Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Anden Afdeling)

13. juli 2017*

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – direktiv 2004/18/EF – artikel 47, stk. 1, 4 og 5 – tilbudsgiverens økonomiske og finansielle formåen – direktiv 89/665/EØF og 2007/66/EF – søgsmål anlagt til prøvelse af en beslutning om at udelukke en tilbudsgiver fra en udbudsprocedure – Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – artikel 47 – adgang til effektive retsmidler«

I sag C-76/16,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Najvyšší súd Slovenskej republiky (Den Slovakiske Republiks øverste domstol) ved afgørelse af 28. januar 2016, indgået til Domstolen den 11. februar 2016, i sagen

Ingsteel spol. s r. o.,

Metrostav a.s.

mod

Úrad pre verejné obstarávanie,

procesdeltager:

Slovenský futbalový zväz,

har

DOMSTOLEN (Anden Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M. Ilešič, og dommerne A. Prechal, A. Rosas, C. Toader (refererende dommer) og E. Jarašiūnas,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

— den slovakiske regering ved B. Ricziová, som befuldmægtiget,

* Processprog: slovakisk.

— Europa-Kommissionen ved A. Tokár, som befuldmægtiget,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 21. marts 2017,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 47, stk. 1, litra a), samt artikel 47, stk. 4 og 5, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 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), af artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 3 og 6-8, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 1989, L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT 2007, L 335, s. 31) (herefter »direktiv 89/665«), samt artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

2 Denne anmodning er indgivet i forbindelse med en sag mellem Ingsteel spol. s r. o. og Metrostav a.s. (herefter samlet benævnt »den udelukkede tilbudsgiver«), på den ene side, og Úrad pre verejné obstarávanie (myndigheden for regulering af offentlige kontrakter, Slovakiet), på den anden side, vedrørende en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt udbudt af Slovenský futbalový zväz (det slovakiske fodboldforbund, herefter »den ordregivende myndighed«).

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2004/18

3 I henhold til artikel 91 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18 (EUT 2014, L 94, s. 65) blev direktiv 2004/18 ophævet med virkning fra den 18. april 2016. Henset til tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen er denne præjudicielle forelæggelse imidlertid blevet behandlet på grundlag af direktiv 2004/18, som var gældende før denne ophævelse.

4 39. betragtning til direktiv 2004/18 havde følgende ordlyd:

»Undersøgelsen af tilbudsgivernes egnethed ved offentligt udbud og ansøgernes egnethed ved begrænset udbud, udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse og konkurrencepræget dialog samt udvælgelsen skal foretages under iagttagelse af gennemsigtighed. Der skal derfor anføres ikke-diskriminerende kriterier, som de ordregivende myndigheder kan anvende til at udvælge konkurrenterne og de midler, som de økonomiske aktører kan anvende til at bevise, at de opfylder kriterierne. Af hensyn til gennemsigtigheden skal den ordregivende myndighed, så snart en kontrakt udbydes, meddele, hvilke udvælgelseskriterier der vil blive anvendt, og hvilke specifikke kvalifikationer der eventuelt kræves af de økonomiske aktører, for at de kan deltage i udbuddet.«

5 Artikel 44 i direktiv 2004/18 med overskriften »Egnethedsundersøgelse og udvælgelse af deltagere, tildeling af kontrakter« bestemte følgende i stk. 2:

»De ordregivende myndigheder kan kræve minimumskriterier for egnethed, som ansøgere og tilbudsgivere i overensstemmelse med artikel 47 og 48 skal opfylde.

Omfanget af de i artikel 47 og 48 omhandlede oplysninger samt de minimumskriterier for egnethed, der kræves i forbindelse med en bestemt kontrakt, skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand.

Disse minimumskriterier anføres i udbudsbetingelserne.«

6 Dette direktivs artikel 47 med overskriften »Økonomisk og finansiel formåen« var affattet således:

»1. Bevis for den økonomiske aktørs finansielle og økonomiske formåen kan almindeligvis føres ved en eller flere af følgende oplysninger:

a) relevante erklæringer fra en bank eller i givet fald bevis for relevant erhvervsansvarsforsikring

[…]

4. De ordregivende myndigheder anfører i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive tilbud, hvilken eller hvilke af de i stk. 1 nævnte former for dokumentation de har valgt, samt hvilken anden dokumentation der skal fremlægges.

