Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Ottende Afdeling)

26. september 2024*

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – direktiv 2004/18/EF – artikel 47, stk. 3 – artikel 48, stk. 4 – udelukkelse af en tilbudsgiver fra udbudsproceduren – ikke mulighed for at reducere den oprindelige sammensætning af en midlertidig sammenslutning af virksomheder, der har afgivet et tilbud – uforenelighed – varigheden af et tilbuds gyldighed – udløbet tilbud ikke bortfaldet – retslig forpligtelse til udtrykkeligt at tilbagekalde dette tilbud – fortabelse af den midlertidige garanti, som nævnte bud ledsages af – automatisk anvendelse af denne foranstaltning – artikel 2 – principper for indgåelse af offentlige kontrakter – proportionalitetsprincippet – ligebehandlingsprincippet – gennemsigtighedsforpligtelse – tilsidesættelse«

I de forenede sager C-403/23 og C-404/23,

angående anmodninger om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) ved afgørelser af 16. juni 2023, indgået til Domstolen den 30. juni og den 3. juli 2023, i sagerne

Luxone Srl, i eget navn som repræsentant for den midlertidig sammenslutning af virksomheder, som skal oprettes med Iren Smart Solutions SpA (C-403/23),

Sofein SpA, tidligere Gi One SpA (C-404/23)

mod

Consip SpA,

procesdeltagere:

Elba Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni SpA,

Sofein SpA, tidligere Gi One SpA (C-403/23),

Iren Smart Solutions SpA,

Consorzio Stabile Energie Locali Scarl,

City Green Light Srl,

Enel Sole Srl,

* Processprog: italiensk.

Luxone Srl (C-404/23),

har

DOMSTOLEN (Ottende Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, N. Piçarra, og dommerne N. Jääskinen og M. Gavalec (refererende dommer),

generaladvokat: P. Pikamäe

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

– Luxone Srl, i eget navn som repræsentant for den midlertidig sammenslutning af virksomheder, som skal oprettes med Iren Smart Solutions SpA, samt for Sofein SpA, ved avvocato P. Leozappa,

– den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocati dello Stato A. De Curtis, L. Fiandaca og D.G. Pintus,

– Europa-Kommissionen ved G. Gattinara og G. Wils, som befuldmægtigede,

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

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af 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, berigtiget i EUT 2004, L 351, s. 44), artikel 6 TEU, artikel 49 TEUF, 50 TEUF, 54 TEUF og 56 TEUF, artikel 16, 49, 50 og 52 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) samt artikel 4 i protokol nr. 7 til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Strasbourg den 22. november 1984.

2 Disse anmodninger er blevet indleveret som led i tvister mellem på den ene side henholdsvis Luxone Srl, som handler i eget navn og som repræsentant for den midlertidig sammenslutning af virksomheder, der skal oprettes med Iren Smart Solutions SpA, i sag C-403/23, og Sofein SpA, tidligere Gi One SpA, i sag C-404/23 og på den anden side den samme ordregivende myndighed, Consip SpA, vedrørende de afgørelser, hvorved sidstnævnte dels udelukkede den midlertidige sammenslutning af virksomheder, som Luxone og Sofein var en del af, fra en udbudsprocedure, dels udløste den midlertidige garanti, som medlemmerne af denne midlertidige sammenslutning havde stillet med henblik på deres deltagelse i denne procedure.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2004/18

3 2. og 32. betragtning til direktiv 2004/18 havde følgende ordlyd:

»(2) 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.

[...]

(32) For at gøre det lettere for små og mellemstore virksomheder [SMV'er] at deltage i offentlige udbud bør der fastsættes bestemmelser om underentreprise.«

4 Under overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter« bestemte dette direktivs artikel 2 følgende:

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

5 Nævnte direktivs artikel 4 med overskriften »Økonomiske aktører« fastsatte i stk. 2:

»Grupper af økonomiske aktører kan være tilbudsgivere eller ansøgere. I forbindelse med afgivelse af et tilbud eller indgivelse af en ansøgning om deltagelse kan de ordregivende myndigheder ikke kræve, at grupper af økonomiske aktører antager en bestemt retlig form, men den udvalgte gruppe kan være nødsaget til at antage en bestemt retlig form, når den har fået tildelt kontrakten, i det omfang det er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende opfyldelse af denne.«

6 Under overskriften »Ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold« havde direktivets artikel 45, stk. 2, følgende ordlyd:

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

[...]

c) som ved en retskraftig dom ifølge landets retsforskrifter er dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed

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

[...]

g) som svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kan kræves i henhold til denne afdeling, eller som har undladt at give disse oplysninger.

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

7 Artikel 47 i direktiv 2004/18 med overskriften »Økonomisk og finansiel formåen« bestemte følgende i stk. 2 og 3:

»2. En økonomisk aktør kan i givet fald og for en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders formåen uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem aktøren selv og disse enheder. Aktøren skal i så fald godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders forpligtelser i så henseende.

3. En sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i artikel 4 kan på samme vilkår basere sig på sammenslutningens deltageres formåen eller andre enheders deltageres formåen.«

8 Dette direktivs artikel 48 med overskriften »Teknisk og/eller faglig formåen« fastsatte:

»1. De økonomiske aktørers tekniske og/eller faglige formåen vurderes og efterprøves i overensstemmelse med stk. 2 og 3.

[...]

3. En økonomisk aktør kan i givet fald og for en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders formåen uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem aktøren selv og disse enheder. Den skal i så fald godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han råder over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens udførelse, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders tilsagn om at stille de nødvendige ressourcer til rådighed for den økonomiske aktør.

