



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 8. maj 2019¹

Sag C-267/18

Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA
mod
Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien))

»Præjudicielt spørgsmål – direktiv 2014/24/EU – offentlige udbud – fakultative udelukkelsesgrunde – udelukkelse af en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure på grund af, at en tidligere kontrakt er blevet ophævet som følge af en underentreprise, der ikke er blevet meddelt til den ordregivende myndighed – begrebet betydelige eller vedvarende mangler – tilbageholdelse af oplysninger om ophævelsen af en tidligere kontrakt – meddelelse om, at underkontrahenter deltager i gennemførelsen af kontrakten – mål og formål – grovheden af tilbageholdelsen af oplysninger«

1. I henhold til direktiv 2014/24/EU² kan økonomiske aktører, der har udvist »betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under en tidligere offentlig kontrakt [...], der har medført den pågældende tidligere kontrakts forfald før aftalt tid« [artikel 57, stk. 4, litra g)], udelukkes fra en udbudsprocedure.

2. En rumænsk ret har forelagt Domstolen sin tvivl om, hvorvidt denne bestemmelse finder anvendelse, når den »tidligere kontrakts forfald før aftalt tid« skyldtes, at den valgte tilbudsgiver havde givet en del af bygge- og anlægsarbejderne i underentreprise uden at underrette den ordregivende myndighed herom. Ud over denne omstændighed oplyste den pågældende økonomiske aktør heller ikke den (anden) ordregivende myndighed i den nye udbudsprocedure om, at den tidligere kontrakt var blevet ophævet før aftalt tid.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten – direktiv 2014/24

3. 101. betragtning har følgende ordlyd:

»Ordregivende myndigheder bør endvidere 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

¹ – Originalsprog: spansk.

² – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

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, f.eks. 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 sæt alvorlig tvivl om den økonomiske aktørs pålidelighed. Der bør fastsættes en maksimumsvarighed for sådanne udelukkelse 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.«

4. Artikel 57 (»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:

[...]

c) hvis den ordregivende myndighed med ethvert passende middel kan vise, at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om dennes integritet

[...]

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.

[...]«

5. Artikel 71 (»underentreprise«) foreskriver:

»[...]

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 egne erklæringer, jf. artikel 59. [...]

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.:

[...]

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.

[...]«

B. National ret – legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (lov nr. 98/2016 om offentlige kontrakter, herefter »lov nr. 98/2016«).

6. Artikel 167 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 ikke er 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 gennemførelse 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.«

7. Artikel 171 bestemmer:

»(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 med hensyn til 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 ydelse af erstatning eller påtagelse af forpligtelse til at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen, indgående redegørelse for de forhold og omstændigheder, der ligger til grund for overtrædelsen af straffeloven eller anden forsømmelse, gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne samt vedtagelse af 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 forsømmelse.

[...]«

II. De faktiske omstændigheder og det præjudicielle spørgsmål

8. Den 3. oktober 2010 tildelte Primăria Râmnicu Vâlcea (Râmnicu Vâlcea kommune) Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (herefter »Delta«) og to andre selskaber, som sammen med Delta udgjorde en midlertidig virksomhedssammenslutning (herefter »virksomhedssammenslutning 1«), en kontrakt om bygge- og anlægsarbejder for renovering og modernisering af en fritidsfacilitet.

9. Den 7. juni 2017 besluttede førnævnte kommune at ophæve kontrakten med henvisning til, at virksomhedssammenslutning 1 havde misligholdt kontrakten ved at give centrale dele af bygge- og anlægsarbejderne i underentreprise uden kommunens forudgående tilladelse, selv om udbudsbetingelserne indeholdt en bestemmelse om, at ingen underkontrahent kunne deltage i gennemførelsen af kontrakten uden den ordregivende myndigheds tilladelse³.

10. Ophævelsen af kontrakten før aftalt tid som følge af virksomhedssammenslutning 1's misligholdelse blev den 25. juli 2017 offentliggjort via online-plattformen Sistemul Electronic de Achiziții Publice (elektronisk offentligt indkøbssystem, herefter »SEAP«).

11. Den 27. juli 2017 indledte Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (det nationale selskab for forvaltning af vejinfrastrukturen, herefter »CNAIR«) en offentlig udbudsprocedure vedrørende udførelse af bygge- og anlægsarbejder, nærmere bestemt »Proiectare și execuție lângre la 4 benzi DN 7 Baldana-Titu km 30 + 950 – 52 + 350« (projektering og gennemførelse af udvidelsen til firesporet vej af landevej DN 7 Baldana-Titu km 30 + 950 – 52 + 350), til en anslået værdi af 210 627 629 RON (46 806 139,78 EUR) for en periode på 84 måneder.