5. Hvis den økonomiske aktør af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed krævede dokumentation, kan han godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet.«

7 Det nævnte direktivs artikel 48 fastsatte betingelser for de økonomiske aktørers tekniske og/eller faglige formåen.

Direktiv 89/665 og 2007/66

8 Følgende fremgår af 36. betragtning til direktiv 2007/66:

»I dette direktiv overholdes de grundlæggende rettigheder og de principper, som anerkendes i bl.a. [chartret]. Dette direktiv har navnlig til formål at sikre adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol i overensstemmelse med chartrets artikel 47, første og andet afsnit.«

9 Artikel 1 i direktiv 89/665 med overskriften »Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer« bestemmer følgende:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i [direktiv 2004/18], medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 10-18 i nævnte direktiv.

[…]

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

[…]

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.

[…]

5. Medlemsstaterne kan kræve, at den pågældende person først indgiver klage til den ordregivende myndighed. I så fald påser medlemsstaterne, at indgivelsen af denne klage fører til øjeblikkelig suspension af muligheden for at indgå kontrakten.

[…]

Den i første afsnit omhandlede suspension ophører først ved udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor den ordregivende myndighed har sendt et svar pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller, hvis et andet kommunikationsmiddel anvendes, først ved udløbet af enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor den ordregivende myndighed har sendt et svar, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor svaret modtages.«

10 Dette direktivs artikel 2, der har overskriften »Krav til klageprocedurerne«, bestemmer følgende:

»1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

2. De i stk. 1 og artikel 2d og 2e omhandlede beføjelser kan tillægges særlige instanser, der har ansvaret for forskellige aspekter af klageproceduren.

3. Når der for et organ i første instans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, indbringes en klage over en beslutning om tildeling af en kontrakt, påser medlemsstaterne, at den ordregivende myndighed først kan indgå kontrakten, når klageinstansen har truffet afgørelse enten vedrørende en begæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage. Suspensionen ophører tidligst ved udløbet af standstill-perioden i artikel 2a, stk. 2, og artikel 2d, stk. 4 og 5.

4. Klageprocedurerne skal ikke nødvendigvis automatisk have opsættende virkning for de procedurer for indgåelse af kontrakter, som de vedrører, jf. dog stk. 3 og artikel 1, stk. 5.

[…]

6. Medlemsstaterne kan fastsætte, at den anfægtede beslutning, når der kræves skadeserstatning med den begrundelse, at beslutningen er ulovlig, først skal annulleres af en instans, der har den fornødne kompetence dertil.

7. Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser for den kontrakt, som følger efter tildelingen af en ordre, fastlægges i national ret, jf. dog de i artikel 2d-2f omhandlede tilfælde.

Endvidere kan medlemsstaterne, undtagen når en beslutning skal annulleres, inden der ydes skadeserstatning, fastsætte, at den for klageprocedurerne ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen af en kontrakt i overensstemmelse med artikel 1, stk. 5, nærværende artikels stk. 3 eller artikel 2a-2f er begrænsede til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse.

8. Medlemsstaterne påser, at de afgørelser, der træffes af de for klageprocedurerne ansvarlige instanser, kan gennemføres effektivt.

9. Når de instanser, der er ansvarlige for klageprocedurerne, ikke er retsinstanser, skal deres afgørelser altid begrundes skriftligt. I så fald skal der desuden træffes dispositioner til at sikre de procedurer, hvorved enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig, og som træffes af klageinstansen, eller enhver formodet forsømmelse i udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt denne, kan appelleres eller indbringes for en anden instans, som er en ret i henhold til [artikel 267 TEUF], og som er uafhængig i forhold til den ordregivende myndighed og klageinstansen.

[…]«

Slovakisk ret

11 § 9, stk. 3, i lov nr. 25/2006 om offentlige kontrakter, i den affattelse, der finder anvendelse i hovedsagen, er affattet således:

»Indgåelse af offentlige kontrakter er underlagt principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling af tilbudsgivere og ansøgere, gennemsigtighed, økonomi og effektivitet.«

12 Denne lovs § 27 med overskriften »Økonomisk og finansiel formåen« bestemmer følgende:

»1. Bevis for den økonomiske og finansielle formåen kan almindeligvis føres ved:

a) erklæring fra en bank eller en udenlandsk afdeling af banken, eventuelt i form af løfte om kredit fra en bank eller en udenlandsk afdeling af banken,

[…]

3. Hvis tilbudsgiveren eller ansøgeren af en gyldig grund ikke er i stand til at godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved et bestemt dokument, kan den ordregivende myndighed eller ordregiveren give vedkommende mulighed for at fremlægge bevis i form af et andet dokument.«

13 Den nævnte lovs § 32, stk. 1, litra b), har følgende ordlyd:

»Den ordregivende myndighed angiver i udbudsbekendtgørelsen udvælgelseskriterierne vedrørende

[…]

b) den økonomiske og finansielle formåen samt bevisdokumenter, jf. § 27.

