Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

14. december 2016*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige tjenesteydelsesaftaler — direktiv 2004/18/EF — artikel 45, stk. 2 — ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold — fakultative udelukkelsesgrunde — alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af et erhverv — national bestemmelse, der fastsætter en konkret undersøgelse i hver enkelt sag under anvendelse af proportionalitetsprincippet — de ordregivende myndigheders afgørelser — direktiv 89/665/EØF — domstolskontrol«

I sag C-171/15,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol, Nederlandene) ved afgørelse af 27. marts 2015, indgået til Domstolen den 15. april 2015, i sagen:

Connexxion Taxi Services BV

mod

Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,

Transvision BV,

Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV,

Zorgvervoercentrale Nederland BV,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensag af afdelingsformanden, T. von Danwitz, og dommerne E. Juhász (refererende dommer), C. Vajda, K. Jürimäe og C. Lycourgos,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona

justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 27. april 2016,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Connexxion Taxi Services BV ved advocaat J. van Nouhuys

* Processprog: nederlandsk.

— Transvision BV Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV og Zorgvervoercentrale Nederland BV ved advocaten J.P. Heering og P. Heemskerk

— den nederlandske regering ved H.M. Stergiou, K. Bulterman og A.M. de Ree samt ved J. Langer, som befuldmægtigede

— den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocati dello Stato S. Varone og F. Di Matteo

— Europa-Kommissionen ved A. Tokár og S. Noë, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 30. juni 2016,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om en præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 45, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114) og omfanget af domstolskontrollen med ordregivende myndigheders afgørelser.

2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Connexxion Taxi Services BV (herefter »Connexxion«) og Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport) (Den Nederlandske Stat – Ministeriet for offentlig sundhed, velvære og sport, Nederlandene, herefter »Ministeriet«) og en virksomhedssammenslutning bestående af Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV og Zorgvervoercentrale Nederland BV (herefter samlet »virksomhedssammenslutningen«) vedrørende lovligheden af Ministeriets afgørelse om at tildele denne virksomhedssammenslutning en offentlig kontrakt.

Retsforskrifter

EU-retten

3 Følgende fremgår af anden betragtning til direktiv 2004/18:

»Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. For offentlige kontrakter over en vis værdi er det dog tilrådeligt at udarbejde bestemmelser om fællesskabssamordning af nationale procedurer for indgåelse af sådanne kontrakter, der bygger på disse principper, for at sikre deres virkninger og garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter. Disse samordningsbestemmelser bør derfor fortolkes i overensstemmelse med såvel ovennævnte regler og principper som traktatens øvrige bestemmelser«.

4 Dette direktivs artikel 2 med overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter« bestemmer:

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde«.

5 Afsnit II, afdeling 2, kapitel VII, i nævnte direktiv omhandler »Kriterier for kvalitativ udvælgelse«. Nævnte afdeling indeholder artikel 45 med overskriften »Ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold«. Artikel 45, stk. 1, opregner de obligatoriske grunde til at udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure. Artikel 45, stk. 2, opregner de fakultative grunde for udelukkelse fra en udbudsprocedure og havde følgende ordlyd:

»Fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver økonomisk aktør:

[…]

d) som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret.

[…]

Medlemsstaterne fastsætter på grundlag af deres nationale ret og under overholdelse af fællesskabsretten gennemførelsesbestemmelserne til dette stykke.«

6 Bilag VII A til samme direktiv med overskriften »Oplysninger, der skal angives i udbudsbekendtgørelser« henviser i punkt 17 til »[u]dvælgelseskriterier vedrørende de økonomiske aktørers personlige forhold, som kan føre til deres udelukkelse, og de oplysninger, der kræves som bevis for, at de ikke falder ind under de tilfælde, der berettiger til udelukkelse […]«.

7 Under overskriften »Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer« bestemmer artikel 1 i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 1989, L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT 2007, L 335, s. 31), i stk. 1, tredje afsnit:

»Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsret vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse heraf.«

8 Direktiv 2004/18 blev erstattet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18 (EUT 2004, L 94, s. 65). Direktiv 2004/18 blev i henhold til artikel 91 i direktiv 2014/24 ophævet med virkning fra den 18. april 2016.

Nederlandsk ret

9 Direktiv 2004/18 blev gennemført i nederlandsk ret ved Besluit houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (bekendtgørelse om bestemmelserne vedrørende fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter) af 16. juli 2005 (Stb 2005, s. 408, herefter »bekendtgørelsen«).