12. Sammen med to andre selskaber dannede Delta en ny midlertidig virksomhedssammenslutning (herefter »virksomhedssammenslutning 2«) og deltog i udbuddet som tilbudsgiver. I sin ansøgning anførte virksomhedssammenslutning 2, at den ikke var omfattet af nogen udelukkelsesgrunde.

13. CNAIR's bedømmelsesudvalg søgte i det elektroniske system og fik adgang til foranstaltningen om undersøgelse vedtaget af Râmnicu Vâlcea kommune, som indeholdt oplysninger om ophævelsen af aftalen mellem virksomhedssammenslutning 1 og nævnte kommune.

3 – I samme beslutning blev skaden som følge heraf beregnet til 2 345 299,70 lei (RON) (521 000 EUR).

14. Efter høring af Delta og Râmnicu Vâlcea kommune udelukkede CNAIR's bedømmelsesudvalg den 18. december 2017 virksomhedssammenslutning 2 fra udbudsproceduren vedrørende kontrakten om udvidelse af den nationale landevej. Bedømmelsesudvalget anførte i denne forbindelse, at den tidligere kontrakts ophævelse før aftalt tid og den manglende oplysning om denne omstændighed i den anden procedure udgjorde udelukkelsesgrunde i henhold til artikel 167, stk. 1, litra g) og h), i lov nr. 98/2016.

15. Virksomhedssammenslutning 2 anmodede den ordregivende myndighed om at annullere beslutningen om udelukkelse og tage dens tilbud op til fornyet behandling. Eftersom CNAIR ikke reagerede, indgav virksomhedssammenslutning 2 en klage til Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (det nationale råd for ankesager, herefter »CNSC«).

16. Den 2. februar 2018 gav CNSC afslag på klagen og anførte følgende:

- CNSC var kompetent til at vurdere lovligheden af beslutningen om udelukkelse af tilbuddet og til at efterprøve, om det var omfattet af den lovbestemte udelukkelsesgrund, men ikke kompetent til at vurdere lovligheden af foranstaltningen om undersøgelse.
- Der gjaldt en formodning om lovlighed af foranstaltningen om undersøgelse, som var et bevis på grovheden af den manglende opfyldelse af forpligtelser i kraft af en tidligere offentlig kontrakt.
- Virksomhedssammenslutning 2 havde alene gjort gældende, at foranstaltningen om undersøgelse var retsstridig, uden at føre bevis for virksomhedssammenslutningens pålidelighed i medfør af bestemmelserne i artikel 171 i lov nr. 98/2016.

17. Der blev anlagt sag til prøvelse af CNSC's afgørelse ved den forelæggende ret den 16. februar 2018. Til støtte for sin påstand gjorde sagsøgeren i det væsentlige gældende: a) at foranstaltningen om undersøgelse ikke var egnet til at bevise Deltas alvorlige og gentagne misligholdelse af kontraktmæssige forpligtelser, og b) at selv om det indrømmes, at foranstaltningens oplysninger afspejler virkeligheden, kan disse oplysninger ikke henføres under udelukkelsesgrunden vedrørende alvorlig eller gentagen misligholdelse af kontraktmæssige forpligtelser⁴.

18. På denne baggrund har Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien) forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal 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 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?«

III. Retsforhandlingerne for Domstolen

19. Forelæggelsesafgørelsen indgik til Domstolen den 17. april 2018.

20. Delta, den rumænske regering og Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg. I retsmødet den 27. februar 2019 deltog Delta, den østrigske regering og Kommissionen.

4 – Delta tilføjede, at såvel foranstaltningen om undersøgelse som den i foranstaltningen om undersøgelse påståede misligholdelse er genstand for domstolsprøvelse.

IV. Bedømmelse

A. Indledende bemærkning

21. Den forelæggende rets spørgsmål omhandler udelukkende fortolkningen af artikel 57, stk. 4, litra g), i direktiv 2014/24. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at svaret på dette spørgsmål, i overensstemmelse med Domstolens faste praksis⁵, kan udvides til at omfatte andre bestemmelser i dette direktiv med tilknytning til de faktiske omstændigheder med henblik på at give den forelæggende ret vurderingselementer, der letter dens opgave.