[…]«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

14 Ved udbudsbekendtgørelse offentliggjort den 16. november 2013 i tillægget til *Den Europæiske Unions Tidende* 223/2013 samt i Slovakiets tidende over offentlige udbud samme dag med reference nr. 18627-MSP iværksatte den ordregivende myndighed et udbud med henblik på indgåelse af en offentlig kontrakt vedrørende bygge- og anlægsarbejder med renovering, modernisering og opførelse af fodboldstadioner (herefter »den offentlige kontrakt«).

15 Det fremgår af de oplysninger, som den forelæggende ret har fremlagt som svar på en anmodning om uddybende oplysninger, at den offentlige kontrakt havde en værdi på 25 500 000 EUR ekskl. merværdiafgift (moms).

16 Hvad angår kravene til økonomisk og finansiel formåen krævede udbudsbekendtgørelsen under henvisning til § 27, stk. 1, litra a), i lov nr. 25/2006, at deltagerne i udbuddet skulle fremlægge en erklæring fra en slovakisk bank eller fra en udenlandsk banks slovakiske filial, hvorefter de blev ydet et lån med et mindstebeløb på 3 000 000 EUR, hvilket beløb de skulle råde over under hele perioden for udførelsen af den offentlige kontrakt. Denne erklæring skulle fremlægges i form af en kreditaftale eller foreløbig kreditaftale, og den skulle være udstedt af en person, som havde bemyndigelse til at forpligte den bank, hvor der var ansøgt om lån.

17 Den udelukkede tilbudsgiver deltog i det nævnte udbud. For at godtgøre, at nævnte tilbudsgiver opfyldte de i ovennævnte præmis nævnte krav, fremlagde denne en erklæring fra en bank med oplysninger om åbning af en kassekredit med et beløb på over 5 000 000 EUR og en tro og love-erklæring, som attesterer, at nævnte tilbudsgiver, såfremt dennes bud blev valgt, på tidspunktet for indgåelsen af kontrakten og under hele perioden for den offentlige kontrakts gennemførelse ville have rådighed over et mindstebeløb på 3 000 000 EUR.

18 Den udelukkede tilbudsgiver gjorde gældende, at det var objektivt umuligt på anden vis at opfylde den ordregivende myndigheds krav til økonomisk og finansiel formåen, idet nævnte tilbudsgiver støttede sig på erklæringer fra slovakiske banker, som den pågældende kontaktede, hvorefter disse banker alene kunne give et bindende løfte om kredit, som det i udbudsbekendtgørelsen krævede, efter godkendelse af den af kreditten dækkede transaktion og efter opfyldelse af alle de af banken fastlagte betingelser for indgåelse af en kreditaftale.

19 Idet den ordregivende myndighed fandt, at nævnte tilbudsgiver navnlig ikke opfyldte kravene til økonomisk og finansiel formåen som fastsat i § 27, stk. 1, litra a), i lov nr. 25/2006, besluttede den at udelukke denne tilbudsgiver fra udbuddet. Denne beslutning blev tiltrådt af myndigheden for regulering af offentlige kontrakter. Da Krajský súd de Bratislava (den regionale ret i Bratislava, Slovakiet) ved dom af 13. januar 2015 forkastede søgsmålet anlagt til prøvelse af denne beslutning, iværksatte den udelukkede tilbudsgiver en appel af denne dom ved den forelæggende ret, Najvyšší súd Slovenskej republiky (Den Slovakiske Republiks øverste domstol).

20 Den forelæggende ret er i tvivl om lovligheden af den ordregivende myndigheds beslutning, hvorved denne fandt, at den udelukkede tilbudsgiver, selv om denne på tidspunktet for proceduren for udvælgelse af buddet havde et løfte fra en bank vedrørende et lån med et beløb på 5 000 000 EUR, ikke opfyldte kravene til økonomisk og finansiel formåen som fastsat i udbudsbekendtgørelsen.

