilldelas underentreprenadkontrakt eller ingå därmed sammanhängande avtal: ... f) personer som enligt den upphandlande myndighetens motiverade bedömning har agerat grovt vårdslöst eller i ond tro vid utförandet av tjänster som har tilldelats av den upphandlande myndighet som har publicerat meddelandet om offentlig upphandling, eller har gjort sig skyldiga till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten.”

Artikel 48.1:

”De upphandlande myndigheterna ska, innan de öppnar kuverten med ingivna anbud, begära att ett antal anbudsgivare som inte understiger 10 procent av de ingivna anbuden, avrundat uppåt till nästa heltal, vilka har valts ut genom offentlig lottdragning, inom tio dagar från begäran ska styrka att de uppfyller kraven rörande ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och organisatorisk förmåga, som eventuellt uppställs i meddelandet om upphandling, genom att inge de handlingar som anges i nämnda meddelande eller i inbjudan. De upphandlande myndigheterna ska vid en kontroll undersöka huruvida kravet på kvalificering för att utföra arbetet är uppfyllt ... Om sådan bevisning inte läggs fram, eller om bevisningen inte bekräftar de uppgifter som angetts i anbudsansökan eller i anbudet, ska de upphandlande myndigheterna utesluta deltagaren från upphandlingsförfarandet och ta den provisoriska säkerheten i anspråk ...”

Artikel 75:

”1. Anbudet ska förses med en garanti, motsvarande 2 procent av det grundpris som angetts i meddelandet om upphandling eller i inbjudan, i form av en säkerhet eller borgen, enligt anbudsgivarens eget val. ...

6. Garantin ska täcka situationen då kontraktet inte undertecknas på grund av ett agerande av den som har tilldelats kontraktet, och garantin ska automatiskt frisläppas när kontraktet undertecknas ...

9. Den upphandlande myndigheten ska, i den handling varigenom de som inte har tilldelats kontraktet underrättas om beslutet om tilldelning, samtidigt besluta att den garanti som avses i punkt 1 frisläpps för dessa ...”

## **Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet**

### ***A) Bakgrund till tvisten***

- 1 Genom ett meddelande som publicerades den 21 december 2015 anordnade Consip ett upphandlingsförfarande, uppdelat i 12 delar, för tilldelning av kontrakt avseende leverans av el och tillhandahållande av därtill hörande tjänster. Luxone, Consorzio Stabile Energie Locali (nedan kallat CSEL), Iren Smart Solutions och Gi One ingav sina anbud gemensamt, och ställde tillhörande provisoriska säkerheter, för delarna 1, 8, 10 och 11, i egenskap av tillfällig företagssammanslutning under bildande. Dessa bolag åtog sig samtidigt att bilda en tillfällig företagssammanslutning i händelse av tilldelning av kontrakten.
- 2 Upphandlingsförfarandet skulle avslutas senast den 18 april 2017, men i stället förlängde Consip det åtta gånger. När giltighetsperioden för de aktuella anbuden löpte ut blev således de fyra bolag som deltog i förfarandet tvungna att flera gånger justera sina ursprungliga anbud och förlänga de provisoriska säkerheterna.
- 3 År 2020, i samband med Consips sjunde och åttonde begäran om bekräftelse, meddelade Luxone och Iren Smart Solutions sin avsikt att bekräfta de ursprungliga anbuden. Gi One och CSEL meddelade däremot att de inte ville bekräfta anbuden på grund av att förfarandet oförutsett hade varat i flera år. De båda sistnämnda bolagen angav bland annat att anbuden inte längre var hållbara på ett affärsmässigt plan och vad gäller korrekt och ansvarsfull drift av verksamheten.
- 4 Enligt Consip innebär Gi Ones och CSEL:s uteblivna bekräftelse av anbuden att dessa bolag drog sig ur den tillfälliga företagssammanslutningen, vars ursprungliga sammansättning därigenom ändrades. I oktober 2020 fattade Consip ett beslut om uteslutning från upphandlingsförfarandet och ett beslut om förverkande av de provisoriska säkerheterna till ett belopp på totalt 2 950 000,00 euro gentemot den tillfälliga företagssammanslutningen i dess helhet. Beslutet om uteslutning från upphandlingsförfarandet var baserat på den omständigheten att Gi Ones och CSEL:s beslut att dra sig ur var olagligt och syftade till att kringgå lagstiftningen.
- 5 Angående olagligheten av beslutet att dra sig ur stämmer det enligt Consip att anbudsgivaren, och således i den aktuella situationen den tillfälliga företagssammanslutningen i dess helhet, i enlighet med den italienska lagstiftningen har rätt att dra tillbaka sitt anbud när en viss tid har förflutit sedan

