Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

3. oktober 2019*

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – offentlig udbudsprocedure – direktiv 2014/24/EU – artikel 57, stk. 4 – fakultative udelukkelsesgrunde – udelukkelse af en økonomisk aktør fra deltagelse i offentlige udbudsprocedurer – ophævelse af en tidligere kontrakt på grund af, at en del heraf blev givet i underentreprise – begrebet »betydelige eller vedvarende mangler« – rækkevidde«

I sag C-267/18,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien) ved afgørelse af 2. april 2018, indgået til Domstolen den 17. april 2018, i sagen

Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA

mod

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne K. Jürimäe, D. Šváby (refererende dommer), S. Rodin og N. Piçarra,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: fuldmægtig R. Șereș,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 27. februar 2019,

efter at der er afgivet indlæg af:

– Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA ved avocați, I.G. Iacob, R.E. Cîrlig, I. Cojocaru, A.M. Abrudan og I. Macovei,

– den rumænske regering ved C.-R. Canțăr, R.I. Hațieganu og L. Lițu, som befuldmægtigede,

– den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget,

– Europa-Kommissionen ved A. Biolan, P. Ondrůšek og L. Haasbeek, som befuldmægtigede,

* Processprog: rumænsk.

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 8. maj 2019,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 57, stk. 4, litra g), 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).

2 Denne anmodning er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Delta Antrepriză de Construcții si Montaj 93 SA (herefter »Delta«) og Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (herefter »CNAIR«) i dennes egenskab af ordregivende myndighed vedrørende udelukkelsen af Delta fra deltagelse i en offentlig udbudsprocedure.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2014/24

3 Følgende fremgår af 101. og 102. betragtning til direktiv 2014/24:

»(101) Ordregivende myndigheder bør […] have mulighed for at udelukke økonomiske aktører, som har vist sig at være upålidelige, bl.a. som følge af overtrædelser af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede eller andre former for alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af vedkommendes erhverv, såsom overtrædelser af konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret. Det bør præciseres, at alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af et erhverv kan så tvivl om en økonomisk aktørs integritet og således gøre den økonomiske aktør uegnet til at få tildelt en offentlig kontrakt, uanset om den økonomiske aktør i øvrigt har den tekniske og økonomiske kapacitet til at gennemføre kontrakten.

I betragtning af at den ordregivende myndighed vil være ansvarlig for konsekvenserne af sine eventuelle fejlagtige afgørelser, bør ordregivende myndigheder også fortsat frit kunne afgøre, om der er begået en alvorlig forsømmelse, når de, før der er truffet en endelig og bindende afgørelse på grundlag af obligatoriske udelukkelsesgrunde, på tilstrækkelig vis kan påvise, at den økonomiske aktør har misligholdt sine forpligtelser, herunder forpligtelser med relation til betaling af skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger, medmindre andet er fastsat i national lovgivning. De bør desuden have mulighed for at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, hvis gennemførelse af tidligere offentlige kontrakter har været forbundet med store mangler med hensyn til væsentlige krav, for eksempel manglende levering eller udførelse, væsentlige mangler ved den leverede vare eller tjenesteydelse, som har gjort den ubrugelig til det påtænkte formål, eller ukorrekt adfærd, som har sået alvorlig tvivl om den økonomiske aktørs pålidelighed. Der bør fastsættes en maksimumsvarighed for sådanne udelukkelser i national lovgivning.

Anvendes der fakultative udelukkelsesgrunde, bør de ordregivende myndigheder lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet. Mindre uregelmæssigheder bør kun under ekstraordinære omstændigheder føre til udelukkelse af en økonomisk aktør. Gentagne tilfælde af mindre uregelmæssigheder bør dog give anledning til tvivl om en økonomisk aktørs troværdighed, hvilket kan berettige til udelukkelse.

