Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tiende Afdeling)

8. december 2022 *

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – direktiv 2014/24/EU – artikel 18, stk. 1 – ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet – afgørelse om tilbagekaldelse af et udbud – bud fremsat separat af to tilbudsgivere, som tilhører samme økonomiske aktør, og der udgør de to økonomisk mest fordelagtige bud – den ordregivende myndigheds nægtelse af at underskrive kontrakten – den ordregivende myndigheds beslutning om at afvise buddet fra den næste tilbudsgiver, at afslutte proceduren og at indlede et nyt udbud«

I sag C-769/21,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Administratīvā rajona tiesa (distriktsdomstol i forvaltningsretlige sager, Letland) ved afgørelse af 13. december 2021, indgået til Domstolen den 13. december 2021, i sagen

AAS »BTA Baltic Insurance Company«

mod

Iepirkumu uzraudzības birojs

Tieslietu ministrija

har

DOMSTOLEN (Tiende Afdeling),

sammensat af formanden for Femte Afdeling, E. Regan (refererende dommer), som fungerende formand for Tiende Afdeling, og dommerne I. Jarukaitis og Z. Csehi,

generaladvokat: G. Pitruzzella,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

– AAS »BTA Baltic Insurance Company« ved advokāts M. Brizgo,

* Processprog: lettisk.

– den lettiske regering ved J. Davidoviča og K. Pommere, som befuldmægtigede,

– Europa-Kommissionen ved P. Ondrůšek, A. Sauka 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 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 18, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EF 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 AAS BTA Baltic Insurance Company (herefter »Baltic«) på den ene side og Tieslietu ministrija (justitsministerium, Letland) og Iepirkumu uzraudzības birojs (tilsynsmyndighed for offentlige kontrakter, Letland) på den anden side vedrørende en beslutning om at afslutte en procedure om tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt om sygeforsikring.

Retsforskrifter

EU-retten

3 Artikel 18 i direktiv 2014/24, der har overskriften »Udbudsprincipper«, fastsætter i stk. 1 som følger:

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

[…]«

4 Dette direktivs artikel 55 med overskriften »Meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere« bestemmer i stk. 1 følgende:

»De ordregivende myndigheder underretter hurtigst muligt hver enkelt ansøger og tilbudsgiver om, hvilke afgørelser der er truffet med hensyn til indgåelse af en rammeaftale, tildeling af en kontrakt eller optagelse i et dynamisk indkøbssystem, herunder bl.a. begrundelsen for, at de har besluttet ikke at indgå en rammeaftale eller tildele en kontrakt, som har været genstand for en indkaldelse af tilbud, at påbegynde proceduren på ny eller ikke at indføre et dynamisk indkøbssystem.«

Lettisk ret

5 Artikel 2 i Publisko iepirkumu likums (lov om offentlige kontrakter) af 15. december 2016 (*Latvijas Vēstnesis*, 2016, nr. 254) har følgende ordlyd:

»Formålet med denne lov er at sikre:

1) gennemsigtighed i forbindelse med udbud

2) fri konkurrence mellem leverandører samt lige og fair behandling af dem

3) effektiv udnyttelse af den ordregivende myndigheds ressourcer og minimering af risici for den ordregivende myndighed.«

6 Følgende fremgår af punkt 23 og 24 i Ministru kabineta noteikumi Nr. 107 »Iepirkuma procedūru un metu konkursu norises kārtība« (ministerrådets dekret nr. 107 om offentlige udbudsprocedurer) af 28. februar 2017 (*Latvijas Vēstnesis*, 2017, nº 45):

»23. Hvis den tilbudsgiver, der har fået tildelt kontrakten, afviser at indgå denne kontrakt med den ordregivende myndighed, har bedømmelseskomitéen beføjelse til at træffe beslutning om at tildele den offentlige kontrakt til den næste tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, eller om at afslutte udbudsproceduren uden at vælge et bud. Hvis der er truffet beslutning om at tildele kontrakten til den næste tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, men denne afviser at indgå kontrakten, træffer bedømmelseskomitéen beslutning om at afslutte udbudsproceduren uden at vælge et bud.