upphandlingsförfarandet inleddes. Denna rätt får emellertid inte utövas av enbart några av bolagen i en tillfällig företagssammanslutning.

- 6 Vad gäller den omständigheten att Gi One drog sig ur i syfte att kringgå lagstiftningen hade nämnda bolag enligt Consip för avsikt att undandra sig de lagstadgade kontrollerna, eftersom några personer med koppling till Gi One hade gjort sig skyldiga till ett straffbart agerande. I fråga om CSEL hade kringgåendet bland annat sin upprinnelse i att bolaget inte uppfyllde kraven för att delta i upphandlingsförfarandet, vilka ska vara uppfyllda när anbudsansökan lämnas in och fram tills att kontraktet har tilldelats.

### ***B) Målet i första instans och målet om överklagande***

- 7 Luxone överklagade Consips ovannämnda beslut till TAR Lazio.
- 8 TAR Lazio ogillade överklagandet genom dom nr 4505/2021 på grundval av följande omständigheter: a) När giltighetsperioden för ett anbud har löpt ut, får anbudet inte bekräftas av enbart några av medlemmarna av den aktuella tillfälliga företagssammanslutningen. b) Rätten att dra sig ur en tillfällig företagssammanslutning får enbart utövas i de fall som har fastställts i rättspraxis, vilka inte förelåg i den aktuella situationen. c) Beslutet att dra sig ur i den aktuella situationen utgjorde ett kringgående, eftersom det syftade till att undvika ett beslut om uteslutning från upphandlingsförfarandet.
- 9 TAR Lazio fann vidare att villkoren inte var uppfyllda för att väcka frågor om förenligheten med konstitutionen eller för att hänskjuta frågor om den italienska lagstiftningens förenlighet med unionsrätten. Enligt TAR Lazio var den nationella lagstiftaren i enlighet med direktiv 2004/18/EG, som var gällande vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna, inte skyldig att införa möjligheten att, i en situation som den förevarande, reducera antalet företag som ingår i den ursprungliga tillfälliga företagssammanslutningen.
- 10 Luxone överklagade TAR Lazios dom till Consiglio di Stato, vilken vilandeförklarade målet i avvaktan på ett avgörande från Corte costituzionale angående flera frågor om förenligheten med konstitutionen som Consiglio di Stato hade väckt inom ramen för ett annat mål gällande en liknande tvist.
- 11 I dom nr 198/2022 slog Corte costituzionale fast att förverkandet av en provisorisk säkerhet inte utgör en straffpåföljd, eftersom det huvudsakligen syftar till att säkerställa efterlevnaden av reglerna för upphandlingen, genom att återställa det allmänintresse som lidit skada, nämligen att förhindra att olämpliga deltagare eller anbud som inte uppfyller de krav som ställs ingår i upphandlingen. Enligt Corte costituzionale kan man av den ringa storleken på den provisoriska säkerheten, av bestämmelsen om alternativa former av ställande av garanti (säkerhet eller borgen) och av reglerna om sänkning som lagstiftaren har föreskrivit dra slutsatsen att det inte föreligger en sådan särskilt allvarlig karaktär, vilket är



nödvändigt för att den ofördelaktiga åtgärden ska kunna likställas med en sanktion som i grund och botten är straffrättslig.

