Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

26. september 2019*

»Præjudiciel forelæggelse – artikel 49 TEUF og 56 TEUF – offentlige udbud – direktiv 2014/24/EU – artikel 71 – underentreprise – national lovgivning, hvorefter der kan anvendes underentreprise med hensyn til højst 30% af kontraktens samlede værdi«

I sag C-63/18,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (den regionale forvaltningsdomstol for Lombardiet, Italien) ved afgørelse af 13. december 2017, indgået til Domstolen den 1. februar 2018, i sagen

Vitali SpA

mod

Autostrade per l'Italia SpA,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, E. Regan (refererende dommer), og dommerne C. Lycourgos, E. Juhász, M. Ilešič og I. Jarukaitis,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

– den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocati dello Stato C. Colelli og de V. Nunziata,

– den norske regering ved K.H. Aarvik, H. Røstum og C. Anker, som befuldmægtigede,

– Europa-Kommissionen ved L. Haasbeek, G. Gattinara og P. Ondrůšek, som befuldmægtigede,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

* Processprog: italiensk.

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 49 TEUF og 56 TEUF, artikel 71 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65), som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2015/2170 af 24. november 2015 (EUT 2015, L 307, s. 5) (herefter »direktiv 2014/24«), og proportionalitetsprincippet.

2 Denne anmodning er fremsat i forbindelse med en tvist mellem Vitali SpA og Autostrade per l'Italia SpA vedrørende en afgørelse truffet af sidstnævnte i dennes egenskab af ordregivende myndighed om at udelukke førstnævnte fra en offentlig udbudsprocedure.

Retsforskrifter

EU-retten

3 1., 41., 78., 100. og 105. betragtning til direktiv 2014/24 har følgende ordlyd:

»(1) Tildeling af offentlige kontrakter af eller på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), og navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. For offentlige kontrakter over en bestemt værdi bør der imidlertid fastsættes bestemmelser til samordning af de nationale udbudsprocedurer, så det sikres, at disse principper udmøntes i praksis, og offentlige indkøb åbnes for konkurrence.

[…]

(41) Dette direktiv er ikke til hinder for, at der indføres eller anvendes foranstaltninger, som er nødvendige for at beskytte den offentlige orden, den offentlige sædelighed og den offentlige sikkerhed […], forudsat at disse foranstaltninger er i overensstemmelse med TEUF.

[…]

(78) Offentlige udbud bør tilpasses [små og mellemstore virksomheders (SMV'er)] behov. Ordregivende myndigheder bør tilskyndes til at gøre brug af adfærdskodeksen for offentlige kontrakter i arbejdsdokumentet fra Kommissionens tjenestegrene af 25. juni 2008 med titlen »Europæisk kodeks for bedste praksis for SMV's adgang til offentlige indkøbskontrakter«, hvori der er vejledning i, hvordan de kan anvende rammerne for offentlige udbud på en sådan måde, at SMV'erne får lettere adgang til at deltage. Med henblik herpå og for at øge konkurrencen bør de ordregivende myndigheder tilskyndes til især at opdele kontrakter i delkontrakter. […]

Medlemsstaterne bør fortsat frit kunne gå videre i deres bestræbelser på at fremme SMV'ernes deltagelse i markedet for offentlige udbud ved at udvide pligten til at overveje det hensigtsmæssige i at opdele kontrakter i delkontrakter til at omfatte mindre kontrakter, ved at kræve, at de ordregivende myndigheder giver en begrundelse for en afgørelse om ikke at opdele kontrakter i delkontrakter, eller ved at gøre en opdeling i delkontrakter obligatorisk under visse omstændigheder. Medlemsstaterne bør med samme formål også frit kunne indføre mekanismer for direkte betaling af underleverandører.

[…]

(100) Offentlige kontrakter bør ikke tildeles økonomiske aktører, der har deltaget i en kriminel organisation, eller som er kendt skyldige i korruption eller svig til skade for Unionens finansielle interesser, terrorhandlinger, hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme.[…]

[…]

(105) Det er vigtigt, at underentreprenørernes overholdelse af gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning i henhold til EU-retten, national lovgivning, kollektive aftaler eller i henhold til de internationale miljø-, social- og arbejdsmarkedsmæssige lovbestemmelser, der er nævnt i dette direktiv, forudsat at sådanne regler og deres anvendelse er i overensstemmelse med EU-retten, sikres gennem passende foranstaltninger truffet af de kompetente nationale myndigheder inden for deres ansvarsområder og opgaver, såsom arbejdstilsyn eller miljøbeskyttelsesmyndigheder.

