



## Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

19. juni 2019\*

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – direktiv 2014/24/EU – artikel 57, stk. 4, litra c) og g) – indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter – fakultative udelukkelsesgrunde fra deltagelse i en udbudsprocedure – alvorlig forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af et erhverv, der sår tvivl om den økonomiske aktørs integritet – en tidligere kontrakts ophævelse som følge af mangler i forbindelse med dens gennemførelse – anlæggelse af et søgsmål, som forhindrer den ordregivende myndighed i at tage stilling til misligholdelsen af kontrakten, inden retssagen er afsluttet«

I sag C-41/18,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (den regionale forvaltningsdomstol for Campania, Italien) ved afgørelse af 22. november 2017, indgået til Domstolen den 22. januar 2018, i sagen

**Meca Srl**

mod

**Comune di Napoli,**

procesdeltager:

**Sirio Srl,**

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, vicepræsidenten, R. Silva de Lapuerta, og dommerne D. Šváby (refererende dommer), S. Rodin og N. Piçarra,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: fuldmægtig R. Schiano,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 13. december 2018,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Comune di Napoli ved avvocati A. Andreottola og A. Cuomo,
- Sirio Srl ved avvocati L. Lentini og C. Sito,

\* Processprog: italiensk.

- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocati dello Stato C. Colelli og C. Pluchino,
  - den ungarske regering ved G. Koós. Z. Fehér og A. Pokoraczki, som befuldmægtigede,
  - Europa-Kommissionen ved G. Gattinara, P. Ondrůšek og L. Haasbeek, som befuldmægtigede,
- og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 7. marts 2019,  
afsagt følgende

### Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 57, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).
- 2 Denne anmodning er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Meca Srl og Comune di Napoli (Napoli kommune, Italien) angående Napoli kommunes beslutning om at tillade Sirio Srl at fortsætte sin deltagelse i en udbudsprocedure.

### Retsforskrifter

#### *EU-retten*

- 3 Følgende fremgår af 101. og 102. betragtning til direktiv 2014/24:
  - »(101) Ordregivende myndigheder bør [...] have mulighed for at udelukke økonomiske aktører, som har vist sig at være upålidelige, bl.a. som følge af overtrædelser af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede eller andre former for alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af vedkommendes erhverv, såsom overtrædelser af konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret. Det bør præciseres, at alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af et erhverv kan så tvivl om en økonomisk aktørs integritet og således gøre den økonomiske aktør uegnet til at få tildelt en offentlig kontrakt, uanset om den økonomiske aktør i øvrigt har den tekniske og økonomiske kapacitet til at gennemføre kontrakten.

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

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

4 Direktivets artikel 57 med overskriften »Udelukkelsesgrunde« bestemmer:

»[...]

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

### *Italiensk ret*

- 5 Artikel 80, stk. 5, litra c), i decreto legislativo n. 50 Codice dei contratti pubblici (lovdekret nr. 50/2016 om lov om offentlige kontrakter) af 18. april 2016 (almindeligt tillæg til GURI nr. 91 af 19.4.2016, herefter »lov om offentlige kontrakter«) bestemmer:

»De ordregivende myndigheder udelukker en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i et af følgende tilfælde, som også kan vedrøre en underentreprenør i et af de i artikel 105, stk. 6, fastsatte tilfælde, hvis:

[...]

- c) den ordregivende myndighed med ethvert passende middel viser, at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om dennes integritet eller pålidelighed. Disse omfatter: væsentlige mangler i forbindelse med gennemførelsen af en tidligere udbuds- eller koncessionskontrakt, som har medført ophævelse før aftalt tid, hvilket ikke er blevet anfægtet ad rettens vej, eller hvilket er blevet stadfæstet under en retssag, eller som har medført idømmelse af erstatning for skader eller andre sanktioner; forsøg på uretmæssigt at påvirke den ordregivende myndigheds beslutningsproces eller at indhente fortrolige oplysninger, der kan give aktøren uretmæssige fordele; afgivelse, også uagtsomt, af falske eller vildledende oplysninger, der kan have indflydelse på beslutninger vedrørende udelukkelse, udvælgelse eller tildeling, eller udeladelse af de for den korrekte udførelse af udvælgelsesproceduren krævede oplysninger