24. Inden bedømmelseskomitéen træffer afgørelse om at tildele kontrakten til den næste tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, vurderer bedømmelseskomitéen, om denne tilbudsgiver skal anses for at være den samme markedsaktør som den oprindeligt valgte tilbudsgiver, der har afvist at indgå den nævnte kontrakt med den ordregivende myndighed. Om nødvendigt har bedømmelseskomitéen beføjelse til at anmode den næste tilbudsgiver om en bekræftelse, og om nødvendigt beviser for, at denne ikke skal anses for at være den samme markedsaktør som den oprindeligt valgte tilbudsgiver. Hvis den næste tilbudsgiver skal anses for at være den samme markedsaktør som den oprindeligt valgte tilbudsgiver, træffer bedømmelseskomitéen afgørelse om at afslutte udbudsproceduren uden at vælge et bud.«

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

7 Justitsministeriet indledte som ordregivende myndighed en udbudsprocedure om tildeling af en offentlig kontrakt om sygesikring til ministeriets ansatte og til de ansatte i Valsts zemes dienests (national matrikelstyrelse, Letland), i Datu valsts inspekcija (national databeskyttelsesenhed, Letland), i Maksātnespējas kontroles dienests (styrelse for kontrol af insolvabilitet, Letland) og i Patentu valde (patentkontor, Letland).

8 Flere tilbudsgivere, herunder Baltic og Compensa Life Vienna Insurance Group SE, Latvijas filiāle (herefter »Compensa«), indgav bud med henblik på at blive tildelt denne offentlige kontrakt.

9 Ved afgørelse af 19. november 2020 fandt bedømmelseskomitéen under justitsministeriet, at buddet afgivet af Compensa var det økonomisk mest fordelagtige. Dette selskab nægtede imidlertid at indgå kontrakten.

10 Ved afgørelse af 1. december 2020 angav denne bedømmelseskomité, at Baltic var den tilbudsgiver, der var berettiget til tildeling af kontrakten, idet komitéen, på grundlag af punkt 24 i dekret nr. 107 af 28. februar 2017, opstillede et krav om fremlæggelse af en erklæring samt bevis for, at Baltic og Compensa ikke skulle betragtes som én enkelt og samme økonomiske aktør.

11 Som svar på denne anmodning angav Baltic, at dette selskab sammen med Compensa skulle betragtes som én enkelt økonomisk aktør, idet dette selskab samtidigt oplyste, at det havde forberedt sit bud uafhængigt af Compensa.

12 Under disse omstændigheder afsluttede bedømmelseskomitéen under justitsministeriet ved afgørelse af 9. december 2020, på grundlag af punkt 23 i dekret nr. 107 af 28. februar 2017 proceduren om tildeling af den offentlige kontrakt.

13 Den 16. december 2020 indledte justitsministeriet en ny udbudsprocedure.

14 Ved afgørelse af 21. januar 2021 bekræftede tilsynsmyndigheden for offentlige kontrakter, som Baltic havde indgivet en klage til, afgørelsen af 9. december 2020. Tilsynsmyndigheden oplyste, at punkt 24 i dekret nr. 107 af 28. februar 2017 pålægger den ordregivende myndighed, med henblik på at forebygge muligheden for en samordnet praksis mellem virksomheder i samme koncern efter indgivelsen af bud, at afslutte proceduren om tildeling af den offentlige kontrakt, hvis den konstaterer, at den tilbudsgiver, der oprindeligt er blevet valgt, og som har nægtet at indgå kontrakten, og den næste tilbudsgiver skal anses for den samme økonomiske aktør. Ifølge tilsynsmyndigheden for offentlige kontrakter har den ordregivende myndighed i overensstemmelse med dette dekrets punkt 23 desuden under alle omstændigheder ret til at afslutte det offentlige udbud, hvis den tilbudsgiver, der har fået tildelt kontrakten, nægter at indgå kontrakten med den ordregivende myndighed, og ingen anden tilbudsgiver har en individuel ret til at kræve at blive valgt som tilbudsgiver.

15 Baltic har derfor anlagt sag ved Administratīvā rajona tiesa (distriktsdomstol i forvaltningsretlige sager, Letland), dvs. den forelæggende ret, med påstand om annullation af denne afgørelse.

16 Ifølge Baltic var den ordregivende myndighed forpligtet til at vurdere selskabets forklaringer om karakteren af forbindelsen mellem de to selskaber og udarbejdelsen af buddene for at sikre en rimelig balance med hensyn til overholdelsen af samtlige principper i artikel 2 i lov om offentlige kontrakter.

17 Den formodning, der er indeholdt i punkt 24 i dekret nr. 107 af 28. februar 2017, hvorefter virksomheder i samme koncern har koordineret deres bud med det formål at fordreje konkurrencen, er uforholdsmæssig og er i strid med principperne i såvel direktiv 2014/24 som i dom af 19. maj 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317).