- 12 Consiglio di Stato anser att nämnda dom från Corte costituzionale inte är avgörande för utgången av den tvist som är anhängig vid den, även med beaktande av den omständigheten att säkerheternas totala belopp är mycket högt i det aktuella fallet.

### **Parternas huvudargument**

- 13 Luxone har bestritt lagenligheten av beslutet om förverkande av de provisoriska säkerheterna till följd av utslutningen från upphandlingsförfarandet. Detta beslut om förverkande är rättsstridigt som en följd av att det bakomliggande beslutet om utslutning är rättsstridigt. Beslutet är rättsstridigt även i sig, eftersom förverkande i enlighet med den lagstiftning som var gällande vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna endast får ske i två fall: Anbudsgivaren styrker inte att denne uppfyller kraven rörande ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och organisatorisk förmåga, eller kontraktet undertecknas inte ”på grund av ett agerande av den som har tilldelats kontraktet”.
- 14 I båda fallen förutsätter förverkande av säkerheten enligt Luxone ett agerande som subjektivt kan tillskrivas den ekonomiska aktör som bär ansvaret för att kontraktet inte undertecknas eller för att deltagandet i upphandlingsförfarandet upphör. Enligt Luxones uppfattning föreligger ingetdera av fallen i den aktuella situationen.
- 15 Luxone anser att förverkande av säkerheterna utgör en åtgärd som i hög grad utgör en sanktionsåtgärd och är av straffrättslig karaktär, på grund av att det typiska syftet med ett förverkande av säkerheten saknas, det vill säga att ersätta skada som den upphandlande myndigheten har åsamkats. I förevarande fall åsamkades Consip inte någon skada, eftersom den tillfälliga företagssammanslutningen utslöts från upphandlingen.
- 16 Det automatiska förverkandet av säkerheterna, med ett ansevärt och betungande belopp, utgör en helt omotiverad och orimlig sanktion, som är uppenbart oproportionerlig till den tillfälliga företagssammanslutningens agerande och skulle ge upphov till en tolkning av artiklarna 48 och 75 i lagen om offentlig upphandling som strider mot principerna och bestämmelserna i konstitutionen och i unionsrätten.

### **Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs**

- 17 Enligt Consiglio di Stato (nedan även kallad den hänskjutande domstolen) är det nödvändigt att fastställa huruvida den italienska lagstiftningen, enligt vilken den omständigheten att en ekonomisk aktör inte bekräftar ett anbud när den tid som anbudet är bindande har löpt ut likställs med att aktören har dragit sig ur en

tillfällig företagssammanslutning, är förenlig med unionsrätten. Det är tillika nödvändigt att göra en mer ingående prövning av beslutet om uteslutning. Sistnämnda beslut är nämligen även av betydelse i fråga om det senare beslutet om förverkande av säkerheten.