21 Den forelæggende ret er ligeledes i tvivl om, hvorvidt den økonomiske og finansielle formåen kan godtgøres med andre midler, og i denne forbindelse hvorvidt den tro og love-erklæring, som den udelukkede tilbudsgiver fremlagde, og som attesterede, at denne tilbudsgiver, såfremt dennes bud blev

valgt, på tidspunktet for indgåelsen af kontrakten og under hele perioden for kontraktens gennemførelse ville have rådighed over en kassekredit med et mindstebeløb på 3 000 000 EUR, kunne være tilstrækkelig i denne henseende.

22 Endelig spørger den forelæggende ret, om den adgang til domstolsprøvelse, som den udelukkede tilbudsgiver har på nationalt plan, kan kvalificeres som »effektiv« i EU-retlig forstand, når sagens genstand er bortfaldet, idet den valgte tilbudsgiver næsten har gennemført hele den omhandlede offentlige kontrakt.

23 På denne baggrund har Najvyšší súd Slovenskej republiky (Den Slovakiske Republiks øverste domstol) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Handler en national myndighed i overensstemmelse med formålet med artikel 47, og i særdeleshed artiklens stk. 1, litra a), og [artikel 47,] stk. 4, i [direktiv 2004/18], såfremt myndigheden inden for rammerne af en udbudsprocedure med en anslået kontraktværdi på [3 000 000] EUR på grundlag af en tro og love-erklæring fra en tilbudsgiver og oplysninger fra en bank, ifølge hvilke tilbudsgiveren kunne opnå en særlig bankkredit uden øremærkning for en grænseværdi, der oversteg kontraktværdien, har vurderet, at tilbudsgiveren ikke opfyldte de i udbudsbekendtgørelsen fastlagte krav om økonomisk og finansiel formåen?

2) Kan situationen på markedet for banktjenester i en medlemsstat, hvor en bank i sit bindende løfte om kredit betinger en kreditbevilling af opfyldelsen af betingelserne i kreditaftalen, som ikke konkret er specificeret på tidspunktet for udbudsproceduren, i henhold til artikel 47, stk. 5, i [direktiv 2004/18] udgøre en [»gyldig grund«] til, at tilbudsgiveren ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed krævede dokumentation[, således at] tilbudsgiveren med andre ord i den konkrete situation [kan] godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved en tro og love-erklæring, som attesterer et tilstrækkeligt kreditforhold med banken?

3) Kan den omstændighed, at de forskellige kontrakter allerede næsten fuldstændigt er blevet gennemført af den vindende tilbudsgiver, i forbindelse med domstolsprøvelse af en beslutning, hvormed den nationale myndighed for indgåelse af offentlige kontrakter har udelukket en tilbudsgiver, udgøre en objektiv hindring, som følge af hvilken den nationale ret ikke kan [overholde] bestemmelsen i [chartrets] artikel 47, stk. 1 og 2, sammenholdt med artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 3 og 6-8, i [direktiv 89/665]?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

24 Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 47, stk. 1, litra a), og artikel 47, stk. 4, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en ordregivende myndighed udelukker en tilbudsgiver fra en offentlig kontrakt, fordi den sidstnævnte ikke opfylder den betingelse for økonomisk og finansiel formåen, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen, vedrørende fremlæggelsen af en erklæring fra en bank, ifølge hvilken banken forpligter sig til at yde et lån svarende til det i denne udbudsbekendtgørelse fastsatte beløb og til at sikre, at denne tilbudsgiver har rådighed over dette beløb under hele perioden for kontraktens gennemførelse.

25 Det skal indledningsvis bemærkes, at artikel 267 TEUF ikke giver Domstolen kompetence til at anvende EU-retlige regler på et bestemt tilfælde, men kun til at udtale sig om fortolkningen af traktaterne og retsakter vedtaget af Den Europæiske Unions institutioner. Domstolen kan imidlertid inden for rammerne af det ved denne artikel indførte judicielle samarbejde på grundlag af

oplysningerne i sagens akter forsyne en national domstol med de EU-retlige fortolkningselementer, som kan være hensigtsmæssige for den ved vurderingen af den ene eller den anden EU-retlige bestemmelses virkninger (dom af 16.7.2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis).

26 Artikel 44 i direktiv 2004/18 bestemmer, at de ordregivende myndigheder kan kræve minimumskriterier for egnethed, som tilbudsgivere skal opfylde. Disse minimumskriterier skal anføres i udbudsbekendtgørelsen.