[...]«

### **Twisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål**

- 6 Napoli kommune iværksatte et udbud med henblik på tildeling af en offentlig tjenesteydelseskontrakt angående skolemadsordningen for skoleåret 2017/2018. Denne kontrakt var opdelt i ti delkontrakter, idet hver delkontrakt svarede til et af kvartererne i Napoli kommune.
- 7 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Sirio for det foregående skoleår havde indgået en kontrakt med Napoli kommune om tjenesteydelser i forbindelse med skolemåltider med hensyn til delkontrakter, hvilken kontrakt blev opsagt i maj 2017 på grund af tilfælde af fødevareforgiftning som følge af koliforme bakterier i den mad, som blev serveret i en skolekantine.
- 8 I denne forbindelse blev den offentlige kontrakt angående skolemåltider for skoleåret 2016/2017, efter at analyser gennemført af Agenzia regionale per la protezione ambientale della Campania (ARPAC) (det regionale miljøbeskyttelseskontor i Campania-regionen, Italien) af fødevarerprøver, opbevaret af den berørte skoles ledelse, bekræftede tilstedeværelsen af koliforme bakterier, især i braiseret oksekød, tildelt Meca, der havde kvalificeret sig på andenpladsen i forbindelse med udbudsproceduren iværksat med henblik på indgåelsen af denne offentlige kontrakt.
- 9 I forbindelse med Sirios deltagelse i den i nærværende doms præmis 6 nævnte udbudsprocedure havde virksomheden udtrykkeligt erklæret, at »Napoli kommune ved afgørelse [...] af 29. juni 2017 erklærede kontrakten [...] af 9. maj 2017 for ophævet på grund af et tilfælde af fødevareforgiftning«, og at denne ophævelse af kontrakten var genstand for et søgsmål anlagt ved Tribunale di Napoli (retten i Napoli, Italien).
- 10 Ved protokol af 1. august 2017 gav den ordregivende myndighed Sirio tilladelse til fortsat deltagelse i denne udbudsprocedure for så vidt angår den delkontrakt, for hvilken selskabet havde afgivet et bud. Meca anfægtede Sirios deltagelse i den nævnte udbudsprocedure ved Tribunale amministrativo regionale della Campania (den regionale forvaltningsdomstol for Campania) uden at afvente Napoli kommunes vedtagelse af en afgørelse om tildeling af den i hovedsagen omhandlede kontrakt, hvilket skete den 7. november 2017, hvor Sirio blev tildelt kontrakten.
- 11 Sirio burde efter Mecas opfattelse ikke have fået tilladelse til at fortsætte udbudsproceduren, eftersom kontrakten med Napoli kommune med henblik på tjenesteydelser i forbindelse med skolemåltider for skoleåret 2016/2017 var blevet ophævet af sidstnævnte kommune som følge af en fødevareforgiftning, der ramte elever og skolepersonale.
- 12 Til støtte for sit søgsmål ved den forelæggende ret har Meca foreholdt Napoli kommune at have undladt at foretage en vurdering af grovheden af den af Sirio begåede misligholdelse i forbindelse med gennemførelsen af den offentlige kontrakt angående skolemåltider for skoleåret 2016/2017 på trods af artikel 80, stk. 5, litra c), i lov om offentlige kontrakter, som bemyndiger kommunen til »med ethvert passende middel [at vise], at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om dennes integritet eller pålidelighed«. Sirios anfægtelse ved en civil domstol af ophævelsen af den i nærværende doms præmis 7 nævnte tjenesteydelseskontrakt kan efter Mecas opfattelse ikke fratage den ordregivende myndighed denne beføjelse. Henset til en fødevareforgiftnings indtræden i maj 2017 skulle Napoli kommune dermed ikke automatisk have tilladt Sirio at deltage i den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure.
- 13 Både Napoli kommune og Sirio er derimod af den opfattelse, at sidstnævntes søgsmål ved Tribunale di Napoli (retten i Napoli) forhindrede den ordregivende myndighed i at foretage enhver vurdering af sidstnævntes pålidelighed.