4. En sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i artikel 4 kan på samme vilkår basere sig på sammenslutningens deltageres formåen eller andre enheders formåen.«

9 Under overskriften »Oplysninger, der skal angives i udbudsbekendtgørelser« fastsatte bilag VII A til nævnte direktiv i punkt 14 og 21 i afsnittet vedrørende »Udbudsbekendtgørelse«, at en udbudsbekendtgørelse skulle omtale henholdsvis »[i] givet fald [den] sikkerhedsstillelse og [de] garantier, som forlanges« og den »[p]eriode, i hvilken tilbudsgiver er forpligtet til at vedstå sit bud (offentligt udbud)«.

Direktiv 2004/17

10 Ifølge artikel 3-9 i 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 (EUT 2004, L 134, s. 1) fandt dette direktiv anvendelse på offentlige kontrakter vedrørende en eller flere aktiviteter på følgende områder: gas, varme og elektricitet, transporttjenester og posttjenester samt efterforskning efter og udvinding af olie, gas, kul og andet fast brændsel.

11 Artikel 11, stk. 2, i direktiv 2004/17 havde samme ordlyd som artikel 4, stk. 2, i direktiv 2004/18, idet alene udtrykket »ordregivende myndigheder« var erstattet med en henvisning til »ordregiverne«.

Italiensk ret

12 Decreto legislativo n.°163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lovdekret nr. 163 om lov om offentlige bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser og indkøb til gennemførelse af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF) af 12. april 2006 (GURI nr. 100 af 2.5.2006, det almindelige tillæg nr. 107) (herefter »den gamle lov om offentlige kontrakter«) indeholdt en artikel 11 med overskriften »Udbudsprocedurernes faser«, som bestemte følgende i stk. 6:

»En tilbudsgiver kan kun afgive ét bud. Tilbuddet er bindende for tilbudsgiveren i den i bekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive tilbud anførte frist og i 180 dage fra udløbet af fristen for at afgive tilbud, såfremt ingen frist er angivet. Ordregiveren kan anmode tilbudsgiverne om forlængelse af denne frist.«

13 Artikel 37 i den gamle lov om offentlige kontrakter med overskriften »Midlertidige sammenslutninger og almindelige konsortier af konkurrenter« bestemte i stk. 8-10, 18 og 19:

»8. De i artikel 34, stk. 1, litra d) og e), anførte personer kan afgive et tilbud, selv om de endnu ikke er oprettet. I dette tilfælde skal tilbuddet underskrives af alle de økonomiske aktører, som de midlertidige sammenslutninger eller de almindelige konsortier af konkurrenter består af, og disse aktører forpligter sig herved, såfremt de får tildelt kontrakten, til at give en særlig kollektiv fuldmagt til en af deltagerne heri, som udpeges i tilbuddet og benævnes repræsentant, og som indgår kontrakten i sit navn og på egne og fuldmagtsgivernes vegne.

9. [...] Med forbehold af bestemmelserne i stk. 18 og 19 er enhver ændring af sammensætningen af de midlertidige sammenslutninger eller de almindelige konsortier af konkurrenter i forhold til den, som følger af den under udbuddet påtagne forpligtelse, forbudt.

10. Tilsidesættelse af de i foregående stykke anførte forbud indebærer, at tildelingen af kontrakten annulleres, eller at kontrakten er ugyldig, ligesom de konkurrenter, der samtidigt med eller efter samme udbudsprocedure er samlet i en sammenslutning eller et almindeligt konsortium af konkurrenter, udelukkes.

[...]

18. Såfremt repræsentanten går konkurs, eller, når der er tale om en individuel entreprenør, ved dennes død, forbud, manglende formåen eller fallit eller i de lovgivningen om bekæmpelse af

organiseret kriminalitet fastsatte tilfælde kan den ordregivende myndighed fortsætte udbudskontrakten med en anden økonomisk aktør, der udpeges som »repræsentant« efter de i denne lov fastsatte regler, forudsat at denne aktør opfylder de passende kvalifikationskrav vedrørende det bygge- og anlægsarbejde, de tjenesteydelser eller de indkøb, der fortsat skal gennemføres. Såfremt disse betingelser ikke er opfyldt, kan den ordregivende myndighed vælge at opsige den offentlige kontrakt.

19. Såfremt en af repræsentanterne går konkurs, eller, når der er tale om en individuel entreprenør, ved dennes død, forbud, manglende formåen eller fallit eller i de lovgivningen om bekæmpelse af organiseret kriminalitet fastsatte tilfælde skal repræsentanten, såfremt den pågældende ikke udpeger en anden indtrædende økonomisk aktør, der opfylder de fastsatte krav til egnethed, sikre gennemførelsen af kontrakten enten direkte eller gennem andre repræsentanter, forudsat at disse opfylder de passende kvalifikationskrav vedrørende det bygge- og anlægsarbejde, de tjenesteydelser eller de indkøb, der fortsat skal gennemføres.«

14 Under overskriften »Generelle betingelser« indeholdt denne lovs artikel 38 et stk. 1, litra f), med følgende ordlyd:

»Personer udelukkes fra deltagelse i procedurerne for tildeling af offentlige koncessioner og indgåelse af offentlige bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter og kan ikke tildeles underleverandørkontrakter eller indgå hermed forbundne kontrakter, såfremt de:

[...]

f) ifølge den ordregivende myndigheds begrundede vurdering har gjort sig skyldig i en alvorlig forsømmelse eller udvist ond tro ved gennemførelsen af de ydelser, som den ordregivende myndighed, der har offentliggjort udbudsbekendtgørelsen, har tildelt, eller ved udøvelsen af deres erhverv har begået en alvorlig fejl, som den ordregivende myndighed har fastslået med enhver form for bevis [...]«