10 Artikel 45, stk. 2, litra d), i direktiv 2004/18 blev gennemført i nederlandsk ret ved bekendtgørelsens artikel 45, stk. 3, litra d), der fastsætter følgende:

»Fra deltagelse i en udbudsprocedure kan den ordregivende myndighed udelukke enhver økonomisk aktør:

[…]

d) som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret

[…]«

11 I forarbejderne til bekendtgørelsen er det vedrørende artikel 45, stk. 3, heri præciseret, at

»Afgørelsen, om der faktisk skal ske udelukkelse, og i hvor lang tid denne udelukkelse skal opretholdes, skal, henset til de almindelige betragtninger til direktivet, altid være forholdsmæssig og ikke-diskriminerende. Udtrykket »forholdsmæssig« indebærer, at udelukkelsen og varigheden af denne udelukkelse skal stå i et rimeligt forhold til forsømmelsens grovhed. Udelukkelsen og varigheden heraf skal desuden stå i et rimeligt forhold til den offentlige kontrakts størrelse. Fastsættelsen af en absolut frist, inden for hvilken en virksomhed, der har handlet ulovligt, på forhånd er udelukket fra enhver statslig udbudsprocedure, er følgelig uforenelig med proportionalitetsprincippet. Dette indebærer ligeledes, at der altid skal tages udgangspunkt i den konkrete situation, da den ordregivende myndighed i forbindelse med det enkelte udbud altid skal foretage en individuel prøvelse af, om en given virksomhed skal udelukkes i det konkrete tilfælde (på grundlag af kontraktens art og størrelse, karakteren og omfanget af svindlen og de foranstaltninger, som virksomheden har truffet i mellemtiden).

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

12 Den 10. juli 2012 iværksatte Ministeriet en udbudsprocedure for indgåelse af en kontrakt om levering af »social og rekreativ interregional transport af personer med begrænset bevægelsesevne«. Denne tjeneste havde til formål at skabe mulighed for personer med begrænset bevægelsesevne til frit at kunne rejse, idet de for hvert år får tildelt et rejsebudget, der er udtrykt i taxakilomenter. Denne kontrakt har en mindsteløbetid på tre år og ni måneder og repræsenterer en værdi af ca. 60 000 000 EUR årligt.

13 Proceduren for indgåelsen af denne kontrakt er beskrevet detaljeret i et dokument benævnt »Beskrivende dokument«, hvor det i afsnittet med overskriften »Udelukkelsesgrunde og egnethedskrav« bl.a. er anført følgende i punkt 3.1:

»Et tilbud, som omfattes af en udelukkelsesgrund, behandles ikke og kommer ikke i betragtning til en nærmere (indholdsmæssig) bedømmelse.«

14 Med hensyn til udelukkelsesgrundene henviser det beskrivende dokument til en »personlig erklæring«, som tilbudsgiverne skal udfylde og vedlægge deres tilbud i form af et obligatorisk bilag. Følgende anføres i det beskrivende dokument:

»Ved sin undertegnelse af den obligatoriske erklæring vedrørende udbudsproceduren erklærer tilbudsgiver, at udelukkelsesgrunde (jf. punkt 2 og 3 i den obligatoriske udbudserklæring) ikke finder anvendelse på ham.«

15 Tilbudsgiver erklærer bl.a., at »hverken hans virksomhed eller en leder af virksomheden har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhvervet«.

16 Bl.a. Connexxion og virksomhedssammenslutningen deltog i udbudsproceduren. Ved skrivelse af 8. oktober 2012 meddelte Ministeriet Connexxion, at virksomhedens tilbud var endt på andenpladsen, og at Ministeriet havde tildelt virksomhedssammenslutningen kontrakten.

17 Den 20. november 2012 pålagde Nederlandse Mededingingsautoriteit (den hollandske konkurrencemyndighed) to virksomheder i den nævnte sammenslutning samt seks ledere i disse virksomheder bøder på grundlag af overtrædelse af den nederlandske konkurrencelovgivning. De fastslåede overtrædelser vedrørte aftaler, der var indgået med andre virksomheder i perioderne fra den 18. december 2007 til den 27. august 2010 og fra den 17. april 2009 til den 1. marts 2011. Ministeriet var af den opfattelse, at der var tale om en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, men fastholdt afgørelsen om at tildele kontrakten til virksomhedssammenslutningen med den begrundelse, at det ville være uforholdsmæssigt at udelukke nævnte sammenslutning på grundlag af en sådan fejl.