22. Den udelukkelsesgrund, der er forbundet med ophævelsen før aftalt tid af kontrakten, er netop den i artikel 57, stk. 4, litra g), i direktiv 2014/24 omhandlede. Det nævnes imidlertid i selve forelæggelsesafgørelsen⁶, at »bedømmelsesudvalget også [anvendte] bestemmelserne i artikel 167, stk. 1, litra h), i [lov nr. 98/2016] på det omhandlede tilbud«. Eftersom denne bestemmelse i national ret afspejler udelukkelsesgrunden i artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24, vil Domstolens svar være mere fuldstændigt, hvis det også omfatter indvirkningen af sidstnævnte udelukkelsesgrund på de faktiske omstændigheder⁷.

B. Udelukkelsesgrunden i artikel 57, stk. 4, litra g), i direktiv 2014/24

23. Således som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i Meca-sagen⁸, nævner artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24 blandt de former for adfærd udvist af en økonomisk aktør, der kan begrunde dennes udelukkelse fra en udbudsprocedure, såvel »alvorlige forsømmelser [i forbindelse med udøvelsen af erhvervet], der sår tvivl om dennes integritet« [litra c)], som »betydelige [...] mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under en tidligere offentlig kontrakt [...], der har medført den pågældende tidligere kontrakts forfald før aftalt tid« [litra g)].

24. Det følger af 101. betragtning til direktiv 2014/24, at forsømmelserne i forbindelse med udøvelsen af erhvervet i litra c) har en overvejende *ikke-kontraktlig* karakter, dvs. at der er tale om uregelmæssigheder, der generelt finder sted uden for kontraktforholdet. Dette gør sig gældende for overtrædelser af miljømæssige eller sociale forpligtelser, af konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret eller misligholdelse af skatte- og afgiftsmæssige forpligtelser eller forpligtelser vedrørende social sikring. Omvendt har adfærden i litra g) karakter af en *kontraktlig* misligholdelse.

25. Det forekommer imidlertid, at visse kontraktlige misligholdelser samtidig kan omhandle en form for alvorlig forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, dvs. en forsømmelse i forbindelse med en forudgående administrativ kontrakt, der er tilstrækkelig til at begrunde en opsigelse af kontraktforholdet.

26. Ud fra dette synspunkt svarer forholdet mellem de to litra til forholdet mellem en *lex generalis* [litra c)] og en *lex specialis* [litra g)], hvilket tillader, at målene og begrundelserne for den generelle bestemmelse anvendes til at adskille principperne fra de principper, som fortolkningen af bestemmelsen i litra g) skal overholde.

5 – Dom af 22.10.2015, Impresa Edilux og SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, præmis 20): »[D]en omstændighed, at den forelæggende ret har udformet det præjudicielle spørgsmål under henvisning til bestemte EU-retlige bestemmelser, [er] ikke [...] til hinder for, at Domstolen oplyser denne ret om alle de fortolkningsmomenter, der kan være til nytte ved afgørelsen af den sag, som verserer for denne, uanset om den henviser til dem i sine spørgsmål. Det tilkommer herved Domstolen ud fra samtlige de oplysninger, der er fremlagt af den nationale ret, navnlig af forelæggelsesafgørelsens præmisser, at udlede de EU-retlige elementer, som det under hensyn til sagens genstand er nødvendigt at fortolke.«

6 – Præmis 15.

7 – Bedømmelsen af den kontraktlige misligholdelse kunne desuden være forbundet med udelukkelsesgrunden i artikel 57, stk. 4, litra c), i direktiv 2014/24 (dvs. alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet). Jeg vil imidlertid ikke dvæle ved denne omstændighed.

8 – Forslag til afgørelse af 7.3.2019 (C-41/18, EU:C:2019:183, punkt 38-45).

27. Begge udelukkelsesgrunde støtter sig 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. Selv om direktiv 2004/18⁹ ikke udtrykkeligt henviste hertil, blev dette element indført gennem Domstolens praksis¹⁰.

28. Direktiv 2014/24 har opstillet pålidelighed som en vigtig bestanddel i forholdet, netop idet direktivet omhandler alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet. Ifølge 101. betragtning, første afsnit, kan ordregivende myndigheder udelukke »økonomiske aktører, som har vist sig at være upålidelige«. Samme betragtning, andet afsnit, omhandler adfærd i forbindelse med tidligere kontrakter, »som har sået alvorlig tvivl om den økonomiske aktørs pålidelighed«.