(102) Der bør imidlertid tages hensyn til muligheden for, at økonomiske aktører kan iværksætte overensstemmelsesforanstaltninger med henblik på at afhjælpe konsekvenserne af eventuelle strafbare handlinger eller forsømmelser og effektivt forebygge yderligere forekomster af den ukorrekte adfærd. Dette kan især omfatte personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, f.eks. afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den ukorrekte adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af rapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation. Hvor sådanne foranstaltninger yder tilstrækkelig garanti, bør den pågældende økonomiske aktør ikke længere udelukkes alene på dette grundlag. Økonomiske aktører bør have mulighed for at anmode om, at overensstemmelsesforanstaltninger, der er truffet med henblik på mulig adgang til udbudsproceduren, gennemgås. Det bør dog være op til medlemsstaterne at fastlægge de nøjagtige proceduremæssige og indholdsmæssige betingelser, der finder anvendelse i sådanne tilfælde. Det bør navnlig stå dem frit for at beslutte, om de ønsker at tillade de enkelte ordregivende myndigheder at udføre de relevante vurderinger eller overdrage denne opgave til andre myndigheder på centralt eller decentralt plan.«

4 Direktivets artikel 57, der har overskriften »Udelukkelsesgrunde«, bestemmer:

»[…]

4. De ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:

[…]

g) hvis den økonomiske aktør har udvist betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under en tidligere offentlig kontrakt eller en tidligere kontrakt med en ordregivende enhed eller en tidligere koncessionskontrakt, der har medført den pågældende tidligere kontrakts forfald før aftalt tid, skader eller andre sammenlignelige sanktioner

h) hvis den økonomiske aktør har givet groft urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kræves til verifikation af, at der ikke er grundlag for udelukkelse, eller af at udvælgelseskriterierne er opfyldt, har tilbageholdt sådanne oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter i henhold til artikel 59 eller

[…]

5. De ordregivende myndigheder udelukker når som helst i løbet af proceduren en økonomisk aktør, hvis det viser sig, at den økonomiske aktør i lyset af handlinger begået eller undladt enten før eller under proceduren, befinder sig i en af de situationer, der nævnes i artikel 1 og 2.

De ordregivende myndigheder kan når som helst i løbet af proceduren udelukke eller af medlemsstaterne blive anmodet om at udelukke en økonomisk aktør, hvis det viser sig, at den økonomiske aktør i lyset af handlinger begået eller undladt enten før eller under proceduren, befinder sig i en af de situationer, der nævnes i stk. 4.

6. En økonomisk aktør, som er i en af de i stk. 1 og 4 omhandlede situationer, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, udelukkes den pågældende økonomiske aktør ikke fra udbudsproceduren.

Med henblik herpå skal den økonomiske aktør bevise, at denne har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen, har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller forsømmelse.

De foranstaltninger, der er truffet af de økonomiske aktører, skal vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen. Hvis foranstaltningerne anses for at være utilstrækkelige, modtager den økonomiske aktør en begrundelse for denne afgørelse.

En økonomisk aktør, som ved en endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer eller koncessionstildelingsprocedurer, er ikke berettiget til at gøre brug af den mulighed, der fastsættes i dette stykke, under den udelukkelsesperiode, der følger af dommen i de medlemsstater, hvor dommen har virkning.

7. Medlemsstaterne skal ved hjælp af love eller administrative bestemmelser og under hensyntagen til EU-retten fastlægge gennemførelsesbestemmelser for denne artikel. De skal især fastlægge den maksimale udelukkelsesperiode, hvis den økonomiske aktør ikke har truffet nogen foranstaltninger som angivet i stk. 6 for at vise sin pålidelighed. Når udelukkelsesperioden ikke er fastsat ved endelig dom, må perioden højst være fem år fra datoen for den endelige dom i de i stk. 1 nævnte tilfælde, og tre år fra datoen for den relevante hændelse i de i stk. 4 nævnte tilfælde.«

5 Det nævnte direktivs artikel 71 vedrørende »Underentreprise« har følgende ordlyd:

»[…]

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.

[…]

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 egenerklæringer, jf. artikel 59. Gennemførelsesforanstaltningerne i henhold til nærværende artikels stk. 8 kan fastsætte, at underentreprenører, der anmeldes efter kontraktens tildeling, skal fremlægge certifikater 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.

[…]«

Gennemførelsesforordning (EU) 2016/7

6 Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) (EUT 2016, L 3 s. 16) indeholder et bilag 2 med overskriften »Standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD)«. Bilagets del III med overskriften »Udelukkelsesgrunde« præciserer reglerne for anvendelsen af artikel 57 i direktiv 2014/24.