27 I denne forbindelse opregner dette direktivs artikel 47, stk. 1, de oplysninger, der almindeligvis kan kræves af en økonomisk aktør for, at denne kan føre bevis for sin økonomiske og finansielle formåen. Disse oplysninger skal godtgøre, at tilbudsgiveren råder over de nødvendige ressourcer til at gennemføre en offentlig kontrakt. Disse oplysninger omfatter »relevante erklæringer fra en bank«.

28 I henhold til samme artikels stk. 4 anfører de ordregivende myndigheder i udbudsbekendtgørelsen de former for dokumentation, de har valgt, samt hvilken anden dokumentation der skal fremlægges.

29 I nærværende sag krævede den i hovedsagen omhandlede udbudsbekendtgørelse som kriterium vedrørende beviset for den økonomiske og finansielle formåen, at tilbudsgiveren fremlagde et dokument fra en bank, der attesterede, at tilbudsgiveren blev ydet et lån med et mindstebeløb på 3 000 000 EUR, der var gyldigt under hele perioden for kontraktens gennemførelse, dvs. 48 måneder.

30 Det fremgår af de sagsakter, som er forelagt Domstolen, at den udelukkede tilbudsgiver fremlagde en erklæring fra en bank med oplysninger om virksomhedens økonomiske formåen og en erklæring, som omtalte åbningen af en kassekredit med et beløb på over 5 000 000 EUR. Den udelukkede tilbudsgiver fremlagde ligeledes en erklæring, hvorefter nævnte tilbudsgiver på tro og love erklærede, at denne, såfremt den pågældendes bud blev valgt, under hele perioden for kontraktens gennemførelse ville råde over en kassekredit på mindst 3 000 000 EUR.

31 Den ordregivende myndighed fandt imidlertid, at den udelukkede tilbudsgiver ikke havde opfyldt kravene til økonomisk og finansiel formåen, eftersom dennes økonomiske og finansielle situation ikke opfyldte den betingelse for at deltage, som krævede fremlæggelse af et bevis med den påkrævede form og indhold.

32 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at artikel 47 i direktiv 2004/18 overlader et meget vidt skøn til de ordregivende myndigheder, hvilket bl.a. fremgår af udtrykket »almindeligvis« i denne bestemmelse. Som det fremgår af Domstolens praksis, giver direktivets artikel 47, stk. 4, i modsætning til dette direktivs artikel 48, som fastsætter en lukket ordning, der begrænser de fremgangsmåder for vurdering og undersøgelse, som de pågældende myndigheder råder over, og således disses muligheder for at stille krav, udtrykkeligt de ordregivende myndigheder mulighed for at vælge, hvilke bevisdokumenter der skal fremlægges af ansøgerne eller tilbudsgiverne med henblik på at godtgøre deres økonomiske og finansielle formåen. Da artikel 44, stk. 2, i direktiv 2004/18 henviser til denne artikel 47, foreligger samme valgfrihed for så vidt angår minimumskriterierne for økonomisk og finansiel formåen (jf. i denne retning dom af 18.10.2012, Édukövízig og Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, præmis 28).

33 Når dette står fast, fremgår det udtrykkeligt af artikel 44, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/18, at de minimumskriterier for egnethed, der kræves i forbindelse med en bestemt kontrakt, skal være forbundet med formålet med kontrakten og stå i forhold hertil. Det fremgår heraf, at kravene til økonomisk og finansiel formåen skal være objektivt egnede til at oplyse om denne formåen hos den økonomiske aktør, og at de skal være tilpasset størrelsen af den pågældende kontrakt, således at de objektivt udgør et positivt indicium for, at der foreligger et tilstrækkeligt økonomisk og finansielt

grundlag til at gennemføre kontrakten, uden dog at gå ud over, hvad der med rimelighed er nødvendigt med henblik herpå (jf. i denne retning dom af 18.10.2012, Édukövízig og Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, præmis 29).

34 Det skal endvidere på den ene side bemærkes, at det for det første følger af ligebehandlingsprincippet, at tilbudsgiverne gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle tilbudsgivere. For det andet har gennemsigtighedsforpligtelsen, som er en logisk følge heraf, 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 bud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt (dom af 2.6.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

35 Hvad for det første angår det i udbudsbekendtgørelsen udtrykkeligt nævnte krav om, at den økonomiske sikkerhed skulle sikre »kontraktens gennemførelse«, synes det at fremgå af det første præjudicielle spørgsmåls affattelse, at den ordregivende myndighed fandt, at dette krav ikke var opfyldt, eftersom den bankkredit, som tilbudsgiveren var ydet, uagtet at den oversteg det ved denne udbudsbekendtgørelse fastsatte beløb, var en kassekredit, som ikke var øremærket kontraktens gennemførelse.