[…]

[…] Endvidere bør det udtrykkeligt angives, at medlemsstaterne bør have mulighed for at gå videre og eksempelvis udvide gennemsigtighedsforpligtelserne, muliggøre direkte betaling til underentreprenører eller sætte ordregivende myndigheder i stand til eller pålægge dem at kontrollere, at underentreprenørerne ikke befinder sig i nogen af de situationer, der kunne begrunde en udelukkelse af økonomiske aktører. […]

Endvidere bør det udtrykkeligt fastsættes, at det fortsat står medlemsstaterne frit for at fastsætte strengere ansvarsregler i henhold til national lovgivning eller til i henhold til national lovgivning at gå videre med direkte betalinger til underentreprenører.«

4 I henhold til artikel 4, litra a), i direktiv 2014/24 gælder direktivet de for udbud, hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger 5 225 000 EUR for offentlige bygge- og anlægskontrakter.

5 Direktivets artikel 18, der har overskriften »Udbudsprincipper«, bestemmer følgende i stk. 1, første afsnit:

»De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.«

6 Direktivets artikel 57, der har overskriften »Udelukkelsesgrunde«, fastsætter i stk. 1, at de ordregivende myndigheder skal udelukke en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis de har fastslået ved en verifikation i henhold til artikel 59-61 eller på anden vis er bekendt med, at den økonomiske aktør ved en endelig dom er dømt for et af de forhold, som er opregnet i bestemmelsen.

7 Artikel 63 i samme direktiv, der har overskriften »Udnyttelse af andre enheders kapacitet«, bestemmer følgende i stk. 1, første afsnit:

»Med hensyn til kriterierne vedrørende økonomisk og finansiel formåen i henhold til artikel 58, stk. 3, og kriterierne vedrørende teknisk og faglig formåen i henhold til artikel 58, stk. 4, kan økonomiske aktører i givet fald og i forbindelse med en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders kapacitet, uanset den retlige karakter af forbindelserne med dem. Med hensyn til kriterier vedrørende de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer, jf. bilag XII, del II, litra f), eller vedrørende den relevante faglige erfaring, kan økonomiske aktører dog kun basere sig på andre enheders kapacitet, når sidstnævnte skal udføre de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, for hvilke disse kapaciteter

kræves. Hvis en økonomisk aktør ønsker at basere sig på andre enheders kapaciteter, skal den godtgøre over for den ordregivende myndighed, at den råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge et tilsagn fra disse enheder i denne forbindelse.«

8 Artikel 71 i direktiv 2014/24, der har overskriften »Underentreprise«, fastsætter:

»1. Underentreprenørernes overholdelse af forpligtelserne, som omhandlet i artikel 18, stk. 2, sikres ved passende foranstaltninger, som de kompetente nationale myndigheder træffer inden for rammerne af deres ansvars- og aktivitetsområde.

2. I udbudsdokumenterne kan den ordregivende myndighed anmode eller kan af en medlemsstat forpligtes til at anmode tilbudsgiveren om i tilbuddet at angive, hvilke dele af en kontrakt han har til hensigt at give i underentreprise til tredjemand, samt hvilke underentreprenører han foreslår.

3. Medlemsstaterne kan bestemme, at den ordregivende myndighed efter anmodning fra underentreprenøren, og hvis kontraktens art giver mulighed herfor, overfører forfaldne betalinger direkte til underentreprenøren for tjenesteydelser, varer eller bygge- og anlægsarbejder, som er leveret til den økonomiske aktør, som den offentlige kontrakt er tildelt til (hovedentreprenøren). Sådanne foranstaltninger kan omfatte passende ordninger, hvorved hovedentreprenøren kan gøre indsigelse mod uretmæssige udbetalinger. Ordningerne i forbindelse med denne betalingsform anføres i udbudsdokumenterne.