Rumænsk ret

7 Artikel 167, stk. 1, i Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (lov nr. 98/2016 om offentlige kontrakter) af 19. maj 2016 (*Monitorul Oficial al României*, del I, nr. 390 af 23.5.2016) bestemmer:

»1. Den ordregivende myndighed udelukker enhver økonomisk aktør, der befinder sig i en af følgende situationer, fra proceduren for tildeling af den offentlige kontrakt/rammeaftalen:

[…]

g) Den økonomiske aktør har i alvorligt omfang eller gentagne gange misligholdt sine forpligtelser i kraft af en tidligere offentlig kontrakt, branchekontrakt eller koncessionskontrakt, og denne misligholdelse har medført den pågældende tidligere kontrakts forfald før aftalt tid, skader eller andre sammenlignelige sanktioner.

h) Den økonomiske aktør har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kræves af den ordregivende myndighed til verifikation af, at der ikke er grundlag for udelukkelse, eller af at kvalificerings- og udvælgelseskriterierne er opfyldt, har tilbageholdt sådanne oplysninger eller er ikke i stand til at fremsende de fornødne supplerende dokumenter. […]

[…]

8. Ved de i stk. 1, litra g), omhandlede alvorlige misligholdelser af kontraktmæssige forpligtelser forstås eksempelvis manglende opfyldelse af kontrakten, levering/gennemførelse/tilvejebringelse af varer/bygge- og anlægsarbejder/tjenesteydelser, der udviser så væsentlige mangler, at de er uegnede til den i kontrakten fastsatte anvendelse.«

8 Denne lovs artikel 171 fastsætter:

»1. Enhver økonomisk aktør, som er i en af de i artikel 164 og 167 omhandlede situationer, der medfører udelukkelse fra udbudsproceduren, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af udelukkelsesgrundene.

2. Hvis den ordregivende myndighed er af den opfattelse, at den af den økonomiske aktør i henhold til stk. 1 indgivne dokumentation er tilstrækkelig til konkret at vise aktørens pålidelighed, udelukker myndigheden ikke den økonomiske aktør fra udbudsproceduren.

3. Den i stk. 1 omhandlede dokumentation, som den økonomiske aktør, der er i en af de i artikel 164 og 167 omhandlede situationer, kan indgive til den ordregivende myndighed, omfatter beviser for, at denne har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen, har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger, såsom afbrydelse af alle forbindelser med personer og organisationer involveret i den ukorrekte adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af rapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation, for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller [enhver anden] forsømmelse. […]«

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

9 Ved afgørelse af 3. oktober 2014 tildelte Râmincu Vâlcea kommune (Rumænien) (herefter »kommunen«) en midlertidig virksomhedssammenslutning, som Delta havde en ledende rolle i (herefter »virksomhedssammenslutning nr. 1«), en bygge- og anlægskontrakt med henblik på renovering og modernisering af en fritidsfacilitet (herefter »kontrakt nr. 1«).

10 Den 7. juni 2017 ophævede kommunen den nævnte kontrakt med den begrundelse, at virksomhedssammenslutning nr. 1 uden forudgående at have indhentet kommunens tilladelse havde gjort brug af en underentreprenør.

11 Den 25. juli 2017 tilføjede den nævnte kommune på onlineplatformen benævnt »det elektroniske offentlige indkøbssystem« (herefter »indkøbssystemet«) en foranstaltning om undersøgelse (herefter »foranstaltningen«), der angav dels, at denne kontrakt var blevet ophævet på grund af, at virksomhedssammenslutning nr. 1 havde udvist mangler, dels, at den nævnte ophævelse havde forvoldt et tab for kommunen, som den opgjorde til 2 345 299,70 rumænske lei (RON) (ca. 521 000 EUR).

12 Ved udbudsbekendtgørelse af 27. juli 2017 indledte CNAIR en offentlig udbudsprocedure vedrørende udførelse af bygge- og anlægsarbejder til gennemførelse af udvidelsen af en landevej. I dette øjemed påtænkte den at indgå en rammeaftale på 210 627 629 RON (ca. 46 806 140 EUR) for en periode på 84 måneder.

13 I forbindelse med denne procedure afgav den midlertidige virksomhedssammenslutning bestående af Delta, Aleandri SpA og Luca Way Srl (herefter »virksomhedssammenslutning nr. 2«) tilbud.

14 Idet CNAIR's bedømmelsesudvalg indhentede oplysninger vedrørende alle tilbudsgivere på onlineplatformen for indkøbssystemet, blev udvalget bekendt med foranstaltningen og søgte præciseringer herom hos kommunen og Delta.