36 Det skal i denne forbindelse fastslås, at et krav om at opnå et lån, der er øremærket kontraktens gennemførelse, er objektivt egnet til at oplyse om tilbudsgiverens økonomiske evne til at gennemføre kontrakten. Som Europa-Kommissionen har gjort gældende, er øremærkningen af et lån nemlig egnet til at godtgøre, at tilbudsgiveren reelt disponerer over ressourcer, som virksomheden ikke selv ejer, og som er fornødne for kontraktens gennemførelse (jf. i denne retning dom af 2.12.1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, præmis 29). Det tilkommer imidlertid fortsat den forelæggende ret at efterprøve, om det i udbudsbekendtgørelsen krævede beløb står i rimeligt forhold til kontraktens genstand.

37 Hvad for det andet angår det ligeledes i udbudsbekendtgørelsen nævnte krav om ydelse af et lån med et mindstebeløb på 3 000 000 EUR »under perioden for kontraktens gennemførelse (48 måneder)«, skal det, selv om artikel 47 i direktiv 2004/18 ganske vist ikke udtrykkeligt foreskriver, at den ordregivende myndighed kan kræve af en tilbudsgiver, at de fornødne ressourcer står til rådighed under hele perioden for kontraktens gennemførelse, fastslås, som generaladvokaten har anført i punkt 46 i sit forslag til afgørelse, at den ordregivende myndigheds efterprøvelse under proceduren for tildeling af kontrakten af, om de økonomiske og finansielle kriterier er overholdt, forudsætter, at denne myndighed har sikkerhed for, at tilbudsgiveren virkelig råder over de ressourcer af enhver art, som han påberåber sig, i den af kontrakten omfattede periode (jf. i denne retning dom af 14.1.2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

38 Endvidere er bevarelsen af rådigheden over det krævede beløb under hele gennemførelsen af kontrakten et forhold, der kan bruges i den konkrete vurdering af tilbudsgiverens økonomiske og finansielle formåen i forhold til sine forpligtelser. En korrekt gennemførelse af kontrakten er nemlig snævert knyttet til det forhold, at tilbudsgiveren råder over de økonomiske ressourcer til at gennemføre den.

39 I nærværende sag er betingelsen om, at tilbudsgiveren skal råde over ressourcerne under hele perioden for kontraktens gennemførelse, således egnet til at sikre overholdelsen af formålene med artikel 47, stk. 1, i direktiv 2004/18.

40 Det tilkommer imidlertid den nationale ret at vurdere, om de beviser, som tilbudsgiveren har fremlagt, er relevante i denne henseende, herunder bl.a. kontrakten om åbning af en kassekredit.

41 På baggrund af det ovenstående skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 47, stk. 1, litra a), og artikel 47, stk. 4, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed udelukker en tilbudsgiver fra en offentlig kontrakt, fordi tilbudsgiveren ikke opfylder den betingelse for økonomisk og finansiel formåen, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen, vedrørende fremlæggelsen af en erklæring fra en bank, ifølge hvilken banken forpligter sig til at yde et lån svarende det i denne udbudsbekendtgørelse fastsatte beløb og til at sikre, at denne tilbudsgiver har rådighed over dette beløb under hele perioden for kontraktens gennemførelse.

Det andet spørgsmål

42 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om den omstændighed, at de banker, som tilbudsgiveren har anmodet om et lån – når en udbudsbekendtgørelse kræver, at der fremlægges en erklæring fra en bank, hvorefter banken forpligter sig til at yde et lån svarende til det beløb, der er fastsat i denne udbudsbekendtgørelse, og til at sikre, at tilbudsgiveren har rådighed over dette beløb under hele perioden for kontraktens gennemførelse – ikke ser sig i stand til at udstede en sådan erklæring til tilbudsgiveren på de således fastsatte betingelser, kan udgøre en »gyldig grund« som omhandlet i artikel 47, stk. 5, i direktiv 2004/18, som i givet fald giver den nævnte tilbudsgiver tilladelse til at bevise sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed måtte finde passende, såsom en tro og love-erklæring, som attesterer, at tilbudsgiveren, såfremt dennes bud blev valgt, på tidspunktet for indgåelsen af kontrakten og under hele perioden for kontraktens gennemførelse ville have rådighed over en kassekredit med et beløb, der svarer til det i udbudsbekendtgørelsen fastsatte.