29. Den afgørende betydning af den økonomiske aktørs *pålidelighed* fremgår af enkelte bestemmelser (stk. 6 og 7) i artikel 57 i direktiv 2014/24, idet den økonomiske aktør kan træffe foranstaltninger for at vise, at denne er pålidelig på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Således gennemsyrrer *pålideligheden* udelukkelsesgrundene med hensyn til kandidatens subjektive betingelser.

30. Ifølge formålet med artikel 57 i direktiv 2014/24 bør den ordregivende myndighed frit kunne vurdere dette element (ansøgerens pålidelighed) uden nødvendigvis at være bundet af andre offentlige organers vurderinger. Det tilkommer de ordregivende myndigheder, og kun disse, at vurdere omfanget af de forsømmelser, der medfører en kontraktlig misligholdelse, der er så alvorlig, at den kan begrunde, at en forudgående kontrakt opsiges på grund af manglende tillid.

31. Udelukkelsesgrunden i artikel 57, stk. 4, litra g), i direktiv 2014/24, som er anvendt i denne sag, gør sig gældende, når den økonomiske aktør ved gennemførelsen af en tidligere kontrakt har udvist betydelige eller vedvarende mangler¹¹ i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt formkrav, hvilket har givet anledning til ophævelsen før aftalt tid af denne kontrakt.

32. Denne ordlyd vidner frem for alt om, at den uregelmæssighed, som den valgte tilbudsgiver har begået, skal være tilstrækkelig alvorlig (»betydelig«) til, at den, henset til proportionalitetsprincippet, kan begrunde kontraktens ophævelse før aftalt tid.

33. En sammenligning af nogle af sprogversionerne af bestemmelsen¹² viser, at denne udelukkelsesgrund forudsætter, at der foreligger en misligholdelse af en væsentlig forpligtelse i henhold til en tidligere offentlig kontrakt. Denne forpligtelse kan være såvel materiel som formel, idet intet er til hinder for, at der forekommer formelle forpligtelser, som anses for væsentlige for gennemførelsen af en offentlig kontrakt¹³.

9 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114).

10 – Dom af 20.3.2018, Kommissionen mod Østrig (statstrykkeri) (C-187/16, EU:C:2018:194, præmis 88 og 91), af 14.12.2016, Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, præmis 28), og af 9.2.2006, La Cascina m.fl. (C-226/04 og C-228/04, EU:C:2006:94, præmis 21).

11 – I denne artikel anvendes der flertal med hensyn til *mangler*. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at kravet snarere er kvalitativt end kvantitativt, således at én enkelt betydelig mangel i sig selv kan medføre udelukkelse. Kommissionen og den østrigske regering gav udtryk for den samme opfattelse i retsmødet. I 101. betragtning til direktiv 2014/24, som indeholder eksempler på nogle af de »store mangler«, som direktivet henviser til, anvendes ental, idet der henvises til »manglende levering eller udførelse« eller »ukorrekt adfærd, som har sået alvorlig tvivl om den økonomiske aktørs pålidelighed«. Jeg fastholder, at alt afhænger af forholdet mellem foranstaltningen og grovheden af adfærd.

12 – I den spanske version anvendes udtrykket *requisito de fondo* [et væsentligt krav], men de øvrige versioner omhandler snarere dette krav *substans*; jf. den franske (*obligation essentielle*), den engelske (*substantive requirement*), den tyske (*einer wesentlichen Anforderung*) og den italienske version (*requisito sostanziale*).

13 – En ondsindet hemmeligholdelse af en underkontrahents deltagelse, som tilbudsgiveren skjuler med henblik på at omgå vilkårene i kontrakten, som afspejler ufravigelige bestemmelser i direktiv 2014/24, kan, selv om hemmeligholdelsen har en tilsyneladende formel karakter, medføre alvorlig skade og kvalificeres som væsentlig afhængig af disse skader og tilbudsgiverens svigagtige hensigt.

34. For at en udelukkelse kan komme på tale, er det således ikke tilstrækkeligt, at der blot foreligger en ensidig ophævelse af den tidligere offentlige kontrakt. Den ordregivende myndighed skal udføre endnu en opgave bestående i en vurdering af den misligholdelse, der på det pågældende tidspunkt blev foreholdt den valgte tilbudsgiver, for at efterprøve, om den opfylder kravene i henhold til artikel 57, stk. 4, litra g), i direktiv 2014/24.