15 Som svar på denne anmodning om præciseringer anførte Delta for det første, at selv hvis det måtte antages, at foranstaltningens oplysninger afspejlede virkeligheden, beviste den ikke Deltas alvorlige og gentagne misligholdelse af kontraktmæssige forpligtelser, og, for det andet, at Delta havde anlagt to søgsmål ved de rumænske domstole, der i øjeblikket er verserende, og som er rettet mod foranstaltningen og afgørelsen om ophævelse af kontrakt nr. 1.

16 Kommunen bekræftede for sit vedkommende, at ophævelsen af kontrakt nr. 1 var begrundet med, at væsentlige dele af de pågældende bygge- og anlægsarbejder under gennemførelsen af kontrakten var blevet givet i underentreprise uden dens forudgående tilladelse.

17 På grundlag af disse svar konkluderede CNAIR's bedømmelsesudvalg, at Delta ikke havde godtgjort, at foranstaltningen var blevet udsat eller annulleret. Endvidere fandt bedømmelsesudvalget, idet virksomhedssammenslutning nr. 2 i det fælles europæiske udbudsdokument havde erklæret, at der ikke forelå udelukkelsesgrunde i form af alvorlige forsømmelser eller en situation, der havde givet anledning til en tidligere offentlig kontrakts forfald før aftalt tid, betaling af erstatning for skader eller en anden sammenlignelig sanktion i forbindelse med kontrakt nr. 1, at det af denne virksomhedssammenslutning fremsatte tilbud var omfattet af bestemmelserne i artikel 167, stk. 1, litra g), i lov nr. 98/2016. Som følge heraf udelukkede CNAIR tilbuddet fra virksomhedssammenslutning nr. 2 ved afgørelse af 18. december 2017 (herefter »afgørelsen om udelukkelse«).

18 Delta anmodede derfor CNAIR om at afhjælpe den hævdede tilsidesættelse af lovgivningen om offentlige kontrakter ved at trække afgørelsen om udelukkelse tilbage og foretage en ny vurdering af dokumentationen og tilbuddet fra virksomhedssammenslutning nr. 2.

19 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at denne anmodning ikke blev besvaret fra CNAIR's side.

20 Den 8. januar 2018 indgav Delta en klage til Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (det nationale råd for ankesager, Rumænien, herefter »CNSC«), som blev forkastet ved afgørelse af 2. februar 2018. I denne afgørelse fandt CNSC, at det ikke havde kompetence til at undersøge lovligheden af foranstaltningen eller til at fastslå, at der eventuelt var begået en forsømmelse ved gennemførelsen af kontrakt nr. 1. CNSC præciserede imidlertid, at der, for så vidt som foranstaltningen ikke var blevet annulleret ved endelig dom, gjaldt en formodning om foranstaltningens lovlighed, således at denne kunne tjene som bevis på grovheden af den manglende opfyldelse af de aftalemæssige krav under kontrakt nr. 1. CNSC anførte også, at den ordregivende myndighed ikke alene havde støttet sig på denne foranstaltning i forbindelse med udelukkelsen af virksomhedssammenslutning nr. 2. Den havde nemlig foretaget yderligere skridt med henblik på at vurdere de i den nævnte foranstaltning indeholdte aspekter og havde støttet sig på parterne i hovedsagens bemærkninger. Endelig havde virksomhedssammenslutning nr. 2 alene gjort gældende, at foranstaltningen var retsstridig, uden at føre bevis for virksomhedssammenslutningens pålidelighed i forhold til udelukkelsesgrundene i medfør af bestemmelserne i artikel 171 i lov nr. 98/2016.

21 Med henblik på at opnå annullation af CNSC's afgørelse af 2. februar 2018 anlagde Delta sag mod CNAIR ved Curtea de Apel Bucureşti (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien) den 16. februar 2018.