43 Artikel 47, stk. 5, i direktiv 2004/18 giver tilbudsgivere, som af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed krævede dokumentation, mulighed for at godtgøre deres økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, for så vidt som den ordregivende myndighed finder et sådant dokument egnet med henblik herpå.

44 I nærværende sag fremlagde den udelukkede tilbudsgiver en tro og love-erklæring, som attesterede, at tilbudsgiveren, såfremt den pågældendes bud blev valgt, under hele perioden for kontraktens gennemførelse ville have rådighed over en kassekredit på mindst 3 000 000 EUR, idet nævnte tilbudsgiver anførte, at denne ikke kunne få en erklæring fra en bank, hvorved denne bank forpligtede sig til at yde tilbudsgiveren et lån med et beløb, der svarede til det i udbudsbekendtgørelsen fastsatte.

45 Det tilkommer i denne forbindelse den forelæggende ret at efterprøve, om det var objektivt umuligt for den udelukkede tilbudsgiver at fremlægge den af den ordregivende myndighed krævede dokumentation. Dette er, som generaladvokaten har anført i punkt 53 i sit forslag til afgørelse, bl.a. tilfældet, hvis den nævnte tilbudsgiver ikke i Slovakiet var i stand til at indhente dokumentation som den i udbudsbekendtgørelsen krævede.

46 Det er kun såfremt den forelæggende ret måtte fastslå en sådan objektiv umulighed, at det tilkommer den at efterprøve, om den ordregivende myndighed med rette fandt, at den af tilbudsgiveren fremlagte tro og love-erklæring ikke udgjorde passende dokumentation med henblik på at bevise tilbudsgiverens økonomiske og finansielle formåen. I henhold til dette direktivs artikel 44, stk. 2, og i lyset af 39. betragtning hertil tilkommer det ligeledes den forelæggende ret at efterprøve, om omfanget af oplysningerne samt det krævede niveau for egnetheden hænger sammen med og står i forhold til kontraktens genstand, og om udvælgelseskriterierne anvendes uden forskelsbehandling.

47 Hvad angår betragtningerne af faktisk karakter tilkommer det den forelæggende ret at efterprøve, om det var objektivt umuligt for den udelukkede tilbudsgiver at fremlægge den af den ordregivende myndighed krævede dokumentation, og i bekræftende fald, om den ordregivende myndighed med rette kunne fastslå, at den af tilbudsgiveren fremlagte tro og love-erklæring ikke udgjorde passende dokumentation med henblik på at bevise dennes økonomiske og finansielle formåen.

48 Følgelig skal det andet spørgsmål besvares med, at artikel 47, stk. 5, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at den omstændighed, at de banker, som tilbudsgiveren har anmodet om et lån – når en udbudsbekendtgørelse kræver, at der fremlægges en erklæring fra en bank, hvorefter banken forpligter sig til at yde et lån svarende til det beløb, der er fastsat i denne udbudsbekendtgørelse, og til at sikre, at tilbudsgiveren har rådighed over dette beløb under hele perioden for kontraktens gennemførelse – ikke ser sig i stand til at udstede en sådan erklæring til denne tilbudsgiver på de således fastsatte betingelser, kan udgøre en »gyldig grund« som omhandlet i denne artikel, som i givet fald giver den nævnte tilbudsgiver tilladelse til at bevise sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed måtte finde passende, for så vidt som det var objektivt umuligt for denne tilbudsgiver at fremlægge den af den ordregivende myndighed krævede dokumentation, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at bedømme.

Det tredje spørgsmål

49 Det følger af Domstolens faste praksis, at den procedure, der er indført med artikel 267 TEUF, er et middel til samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, som giver Domstolen mulighed for at forsyne de nationale retter med de elementer vedrørende fortolkningen af EU-retten, som er nødvendige for, at de kan afgøre den for dem verserende tvist (jf. bl.a. kendelse af 8.9.2016, Caixabank og Abanca Corporación Bancaria, C-91/16 og C-120/16, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:673, præmis 13 og den deri nævnte retspraksis).

50 I denne forbindelse har Domstolen gentagne gange udtalt, at det for at opnå en fortolkning af EU-retten, som den nationale ret kan bruge, er påkrævet, at denne giver en beskrivelse af de faktiske omstændigheder og regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med, eller i hvert fald forklarer de faktiske forhold, der er baggrunden for dens spørgsmål (jf. bl.a. kendelse af 8.9.2016, Caixabank og Abanca Corporación Bancaria, C-91/16 og C-120/16, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:673, præmis 14 og den deri nævnte retspraksis).