4. Stk. 1 til 3 berører ikke hovedentreprenørens ansvar.

5. I forbindelse med bygge- og anlægskontrakter og med tjenesteydelser, der skal leveres ved et anlæg under den ordregivende myndigheds direkte tilsyn, kræver den ordregivende myndighed efter tildelingen af kontrakten og senest når gennemførelsen af kontrakten påbegyndes, at hovedentreprenøren meddeler den ordregivende myndighed navn, kontaktoplysninger og juridiske repræsentanter for sine underentreprenører, der er involveret i de pågældende bygge- og anlægsarbejder, såfremt de kendes på dette tidspunkt. Den ordregivende myndighed kræver, at hovedentreprenøren giver den ordregivende myndighed meddelelse om enhver ændring af disse oplysninger under kontraktens løbetid og om de krævede oplysninger for eventuelle nye underentreprenører, som den senere inddrager i de pågældende bygge- og anlægsarbejder eller de pågældende tjenesteydelser.

Uanset første afsnit kan medlemsstaterne direkte pålægge hovedentreprenøren at fremlægge de krævede oplysninger.

Når det er nødvendigt med henblik på denne artikels stk. 6, litra b), skal de krævede oplysninger ledsages af underentreprenørernes egne erklæringer, jf. artikel 59. Gennemførelsesforanstaltningerne i henhold til nærværende artikels stk. 8 kan fastsætte, at underentreprenører, der anmeldes efter kontraktens tildeling, skal fremlægge attester og anden dokumentation i stedet for egenerklæringen.

Første afsnit gælder ikke for leverandører.

De ordregivende myndigheder kan udvide eller kan anmodes af medlemsstaterne om at udvide de forpligtelser, der er omhandlet i første afsnit, f.eks. til:

a) vareindkøbskontrakter, til tjenesteydelseskontrakter, bortset fra kontrakter, der vedrører tjenesteydelser, der leveres ved anlæggene under den ordregivende myndigheds direkte tilsyn, eller til leverandører, der er involveret i bygge- og anlægskontrakter eller tjenesteydelseskontrakter

b) underentreprenører til hovedentreprenørens underentreprenører eller længere nede ad underentreprenørkæden.

6. Med henblik på at undgå tilsidesættelse af de forpligtelser, der er omhandlet i artikel 18, stk. 2, kan der træffes passende foranstaltninger, som f.eks.:

a) Når en medlemsstats nationale lovgivning foreskriver en mekanisme for solidarisk hæftelse mellem underentreprenører og hovedentreprenøren, sikrer medlemsstaten, at de pågældende regler anvendes i overensstemmelse med betingelserne i artikel 18, stk. 2.

b) De ordregivende myndigheder kan i overensstemmelse med artikel 59, 60 og 61 kontrollere, eller kan af medlemsstaterne anmodes om at kontrollere, om der er grunde til at udelukke underentreprenører i henhold til artikel 57. I sådanne tilfælde kræver den ordregivende myndighed, at den økonomiske aktør erstatter en underentreprenør, med hensyn til hvilken kontrollen har vist, at der foreligger obligatoriske udelukkelsesgrunde. Den ordregivende myndighed kan kræve eller kan anmodes af en medlemsstat om at kræve, at den økonomiske aktør erstatter en underentreprenør, med hensyn til hvilken kontrollen har vist, at der foreligger ikkeobligatoriske udelukkelsesgrunde.

7. Medlemsstaterne kan i deres nationale lovgivning fastsætte strengere ansvarsregler eller gå videre i den nationale lovgivning med hensyn til direkte betalinger til underentreprenører, f.eks. ved at træffe bestemmelse om direkte betalinger til underentreprenører, uden at de er nødt til at anmode om en sådan direkte betaling.