18 Den omstændighed, at beløbet for buddet fra den oprindeligt valgte tilbudsgiver, var højere end beløbet i Baltics bud, godtgør, at buddene ikke er blevet koordineret, således at tilbagekaldelsen af det første bud ikke har kunnet give nogen form for fordel til selskaberne i koncernen.

19 Tilsynsmyndigheden for offentlige kontrakter er af den opfattelse, at dom af 19. maj 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317), udelukkende vedrører retten for forbundne virksomheder til at deltage i en procedure om tildeling af en offentlig kontrakt og til at afgive bud, hvilken ret ikke er blevet begrænset i det foreliggende tilfælde.

20 En sådan situation skal adskilles fra den situation, hvor den ordregivende myndighed har pligt til at afslutte proceduren om tildeling af en offentlig kontrakt, hvis den valgte tilbudsgiver nægter at indgå den pågældende offentlige kontrakt. I det første tilfælde, som er omhandlet i dom af 19. maj 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317), vælger den ordregivende myndighed, efter at have afvist buddene fra forbundne virksomheder, et andet bud, og udbuddet resulterer i indgåelsen af en kontrakt, mens den ordregivende myndighed i det andet tilfælde afslutter proceduren om tildeling af den offentlige kontrakt ved ikke at vælge noget bud, hvilket bevirker en genoprettelse af konkurrencen, idet alle tilbudsgivere gives mulighed for at deltage i en ny procedure for tildeling af en kontrakt.

21 Justitsministeriet har desuden anført, at punkt 23 i dekret nr. 107 af 28. februar 2017 under alle omstændigheder giver den ordregivende myndighed en skønsbeføjelse til at vælge, om den vil fortsætte proceduren om tildeling af en kontrakt, såfremt den valgte tilbudsgiver nægter at indgå den omhandlede kontrakt.

22 Ifølge Administratīvā rajona tiesa (distriktsdomstol i forvaltningsretlige sager) afhænger afgørelsen af den tvist, som er indbragt for den, af spørgsmålet om, hvorvidt den i den foreliggende sag uanfægtede omstændighed, at Baltic og Compensa skal anses for at udgøre én enkelt og samme økonomiske aktør, i sig selv har en betydning for den ordregivende myndigheds ret til at beslutte at afslutte proceduren om tildeling af en offentlig kontrakt.

23 Denne retsinstans er af den opfattelse, at en medlemsstat givetvis har et vidt skøn for at give mulighed for at vedtage en afgørelse om tilbagekaldelse af et udbud. I overensstemmelse med Domstolens praksis, således som den fremgår af dom af 11. december 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, præmis 33-35), kan begrundelsen for en sådan afgørelse om tilbagekaldelse være baseret på grunde, der har forbindelse til spørgsmålet, om det af hensyn til den offentlige interesse er hensigtsmæssigt at afslutte en udbudsprocedure, i betragtning af bl.a. en eventuel ændring af den økonomiske sammenhæng eller de faktiske omstændigheder eller endog den berørte ordregivende myndigheds behov.

24 I den foreliggende sag fremgår det imidlertid af gengivelsen af de faktiske omstændigheder, at den ordregivende myndighed, til trods for, at den tilbudsgiver, som har fået tildelt kontrakten, har nægtet at indgå denne, har til hensigt at fortsætte proceduren om tildeling og tildele denne kontrakt til den næste tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud. Den ordregivende myndigheds behov har således ikke ændret sig, hvilket ligeledes bekræftes af indledningen af en ny procedure om tildeling, og det næste bud opfylder den ordregivende myndigheds behov og krav. Sidstnævnte har ikke desto mindre i medfør af punkt 24 i dekret nr. 107 af 28. februar 2017 afsluttet proceduren om tildeling af en offentlig kontrakt med den begrundelse, at de to pågældende tilbudsgivere skulle anses for at udgøre én enkelt og samme økonomiske aktør.

25 Den forelæggende ret er i tvivl med hensyn til, om en sådan national bestemmelse er forenelig med de EU-retlige principper, som finder anvendelse på offentlige udbudsprocedurer.