22 Delta har bestridt, at CNAIR er berettiget til at udelukke Delta fra proceduren for tildeling af kontrakten om udførelse af bygge- og anlægsarbejder til gennemførelse af udvidelsen af en landevej på grundlag af den i nærværende doms præmis 10 omhandlede afgørelse om ophævelse. Ophævelsen af kontrakt nr. 1 som følge af, at dele af bygge- og anlægsarbejderne blev givet i underentreprise uden den ordregivende myndigheds forudgående tilladelse, udgør nemlig en mindre uregelmæssighed og ikke en misligholdelse af et væsentligt kontraktmæssigt krav. Følgelig kan en sådan uregelmæssighed kun føre til udelukkelse af en økonomisk aktør under ekstraordinære omstændigheder i overensstemmelse med 101. betragtning til direktiv 2014/24. I denne henseende har Delta henvist til præmis 30 i dom af 13. december 2012, Forposta og ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), i henhold til hvilken begrebet »alvorlig fejl« henviser til en adfærd hos den pågældende økonomiske aktør, som angiver en misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor hos denne.

23 Idet den har konstateret, at Domstolen endnu ikke har haft anledning til at fortolke artikel 57, stk. 4, litra g), i direktiv 2014/24, har Curtea de Apel Bucureşti (appeldomstolen i Bukarest) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 57, stk. 4, litra g), i direktiv [2014/24] fortolkes således, at opsigelsen af en offentlig kontrakt som følge af, at dele af arbejderne er blevet givet i underentreprise uden den ordregivende myndigheds tilladelse, udgør en betydelig eller vedvarende mangel i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under en tidligere offentlig kontrakt, der medfører, at en økonomisk aktør skal udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure?«

Om det præjudicielle spørgsmål

24 Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 57, stk. 4, litra g), i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at en økonomisk aktørs brug af en underentreprenør til at udføre en del af arbejdet under en tidligere offentlig kontrakt, hvilket blev besluttet uden den ordregivende myndigheds tilladelse, og som førte til denne kontrakts ophævelse før aftalt tid, udgør betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under den nævnte kontrakt som omhandlet i den nævnte bestemmelse og kan begrunde, at denne økonomiske aktør udelukkes fra deltagelse i en senere udbudsprocedure.

25 Som det fremgår af ordlyden af artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, har EU-lovgiver haft til hensigt at pålægge den ordregivende myndighed, og alene denne, på tidspunktet for udvælgelse af tilbudsgiverne at afgøre, om en ansøger eller tilbudsgiver bør udelukkes fra en udbudsprocedure (dom af 19.6.2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, præmis 34).

26 Den mulighed, som enhver ordregivende myndighed har for at udelukke en tilbudsgiver fra en udbudsprocedure, er navnlig bestemt til at gøre det muligt for denne at vurdere hver af tilbudsgivernes integritet og pålidelighed. Den fakultative udelukkelsesgrund som omhandlet i artikel 57, stk. 4, litra g), i direktiv 2014/24, sammenholdt med 101. betragtning til direktivet, støtter sig navnlig på et vigtigt element i forholdet mellem den valgte tilbudsgiver og den ordregivende myndighed, nemlig førstnævntes pålidelighed, som ligger til grund for den tillid, som sidstnævnte viser denne (jf. i denne retning dom af 19.6.2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, præmis 29 og 30).

27 Opbygningen af et tillidsforhold mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgiver forudsætter således, at den ordregivende myndighed ikke automatisk er bundet af en anden ordregivende myndigheds vurdering i forbindelse med en tidligere offentlig kontrakt, bl.a. med henblik på, at førstnævnte er i stand til at lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet ved anvendelsen af de fakultative udelukkelsesgrunde (jf. i denne retning dom af 19.6.2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507,

præmis 30 og 32). Dette princip kræver således, at den ordregivende myndighed selv undersøger og vurderer de faktiske omstændigheder. I denne henseende følger det af ordlyden af artikel 57, stk. 4, litra g), i direktiv 2014/24, således som generaladvokaten har anført i punkt 32 i forslaget til afgørelse, at den uregelmæssighed, som den valgte tilbudsgiver har begået, skal være tilstrækkelig alvorlig til, at den, henset til proportionalitetsprincippet, kan begrunde kontraktens ophævelse før aftalt tid.

28 Det følger heraf, at en ordregivende myndighed ikke automatisk ud fra en anden ordregivende myndigheds afgørelse om at ophæve en tidligere offentlig kontrakt før aftalt tid med den begrundelse, at tilbudsgiver har givet en del af arbejdet i underentreprise uden myndighedens forudgående tilladelse, kan slutte, at denne tilbudsgiver har udvist betydelige eller vedvarende mangler som omhandlet i artikel 57, stk. 4, litra g), i direktiv 2014/24 i forhold til opfyldelsen af et væsentligt krav under denne offentlige kontrakt.