8. Medlemsstater, der har valgt at træffe foranstaltninger i henhold til stk. 3, 5 eller 6, skal ved hjælp af love eller administrative bestemmelser og under hensyntagen til EU-retten fastlægge gennemførelsesbestemmelser for disse foranstaltninger. Medlemsstater, der gør dette, kan begrænse anvendelsesområdet f.eks. til visse typer af kontrakter, visse kategorier af ordregivende myndigheder eller økonomiske aktører eller til bestemte beløb.«

Italiensk ret

9 Artikel 105, stk. 2, tredje punktum, i decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (lovdekret nr. 50 – lov om offentlige kontrakter) af 18. april 2016 (almindeligt tillæg til GURI nr. 91 af 19.4.2016, herefter »lovdekret nr. 50/2016«) bestemmer:

»Eventuel underentreprise må ikke overskride en andel på 30% af den samlede værdi for en bygge- og anlægskontrakt, tjenesteydelseskontrakt eller vareindkøbskontrakt, jf. dog stk. 5.«

10 Artikel 105, stk. 5, i lovdekret nr. 50/2016 har følgende ordlyd:

»Med hensyn til de i artikel 89, stk. 11, omhandlede arbejder og med forbehold for de begrænsninger, der er fastsat i samme bestemmelse, må eventuel underentreprise ikke overskride en andel på 30% af arbejdernes værdi, og den må ikke underinddeles uden objektiv begrundelse.«

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

11 Ved udbudsbekendtgørelse offentliggjort i august 2016 indledte selskabet Autostrade per l'Italia en begrænset udbudsprocedure med henblik på tildeling af bygge- og anlægskontrakten om udvidelse af det femte spor på motorvej A 8 fra betalingsstationen i Milano Nord (Italien) til sammenfletningen i Lainate (Italien) med en kontraktværdi på 85 211 216,84 EUR eksklusive moms.

12 Selskabet Vitali blev udelukket fra udbudsproceduren, fordi det overskred den maksimale grænse på 30% for underentreprise, som er fastsat i artikel 105, stk. 2, i lovdekret nr. 50/2016.

13 Vitali har anlagt sag ved den forelæggende ret bl.a. med påstand om, at selskabet på ny skulle optages i udbudsproceduren.

14 Ved mellemdom af 5. januar 2018 har den forelæggende ret forkastet samtlige de klagepunkter, som Vitali havde anført til støtte for sit søgsmål, med undtagelse af et anbringende om, at den i den italienske lovgivning fastsatte grænse på 30% for underentreprise ikke er i overensstemmelse med EU-retten.

15 Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt denne kvantitative begrænsning er forenelig med artikel 49 TEUF, artikel 56 TEUF, artikel 71 i direktiv 2014/24 og proportionalitetsprincippet.

16 Den forelæggende ret har anført, at Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) i denne henseende har udtalt, at den nationale lovgiver på området for underentreprise kan fastsætte strengere begrænsninger i forhold til de relevante EU-bestemmelser, for så vidt som disse strengere begrænsninger er begrundet i dels princippet om social bæredygtighed, dels de værdier, som er fastsat i artikel 36 TEUF, herunder bl.a. hensynet til den offentlige orden og den offentlige sikkerhed. Den forelæggende ret har endvidere fremhævet, at Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) er af den opfattelse, at Domstolens praksis om kvantitative begrænsninger for underentreprise i forbindelse med offentlige kontrakter, hvilken praksis vedrører 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), ikke finder anvendelse i forbindelse med direktiv 2014/24.

17 Imidlertid har den forelæggende ret ligeledes anført, at direktiv 2014/24 lige som Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«) (EUT 2004, L 134, s. 1) og direktiv 2004/18 ikke fastsætter nogen kvantitativ begrænsning for underentreprise. Ifølge den forelæggende ret kan en bestemmelse om et generelt loft for underentreprise på 30% af den samlede kontraktværdi gøre adgangen til offentlige udbud vanskeligere for virksomheder, navnlig små og mellemstore virksomheder, hvilket udgør en hindring for udøvelsen af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Denne grænse fastsættes abstrakt til en vis procentdel af kontrakten og uafhængigt af muligheden for at efterprøve den eventuelle formåen hos underentreprenører og uden nogen angivelse af den særlige karakter af de opgaver, som er berørt.

18 Den forelæggende ret er derfor i tvivl om, hvorvidt den omhandlede nationale lovgivning går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde de formål, der forfølges.