35. Domstolen må ikke træde i den forelæggende rets sted hverken i forbindelse med vurderingen af de faktiske omstændigheder eller bedømmelsen af grovheden af den misligholdelse, som har medført udelukkelsen af Delta. Det tilkommer således den forelæggende ret i denne sag at afgøre, om den uautoriserede underentreprise¹⁴ af bygge- og anlægsarbejderne på de kommunale fritidsfaciliteter udgjorde en betydelig mangel i forbindelse med gennemførelsen af kontrakten mellem virksomhedssammenslutning 1 og Râmnicu Vâlcea kommune.

36. Domstolen kan imidlertid give den forelæggende ret oplysninger, der er nyttige i forbindelse med sidstnævntes egen bedømmelse.

37. Først og fremmest må der ses nærmere på indholdet af udbudsdokumenterne og spørgsmålet om, hvorvidt kontrahenten heri udtrykkeligt blev pålagt at oplyse om sin hensigt om at give en del af bygge- og anlægsarbejderne i underentreprise samt at anmode om den ordregivende myndigheds tilladelse hertil. Ifølge den rumænske regering var der specifikke bestemmelser, der foreskrev, at ingen underkontrahent kunne deltage i gennemførelsen af kontrakten uden den ordregivende myndigheds tilladelse¹⁵.

38. Det bør bemærkes, at artikel 71, stk. 2, i direktiv 2014/24 bestemmer, at »[i] udbudsdokumenterne kan den ordregivende myndighed 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«. Denne oplysning er en forudsætning for, at den ordregivende myndighed kan vurdere, om underkontrahenten er pålidelig¹⁶.

39. En bestemmelse i udbudsdokumenterne, der kræver denne forudgående oplysning, har dermed et solidt retsgrundlag i EU-retten. Indførelsen af denne bestemmelse er desuden i overensstemmelse med hensigten med direktiv 2014/24 for så vidt angår mekanismerne til underretning om hensigten om at anvende underentreprise og om underkontrahenternes identitet.

40. Mens direktiv 2004/18 kun udtrykte sig kortfattet desangående¹⁷, idet det nævnte, at det var hensigtsmæssigt at fastsætte bestemmelser om underentreprise for at gøre det lettere for små og mellemstore virksomheder at deltage i offentlige udbud¹⁸, fremhæves det i direktiv 2014/24, hvorfor »gennemsigtighed i underentreprenørkæden« er så vigtig.

14 – Delta har anført, at der i realiteten ikke var tale om en underentreprise, men derimod et forhold med en anden virksomhed med henblik på levering af tjenesteydelser og materialer. Forelæggelsesafgørelsen, hvis fremstilling af de faktiske omstændigheder bør tiltrædes af Domstolen, forekommer at lægge til grund, at der reelt var tale om en underentreprise.

15 – Punkt 17 i den rumænske regerings skriftlige indlæg. I retsmødet blev indholdet af denne bestemmelse (nr. 23.6) drøftet, og Delta anerkendte, at den fandtes.

16 – 105. betragtning til direktiv 2014/24: »[...] [D]et [bør] udtrykkeligt angives, at medlemsstaterne bør have mulighed for at gå videre og eksempelvis udvide gennemsigtighedsforpligtelserne [ved at] sætte ordregivende myndigheder i stand til eller pålægge dem at kontrollere, at underentreprenørerne ikke befinder sig i nogen af de situationer, der kunne begrunde en udelukkelse af økonomiske aktører [...]«

17 – Sammenligningen af ordningen for underentreprise i direktiv 2004/18 (artikel 25) og i direktiv 2014/24 (artikel 71) viser, at der i det væsentlige forekommer en pligt til at oplyse den ordregivende myndighed – såfremt dette fremgår af udbudsbetingelserne – om, hvilken del af bygge- og anlægsarbejderne der bliver givet i underentreprise, samt om identiteten på de foreslåede underkontrahenter.

18 – 32. betragtning til direktiv 2004/18.

41. Det forklares udtrykkeligt i betragtningerne til direktiv 2014/24, at »dette bibringer de ordregivende myndigheder oplysninger om, hvem der befinder sig på byggepladserne [...] Det bør præciseres, at forpligtelsen til at afgive de påkrævede oplysninger under alle omstændigheder påhviler hovedentreprenøren, enten på grundlag af *specifikke klausuler, som den enkelte ordregivende myndighed skal indarbejde i samtlige udbudsprocedurer*, eller på grundlag af forpligtelser, som medlemsstaterne pålægger hovedentreprenører ved hjælp af almindeligt gældende bestemmelser«¹⁹.