15 Nævnte lovs artikel 48 med overskriften »Kontrol af, om betingelserne er overholdt«, fastsatte i stk. 1:

»Inden kuverterne med de afgivne tilbud åbnes, anmoder de ordregivende myndigheder et antal tilbudsgivere svarende til i hvert fald 10% af de afgivne bud, afrundet til det nærmeste større tal, som udvælges ved offentlig lodtrækning, om inden for ti dage fra tidspunktet for denne anmodning at føre bevis for, at de opfylder de krav til økonomisk, finansiel og teknisk/organisatorisk formåen, der måtte være fastsat i udbudsbekendtgørelsen, ved fremlæggelse af de i denne udbudsbekendtgørelse eller i denne forespørgsel anførte dokumenter. Under kontrollen efterprøver de ordregivende myndigheder, om tilbudsgiverne opfylder kravene for at kunne kvalificeres til at gennemføre arbejdet, ved hjælp af det i artikel 7, stk. 10, omhandlede IT-register eller gennem den side, som ministeriet for infrastruktur og transport fører over kontrakter, der er tildelt hovedentreprenører. For leverandører eller tjenesteydere foretages kontrollen af opfyldelsen af kravet i denne lovs artikel 42, stk. 1, litra a), ved hjælp af den nationale database over offentlige kontrakter som omhandlet i denne lovs artikel 6a. Når dette bevis ikke fremlægges, eller når det ikke bekræfter erklæringerne i ansøgningen om deltagelse eller tilbuddet, udelukker de ordregivende myndigheder ansøgeren eller tilbudsgiveren fra udbudsproceduren, udløser den hermed forbundne midlertidige garanti og anmelder denne omstændighed til myndigheden med henblik på de i artikel 6, stk. 11, omhandlede foranstaltninger. Myndigheden udsætter ligeledes [retten til] deltagelse i udbudsprocedurer i 1-12 måneder.«

16 Samme lovs artikel 75 med overskriften »Garantier, der ledsager tilbuddet«, var affattet således:

»1. Tilbuddet ledsages af en garanti svarende til 2% af basisprisen anført i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen i form af deponering eller kaution efter tilbudsgiverens valg […]

[…]

6. Garantien dækker den manglende undertegnelse af kontrakten, som kan tilskrives den person, der har fået tildelt kontrakten, og frigives automatisk ved kontraktens undertegnelse.

[…]

9. I den akt, hvormed den ordregivende myndighed giver de ikke valgte tilbudsgivere meddelelse om tildelingen af kontrakten, meddeler denne myndighed dem samtidig, at den i stk. 1 omhandlede garanti frigives straks og under alle omstændigheder inden for maksimalt 30 dage efter tildelingen af kontrakten, også selv om garantiens gyldighed endnu ikke er udløbet.«

Tvisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

17 Ved bekendtgørelse offentliggjort den 21. december 2015 iværksatte Consip en åben udbudsprocedure med henblik på indgåelse af en kontrakt, der bestod af 12 dele, vedrørende levering af belysning samt tilknyttede og valgfrie tjenesteydelser.

18 En midlertidig sammenslutning af virksomheder, som skulle oprettes, hvori Luxone var hovedleverandør (herefter »Luxone-sammenslutningen«), afgav et tilbud for 4 af de 12 dele. Denne sammenslutning omfattede ligeledes Consorzio Stabile Energie Locali Scarl (herefter »CSEL«), Iren Servizi e Innovazione SpA (nu Iren Smart Solutions), Gestione Integrata Srl og Exitone SpA.

19 Ved skrivelse af 28. september 2018 anmodede Gi One, nu Sofein, Consip om at notere, at dette selskab efterfulgte Exitone og Gestione Integrata »i alle disses rettigheder og forpligtelser«.

20 Selv om Consip ved indledningen af proceduren for kontrol af unormale forhold ved tilbuddene forbeholdt sig retten til at vurdere, om Exitone uden afbrydelse opfyldte de generelle krav, der var fastsat i artikel 38 i den gamle lov om offentlige kontrakter, indledte denne myndighed ikke en efterfølgende procedure.

21 Den i hovedsagerne omhandlede udbudsprocedure, som skulle afsluttes senest den 18. april 2017, var genstand for otte forlængelser, der havde til »formål at give Consip den fornødne tid til at afslutte proceduren«. Hver forlængelse medførte et behov for at bekræfte de indgåede tilbud, som i mellemtiden var udløbet, og for at forlænge de midlertidige garantier, der ledsagede disse tilbud.

22 Efter at den syvende anmodning om bekræftelse blev fremsat den 2. marts 2020, meddelte medlemmerne af Luxone-sammenslutningen ved skrivelse af 30. marts 2020 Consip, at Luxone og Iren Smart Solutions i modsætning til Sofein og CSEL bekræftede de tilbud, som de tidligere havde indgivet. Sidstnævnte anførte i det væsentlige, at de tilbud, der var blevet afgivet i 2016,

henset til varigheden af forberedelserne til tildelingen af den i hovedsagerne omhandlede kontrakt, »nu ikke længere [ville være] levedygtige ud fra et kommercielt synspunkt eller ud fra en god og forsigtig virksomhedsledelse«.

23 Ved skrivelse af 9. juni 2020 anmodede Consip for ottende gang alle Luxone-sammenslutningens medlemmer om at bekræfte det tilbud, som var udløbet, samt om forlængelse af gyldigheden af den midlertidige garanti vedrørende disse til den 30. november 2020.

24 Ved skrivelse af 18. juni 2020, som Consip ikke besvarede, gentog Luxone og Iren Smart Solutions deres tilbud, idet de anførte, at Sofein og CSEL for deres del ikke ønskede at bekræfte tilbuddene.