18 I en sag om foreløbige forholdsregler fremsatte Connexxion begæring om forbud mod, at Ministeriet tildeler virksomhedssammenslutningen kontrakten. Ved afgørelse af 17. april 2013 imødekom voorzieningenrechter te Den Haag (dommeren i sager om foreløbige forholdsregler i Haag) denne begæring, idet den fandt, at Ministeriet ikke kunne foretage en proportionalitetsprøvelse, når det var fastslået, at der forelå en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhvervet.

19 Ved afgørelse af 3. september 2013 ophævede Gerechtshof Den Haag (appeldomstolen i Den Haag) afgørelsen truffet af den ret i Den Haag, som træffer afgørelse i sager om foreløbige forholdsregler, og tiltrådte, at Ministeriet kunne tildele den i hovedsagen omhandlede kontrakt til virksomhedssammenslutningen, idet den fastslog, at EU-retten ikke forbyder en ordregivende myndighed, at den under anvendelse af proportionalitetsprincippet efterprøver, om den omstændighed, at en fakultativ udelukkelsesgrund finder anvendelse på en tilbudsgiver, skal medføre, at denne tilbudsgiver udelukkes, og at Ministeriet ved denne proportionalitetsprøvelse ikke har handlet i strid med lighedsprincippet og princippet om gennemsigtighed.

20 Connexxion iværksatte kassationsanke til prøvelse af denne afgørelse ved Hoge Raad Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol).

21 Denne retsinstans har bemærket, at hovedsagen kendetegnes ved den omstændighed, at en ordregivende myndighed har anført i udbudsbetingelserne, at et tilbud, som omfattes af en udelukkelsesgrund, afvises uden en indholdsmæssig bedømmelse, og at afgørelsen om at tildele kontrakten til en bestemt tilbudsgiver alligevel blev opretholdt, efter at den ordregivende myndighed havde konstateret, at denne tilbudsgiver havde begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af dennes erhverv som omhandlet i udbudsbetingelserne.

22 Den forelæggende ret har fremhævet, at der i bekendtgørelsens artikel 45, stk. 3, findes en udtømmende gengivelse de fakultative udelukkelsesgrunde, der er fastsat i artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18. Hvad imidlertid angår anvendelsen af disse udelukkelsesgrunde fremgår det af begrundelsen for nævnte bestemmelse i bekendtgørelsen, at i betragtning af de almindelige principper i dette direktiv, skal spørgsmålet, om der faktisk skal ske udelukkelse, altid vurderes på en forholdsmæssig og ikke-diskriminerende måde. De ordregivende myndigheder skal således vurdere fra sag til sag, om en virksomhed skal udelukkes fra den omhandlede offentlige udbudsprocedure, idet den herved skal tage arten og størrelsen af kontrakten, arten og omfanget af svigen og de foranstaltninger, som virksomheden i mellemtiden har truffet i mellemtiden, i betragtning.

23 Følgelig er den ordregivende myndighed i henhold til national ret, efter at den har fastslået, at der er begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af et erhverv, forpligtet til under anvendelse af proportionalitetsprincippet at afgøre, om der i det konkrete tilfælde er grundlag for at udelukke ophavsmanden til denne fejl.

24 Forpligtelsen til at gennemføre en proportionalitetsprøvelse kan herefter opfattes som en nationalretlig opblødning af de kriterier, der gælder for anvendelsen af de fakultative udelukkelsesgrunde som omhandlet i dom af 9. februar 2006 La Cascina m.fl. (C-226/04 og C-228/04, EU:C:2006:94, præmis 21) og af 10. juli 2004, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, præmis 35 og 36). I overensstemmelse med artikel 45, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/18 skal en sådan opblødning, der er fastsat i national ret, overholde EU-retten og navnlig ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed. I hovedsagen skulle Ministeriet i sin egenskab af ordregivende myndighed – efter at have konstateret den begåede fejl – have efterprøvet, under anvendelse af proportionalitetsprincippet, om virksomhedssammenslutningens faglige hæderlighed og troværdighed kunne sikres i forbindelse med opfyldelsen af den omhandlede kontrakt. Virksomhedssammenslutningen havde truffet foranstaltninger i denne henseende.