26 Denne bestemmelse forbyder ganske vist ikke virksomheder, mellem hvilke der består et kontrolforhold, eller som har en indbyrdes tilknytning, at deltage i den samme offentlige kontrakt. Bestemmelsen er således i overensstemmelse med Domstolens praksis, som følger af bl.a. dom af 19. maj 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, præmis 29 og 30), og af 8. februar 2018, Lloyd's of London (C-144/17, EU:C:2018:78, præmis 34-36), hvorefter EU-retten er til hinder for nationale regler, der indebærer et ubetinget forbud for virksomheder, mellem hvilke der består et kontrolforhold, eller som har en indbyrdes tilknytning, mod at deltage samtidigt og som konkurrenter i samme udbudsprocedure, uden at give dem mulighed for at godtgøre, at deres bud er uafhængige, idet sådanne regler er i strid med Unionens interesse i at sikre, at det størst mulige antal tilbudsgivere kan deltage i en udbudsprocedure.

27 Det følger imidlertid af denne samme retspraksis, at virksomheder, mellem hvilke der består et kontrolforhold, eller som har en indbyrdes tilknytning, har ret til at blive tildelt den kontrakt, som de har deltaget i. Punkt 24 i dekret nr. 107 af 28. februar 2017 indeholder et forbud mod, at den ordregivende myndighed tildeler kontrakten til den næste tilbudsgiver, når denne og den oprindeligt valgte tilbudsgiver, som har trukket sit bud tilbage, sammen udgør én enkelt og samme økonomiske aktør. Denne bestemmelse hviler i det væsentlige på den uigendrivelige formodning om, at de to tilbudsgivere har koordineret deres handlinger, og at den valgte tilbudsgiver har trukket sit bud tilbage af denne grund.

28 Den forelæggende ret er derfor af den opfattelse, at den i hovedsagen omhandlede nationale bestemmelse på trods af medlemsstatens vide skønsbeføjelse til at fastsætte de tilfælde, hvor en procedure om tildeling af en offentlig kontrakt skal afsluttes, under omstændigheder, hvor den ordregivende myndigheds behov ikke er ændret, og hvor det næste bud opfylder den ordregivende myndigheds behov og krav, ikke er forenelig med de principper, der er fastsat i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24, og navnlig med medlemsstaternes forpligtelse til at behandle økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og under overholdelse af proportionalitetsprincippet. Stadiet for den omhandlede procedure om tildeling af en offentlig kontrakt er uden betydning for anvendelsen af den praksis fra Domstolen, der er nævnt i nærværende doms præmis 26, idet denne også finder anvendelse på en beslutning om at afslutte denne procedure. Denne bestemmelse skal således kunne gøre det muligt for den pågældende tilbudsgiver at godtgøre, at dennes bud er uafhængigt.

29 På denne baggrund har Administratīvā rajona tiesa (distriktsdomstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er en national bestemmelse, der pålægger den ordregivende myndighed en bindende forpligtelse til at afslutte udbudsproceduren, hvis det konstateres, at den oprindeligt valgte tilbudsgiver, som har afvist at indgå en offentlig kontrakt med den ordregivende myndighed, skal anses som den samme markedsaktør som den næste tilbudsgiver, der har afgivet et tilbud, der svarer til den ordregivende myndigheds behov og krav, forenelig med de udbudsprincipper, der er fastsat i artikel 18, stk. 1, i [direktiv 2014/24], og navnlig med medlemsstaternes forpligtelse til at behandle økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling, og med proportionalitetsprincippet?«

Om det præjudicielle spørgsmål

30 Med spørgsmålet ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om almindelige EU-retlige principper såsom navnlig ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet som omhandlet i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse, der pålægger den ordregivende myndighed at afslutte en procedure om tildeling af en offentlig kontrakt, når i tilfælde af en tilbagekaldelse fra den tilbudsgiver, som oprindeligt er blevet valgt, fordi denne har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, den tilbudsgiver, som har afgivet det næste økonomisk mest fordelagtige bud, sammen med den sidstnævnte udgør én enkelt økonomisk aktør.

31 Det skal herved indledningsvis fastslås, at som det fremgår af Domstolens praksis, er EU-retten ikke til hinder for, at medlemsstaterne fastsætter en mulighed for, som omhandlet i artikel 55, stk. 1, i direktiv 2014/24, at vedtage en afgørelse om tilbagekaldelse af et udbud af grunde, der har forbindelse til spørgsmålet, om det af hensyn til den offentlige interesse er hensigtsmæssigt at afslutte en tildelingsprocedure, i betragtning af bl.a. en eventuel ændring af den økonomiske sammenhæng eller de faktiske omstændigheder, eller endog den berørte ordregivende myndigheds behov, en utilstrækkelig konkurrence, når der ved afslutningen af proceduren om tildeling af den omhandlede kontrakt kun forbliver en tilbudsgiver, som er i stand til at gennemføre denne kontrakt (jf. i denne retning dom af 11.12.2014, Croce Amica One Italia, C-440/13, EU:C:2014:2435, præmis 35).