25 Ved skrivelse af 30. september 2020 indledte Consip en procedure for at kontrollere, om betingelsen i artikel 38, stk. 1, i den gamle lov om offentlige kontrakter var opfyldt, og for at vurdere, om det var lovligt, at Sofein og CSEL havde trukket sig. Consip fandt nemlig, at disse to selskaber ulovligt havde »trukket« sig fra Luxone-sammenslutningen, eftersom de ikke havde bekræftet deres tilbud.

26 Ved afgørelse af 11. november 2020 (herefter »udelukkelsesafgørelsen af 11. november 2020«) udelukkede Consip Luxone-sammenslutningen fra den i hovedsagerne omhandlede udbudsprocedure.

27 For det første anførte Consip, at artikel 11, stk. 6, i den gamle lov om offentlige kontrakter alene gav tilbudsgiveren, dvs. i det foreliggende tilfælde Luxone-sammenslutningen som helhed, ret til at frigøre sig fra sit bud efter forløbet af et bestemt tidsrum. Denne ret kunne følgelig ikke udøves af alene en del af denne sammenslutnings medlemmer.

28 For det andet foreholdt Consip nærmere bestemt Sofein, at dette selskab havde trukket sig fra nævnte sammenslutning med henblik på at omgå denne lovs artikel 38, stk. 1. I henhold til denne bestemmelse skulle Sofein nemlig udelukkes fra den i hovedsagerne omhandlede udbudsprocedure som følge af adfærden udvist af de to selskaber, som dette selskab efterfulgte, hvilken adfærd kunne påvirke dets pålidelighed, som det var ansvarlig for. Consip foreholdt ligeledes Sofein en strafbar adfærd.

29 For det tredje anførte Consip, at Luxone angiveligt havde udvist »manglende faglig hæderlighed«, hvilket sås af domfældelsen for hindringer for offentlige udbud og dom afsagt den 14. juli 2020 af Tribunale di Messina (retten i Messina, Italien) mod den person, der indtil den 22. juli 2019 havde været direktør for det selskab, som Luxone havde efterfulgt.

30 For det fjerde foreholdt Consip CSEL, at dette selskab havde trukket sig fra Luxone-sammenslutningen med henblik på i det væsentlige at skjule, at selskabet ikke opfyldte de fastsatte betingelser, og at det ikke havde de fornødne midler til at gennemføre den i hovedsagerne omhandlede kontrakt.

31 Ved afgørelse af 12. november 2020 anordnede Consip udløsning af de midlertidige garantier for i alt 2 950 000 EUR, som var blevet stillet for de fire dele, som Luxone-sammenslutningen havde afgivet tilbud på.

32 Som svar på Consips afgørelser af 11. og 12. november 2020 anførte CSEL ved skrivelse af 20. november 2020, at dette selskab fortsat opfyldte alle de fastsatte betingelser for at deltage i den i hovedsagerne omhandlede udbudsprocedure. CSEL's manglende bekræftelse af tilbuddet, som ikke kunne kvalificeres som en tilbagetrækning fra Luxone-sammenslutningen, indgik i øvrigt i en samlet omorganisering af virksomheden.

33 Ved skrivelse af 10. december 2020 bekræftede Consip udelukkelsesafgørelsen af 11. november 2020.

34 Luxone, som handlede i eget navn og som repræsentant for Luxone-sammenslutningen, og Sofein anfægtede ved to seærskilte søgsmål uden held udelukkelsesafgørelsen af 11. november 2020 og afgørelsen af 12. november 2020 for Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol i Lazio, Italien). De har ligeledes iværksat appel til prøvelse af denne forvaltningsdomstols domme for Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien), som er den forelæggende ret.

35 Sidstnævnte domstol har anført, at den har anordnet udsættelse af udløsningen af de midlertidige garantier, bl.a. på grund af disses betydelige samlede størrelse.

36 Inden søgsmålene behandles, for så vidt som de er rettet mod udelukkelsesafgørelsen af 11. november 2020, er det efter den forelæggende rets opfattelse hensigtsmæssigt at vurdere, om artikel 11, stk. 6, i den gamle lov om offentlige kontrakter, der af de italienske forvaltningsdomstole fortolkes således, at den manglende bekræftelse af et tilbud eller den udelukkende delvise bekræftelse heraf, når dette tilbud udløber og ikke længere er bindende for den pågældende tilbudsgiver, sidestilles med en tilbagekaldelse fra den midlertidige sammenslutning af virksomheder, som havde afgivet tilbuddet, er forenelig med EU-retten.

37 Når visse medlemmer af en sammenslutning har trukket sig, er det den forelæggende rets opfattelse, at denne lovs artikel 11, stk. 6, artikel 37, stk. 8-10, 18 og 19, samt artikel 38, stk. 1, litra f), pålagde den ordregivende myndighed at udelukke de aktører, der var samlet i denne sammenslutning, eftersom der var forbud mod at ændre sammensætningen heraf. De eneste undtagelser til princippet om, at en midlertidig sammenslutning af virksomheder er uforanderlig, var fastsat i nævnte lovs artikel 37, stk. 18 og 19.

38 Formålet med reglen i artikel 11, stk. 6, i den gamle lov om offentlige kontrakter var at sikre opretholdelsen af det afgivne bud i hele udbudsprocedurens forventede varighed og ikke at begrænse de tidsmæssige virkninger heraf. Ifølge Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) betød denne bestemmelse ikke, at tilbuddet bortfaldt med alle retsvirkninger, når fristen udløb, men alene at den pågældende tilbudsgiver kunne frigøre sig fra dette, forudsat at vedkommende udtrykkeligt påberåbte sig denne mulighed. Princippet om, at en midlertidig sammenslutning af virksomheder er subjektivt uforanderlig, er også blevet anvendt i tilfælde, hvor denne sammenslutning endnu ikke var formelt oprettet.