19 På denne baggrund har Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (den regionale forvaltningsdomstol for Lombardiet) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er princippet om etableringsfriheden og princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser i artikel 49 [TEUF] og 56 [TEUF], artikel 71 i [direktiv 2014/24], der ikke fastlægger kvantitative begrænsninger for underentreprise, samt det EU-retlige proportionalitetsprincip til hinder for anvendelsen af nationale bestemmelser om offentlige kontrakter, såsom den italienske bestemmelse i artikel 105, stk. 2, tredje afsnit, i [lovdekret nr. 50/2016], hvorefter underentreprise ikke må overskride en andel på 30% af den samlede værdi for en bygge- og anlægskontrakt, tjenesteydelseskontrakt eller vareindkøbskontrakt?«

20 Den forelæggende rets anmodning om fremskyndet behandling af dens anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 105, stk. 1, i Domstolens procesreglement blev afvist ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 8. marts 2018, Vitali (C-63/18, ikke trykt i Sml., EU:C:2018:199).

Det præjudicielle spørgsmål

21 Med det rejste spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 49 TEUF, artikel 56 TEUF og direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter tilbudsgivere højst kan give 30% af kontrakten i underentreprise til tredjemand.

22 Det skal indledningsvis bemærkes, at det præjudicielle spørgsmål skal besvares i henhold til direktiv 2014/24, eftersom værdien eksklusive moms af den i hovedsagen omhandlede kontrakt er højere end den tærskel på 5 225 000 EUR, der er foreskrevet i dette direktivs artikel 4, litra a).

23 Det skal bemærkes, at dette direktiv, således som det i det væsentlige følger af første betragtning hertil, har til formål i forbindelse med tildeling af offentlige kontrakter at sikre overholdelsen af navnlig princippet om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, særligt ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, proportionalitet og gennemsigtighed, og at sikre, at offentlige indkøb åbnes for konkurrence.

24 I denne henseende foreskriver det nævnte direktiv udtrykkeligt i artikel 63, stk. 1, at tilbudsgivere har mulighed for på visse betingelser at basere sig på andre enheders kapacitet med henblik på at opfylde visse kriterier for udvælgelse af økonomiske aktører.

25 Samme direktivets artikel 71, som specifikt vedrører underentreprise, fastsætter endvidere i stk. 2, at den ordregivende myndighed kan anmode eller af en medlemsstat kan forpligtes til at anmode tilbudsgiveren om i tilbuddet at angive, hvilke dele af en kontrakt han har til hensigt at give i underentreprise til tredjemand, samt hvilke underentreprenører han foreslår.

26 Det følger heraf, at direktiv 2014/24 ligesom direktiv 2004/18, som det har ophævet, fastsætter muligheden for, at tilbudsgiverne kan anvende underleverandører til at udføre kontrakten, hvis betingelserne i direktivet er opfyldt (jf. i denne retning vedrørende direktiv 2004/18 dom af 14.7.2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, præmis 31-33).

27 Ifølge fast retspraksis, og således som det følger af 78. betragtning til direktiv 2014/24, er det i Unionens interesse, at flere bydende kan deltage i en udbudsprocedure i forbindelse med offentlige kontrakter. Brugen af underentrepriser, som kan gøre det lettere for små og mellemstore virksomheder at deltage i offentlige udbud, bidrager til opnåelsen af dette mål (jf. i denne retning dom af 5.4.2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

28 Endvidere har Domstolen fastslået i præmis 35 i dom af 14. juli 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562), som angik fortolkningen af direktiv 2004/18, at en klausul i udbudsbetingelserne for en offentlig bygge- og anlægskontrakt, som pålægger begrænsninger i anvendelsen af underentreprenører hvad angår en del af kontrakten, der er fastsat abstrakt til en vis procentdel af nævnte kontrakt og uafhængigt af muligheden for at efterprøve den eventuelle formåen hos underentreprenører og uden nogen angivelse af den særlige karakter af de opgaver, som er berørt, er uforenelig med dette direktiv, som fandt anvendelse i forbindelse med den tvist, som havde givet anledning til den nævnte dom.