32 En sådan afgørelse om tilbagekaldelse af et udbud skal imidlertid vedtages under overholdelse af de EU-retlige bestemmelser, navnlig de almindelige EU-retlige principper såsom ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet, der også er omhandlet i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24 (jf. i denne retning dom af 18.6.2002, HI, C-92/00, EU:C:2002:379, præmis 42 og 45-47, og af 11.12.2014, Croce Amica One Italia, C-440/13, EU:C:2014:2435, præmis 33, 34 og 36).

33 I den foreliggende sag fremgår det klart, at en national bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede, der pålægger den ordregivende myndighed at afslutte en procedure om tildeling af en offentlig kontrakt under de omstændigheder, som er omhandlet i nærværende doms præmis 30, har til formål at hindre hemmelige aftaler mellem deltagerne i samme procedure om tildeling af en offentlig kontrakt efter indgivelsen af deres bud og at opretholde et vist konkurrenceniveau med henblik på at garantere ligebehandling af ansøgerne og gennemsigtighed i proceduren (jf. analogt dom af 8.2.2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, præmis 31).

34 I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet må en sådan bestemmelse imidlertid ifølge Domstolens praksis imidlertid ikke gå videre end, hvad der er nødvendigt for at nå disse mål (jf. i denne retning dom af 8.2.2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).

35 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at EU-bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter er vedtaget som led i gennemførelsen af et enhedsmarked, hvorved det tilsigtes at sikre fri bevægelighed og ophæve konkurrencebegrænsningerne (dom af 8.2.2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

36 Det er i denne sammenhæng i EU-rettens interesse at sikre, at det størst mulige antal tilbudsgivere kan deltage i en udbudsprocedure (dom af 8.2.2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

37 Det følger efter Domstolens faste praksis heraf, at en automatisk udelukkelse af ansøgere eller tilbudsgivere, der står i et kontrol- eller associeringsforhold til øvrige konkurrenter, går videre end nødvendigt for at forebygge ulovlig adfærd og dermed for at sikre anvendelsen af ligebehandlingsprincippet og overholdelsen af kravet om gennemsigtighed. En sådan automatisk udelukkelse udgør nemlig en uigendrivelig formodning om gensidig indflydelse i forbindelse med de pågældende bud på den samme kontrakt for virksomheder, der er indbyrdes tilknyttet i et kontrol- eller associeringsforhold, og den fratager således disse ansøgere og tilbudsgivere muligheden for at godtgøre, at deres bud er uafhængige, og er således i strid med EU's interesse i at sikre, at det størst mulige antal bydende kan deltage i en udbudsprocedure (dom af 8.2.2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, præmis 35 og 36 og den deri nævnte retspraksis).

38 Det skal i denne forbindelse erindres, at Domstolen tidligere har bemærket, at der kan forekomme forskellige typer af sammenslutninger af virksomheder, som kan have forskellige formål, hvilket ikke nødvendigvis udelukker, at de kontrollerede virksomheder har en vis selvstændighed ved fastlæggelsen af deres forretningspolitik og udøvelsen af deres økonomiske aktiviteter, bl.a. hvad angår deltagelsen i offentlige udbudsprocedurer. Der kan nemlig være fastsat særlige bestemmelser, som regulerer forholdene mellem virksomhederne i samme koncern, for at sikre såvel uafhængigheden som fortroligheden ved udarbejdelsen af bud, som de pågældende virksomheder afgiver samtidig under samme udbudsprocedure (dom af 8.2.2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

39 Overholdelsen af proportionalitetsprincippet kræver således, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at foretage en undersøgelse og vurdering af de faktiske omstændigheder med henblik på at afgøre, om det eksisterende forhold mellem de to enheder har haft en konkret påvirkning af det respektive indhold af de bud, der er afgivet som led i den samme offentlige udbudsprocedure, idet konstateringen af en sådan påvirkning, hvilken form den end har haft, er tilstrækkelig til at udelukke virksomhederne fra den pågældende procedure (dom af 8.2.2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

40 Denne retspraksis, som er udviklet i forhold til nationale bestemmelser om automatisk udelukkelse fra at deltage i en procedure om tildeling af en offentlig kontrakt, finder anvendelse på samme måde på en bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede, som pålægger den ordregivende myndighed på det senere tidspunkt for tildeling af kontrakten at afslutte en sådan procedure.