29 Det påhviler nemlig den ordregivende myndighed at foretage sin egen bedømmelse af adfærden af den økonomiske aktør, som har fået ophævet en tidligere offentlig kontrakt før aftalt tid. I denne forbindelse skal myndigheden omhyggeligt og upartisk, på grundlag af alle relevante elementer – navnlig afgørelsen om ophævelse – og henset til proportionalitetsprincippet, undersøge, hvorvidt denne økonomiske aktør efter dens opfattelse er ansvarlig for betydelige eller vedvarende mangler, der er blevet begået i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under den nævnte kontrakt, idet de nævnte mangler kan føre til et brud på tillidsforholdet til den pågældende økonomiske aktør.

30 Under omstændighederne i tvisten i hovedsagen skal CNAIR bl.a. fastslå, hvorvidt virksomhedssammenslutning nr. 1's brug af en underentreprenør uden forudgående at have indhentet kommunens tilladelse efter CNAIR's opfattelse udgjorde en betydelig mangel, og, i bekræftende fald, hvorvidt denne mangel påvirkede opfyldelsen af et væsentligt krav, som tilbudsgiver skulle opfylde under kontrakt nr. 1.

31 CNAIR skal i denne forbindelse bedømme, hvor betydelig den del af kontrakt nr. 1, der blev givet i underentreprise, var, og, således som generaladvokaten har anført i punkt 45 i forslaget til afgørelse, fastslå, om underentreprenørens deltagelse havde en negativ indvirkning på opfyldelsen af denne kontrakt.

32 CNAIR skal også undersøge, om kontrakten indeholdt en forpligtelse til, at tilbudsgiver personligt opfyldte kontrakten, eller om kontrakten gjorde brug af en underentreprenør betinget af indhentning af kommunens forudgående tilladelse, idet sådanne krav er forenelige med artikel 71, stk. 2, i direktiv 2014/24, således som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 39 i forslaget til afgørelse. Det fremgår nemlig af denne bestemmelse, at »[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«. Som generaladvokaten har anført i punkt 38 i forslaget til afgørelse, er denne oplysning en forudsætning for, at den ordregivende myndighed kan vurdere, om underentreprenøren er pålidelig. Anmodningen om den ordregivende myndigheds forudgående tilladelse tilsigter bl.a. at gøre det muligt for sidstnævnte at sikre sig, at der ikke foreligger en udelukkelsesgrund i forhold til den underentreprenør, som tilbudsgiver påtænker at benytte sig af.

33 CNAIR skal desuden overveje, om brug af en underentreprenør kan udgøre en væsentlig ændring af det tilbud, som tilbudsgiver havde udarbejdet (jf. analogt dom af 13.4.2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, præmis 39), således at der indføres betingelser, der, såfremt de havde været fastlagt inden for rammerne af den oprindelige tildelingsprocedure, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget (dom af 13.4.2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, præmis 38, og af 19.6.2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, præmis 35).

34 Derudover påhviler det CNAIR at vurdere, hvorvidt virksomhedssammenslutning nr. 2 ved ikke at oplyse CNAIR om ophævelsen af kontrakt nr. 1 før aftalt tid udviste en adfærd, der er omfattet af artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24. Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 53 i forslaget til afgørelse, omfatter denne bestemmelse nemlig såvel en aktiv adfærd, såsom fordrejning, som en undladelse, idet afgivelsen af urigtige oplysninger på samme måde som hemmeligholdelsen af rigtige oplysninger kan have betydning for den ordregivende myndigheds afgørelse.

35 Denne fortolkning bekræftes i øvrigt af artikel 57, stk. 5, andet afsnit, i direktiv 2014/24, ifølge hvilken »[d]e ordregivende myndigheder […] når som helst i løbet af proceduren [kan] udelukke eller af medlemsstaterne blive anmodet om at udelukke en økonomisk aktør, hvis det viser sig, at den økonomiske aktør i lyset af handlinger begået eller undladt enten før eller under proceduren, befinder sig i en af de situationer, der nævnes i stk. 4«.