39 I det foreliggende tilfælde er udelukkelsen af Luxone-sammenslutningen fra den i hovedsagerne omhandlede udbudsprocedure desuden begrundet i Sofeins adfærd, som ved at trække sig fra denne sammenslutning forsøgte at undslippe den annoncerede kontrol af selskabets »moralske pålidelighed«. Ifølge praksis fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) skal et af en sammenslutnings medlemmers tilbagetrækning skyldes organisatoriske behov, som er særlige for den midlertidige sammenslutning af virksomheder eller konsortiet.

40 Den forelæggende ret har anført, at de anfægtede bestemmelser i den gamle lov om offentlige kontrakter er forenelige med artikel 4, stk. 2, i direktiv 2004/18 og artikel 11, stk. 2, i direktiv 2004/17, som har en tilsvarende ordlyd.

41 Luxone og Sofein har imidlertid kritiseret praksis fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), for så vidt som denne praksis reelt tvinger medlemmerne af en midlertidig sammenslutning af virksomheder til at forblive bundet af deres tilbud på ubegrænset tid, også når dette bindende tilbud flere gange er udløbet. En sådan fortolkning er i strid med princippet om frihed til at oprette og drive egen virksomhed, som er sikret ved chartrets artikel 16, proportionalitetsprincippet og princippet om konkurrence samt etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, der er fastsat i artikel 49 TEUF, 50 TEUF, 54 TEUF og 56 TEUF.

42 Den forelæggende ret har anerkendt, at særligt i sager, som forlænges betydeligt, forekommer forbuddet for et medlem af en sådan sammenslutning mod at frigøre sig fra det afgivne tilbud, som atter udløber, idet denne sammenslutning ellers udelukkes i sin helhed, uforholdsmæssigt for at sikre, at dette tilbud er seriøst, i hvert fald når de økonomiske aktører, der har bekræftet nævnte tilbud, fortsat selv kan opfylde alle betingelserne for deltagelse i udbudsproceduren. I henhold til artikel 2 i direktiv 2004/18, sammenholdt med anden betragtning hertil, må de foranstaltninger, som medlemsstaterne vedtager, ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål.

43 Luxone og Sofein har endvidere gjort gældende, at ulovligheden af afgørelsen af 12. november 2020 om udløsningen af de midlertidige garantier følger af ulovligheden af udelukkelsesafgørelsen af 11. november 2020 samt de særlige mangler herved. Udløsningen af disse garantier kan nemlig kun ske i de to tilfælde, som er fastsat i henholdsvis artikel 48, stk. 1, og artikel 75, stk. 6, i den gamle lov om offentlige kontrakter, dvs. når den konkurrent, der var genstand for en kontrol, ikke beviste, at den pågældende opfyldte kravene »til økonomisk, finansiel og teknisk/organisatorisk formåen«, og når en kontrakt ikke var underskrevet af en grund, »som kan tilskrives den person, der har fået tildelt kontrakten«. Tvisterne i hovedsagerne henhører ikke under nogen af disse to tilfælde.

44 Selv om Corte costituzionale (forfatningsdomstol, Italien) i dom nr. 198 af 26. juli 2022 fastslog, at udløsningen af en garanti ikke udgjorde en strafferetlig sanktion, er den forelæggende ret i lighed med Luxone og Sofein af den opfattelse, at den automatiske udløsning af de midlertidige garantier, henset til omfanget af den »formuemæssige byrde«, som pålægges disse selskaber, for nævnte selskaber ville have en sådan sanktions kendetegn.

45 I denne henseende bestemmer chartrets artikel 49, stk. 3, at »[s]traffens omfang skal stå i rimeligt forhold til overtrædelsen«. På samme måde er artikel 1 i tillægsprotokol nr. 1 til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Paris den 20. marts 1952, og chartrets artikel 17 blevet fortolket således, at disse bestemmelser tilsigter at sikre, at den udviste adfærd og den pålagte sanktion står i rimeligt forhold til hinanden, idet der er forbud mod uden grund at begrænse ejendomsretten, hvorved der undgås en »urimeligt stor og uforholdsmæssig byrde« i forhold til det forfulgte mål. Proportionalitetsprincippet er ligeledes udtrykt generelt i anden betragtning til direktiv 2004/18.

46 På denne baggrund har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er direktiv [2004/18], artikel 16 og 52 i [chartret], proportionalitetsprincippet, konkurrenceprincippet, princippet om etableringsfrihed og princippet om fri udveksling af tjenesteydelser i artikel 49 TEUF, 50 TEUF, 54 TEUF og 56 TEUF til hinder for nationale bestemmelser [artikel 11, stk. 6, artikel 37, stk. 8, 9, 10, 18 og 19, samt artikel 38, stk. 1, litra f), i den gamle lov om offentlige kontrakter], der i tilfælde af udgangen af gyldighedsperioden for det oprindelige tilbud afgivet af en midlertidig virksomhedssammenslutning, som skal stiftes, ikke tillader at reducere det oprindelige antal af sammenslutningens medlemmer i forbindelse med forlængelsen af tilbuddets gyldighedsperiode[?] [Er] de nævnte nationale bestemmelser nærmere bestemt forenelige med de almindelige EU-retlige principper, og navnlig friheden til at oprette og drive egen virksomhed og den effektive virkning, samt med artikel 16 i [chartret]?