41 Selv om en sådan bestemmelse ikke automatisk udelukker tilbudsgivere, som henhører under den samme økonomiske enhed, fra at deltage i den samme procedure om tildeling af en offentlig kontrakt, har den tilsvarende virkninger.

42 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at ved at foreskrive en automatisk afslutning af en procedure om tildeling af en offentlig kontrakt, når i tilfælde af en tilbagekaldelse fra den tilbudsgiver, som oprindeligt er blevet valgt, fordi denne har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, den næste tilbudsgiver i klassificeringen, der havde afgivet det næste økonomisk mest fordelagtige bud, sammen med den sidstnævnte udgør én enkelt økonomisk aktør, indfører en national bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede en uigendrivelig formodning, hvorefter disse tilbudsgivere har foretaget en koordinering i forbindelse med forberedelsen af deres bud eller efter fremlæggelsen af disse, med den begrundelse alene, at de tilhører den samme økonomiske enhed, uden at de kan godtgøre, at deres bud er uafhængige.

43 En sådan national bestemmelse, som vedrører en fase i proceduren, i løbet af hvilken klassificeringen af buddene og deres indhold er blevet offentliggjort, er endnu mere i strid med Unionens interesse i, at det sikres, at det størst mulige antal tilbudsgivere kan deltage i en udbudsprocedure, og med proportionalitetsprincippet.

44 En sådan bestemmelse afholder ikke blot selskaber, der tilhører den samme koncern, fra at indgive konkurrerende bud i en offentlig udbudsprocedure, eftersom deres klassificering på de to første pladser, i tilfælde af en tilbagekaldelse af det først klassificerede bud, automatisk bevirker, at såvel denne procedure som efterfølgende procedurer afsluttes, hvorved de udelukkes fra enhver mulighed for at konkurrere inden for rammerne af en sådan offentlig kontrakt, men synes desuden egnet til at forøge risikoen for en fordrejning af konkurrencen, eftersom offentliggørelsen af buddenes klassificering og deres indhold efter den første procedure kan lette en eventuel samordning mellem tilbudsgiverne i forbindelse med den følgende procedure.

45 Selv om det er korrekt, at en tilbagekaldelse fra den tilbudsgiver, som oprindeligt er blevet valgt, fordi denne har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, i en situation, hvor den tilbudsgiver, som har afgivet det næste økonomisk mest fordelagtige bud, sammen med den sidstnævnte udgør én enkelt økonomisk aktør, kan pege i retning af en konkurrencebegrænsende samordning, idet en sådan tilbagekaldelse kan synes begrundet i det formål, at det højeste bud afgivet af koncernen i sin helhed vælges, forholder det sig ikke desto mindre således, at der ikke kan opstilles nogen uigendrivelig formodning, idet disse tilbudsgivere ellers fratages muligheden for at godtgøre, at deres bud er uafhængige.

46 Under disse omstændigheder skal det forelagte spørgsmål besvares således, at proportionalitetsprincippet som omhandlet i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at det er til hinder for en national bestemmelse, der pålægger den ordregivende myndighed at afslutte en procedure om tildeling af en offentlig kontrakt, når i tilfælde af en tilbagekaldelse fra den tilbudsgiver, som oprindeligt er blevet valgt, fordi denne har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud, den tilbudsgiver, som har afgivet det næste økonomisk mest fordelagtige bud, sammen med den sidstnævnte udgør én enkelt økonomisk aktør.

Sagsomkostninger

47 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 (Tiende Afdeling) for ret:

Proportionalitetsprincippet som omhandlet i artikel 18, stk. 1, 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

det er til hinder for en national bestemmelse, der pålægger den ordregivende myndighed at afslutte en procedure om tildeling af en offentlig kontrakt, når i tilfælde af en tilbagekaldelse fra den tilbudsgiver, som oprindeligt er blevet valgt, fordi denne har afgivet det økonomisk

mest fordelagtige bud, den tilbudsgiver, som har afgivet det næste økonomisk mest fordelagtige bud, sammen med den sidstnævnte udgør én enkelt økonomisk aktør.

Underskrifter