### ***Beslutet om uteslutning***

- 18 Den hänskjutande domstolen anför att beslutet om uteslutning utgör en lagstadgad obligatorisk åtgärd enligt den italienska lagstiftningen. För det första bröt Gi One, när bolaget inte bekräftade anbudet, det vill säga genom sitt beslut att dra sig ur, mot förbudet mot att ändra den aktuella tillfälliga företagssammanslutningen. För det andra utgör beslutet att dra sig ur i den aktuella situationen ett agerande i syfte att kringgå kontrollen av den berörda ekonomiska aktörens moraliska tillförlitlighet.
- 19 Vad gäller förbudet mot att ändra den tillfälliga företagssammanslutningen understryker den hänskjutande domstolen att i enlighet med artikel 37 i lagen om offentlig upphandling får rätten att dra tillbaka ett anbud från ett upphandlingsförfarande när anbudets giltighetsperiod har löpt ut enbart utövas av den tillfälliga företagssammanslutningen under bildande i dess helhet. Detta eftersom det i den aktuella situationen inte föreligger något av de undantagsfall som avses i lagstiftningen och rättspraxis och i vilka det är tillåtet att ändra den tillfälliga företagssammanslutningen.
- 20 I själva verket deltar en tillfällig företagssammanslutning i ett upphandlingsförfarande i egenskap av en part som utgörs av flera personer, det vill säga alla de ekonomiska aktörer som i händelse av tilldelning av kontraktet kommer att bilda den. Det räcker således inte att endast två medlemmar (utav de ursprungliga fyra) av den aktuella tillfälliga företagssammanslutningen bekräftade anbuden, bland annat mot bakgrund av syftet med artikel 11.6 i lagen om offentlig upphandling och principen om förbud mot att ändra den tillfälliga företagssammanslutningen under upphandlingsförfarandet. Nämnda princip följer av artikel 37.9 i samma lag och är även tillämplig om den tillfälliga företagssammanslutningen formellt ännu inte har bildats.
- 21 Syftet med artikel 11.6 är att bibehålla ett anbud oförändrat under hela upphandlingsförfarandets förväntade varaktighet. Denna artikel syftar till att skydda anbudsgivaren, som kan dra tillbaka sitt anbud när giltighetsperioden har löpt ut. Om anbudsgivaren däremot inte meddelar sin vilja att dra tillbaka sitt anbud fortsätter det att gälla. För det fall inte alla personer som ingår i den part som utgörs av flera personer uttrycker sin motsatta vilja ska åtagandet därför fortfarande anses existera. De italienska bestämmelserna säkerställer dessutom att en upphandlande myndighet kan räkna med att en tillfällig företagssammanslutning som formellt ännu inte har bildats tar deltagandet i ett upphandlingsförfarande på allvar, i den meningen att den faktiskt kommer att bildas efter tilldelningen av kontraktet.



- 22 I fråga om kringgåendet av kontrollen av tillförlitligheten betonar den hänskjutande domstolen att det enligt förvaltningsrättslig rättspraxis på området inte är tillåtet att ett av företagen drar sig ur, om detta agerande syftar till att kringgå lagstiftningen och i synnerhet inte när det syftar till att kringgå kontroller angående huruvida kraven för att delta i förfarandet är uppfyllda, i den meningen att företaget därigenom undviker en sanktion i form av uteslutning från upphandlingsförfarandet på grund av att det inte uppfyller dessa krav.
- 23 Mot bakgrund av dessa överväganden konstaterar den hänskjutande domstolen att den italienska lagstiftningen, såsom den har tolkats i rättspraxis, tvingar medlemmarna av en tillfällig företagssammanslutning att i händelse av komplexa och långdragna upphandlingsförfaranden förbli bundna av sitt lämnade anbud under en obestämd tid, även om anbudets giltighetsperiod löper ut flera gånger. Enligt denna lagstiftning medges endast möjligheten att alla de ursprungliga medlemmarna av den tillfälliga företagssammanslutningen beslutar att inte bekräfta anbudet. Den hänskjutande domstolen tvivlar på att denna lagstiftning är förenlig med dels principen om näringsfrihet i artikel 16 i stadgan, som kodifierar rättspraxis från EU-domstolen och är baserad på artikel 119 FEUF, dels proportionalitetsprincipen i artikel 52 i stadgan samt principerna om proportionalitet, konkurrens, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster i EUF-fördraget.
- 24 Förbudet mot att en enskild medlem av en tillfällig företagssammanslutning drar sig ur ett anbud, i synnerhet vid upphandlingsförfaranden som varar under en ansevärt lång tid, när det beaktas att den tillfälliga företagssammanslutningen i dess helhet i motsatt fall utesluts, utgör enligt den hänskjutande domstolens uppfattning inte en åtgärd som är proportionerlig till behovet av att säkerställa det lämnade anbudets seriositet, för det fall och i den mån de ekonomiska aktörer som har bekräftat anbudet i sig själva uppfyller alla krav för att delta i förfarandet, även utan den aktör som har dragit sig ur anbudet.
- 25 I överensstämmelse med proportionalitetsprincipen, som är en av unionsrättens allmänna principer och som ska beaktas i samband med tilldelning av offentliga kontrakt i medlemsstaterna, såsom framgår av direktiv 2004/18/EG, får medlemsstaternas åtgärder inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet, såsom även har bekräftats i EU-domstolens praxis.
- 26 Slutligen anför den hänskjutande domstolen att när utebliven bekräftelse av ett anbud från en enskild ekonomisk aktör som ingår i en tillfällig företagssammanslutning likställs med att aktören drar sig ur den tillfälliga företagssammanslutningen, blir uteslutningen under alla omständigheter en lagstadgad obligatorisk åtgärd för det fall det aktuella agerandet uppfattas som ett medel för att kringgå kontrollen av den moraliska tillförlitligheten hos den aktör som har dragit sig ur. Om det däremot var tillåtet för denna aktör att besluta att inte bekräfta anbudet, skulle det inte genomföras någon efterföljande kontroll av den professionella tillförlitligheten, i och med att denna aktör inte längre skulle