2) Er direktiv [2004/18], artikel 16, 49, 50 og 52 i [chartret], artikel 4 i protokol nr. 7 til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder [...], artikel 6 TEU samt proportionalitetsprincippet, konkurrenceprincippet, princippet om etableringsfrihed og princippet om fri udveksling af tjenesteydelser i artikel 49 TEUF, 50 TEUF, 54 TEUF og 56 TEUF til hinder for nationale bestemmelser [artikel 38, stk. 1, litra f), samt artikel 48 og 75 i den gamle lov om offentlige kontrakter], som fastsætter anvendelse af en sanktion i form af [udløsning] af den foreløbige sikkerhedsstillelse som en automatisk følge af, at en økonomisk aktør udelukkes fra en udbudsprocedure om tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt, også uafhængigt af, om den pågældende aktør er blevet tildelt kontrakten eller ej?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

47 Det skal indledningsvis bemærkes, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at det som led i den samarbejdsprocedure mellem de nationale retter og Domstolen, som er indført ved artikel 267 TEUF, tilkommer Domstolen at give den nationale ret et hensigtsmæssigt svar, som sætter den i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den. I lyset heraf kan Domstolen skulle inddrage EU-retlige regler, som den nationale retsinstans ikke har henvist til i sit spørgsmål. Den omstændighed, at den nationale retsinstans rent formelt har udformet et præjudicielt spørgsmål alene under henvisning til visse bestemmelser i EU-retten, er nemlig ikke til hinder for, at Domstolen oplyser denne ret om alle de fortolkningsmomenter, der kan være til nytte ved afgørelsen af den sag, som verserer for denne, uanset om den har henvist til dem i sine spørgsmål. Det tilkommer herved Domstolen af samtlige de oplysninger, der er fremlagt af den nationale ret, bl.a. af forelæggelsesafgørelsens præmisser, at udlede de EU-retlige elementer, som det under hensyn til sagens genstand er nødvendigt at fortolke (jf. i denne retning dom af 12.12.1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, præmis 8, og af 5.12.2023, Nordic Info, C-128/22, EU:C:2023:951, præmis 99 og den deri nævnte retspraksis).

48 I det foreliggende tilfælde vedrører den i hovedsagerne omhandlede kontrakt ikke en eller flere af de aktiviteter, der er nævnt i artikel 3-9 i direktiv 2004/17, på hvilke dette direktiv finder anvendelse. Det skal således fastslås, at denne kontrakt er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18.

49 Under disse omstændigheder skal det fastslås, at den forelæggende ret med sit første spørgsmål nærmere bestemt ønsker oplyst, om artikel 47, stk. 3, og artikel 48, stk. 4, i direktiv 2004/18, sammenholdt med det generelle proportionalitetsprincip, skal fortolkes således, at disse bestemmelser er til hinder for en national lovgivning, som udelukker, at de oprindelige medlemmer af en midlertidig sammenslutning af virksomheder, der er tilbudsgiver, kan trække sig fra denne sammenslutning, når fristen for nævnte sammenslutnings tilbud udløber, og den ordregivende myndighed ønsker at forlænge gyldigheden af de tilbud, som er afgivet til den.

50 Det skal indledningsvis bemærkes, at artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 giver den økonomiske aktør ret til at basere sig på dels den økonomiske og finansielle formåen, dels den tekniske og faglige formåen hos sammenslutningens deltagere eller andre enheder, forudsat at den pågældende over for den ordregivende myndighed kan godtgøre, at sammenslutningen råder over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens udførelse. Dette direktiv giver således mulighed for at kumulere flere økonomiske aktørers formåen med henblik på at opfylde de minimumskrav for formåen, som den ordregivende myndighed har fastsat, forudsat at ansøgeren eller tilbudsgiveren, som baserer sig på formåen hos en eller flere andre enheder, over for den ordregivende myndighed beviser, at den pågældende rent faktisk disponerer over disse enheders ressourcer, der er nødvendige for at gennemføre kontrakten. En sådan fortolkning er i overensstemmelse med det formål om at åbne de offentlige kontrakter for størst mulig konkurrence, som direktiverne på området forfølger, ikke alene til fordel for de økonomiske aktører, men ligeledes for de ordregivende myndigheder. Denne fortolkning kan ligeledes lette SMV'ers adgang til offentlige kontrakter, hvilket ligeledes tilstræbes med direktiv 2004/18, sådan som det fremgår af 32. betragtning hertil (jf. i denne retning dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 29, 33 og 34, og af 2.6.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 25-27).

51 Det fremgår ligeledes af nævnte direktivs artikel 47, stk. 3, og artikel 48, stk. 4, at en sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i direktivets artikel 4 på samme vilkår kan basere sig på sammenslutningens deltageres formåen eller andre enheders deltageres formåen.

52 Når dette er sagt, foreskriver hverken artikel 47, stk. 3, eller artikel 48, stk. 4, i direktiv 2004/18 regler, der specifikt vedrører indtrådte ændringer i sammensætningen af en sammenslutning af økonomiske aktører, hvorfor reguleringen af en sådan situation henhører under medlemsstaternes kompetence (jf. analogt dom af 24.5.2016, MT Højgaard og Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, præmis 35).

53 I det foreliggende tilfælde fremgår det af artikel 37, stk. 9, 10, 18 og 19, i den gamle lov om offentlige kontrakter, at medmindre lederen eller et medlem af en midlertidig sammenslutning af virksomheder gik konkurs, var enhver ændring, der påvirkede den oprindelige sammensætning af en sådan sammenslutning, forbudt, idet det ellers fører til, at alle denne sammenslutnings medlemmer udelukkedes fra udbudsproceduren.

54 Dette forbud mod at ændre sammensætningen af en midlertidig sammenslutning af virksomheder skal imidlertid vurderes på baggrund af de almindelige principper i EU-retten, navnlig ligebehandlingsprincippet og den forpligtelse til gennemsigtighed, som følger deraf, og proportionalitetsprincippet (jf. i denne retning dom af 24.5.2016, MT Højgaard og Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, præmis 36).