25 Den forelæggende ret har bemærket, at Domstolen på nuværende tidspunkt endnu ikke har taget stilling til spørgsmålet, om EU-retten, særligt nævnte direktivs artikel 45, stk. 2, er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter national ret er forpligtet til under anvendelse af proportionalitetsprincippet at afgøre, om en tilbudsgiver, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, også faktisk skal udelukkes. Lige så lidt har Domstolen besvaret det spørgsmål, om det herved har betydning, at en ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne har anført, at et ethvert tilbud, som er omfattet af en udelukkelsesgrund, skal afvises uden en indholdsmæssig bedømmelse. Desuden indeholder direktivet ingen bestemmelser om omfanget af domstolskontrollen med afgørelser fra en ordregivende myndighed.

26 Under disse omstændigheder har Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1 a) Er EU-retten, særligt artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18 [...] til hinder for, at en ordregivende myndighed efter national ret er forpligtet til under anvendelse af proportionalitetsprincippet at efterprøve, om en tilbudsgiver, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, faktisk skal udelukkes?

b) Har det herved betydning, at en ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne har medtaget en bestemmelse om, at et tilbud, som omfattes af en udelukkelsesgrund, ikke behandles og ikke kommer i betragtning til en nærmere indholdsmæssig bedømmelse?

2) Såfremt spørgsmål 1a besvares benægtende, er EU-retten da til hinder for, at en national ret ikke, på grundlag af proportionalitetsprincippet, efterprøver den afgørelse, som en ordregivende myndighed i det konkrete tilfælde har truffet, »fuldstændigt«, men nøjes med en »marginal« efterprøvelse af, om den ordregivende myndighed med rimelighed kunne nå frem til den afgørelse, at en tilbudsgiver, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv som omhandlet i direktivets artikel 45, stk. 2, første afsnit, alligevel ikke skal udelukkes?«

Om de præjudicielle spørgsmål

27 Det skal indledningsvis konstateres, at de faktiske omstændigheder i hovedsagen, som er sammenfattet i nærværende doms præmis 12-17, fandt sted før udløbet af fristen den 18. april 2006 for medlemsstaternes gennemførelse af direktiv 2014/24. Det følger heraf, at de præjudicielle spørgsmål tidsmæssigt alene skal bedømmes på grundlag af direktiv 2004/18, som fortolket i Domstolens praksis.

Spørgsmål 1a)

28 I overensstemmelse med Domstolens praksis gælder, at hvad angår de offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18, overlader direktivets artikel 45, stk. 2, anvendelsen af de syv udelukkelsestilfælde, som er indeholdt heri, og som vedrører ansøgernes faglige hæderlighed, solvens og troværdighed, til medlemsstaternes skøn, hvilket udtrykket »fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes« i bestemmelsens indledning vidner om (jf. for så vidt angår artikel 29 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT 1992, L 209, s. 1) dom af 9.2.2006, La Cascina m.fl., C-226/04 og C-228/04, EU:C:2006:94, præmis 21). Endvidere skal medlemsstaterne i henhold til denne artikel 45, stk. 2, andet afsnit, på grundlag af deres nationale ret og under overholdelse af EU-retten fastsætte gennemførelsesbestemmelserne til sidstnævnte stykke (jf. i denne retning dom af 10.7.2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, præmis 35).

29 Artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18 tilsigter således ikke en ensartet anvendelse af de i bestemmelsen nævnte udelukkelsesgrunde inden for EU, for så vidt som medlemsstaterne har mulighed for at undlade at anvende disse udelukkelsesgrunde eller at integrere dem i større eller mindre grad i den nationale lovgivning, på baggrund af retlige, økonomiske eller sociale overvejelser på nationalt plan. Herefter har medlemsstaterne kompetence til at lempe kriterierne i bestemmelsen eller gøre dem mere fleksible (dom af 10.7.2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

30 I det foreliggende tilfælde skal det bemærkes, at hvad angår muligheden for at udelukke en erhvervsdrivende på grundlag af en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af den pågældendes erhverv, har Kongeriget Nederlandene ikke i dets lovgivning fastsat gennemførelsesbestemmelser til nævnte direktivs artikel 45, stk. 2, andet afsnit, men har ved bekendtgørelse overladt udøvelsen af denne mulighed til de ordregivende myndigheder. Den i hovedsagen omhandlede nederlandske lovgivning indrømmer således de ordregivende myndigheder muligheden for at bestemme, at de i nævnte direktivs artikel 45, stk. 2, fastsatte fakultative udelukkelsesgrunde skal finde anvendelse i en udbudsprocedure.