36 I den foreliggende sag påhvilede det virksomhedssammenslutning nr. 2, idet ophævelsen af kontrakt nr. 1 var formelt fastslået, i medfør af kravene om gennemsigtighed og loyalitet, at gøre den ordregivende myndighed bekendt med dens situation. Den burde således fra begyndelsen have stillet samtlige oplysninger til rådighed, der kunne godtgøre, at kvalificeringen om brug af en underentreprenør var forkert, således at den ikke havde tilsidesat sine forpligtelser under kontrakt nr. 1, eller at den manglende indhentning af den ordregivende myndigheds tilladelse i forbindelse med den tidligere offentlige kontrakt kun udgjorde en mindre uregelmæssighed. Sådanne præciseringer kunne navnlig have været anført i standardformularen for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD), som er vedlagt gennemførelsesforordning 2016/7 som bilag. Denne formulars del III, som omhandler »Udelukkelsesgrunde«, indeholder nemlig et punkt C vedrørende »Grunde, der vedrører insolvens, interessekonflikter eller forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af erhvervet«. I forbindelse med dette punkt C skal kandidaterne således bl.a. besvare spørgsmålet om, hvorvidt de har gjort sig skyldige i alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, og anmodes i bekræftende fald om at fremlægge præciserende oplysninger.

37 Endelig skal den ordregivende myndighed, såfremt den konkluderer, at de betingelser, der er fastsat i artikel 57, stk. 4, litra g) eller h), i direktiv 2014/24, er opfyldt, med henblik på at overholde forskrifterne i direktivets artikel 57, stk. 6, sammenholdt med 102. betragtning hertil, give den pågældende økonomiske aktør mulighed for at forelægge dokumentation for, at de afhjælpende foranstaltninger, som sidstnævnte har truffet, er tilstrækkelige til at undgå en gentagelse af den uregelmæssighed, der førte til ophævelsen af den tidligere offentlige kontrakt, og at de følgelig viser aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund.

38 Under disse omstændigheder skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 57, stk. 4, litra g), i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at en økonomisk aktørs brug af en underentreprenør til at udføre en del af arbejdet under en tidligere offentlig kontrakt, hvilket blev besluttet uden den ordregivende myndigheds tilladelse, og som førte til denne kontrakts ophævelse før aftalt tid, udgør betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under den nævnte kontrakt som omhandlet i den nævnte bestemmelse og kan derfor begrunde, at denne økonomiske aktør udelukkes fra deltagelse i en senere udbudsprocedure, såfremt den ordregivende myndighed, der organiserer denne senere udbudsprocedure, efter at denne har foretaget sin egen bedømmelse af integriteten og pålideligheden af den økonomiske aktør, som har fået ophævet en tidligere offentlig kontrakt, vurderer, at en sådan brug af en underentreprenør medfører et brud på tillidsforholdet til den pågældende økonomiske aktør. Inden den ordregivende myndighed meddeler en sådan udelukkelse, skal denne dog i overensstemmelse med direktivets artikel 57, stk. 6, sammenholdt med 102. betragtning hertil, give den økonomiske aktør mulighed for at redegøre for de afhjælpende foranstaltninger, som denne har truffet efter ophævelsen af den tidligere offentlige kontrakt.

Sagsomkostninger

39 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 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 (Fjerde Afdeling) for ret:

Artikel 57, stk. 4, litra g), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF skal fortolkes således, at en økonomisk aktørs brug af en underentreprenør til at udføre en del af arbejdet under en tidligere offentlig kontrakt, hvilket blev besluttet uden den ordregivende myndigheds tilladelse, og som førte til denne kontrakts ophævelse før aftalt tid, udgør betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under den nævnte kontrakt som omhandlet i den nævnte bestemmelse og kan derfor begrunde, at denne økonomiske aktør udelukkes fra deltagelse i en senere udbudsprocedure, såfremt den ordregivende myndighed, der organiserer denne senere udbudsprocedure, efter at denne har foretaget sin egen bedømmelse af integriteten og pålideligheden af den økonomiske aktør, som har fået ophævet en tidligere offentlig kontrakt, vurderer, at en sådan brug af en underentreprenør medfører et brud på tillidsforholdet til den pågældende økonomiske aktør. Inden den ordregivende myndighed meddeler en sådan udelukkelse, skal denne dog i overensstemmelse med direktivets artikel 57, stk. 6, sammenholdt med 102. betragtning hertil, give den økonomiske aktør mulighed for at redegøre for de afhjælpende foranstaltninger, som denne har truffet efter ophævelsen af den tidligere offentlige kontrakt.

Underskrifter