betraktas som medlem av den tillfälliga företagssammanslutning som deltar i upphandlingsförfarandet.

### ***Beslutet om förverkandet av säkerheten***

- 27 Consiglio di Stato påpekar att Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen) har uttalat sig om sanktionsavgifters art, storlek och skälighet för att de ska utgöra en del av det så kallade straffrättsliga området (dom av den 4 mars 2014, Grande Stevens m.fl. mot Italien, § 99; se även, för ett liknande resonemang, EU-domstolens dom av den 5 juni 2012, C-489/10).
- 28 Consiglio di Stato har i sin praxis påpekat att Europadomstolen har utarbetat egna och självständiga kriterier för att fastställa huruvida en överträdelse och motsvarande sanktion är av straffrättslig karaktär. I synnerhet har tre kriterier identifierats, nämligen följande: I) Den rättsliga kvalificeringen av överträdelsen i nationell rätt, med preciseringen att denna kvalificering inte är bindande om det fastställs att åtgärden ”i sig är straffrättslig” till sin natur. II) Överträdelsens art, som framgår av tillämpningsområdet för den bestämmelse vari överträdelsen föreskrivs och det eftersträvade syftet. III) Strängheten i sanktionen.
- 29 Den hänskjutande domstolen anser att i förhållande till storleken på det avstående av tillgångar som Luxone ålades, tar förverkandet av de provisoriska säkerheterna formen av en sanktion som ska anses vara av straffrättslig karaktär, i enlighet med Europadomstolens praxis. Det automatiska förverkandet av de provisoriska säkerheterna i förevarande fall utgör nämligen ett uppenbart åsidosättande av principen om att sanktioner ska vara proportionerliga.
- 30 Först och främst är artikel 49.3 i stadgan av betydelse, där det anges att ”[s]traffets stränghet [inte bör] vara oproportionerlig i förhållande till lagöverträdelsen”.
- 31 I förevarande fall är det uppenbart att det inte gjordes någon riktig avvägning mellan allmänintresset och de grundläggande rättigheter som garanteras på unionsnivå, eftersom Luxone ålades en mycket hög sanktionsavgift, enligt en automatisk mekanism vilken, som sådan, per definition inte är proportionerlig och utan att det gjordes någon lämplig bedömning av omständigheterna i det konkreta fallet.
- 32 Även artikel [4] i protokoll [7] till Europakonventionen har, i likhet med artikel 17 i stadgan, tolkats så att den syftar till att säkerställa att den sanktion som påförs står i proportion till agerandet.
- 33 Det är således uppenbart att artiklarna 38.1 f och 48 i lagen om offentlig upphandling skulle vara oförenliga med bestämmelserna och principerna i konstitutionen och i unionsrätten, vad gäller sanktionernas proportionalitet, om dessa artiklar tolkades så att de tillåter ett automatiskt förverkande av den provisoriska säkerheten till följd av uteslutningen från upphandlingsförfarandet.

- 34 Denna oförenlighet skulle vara än mer uppenbar om det ansågs att en sådan åtgärd som den aktuella, vilken ska anses ha karaktären av en sanktion, kan vidtas utan att beakta det subjektiva rekvisitet, och i synnerhet huruvida en uteslutning går att förutse.

ARBETSDOKUMENT