29 Det skal i denne forbindelse nævnes, at selv om artikel 71 i direktiv 2014/24 i det væsentlige er enslydende med artikel 25 i direktiv 2004/18, fastsætter den ikke desto mindre yderligere regler vedrørende underentreprise. Den nævnte artikel 71 fastsætter navnlig muligheden for, at den ordregivende myndighed kan anmode eller af en medlemsstat kan blive forpligtet til at anmode tilbudsgiveren om at oplyse om sine hensigter vedrørende underentreprise, og muligheden for den ordregivende myndighed for på visse betingelser at overføre forfaldne betalinger direkte til underentreprenøren for tjenesteydelser, varer eller bygge- og anlægsarbejder, som er leveret til hovedentreprenøren. Endvidere bestemmer artikel 71, at de ordregivende myndigheder kan

kontrollere, eller af medlemsstaterne kan anmodes om at kontrollere, om der er grunde til at udelukke underentreprenører i henhold til samme direktivs artikel 57, bl.a. som følge af deltagelse i en kriminel organisation, korruption eller svig.

30 Imidlertid kan det ikke udledes af EU-lovgivers hensigt om med vedtagelsen af disse regler at præcisere yderligere, i hvilke situationer tilbudsgiveren kan bruge underentreprise, at medlemsstaterne nu har mulighed for at begrænse brugen af underentreprise til en andel af kontrakten, som er fastsat abstrakt til en vis procentdel heraf, i lighed med den begrænsning, der er indført ved den i hovedsagen omhandlede lovgivning.

31 I denne henseende har den italienske regering gjort gældende, at det står medlemsstaterne frit for at fastsætte andre foranstaltninger end dem, som specifikt er opregnet i direktiv 2014/24, med henblik på bl.a. at sikre, at princippet om gennemsigtighed overholdes i forbindelse med offentlige udbudsprocedurer, idet dette princip er tillagt særlig betydning i dette direktiv.

32 Den italienske regering har nærmere bestemt fremhævet den omstændighed, at den i hovedsagen omhandlede begrænsning for underentreprise er begrundet, henset til de særlige omstændigheder, der gør sig gældende i Italien, hvor underentreprise altid har været et middel til at realisere kriminelle hensigter. Ved at begrænse den del af kontrakten, som kan gives i underentreprise, gør den nationale lovgivning deltagelsen i offentlige indkøb mindre attraktiv for kriminelle organisationer, hvilket vil kunne forhindre infiltration fra mafiaens side i forbindelse med offentlige indkøb og således beskytte den offentlige orden.

33 Det er korrekt, som den italienske regering har bemærket, at det udtrykkeligt fremgår af 41. og 105. betragtning til direktiv 2014/24 og af visse bestemmelser i dette direktiv, såsom artikel 71, stk. 7, at medlemsstaterne i deres nationale lovgivning frit kan fastsætte regler, som på visse punkter er strengere end dem, som vedrørende underentreprise er fastsat i direktivet, forudsat at disse førstnævnte regler er forenelige med EU-retten.

34 Det er ligeledes korrekt, som det bl.a. følger af de kriterier for kvalitativ udvælgelse, som er fastsat i direktiv 2014/24, navnlig udelukkelsesgrundene i artikel 57, stk. 1, at EU-lovgiver med vedtagelsen af sådanne bestemmelser har ønsket at undgå, at de økonomiske aktører, som har modtaget en endelig dom på de i henhold til denne artikel fastsatte betingelser, deltager i en udbudsprocedure.

35 41. betragtning til direktiv 2014/24 foreskriver, at dette direktiv ikke er til hinder for, at der indføres eller anvendes foranstaltninger, som er nødvendige for bl.a. at beskytte den offentlige orden, den offentlige sædelighed og den offentlige sikkerhed, forudsat at disse foranstaltninger er i overensstemmelse med EUF-traktaten, mens 100. betragtning til direktivet præciserer, at offentlige kontrakter ikke bør tildeles bl.a. økonomiske aktører, der har deltaget i en kriminel organisation.

36 Ifølge Domstolens faste praksis skal medlemsstaterne endvidere indrømmes en vis skønsbeføjelse med henblik på vedtagelse af foranstaltninger, der sikrer overholdelsen af kravet om gennemsigtighed, som er bindende for de ordregivende myndigheder i forbindelse med enhver offentlig udbudsprocedure. Hver enkelt medlemsstat er nemlig bedst i stand til i lyset af dens særlige historiske, retlige, økonomiske eller sociale forhold at identificere situationer, der fremmer adfærd, som kan indebære brud på dette krav (jf. i denne retning dom af 22.10.2015, Impresa Edilux og SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

37 Nærmere bestemt har Domstolen allerede fastslået, at bekæmpelsen af den organiserede kriminalitets infiltration på området for tildeling af offentlige kontrakter er et legitimt mål, som kan begrunde en restriktion af de af EUF-traktatens grundlæggende regler og generelle principper, som finder anvendelse i forbindelse med offentlige udbudsprocedurer (jf. i denne retning dom af 22.10.2015, Impresa Edilux og SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, præmis 27 og 28).