42. Ud fra et rent lovgivningsmæssigt synspunkt bestemmes det i artikel 71, stk. 6, litra b), i direktiv 2014/24, at »[d]e ordregivende myndigheder kan [...] eller kan af medlemsstaterne anmodes om at kontrollere, om der er grunde til at udelukke underentreprenører i henhold til artikel 57«. Denne kontrol forudsætter logisk nok, at den valgte tilbudsgiver på forhånd har oplyst disse myndigheder om identiteten på de foreslåede underkontrahenter til en del af bygge- og anlægsarbejderne.

43. På denne baggrund skal det desuden efterprøves, om tilsidesættelsen af pligten til at oplyse om underkontrahenten i henhold til udbudsbetingelserne medfører, at kontraktens ophæves før aftalt tid. I så fald ville den ordregivende myndighed ved at ophæve kontrakten blot »strengt [...] overholde de kriterier, den selv har fastsat«; jf. dommen i sagen *Connexion Taxi Services*²⁰.

44. Den forelæggende ret skal for det andet vurdere, om den direkte gennemførelse, som kun var forbeholdt den valgte tilbudsgiver, udgjorde en *væsentlig* forpligtelse i forbindelse med det af den ordregivende myndighed forfulgte formål. I modsat fald, dvs. såfremt det var muligt at anvende underkontrahenter i forbindelse med kontrakten om bygge- og anlægsarbejder, med forbehold af forpligtelsen til at give forudgående meddelelse og en efterfølgende administrativ tilladelse, må det afgøres, om denne manglende meddelelse (og dermed også den nødvendige tilladelse) ikke blot udgjorde en simpel administrativ fejl uden stor betydning, som kunne afhjælpes efterfølgende²¹.

45. For det tredje kan den forelæggende ret overveje, i hvilket omfang underentreprisen påvirkede en væsentlig del af bygge- og anlægsarbejderne på de kommunale fritidsfaciliteter, og om underkontrahentens deltagelse havde en negativ indvirkning på udførelsen af disse bygge- og anlægsarbejder²².

46. Sådanne vurderinger er relevante med henblik på at bedømme udelukkelsesforanstaltningen på grundlag af proportionalitetsprincippet²³. Hvis adfærden hos den økonomiske aktør, som tilsidesatte sine forpligtelser i henhold til den første kontrakt, ikke var af en vis betydning (dvs. hvis den blot var af minimal betydning), er det muligt, at udelukkelsen af denne aktør fra den anden kontrakt er uberettiget, idet den er ude af proportioner.

47. Hvis det fastslås, at denne udelukkelsesgrund foreligger, tillader artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 (som er gennemført i artikel 171 i lov nr. 98/2016) for det fjerde, at den berørte tilbudsgiver kan indgive bevis for, at denne, efter sin tidligere adfærd, har handlet pålideligt²⁴.

19 – 105. betragtning til direktiv 2014/24. Min fremhævelse.

20 – Dom af 14.12.2016 (C-171/15, EU:C:2016:948, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

21 – Dette er en af de muligheder, som Kommissionen har anført i sit skriftlige indlæg (blandt andre, såsom muligheden for, at virksomhedssammenslutning 1 havde til hensigt at vildlede den ordregivende myndighed med hensyn til underkontrahentens identitet).

22 – Selv om det i forelæggelsesafgørelsen ikke præciseres, om der forekom mangler i den pågældende gennemførelse, er den omstændighed, at virksomhedssammenslutning 1 blev fundet erstatningspligtig ifølge den rumænske regering et tegn på, at dette var tilfældet.

23 – Direktiv 2014/24 nævner, at foranstaltningen skal være forholdsmæssig, selv med hensyn til de obligatoriske udelukkelsesgrunde som f.eks. manglende betaling af skatter eller bidrag til sociale sikringsordninger (artikel 57, stk. 3, andet afsnit).

24 – I forelæggelsesafgørelsens præmis 21 fremhæves det, at virksomhedssammenslutning 2 »alene gjorde gældende, at foranstaltningen om undersøgelse var retsstridig, uden at [føre] bevis for virksomhedssammenslutningens pålidelighed [...]«. I retsmødet anførte Delta ikke, at virksomheden havde gennemført afhjælpende foranstaltninger i form af en »selvrensning« af dens adfærd for at genoprette pålideligheden (det oplystes blot, at virksomhedssammenslutningen på daværende tidspunkt forsøgte at afhjælpes den manglende meddelelse af underentreprisen).