55 Sidstnævnte princip, der fremgår af anden betragtning til direktiv 2004/18, kræver, at de regler, som medlemsstaterne eller de ordregivende myndigheder har vedtaget i forbindelse med gennemførelsen af nævnte direktivs bestemmelser, ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de mål, som forfølges med direktivet (jf. i denne retning dom af 16.12.2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, præmis 48, og af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 155).

56 Ligebehandlingsprincippet giver tilbudsgiverne lige chancer i forbindelse med udformningen af deres tilbud, hvilket indebærer, at de samme betingelser må gælde for alle tilbudsgivere. Gennemsigtighedsforpligtelsen, som er en logisk følge heraf, har til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side. Denne forpligtelse indebærer, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, for det første således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige tilbudsgivere kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde, og for det andet således at den ordregivende myndighed behørigt kan kontrollere, om tilbudsgivernes tilbud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt (jf. i denne retning dom af 6.11.2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 44, og af 2.6.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 36).

57 Princippet om gennemsigtighed og ligebehandlingsprincippet, som finder anvendelse på alle offentlige udbudsprocedurer, kræver, at de materielle og proceduremæssige betingelser vedrørende deltagelse i et udbud skal være klart definerede på forhånd og offentliggjort, navnlig de forpligtelser, der påhviler tilbudsgiverne, for at disse kan have et nøjagtigt kendskab til procedurens krav og være sikre på, at samme krav gælder for alle ansøgere (jf. i denne retning dom af 9.2.2006, La Cascina m.fl., C-226/04 og C-228/04, EU:C:2006:94, præmis 32, og af 2.6.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 37).

58 I denne henseende fremgår det af punkt 21 i bilag VII A til direktiv 2004/18, at den »[p]eriode, i hvilken tilbudsgiver er forpligtet til at vedstå sit bud (offentligt udbud)«, er en integrerende del af de oplysninger, der skal fremgå af udbudsbekendtgørelser.

59 For det første fremgår det af dom af 24. maj 2016, MT Højgaard og Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, præmis 44 og 48), at artikel 47, stk. 3, og artikel 48, stk. 4, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at medlemmerne af en midlertidig sammenslutning af virksomheder uden at tilsidesætte ligebehandlingsprincippet kan trække sig fra denne, forudsat at det er godtgjort, dels at de resterende medlemmer af sammenslutningen opfylder de af den ordregivende myndighed fastsatte betingelser for deltagelse i udbudsproceduren, dels at deres fortsatte deltagelse i denne udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

60 Ved klart at pålægge, at en midlertidig sammenslutning af virksomheder bevarer sin juridiske og materielle identitet, er det dermed åbenbart, at artikel 37, stk. 9, 10, 18 og 19, i den gamle lov om offentlige kontrakter udgør en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

61 Det forholder sig så meget desto mere således, eftersom der ikke er fastsat en undtagelse, såfremt den ordregivende myndighed flere gange har ønsket at forlænge tilbuddenes gyldighed. En sådan forlængelse kræver, at medlemmerne af en midlertidig sammenslutning af virksomheder dels binder visse, både personelle og materielle ressourcer med henblik på en eventuel tildeling af den pågældende kontrakt, dels forlænger den midlertidige garanti, der er stillet, hvilket kan udgøre en væsentlig byrde, navnlig for SMV'er.

62 For det andet fremgår det af anmodningerne om præjudiciel afgørelse, at den forelæggende ret fortolkede artikel 11, stk. 6, i den gamle lov om offentlige kontrakter således, at denne bestemmelse ikke medførte, at tilbuddet bortfaldt med alle retsvirkninger, når den i tilbuddet anførte frist var forløbet. Tilbudsgiveren skulle derfor udtrykkeligt påberåbe sig muligheden for at frigøre sig fra sit tilbud. Det fremgår ligeledes af anmodningerne om præjudiciel afgørelse, at præciseringen om, at det forhold, at et medlem af en midlertidig sammenslutning af virksomheder trækker sig, skal være begrundet i organisatoriske behov, der er særlige for denne sammenslutning, alene følger af den forelæggende rets praksis.

63 Domstolen har flere gange fastslået, at en situation, hvor betingelserne for at deltage i en udbudsprocedure følger af en fortolkning af national ret i retspraksis, er særligt skadelig for tilbudsgivere med hjemsted i andre medlemsstater, idet deres kendskab til den nationale ret og dens fortolkning ikke kan sammenlignes med tilbudsgivernes kendskab i den pågældende medlemsstat (dom af 2.6.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 46, og kendelse af 13.7.2017, Saferoad Grawil og Saferoad Kabex, C-35/17, EU:C:2017:557, præmis 22).

64 For så vidt som de to selskaber, som afviste at forny deres tilbud, ligeledes er blevet foreholdt, at de har forsøgt at omgå kontrollen med overholdelsen af udvælgelseskriterierne og herved undgå udelukkelse fra den i hovedsagerne omhandlede udbudsprocedure, skal det endelig tilføjes, at selv om den ordregivende myndighed til enhver tid kan efterprøve, om medlemmerne af en midlertidig sammenslutning af virksomheder er pålidelige, og i denne forbindelse sikre sig, at disse medlemmer ikke er omfattet af en af de grunde til udelukkelse fra en udbudsprocedure, som er opregnet i artikel 45 i direktiv 2004/18, skal denne ordregivende myndighed som led i denne vurdering overholde proportionalitetsprincippet som defineret i nærværende doms præmis 55.

65 Når en ordregivende myndighed anvender de fakultative grunde til udelukkelse fra en udbudsprocedure, skal den følgelig lægge endnu større vægt på dette princip, hvis den i den nationale lovgivning fastsatte udelukkelse ikke rammer hele den sammenslutning af økonomiske aktører for en tilsidesættelse, som kan tilregnes alle medlemmerne heraf, men for en tilsidesættelse, som alene er blevet begået af et eller flere af disse, uden at lederen af denne sammenslutning havde nogen kontrolbeføjelse over for den eller de økonomiske aktører, som den pågældende ville danne en sådan sammenslutning med (jf. analogt dom af 30.1.2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, præmis 48, og af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 156).