31 Hvad angår grunden til at udelukke en tilbudsgiver fra en kontrakt på grund af en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af den pågældendes erhverv, fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at den nederlandske lovgivning forpligter en ordregivende myndighed, der har fastslået, at der foreligger en sådan fejl hos en tilbudsgiver, til under anvendelse af proportionalitetsprincippet at efterprøve, om den pågældende faktisk skal udelukkes

32 Det fremgår således, at denne efterprøvelse af, om udelukkelsen er forholdsmæssig, indebærer en opblødning i anvendelsen af den udelukkelsesgrund vedrørende en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv, der er fastsat i direktivets artikel 45, stk. 2, litra d), i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 29. Det følger desuden af anden betragtning til direktiv 2004/18, at proportionalitetsprincippet generelt finder anvendelse på udbudsprocedurer.

33 Spørgsmål 1a) skal herefter besvares med, at EU-retten, særligt artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18 ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter en national bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede er forpligtet til under anvendelse af proportionalitetsprincippet at efterprøve, om en ansøger, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, faktisk skal udelukkes.

Spørgsmål 1b)

34 Med spørgsmål 1b) ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om bestemmelserne i direktiv 2004/18, sammenholdt med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen, der følger heraf, skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en ordregivende myndighed beslutter at tildele en offentlig kontrakt til en tilbudsgiver, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, med den begrundelse, at en udelukkelse af denne tilbudsgiver fra udbudsproceduren ville være i strid med proportionalitetsprincippet, mens det fremgår af udbudsbetingelserne vedrørende denne kontrakt, at en tilbudsgiver, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, nødvendigvis skal udelukkes, uden at den forholdsmæssige karakter af denne sanktion skal tages i betragtning.

35 Det fremgår af den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, at en ordregivende myndighed har en bred skønsbeføjelse vedrørende indførelse af gennemførelsesbestemmelser til artikel 45, stk. 2, til direktiv 2004/18, der fastsætter en fakultativ udelukkelsesgrund for alvorlige fejl i forbindelse med udøvelsen af et erhverv, der begås af en erhvervsdrivende, i udbudsdokumenterne og vedrørende den faktiske anvendelse heraf.

36 Det kan ikke udelukkes, at den ordregivende myndighed ved affattelsen af de omhandlede kontraktdokumenter kan være af den opfattelse, at på grundlag af arten af denne kontrakt og den følsomme karakter af de ydelser, der genstand for kontrakten, samt de krav til den erhvervsdrivendes faglige hæderlighed og troværdighed, der følger heraf, skal den omstændighed, at der begås en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af et erhverv, medføre en automatisk afvisning af tilbuddet og en udelukkelse af den tilbudsgiver, der har begået fejlen, under forudsætning af, at proportionalitetsprincippet overholdes ved bedømmelsen af, hvor alvorlig denne fejl er.

37 En sådan klausul, der er indsat i kontraktdokumenterne og utvetydigt affattet, som det er tilfældet med den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure, gør det efter sin art muligt for alle rimeligt velinformerede og normalt påpasselige erhvervsdrivende at få kendskab til den ordregivende myndigheds krav og kontraktbetingelserne og handle derefter.

38 Hvad angår spørgsmålet om den ordregivende myndighed er forpligtet eller blot har en mulighed for i henhold til den relevante nationale lovgivning at efterprøve, efter indgivelsen af tilbud, eller endog efter udvælgelsen af tilbudsgivere, om en udelukkelse efter anvendelse af en udelukkelsesgrund på grund af en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af et erhverv er foreneligt med proportionalitetsprincippet, mens det fremgår af udbudsbetingelserne vedrørende denne kontrakt, at en tilbudsgiver, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, nødvendigvis skal udelukkes, uden at den forholdsmæssige karakter af denne sanktion skal tages i betragtning, skal det bemærkes, at det påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat (jf. i denne retning dom af 10.10.2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis), henset til bl.a. punkt 17 i bilag VII A til direktiv 2004/18.

39 Det følger desuden af ligebehandlingsprincippet, at erhvervsdrivende, der er interesseret i en offentlig kontrakt, skal gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres tilbud og kunne have et nøjagtigt kendskab til procedurens krav og være sikre på, at samme krav gælder for alle ansøgere (jf. i denne retning dom af 2.6.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 36).