- 14 Den forelæggende ret har bemærket, at Napoli kommunes og Sirios standpunkt ikke er helt ubegrundet, eftersom det ifølge de italienske domstoles praksis kan udledes af artikel 80, stk. 5, litra c), i lov om offentlige kontrakter, at den tilbudsgiver, som har udvist mangler i forbindelse med gennemførelsen af en tidligere kontrakt, skal have tilladelse til at deltage i en efterfølgende udbudsprocedure, hvis denne har indbragt et stadig verserende søgsmål til prøvelse af kontraktens ophævelse efter de nævnte mangler.
- 15 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at EU-retten dog kunne være til hinder for en national bestemmelse såsom artikel 80, stk. 5, litra c), i lov om offentlige kontrakter. Denne bestemmelse ville nemlig føre til, at den deri fastsatte fakultative udelukkelsesgrund fratages sin virkning, da den ordregivende myndigheds skønsbeføjelse helt bortfalder, hvis ophævelsen af en tidligere kontrakt anfægtes. Selv om Domstolen endnu ikke har haft lejlighed til at fortolke artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, følger det af Domstolens praksis vedrørende artikel 45, stk. 2, 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), hvilken bestemmelse blev ophævet ved artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, at EU-retten har forkastet alle former for automatik med hensyn til en afgørelse om fakultativ udelukkelse på grund af en alvorlig forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af et erhverv, idet en sådan afgørelse nødvendigvis skal tage hensyn til proportionalitetsprincippet.
- 16 Omvendt bør proportionalitetsprincippet og effektivitetsprincippet forbyde alle former for automatik, hvis det er umuligt at udelukke en økonomisk aktør. Ved at forhindre en ordregivende myndighed i at foretage en begrundet vurdering af grovheden af den alvorlige forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af et erhverv, som ligger til grund for ophævelsen af en tidligere kontrakt, med henvisning til, at ophævelsen af denne kontrakt er blevet anfægtet ved en civil domstol, tilsidesætter artikel 80, stk. 5, i lov om offentlige kontrakter følgelig de nævnte principper og derfor direktiv 2014/24. Ifølge den forelæggende ret kræver direktivets artikel 57, stk. 4, litra g), nemlig på ingen måde en endelig – og dermed retslig – konstatering af den valgte tilbudsgiver ansvar.
- 17 Det fremgår desuden af dom af 13. december 2012, Forposta og ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), at en »faglig fejl« er udelukkelsesgrund, når den er kendetegnet ved at være objektiv grov. Ifølge italiensk ret er udfaldet af deltagelsen i en udbudsprocedure undergivet en begivenhed, der er viljesmæssigt betinget, dvs. en beslutning om at anlægge et søgsmål til prøvelse af ophævelsen af en tidligere kontrakt.
- 18 Endelig er den italienske lovgivning ligeledes uforenelig med de formål, der er angivet i 102. betragtning til direktiv 2014/24, hvorved der blev indført en mekanisme, hvorefter tilbudsgivere kan iværksætte »overensstemmelsesforanstaltninger«. En automatisk tilladelse til at deltage, som følger af anlæggelse af et civilretligt søgsmål til prøvelse af ophævelsen af en tidligere kontrakt, afskrækker nemlig virksomheder fra at vedtage overensstemmelsesforanstaltninger, selv om de er nødvendige for at undgå gentagelse af de overtrædelser, som har ført til den pågældende ophævelse.
- 19 På denne baggrund har Tribunale amministrativo regionale della Campania (den regionale forvaltningsdomstol for Campania) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »Er de EU-retlige principper, især princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet, der er fastlagt i [EUF-traktaten], og de heraf afledte principper såsom ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, proportionalitetsprincippet og effektivitetsprincippet, der er fastsat i direktiv [2014/24], samt bestemmelsen i direktivets artikel 57, stk. 4, litra c) og g), til hinder for anvendelse af en national ordning som den italienske, der følger af artikel 80, stk. 5, litra c), i [lov om offentlige kontrakter], hvorefter anlæggelse af et civilretligt søgsmål vedrørende indsigelser om væsentlige mangler, der har vist sig under gennemførelsen af en tidligere kontrakt, og som har medført [ophævelse] før aftalt tid heraf, afskærer den ordregivende myndighed