66 I medfør af proportionalitetsprincippet skal den ordregivende myndighed nemlig foretage en konkret og individualiseret bedømmelse af den pågældende enheds adfærd (jf. i denne retning dom af 13.12.2012, Forposta og ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 31). I denne forbindelse skal den ordregivende myndighed tage hensyn til de midler, som tilbudsgiveren havde til rådighed for at kontrollere, om der forelå en tilsidesættelse hos den enhed, hvis formåen tilbudsgiveren agtede at basere sig på (dom af 3.6.2021, Rad Service m.fl., C-210/20, EU:C:2021:445, præmis 40, og af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 157).

67 På denne baggrund skal artikel 47, stk. 3, og artikel 48, stk. 4, i direktiv 2004/18, sammenholdt med det generelle proportionalitetsprincip, fortolkes således, at disse bestemmelser er til hinder for en national lovgivning, som udelukker, at de oprindelige medlemmer af en midlertidig sammenslutning af virksomheder, der er tilbudsgiver, kan trække sig fra denne sammenslutning, når fristen for nævnte sammenslutnings tilbud udløber, og den ordregivende myndighed ønsker

at forlænge gyldigheden af de tilbud, som er afgivet til den, for så vidt som det er godtgjort, dels at de resterende medlemmer af sammenslutningen opfylder de af den ordregivende myndighed fastsatte betingelser, dels at deres fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

Det andet spørgsmål

68 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet samt gennemsigtighedsforpligtelsen, således som de er fastsat i artikel 2 i og anden betragtning til direktiv 2004/18, skal fortolkes således, at disse principper og denne forpligtelse er til hinder for en national lovgivning, der fastsætter automatisk udløsning af den midlertidige garanti, som en tilbudsgiver havde stillet, efter at den pågældende er blevet udelukket fra proceduren for tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt, selv om den pågældende ikke tildeles den omhandlede tjenesteydelse.

69 I denne henseende opfylder den ordregivende myndigheds forudgående fastsættelse af størrelsen af den garanti, der skal stilles, i udbudsbekendtgørelsen, således som det fremgår af præmis 61 og 62 i dom af 28. februar 2018, MA.T.I. SUD og Duemme SGR (C-523/16 og C-536/16, EU:C:2018:122), ganske vist de krav, der følger af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, princippet om gennemsigtighed og retssikkerhedsprincippet, idet denne forudgående fastsættelse objektivt gør det muligt at undgå al forskelsbehandling eller vilkårlig behandling af tilbudsgiverne fra den ordregivende myndigheds side. Den automatiske udløsning af den således forudfastsatte garanti, der sker uafhængigt af karakteren af de berigtigelser, som den uagtsomme tilbudsgiver eventuelt foretager, og dermed tillige uden nogen individuel begrundelse, synes imidlertid ikke forenelig med de krav, der følger af overholdelsen af proportionalitetsprincippet.

70 Selv om udløsningen af nævnte garanti udgør et hensigtsmæssigt middel med henblik på at gennemføre de af den pågældende medlemsstat forfulgte legitime målsætninger angående nødvendigheden af dels at gøre tilbudsgiverne ansvarlige ved afgivelsen af deres tilbud, dels at kompensere for den finansielle byrde, som kontrol af enhver berigtigelse kan udgøre for den ordregivende myndighed, er størrelsen heraf i en situation som den i hovedsagerne omhandlede åbenbart uforholdsmæssig i lyset af afviklingen af den omhandlede udbudsprocedure (jf. i denne retning dom af 28.2.2018, MA.T.I. SUD og Duemme SGR, C-523/16 og C-536/16, EU:C:2018:122, præmis 63 og 64).

71 Det skal følgelig fastslås, at proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet samt gennemsigtighedsforpligtelsen, således som de er fastsat i artikel 2 i og anden betragtning til direktiv 2004/18, skal fortolkes således, at disse principper og denne forpligtelse er til hinder for en national lovgivning, der fastsætter automatisk udløsning af den midlertidige garanti, som en tilbudsgiver havde stillet, efter at den pågældende er blevet udelukket fra proceduren for tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt, selv om den pågældende ikke tildeles den omhandlede tjenesteydelse.

Sagsomkostninger

72 Da sagens behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. 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 (Ottende Afdeling) for ret:

1) **Artikel 47, stk. 3, og artikel 48, stk. 4, 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, sammenholdt med det generelle proportionalitetsprincip,**

   skal fortolkes således, at

   disse bestemmelser er til hinder for en national lovgivning, som udelukker, at de oprindelige medlemmer af en midlertidig sammenslutning af virksomheder, der er tilbudsgiver, kan trække sig fra denne sammenslutning, når fristen for nævnte sammenslutnings tilbud udløber, og den ordregivende myndighed ønsker at forlænge gyldigheden af de tilbud, som er afgivet til den, for så vidt som det er godtgjort, dels at de resterende medlemmer af sammenslutningen opfylder de af den ordregivende myndighed fastsatte betingelser, dels at deres fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

2) **Proportionalitetsprincippet, ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen, som fastsat i artikel 2 i og anden betragtning til direktiv 2004/18,**

   skal fortolkes således, at

   disse principper og denne forpligtelse er til hinder for en national lovgivning, der fastsætter automatisk udløsning af den midlertidige garanti, som en tilbudsgiver havde stillet, efter at den pågældende er blevet udelukket fra proceduren for tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt, selv om den pågældende ikke tildeles den omhandlede tjenesteydelse.

Underskrifter