51 Kravene til indholdet af en anmodning om præjudiciel afgørelse fremgår udtrykkeligt af artikel 94 i Domstolens procesreglement samt af punkt 15 i Den Europæiske Unions Domstols anbefalinger til de nationale retter vedrørende forelæggelse af præjudicielle spørgsmål (EUT 2016, C 439, s. 1), hvorefter enhver anmodning om præjudiciel afgørelse skal indeholde »en kortfattet fremstilling af tvistens genstand og de relevante faktiske omstændigheder, således som de er fastslået af den forelæggende ret, eller i det mindste en fremstilling af de faktiske oplysninger, som ligger til grund for spørgsmålene«, »ordlyden af de nationale bestemmelser, som vil kunne finde anvendelse i den foreliggende sag, og i givet fald relevant national retspraksis«, samt »en fremstilling af grundene til, at den forelæggende ret finder, at der er tvivl om fortolkningen eller gyldigheden af visse EU-retlige bestemmelser, samt af sammenhængen mellem disse bestemmelser og den nationale lovgivning, som finder anvendelse på tvisten i hovedsagen« (jf. i denne retning kendelse af 20.7.2016, Stanleybet Malta og Stoppani, C-141/16, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:596, præmis 8 og 9 og den deri nævnte retspraksis).

52 I nærværende sag indeholder forelæggelsesafgørelsen ingen angivelser af de nationale bestemmelser, som tilsigter at gennemføre bestemmelserne i direktiv 89/665 på klageprocedurerne og på deres virkninger, som ændret ved direktiv 2007/66. I forelæggelsesafgørelsen anføres det bl.a. ikke, om Den Slovakiske Republik som foreskrevet i dette direktivs artikel 2, stk. 6, har bestemt, at den anfægtede

afgørelse først skal annulleres, for at der kan kræves skadeserstatning, eller om den, som det tillades i henhold til det nævnte direktivs artikel 2, stk. 7, andet afsnit, har bestemt, at de for klageprocedurerne ansvarlige instanser efter kontraktens indgåelse blot yder skadeserstatning.

53 Forelæggelsesafgørelsen er endvidere upræcis hvad angår de faktiske omstændigheder i hovedsagen vedrørende genstanden for det søgsmål, som den udelukkede tilbudsgiver har anlagt, samt vedrørende årsagerne til, at proceduren for indgåelse af kontrakten fortsatte, på trods af, at der verserede et søgsmål til prøvelse af den ordregivende myndigheds afgørelse.

54 Uden disse præciseringer kan Domstolen ikke give et brugbart svar på det tredje spørgsmål, som derfor skal afvises.

Sagsomkostninger

55 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 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 (Anden Afdeling) for ret:

1) **Artikel 47, stk. 1, litra a), og artikel 47, stk. 4, i Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed udelukker en tilbudsgiver fra en offentlig kontrakt, fordi tilbudsgiveren ikke opfylder den betingelse for økonomisk og finansiel formåen, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen, vedrørende fremlæggelsen af en erklæring fra en bank, ifølge hvilken banken forpligter sig til at yde et lån svarende til det i denne udbudsbekendtgørelse fastsatte beløb og til at sikre, at denne tilbudsgiver har rådighed over dette beløb under hele perioden for kontraktens gennemførelse.**

2) **Artikel 47, stk. 5, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at den omstændighed, at de banker, som tilbudsgiveren har anmodet om et lån – når en udbudsbekendtgørelse kræver, at der fremlægges en erklæring fra en bank, hvorefter banken forpligter sig til at yde et lån svarende til det beløb, der er fastsat i denne udbudsbekendtgørelse, og til at sikre, at tilbudsgiveren har rådighed over dette beløb under hele perioden for kontraktens gennemførelse – ikke ser sig i stand til at udstede en sådan erklæring til denne tilbudsgiver på de således fastsatte betingelser, kan udgøre en »gyldig grund« som omhandlet i denne artikel, som i givet fald giver den nævnte tilbudsgiver tilladelse til at bevise sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed måtte finde passende, for så vidt som det var objektivt umuligt for denne tilbudsgiver at fremlægge den af den ordregivende myndighed krævede dokumentation, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at bedømme.**

Underskrifter