38 Selv såfremt en kvantitativ restriktion af brugen af underentreprise kunne anses for egnet til at bekæmpe organiseret kriminalitets infiltration, går en restriktion som den i hovedsagen omhandlede under alle omstændigheder ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde dette formål.

39 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at de ordregivende myndigheder under hele proceduren skal overholde de udbudsprincipper, der er fastsat i artikel 18 i direktiv 2014/24, herunder navnlig ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet (dom af 20.9.2018, Montte, C-546/16, EU:C:2018:752, præmis 38).

40 Således som det er blevet anført i nærværende doms præmis 30, indebærer den nationale lovgivning et generelt og abstrakt forbud mod brug af underentreprise over en fast procentdel af den pågældende kontrakts værdi, således at forbuddet finder anvendelse, uanset hvilken økonomisk sektor den omhandlede kontrakt vedrører, anlægsarbejdernes karakter og underentreprenørernes identitet. Endvidere giver et sådant forbud ikke mulighed for, at den ordregivende enhed kan foretage en vurdering fra sag til sag (jf. analogt dom af 5.4.2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, præmis 54 og 55).

41 Det følger heraf, at en tilbudsgiver i henhold til en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede med hensyn til enhver kontrakt selv skal stå for en betydelig andel af de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, idet vedkommende ellers automatisk vil blive udelukket fra udbudsproceduren, herunder i tilfælde hvor den ordregivende enhed er i stand til at kontrollere de pågældende underentreprenørers identiteter, og den efter en sådan kontrol vurderer, at et sådant forbud ikke er nødvendigt for at bekæmpe organiseret kriminalitet i forbindelse med den omhandlede kontrakt.

42 Således som Kommissionen har fremhævet, kan det mål, som den italienske lovgiver forfølger, nås med mindre restriktive foranstaltninger såsom de i artikel 71 i direktiv 2014/24 fastsatte, som er nævnt i nærværende doms præmis 29. Som den forelæggende ret har anført, er der i italiensk lovgivning i øvrigt allerede truffet mange foranstaltninger, som udtrykkeligt forbyder virksomheder, der mistænkes for at være tilknyttet mafiaen eller i hvert fald for at have forbindelse med de største kriminelle organisationer, som opererer i Italien, at deltage i offentlige udbud.

43 En restriktion af brugen af underentreprise som den i hovedsagen omhandlede kan derfor ikke anses for at være forenelig med direktiv 2014/24.

44 Denne konklusion kan ikke drages i tvivl af det argument, som den italienske regering har anført, hvorefter den kontrol, som den ordregivende myndighed skal foretage i henhold til national ret, er ineffektiv. En sådan omstændighed – således som det synes at fremgå af den italienske regerings egne bemærkninger – som følger af de særlige regler for disse kontroller, ændrer således ikke ved, at den i hovedsagen omhandlede nationale foranstaltning er restriktiv. Endvidere har den italienske regering på ingen måde i forbindelse med den foreliggende sag godtgjort, at de forskellige regler i artikel 71 i direktiv 2014/24, hvorefter medlemsstaterne kan begrænse brugen af underentreprise, og de grunde til udelukkelse af underentreprenører, der følger af samme direktivs artikel 57, og som direktivets artikel 71, stk. 6, litra b), henviser til, ikke kan gennemføres således, at det formål, der forfølges med den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, nås.

45 Henset til ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter tilbudsgivere højst kan give 30% af kontrakten i underentreprise til tredjemand.

Sagsomkostninger

46 Da sagen i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra de 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 (Femte Afdeling) for ret:

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2015/2170 af 24. november 2015, skal fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, hvorefter tilbudsgivere højst kan give 30% af kontrakten i underentreprise til tredjemand.

Underskrifter