48. Endelig er Deltas anbringende vedrørende de verserende sager med hensyn til den afgørelse fra Râmnicu Vâlcea kommune, hvorved virksomhedssammenslutning 1's kontrakt blev ophævet²⁵, i sig selv ikke til hinder for, at denne udelukkelsesgrund finder anvendelse. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i Meca-sagen²⁶, kan den blotte anlæggelse af en sag til prøvelse af en ophævelse før aftalt tid af en kontrakt ikke forhindre den ordregivende myndighed i at vurdere den adfærd, der ligger til grund herfor, og dermed tilbudsgiverens pålidelighed.

C. Udelukkelsesgrunden i artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24

49. Følgende situationer, der er omhandlet i artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24, kan ligge til grund for en udelukkelse af en økonomisk aktør fra en offentlig udbudsprocedure:

- at »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«
- at den økonomiske aktør »har tilbageholdt sådanne oplysninger«²⁷.

50. Domstolen tog stilling til den første af disse situationer, da den i Esaprojekt-dommen²⁸ fortolkede den bestemmelse i direktiv 2004/18 [dvs. artikel 45, stk. 2, litra g)], som på tilsvarende vis gjorde det muligt at udelukke en økonomisk aktør fra en offentlig kontrakt, hvis denne har afgivet urigtige oplysninger.

51. Domstolen vurderede i den pågældende dom, at det ikke er nødvendigt, at afgivelsen af urigtige oplysninger er forsætlig, men at det er tilstrækkeligt, at der foreligger »en vis form for grad af uagtsomhed, dvs. en uagtsomhed, der kan have afgørende indflydelse på beslutningerne om udelukkelse, udvælgelse eller tildeling af den offentlige kontrakt«. Eftersom denne omstændighed gjorde sig gældende i den pågældende sag, kunne den økonomiske aktør »anses for at have handlet »svigagtigt«, hvilket begrundede »den ordregivende myndigheds beslutning om at udelukke denne økonomiske aktør fra det pågældende udbud«²⁹.

52. Den anden situation blev behandlet i dommen i sagen *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani og RTI Mantovani e Guerrato*³⁰ med henvisning til den tilsvarende bestemmelse i direktiv 2004/18³¹. I nævnte sag havde tilbudsgiveren i sit tilbud hemmeligholdt oplysninger om den strafferetlige situation for en administrerende direktør, som var blevet dømt for flere forbrydelser. Domstolen var af den opfattelse, at denne omstændighed var tilstrækkelig til at udelukke tilbudsgiveren fra udbudsproceduren³².

25 – Denne litispændens nævnes i forelæggelsesafgørelsens præmis 12.

26 – C-41/18, EU:C:2019:183.

27 – Selv om de forskellige sprogversioner, som jeg har undersøgt, skiftevis anvender bekræftende eller benægtende verber (på italiensk, *non ha trasmesso*, på engelsk, *has withheld*, på fransk, *a caché*, på tysk, *zurückgehalten*, på portugisisk, *tiver retido*, på rumænsk, *nu a divulgat*), er jeg af den opfattelse, at de i det væsentlige beskriver den samme adfærd.

28 – Dom af 4.5.2017 (C-387/14, EU:C:2017:338).

29 – *Ibidem*, præmis 71 og 77.

30 – Dom af 20.12.2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000).

31 – Artikel 45, stk. 2, litra g), i direktiv 2004/18 bestemmer, at »[f]ra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver økonomisk aktør [...], som har undladt at give disse oplysninger[, der kan kræves i henhold til denne afdeling]«.

32 – Dom af 20.12.2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000, præmis 48): »Den omstændighed, at det undlades at oplyse den ordregivende myndighed om den forhenværende administrerende direktørs strafbare handlinger, kan ligeledes begrunde, at en tilbudsgiver i henhold til denne bestemmelse udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure.«

53. Selv om det af ordlyden af artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24 kunne udledes, at »grovheden« kun kræves med hensyn til en afgivelse af urigtige oplysninger og ikke en tilbageholdelse af oplysninger, er dette efter min opfattelse ikke tilfældet. Såvel ved en aktiv adfærd (fordrejning) som ved en undladelse (hemmeligholdelse) er det afgørende, at de oplysninger, der enten er afgivet urigtigt eller er blevet hemmeligholdt, har betydning for den ordregivende myndigheds afgørelse. Dette er efter min opfattelse endnu en konsekvens af proportionalitetsprincippet.