40 Tilsvarende indebærer gennemsigtighedsforpligtelsen, at samtlige betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige erhvervsdrivende kan forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde (jf. i denne retning dom af 2.6.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

41 Hvad angår proportionalitetsprøvelsen af udelukkelsen i hovedsagen bemærkes, at visse interesserede erhvervsdrivende, der har kendskab til udelukkelsesgrunden i kontraktdokumenterne, og som er bevidste om, at de har begået en fejl i forbindelse med udøvelsen af deres erhverv, der kan kvalificeres som alvorlig, kunne være fristet til at afgive et tilbud i det håb, at de ikke vil blive udelukket på grundlag af en yderligere undersøgelse af deres situation under anvendelse af proportionalitetsprincippet i overensstemmelse med den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, mens andre, der befinder sig i en sammenlignelig situation, vil afholde sig fra at afgive et sådant tilbud, idet de forlader sig på ordlyden af denne udelukkelsesklausul, der ikke omtaler en sådan proportionalitetsprøvelse.

42 Den sidstnævnte situation vil i særlig grad kunne vedrøre erhvervsdrivende i andre medlemsstater, som har et mindre kendskab til indholdet og anvendelsen af den relevante nationale lovgivning. Dette gælder så meget desto mere i en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor den ordregivende myndigheds forpligtelse til at foretage en proportionalitetsprøvelse af en udelukkelse på grund af en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af et erhverv ikke fremgår af selve ordlyden af bekendtgørelsens artikel 45, stk. 3, men alene i begrundelsen for denne bestemmelse. Ifølge de oplysninger, som den nederlandske regering har fremlagt i forbindelse med sagen for Domstolen, er denne begrundelse ikke i sig selv bindende, men skal blot tages i betragtning ved fortolkningen af nævnte bestemmelse.

43 En undersøgelse af den omhandlede udelukkelsesklausul i lyset af proportionalitetsprincippet, selv om de undersøgte udbudsbetingelser vedrørende denne kontrakt foreskriver afvisning, uden undersøgelse på grundlag af dette princip, af tilbud, der henhører under en sådan udelukkelsesgrund, kan således bringe de interesserede erhvervsdrivende i en usikker situation og skade ligebehandlingsprincippet og overholdelsen af gennemsigtighedsforpligtelsen.

44 Henset til ovenstående betragtninger skal spørgsmål 1b) besvares med, at bestemmelserne i direktiv 2004/18, og navnlig artikel 2 i dette direktiv og punkt 17 i bilag VII A hertil, sammenholdt med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen, der følger heraf, skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en ordregivende myndighed beslutter at tildele en offentlig kontrakt til en tilbudsgiver, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, med den begrundelse, at en udelukkelse af denne tilbudsgiver fra udbudsproceduren ville være i strid med proportionalitetsprincippet, mens det fremgår af udbudsbetingelserne vedrørende denne kontrakt, at en tilbudsgiver, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, nødvendigvis skal udelukkes, uden at den forholdsmæssige karakter af denne sanktion skal tages i betragtning.

Det andet spørgsmål

45 Eftersom besvarelsen af spørgsmål 1b) giver de oplysninger, der er nødvendige for, at den nationale ret kan træffe afgørelse i den tvist, som den er forelagt, er der ikke grundlag for at besvare det andet spørgsmål.

Sagens omkostninger

46 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

1) **EU-retten, særligt artikel 45, stk. 2, i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter er ikke til hinder for, at en ordregivende myndighed efter en national bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede er forpligtet til under anvendelse af proportionalitetsprincippet at efterprøve, om en ansøger, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, faktisk skal udelukkes.**

2) **Bestemmelserne i direktiv 2004/18, og navnlig artikel 2 i dette direktiv og punkt 17 i bilag VII A hertil, sammenholdt med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen, der følger heraf, skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en ordregivende myndighed beslutter at tildele en offentlig kontrakt til en tilbudsgiver, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, med den begrundelse, at en udelukkelse af denne tilbudsgiver fra udbudsproceduren ville være i strid med proportionalitetsprincippet, mens det fremgår af udbudsbetingelserne vedrørende denne kontrakt, at en tilbudsgiver, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv, nødvendigvis skal udelukkes, uden at den forholdsmæssige karakter af denne sanktion skal tages i betragtning.**

Underskrifter