54. I denne anmodning om præjudiciel afgørelse har den forelæggende ret som nævnt ikke beskæftiget sig med den udelukkelsesgrund, som jeg her behandler, og som den ordregivende myndighed imidlertid også tog i betragtning³³. Eftersom Delta undlod at meddele CNAIR, at selskabets tidligere offentlige kontrakt var blevet ophævet som følge af tilsidesættelsen af en bestemmelse om underentreprise, valgte CNAIR netop (sammen med den udelukkelsesgrund, der blev behandlet under den foregående overskrift) at anvende artikel 167, stk. 1, i lov nr. 98/2016, dvs. den nationale bestemmelse, som afspejler artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24.

55. Såfremt den forelæggende ret finder det hensigtsmæssigt at tage stilling til den anden udelukkelsesgrund, som CNAIR har anvendt, må der i denne forbindelse ses nærmere på de specifikke omstændigheder ved hemmeligholdelsen af oplysninger samt grovheden af denne adfærd.

56. For at vurdere grovheden af hemmeligholdelsen af oplysningerne for den ordregivende myndighed er det navnlig ikke tilstrækkeligt at fastslå, at tilbudsgiveren tav om eksistensen af en mulig udelukkelsesgrund. Det er ligeledes nødvendigt at vurdere betydningen af de hemmeligholdt oplysninger.

57. I en sag som denne, hvor det formelt er fastslået, at en kontrakt tidligere er blevet ophævet³⁴, forpligtede loyalitetsprincippet Delta til at oplyse den ordregivende myndighed om denne omstændighed fra begyndelsen, uden at dette berørte Deltas mulighed for at forelægge de oplysninger, som efter virksomhedens opfattelse måtte være nødvendige for at bevise, at der ikke forelå en tilsidesættelse af forpligtelser, eller at denne tilsidesættelse var af ringe betydning³⁵.

58. Det tilkommer under alle omstændigheder den forelæggende ret at tage stilling til de faktiske omstændigheder i sagen og på grundlag af proportionalitetsprincippet afgøre, om udelukkelsen af tilbudsgiveren af den ene eller anden årsag var tilstrækkelig begrundet.

V. Forslag til afgørelse

59. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer det af Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien) forelagte spørgsmål således:

»1) 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 ordregivende myndighed i princippet fra en udbudsprocedure vedrørende offentlige bygge- og anlægsarbejder kan udelukke en økonomisk aktør, som har fået ophævet en tidligere offentlig kontrakt før aftalt tid, idet den pågældende tilsidesatte en bestemmelse, som pålagde denne at meddele, at en del af bygge- og anlægsarbejderne ville blive tildelt en underkontrahent, med henblik på at opnå den nødvendige tilladelse hertil

33 – Kommissionen fremhævede i retsmødet muligheden for, at artikel 57, stk. 4, litra h), kunne anvendes som grundlag for udelukkelsen.

34 – Den østrigske regering anførte i retsmødet, at en ophævelse før aftalt tid af en offentlig kontrakt er et element, hvis betydning ikke kan bagatelliseres, og som nødvendigvis må fremhæves i forbindelse med senere udbudsprocedurer.

35 – I retsmødet erkendte Delta, at selskabet ikke havde oplyst om denne omstændighed i det fælles europæiske udbudsdokument, og forklarede, at formularen ikke levner plads til bemærkninger. Intet var imidlertid til hinder for, at Delta, såfremt selskabet havde ønsket at forklare de nærmere omstændigheder ved ophævelsen af kontrakten, havde kunnet indgive en særskilt skrivelse med disse forklaringer.

- det tilkommer den nationale ret i betragtning af sagens specifikke omstændigheder og under anvendelse af proportionalitetsprincippet at afgøre, om ophævelsen før aftalt tid af den (første) offentlige kontrakt skyldtes en betydelig mangel i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt formkrav i henhold til denne kontrakt, som var tilstrækkelig til at udelukke den økonomiske aktør fra den (anden) kontrakt.
- 2) Artikel 57, stk. 4, litra h), i direktiv 2014/24 er ikke til hinder for, at den ordregivende myndighed fra en (anden) offentlig kontrakt udelukker en tilbudsgiver, som for denne myndighed har hemmeligholdt ophævelsen før aftalt tid af en tidligere kontrakt, som skyldtes, at der forelå betydelige mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt formkrav i henhold til denne (første) kontrakt. Det tilkommer den nationale ret at vurdere grovheden af denne hemmeligholdelse af oplysninger i betragtning af proportionalitetsprincippet.«