fra enhver bedømmelse af tilbudsgiverens pålidelighed, indtil der foreligger en endelig afgørelse i søgsmålet, og uden at virksomheden har godtgjort iværksættelsen af self-cleaning-foranstaltninger til at afhjælpe overtrædelser og undgå fornyede overtrædelser?»

## **Det præjudicielle spørgsmål**

### ***Indledende bemærkninger***

- 20 For det første fremgår det af sagsakterne fremlagt for Domstolen, at den anslåede værdi af den i hovedsagen omhandlede kontrakt udgør 1 127 660 EUR, og at kontrakten følgerig overstiger den i artikel 4, litra d), i direktiv 2014/24 fastsatte tærskel på 750 000 EUR for offentlige tjenesteydelseskontrakter vedrørende specifikke tjenesteydelser, der er anført i direktivets bilag XIV. Det følger heraf, at direktivet finder anvendelse på hovedsagen, og at det af den forelæggende ret stillede spørgsmål kun skal bedømmes i forhold til samme direktivs bestemmelser.
- 21 For det andet anførte den italienske regering i retsmødet for Domstolen, at den fortolkning af artikel 80, stk. 5, litra c), i lov om offentlige kontrakter, som den forelæggende ret har givet udtryk for i forelæggelsesafgørelsen, ikke længere er i overensstemmelse med den nye retstilstand i Italien.
- 22 I en situation, hvor der synes at foreligge forskellige opfattelser vedrørende den nationale lovgivning, der finder anvendelse, følger det imidlertid af fast retspraksis, at det inden for rammerne af den præjudicielle procedure i henhold til artikel 267 TEUF ikke tilkommer Domstolen at præcisere indholdet af de nationale bestemmelser, som finder anvendelse i hovedsagen. Dette prerogativ tilkommer den forelæggende ret, der selv fastlægger den nationale retlige ramme, men overlader Domstolen muligheden for at bidrage med alle de EU-retlige fortolkningslementer, som kan sætte den forelæggende ret i stand til at bedømme, om de nationale bestemmelser er forenelige med EU-retten (dom af 26.6.2008, *Burda*, C-284/06, EU:C:2008:365, præmis 39).
- 23 Under disse omstændigheder er det på grundlag af de faktiske og retlige forhold, således som de fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål skal besvares.

### ***Realiteten***

- 24 Med spørgsmålet ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 57, stk. 4, litra c) og g), i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at den er til hinder for en national ordning, hvorefter anlæggelse af et civilretligt søgsmål til prøvelse af en ordregivende myndigheds beslutning om at ophæve en offentlig udbudskontrakt på grund af betydelige mangler i forbindelse med dens gennemførelse, afskærer den ordregivende myndighed, som iværksætter en ny udbudsprocedure, fra på tidspunktet for udvælgelse af tilbudsgiverne at foretage enhver bedømmelse af pålideligheden af den erhvervsdrivende, som er berørt af denne ophævelse.
- 25 For det første, således som generaladvokaten har anført i punkt 32 i forslaget til afgørelse, er ordlyden af artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24 tilstrækkeligt tæt på ordlyden af artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18, som den ophævede, for at den fortolkning, som den forelæggende ret har anmodet om, kan lade sig inspirere af Domstolens praksis vedrørende denne sidstnævnte bestemmelse.
- 26 For så vidt angår fortolkningen af de fakultative udelukkelsesgrunde såsom de i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d) eller g), i direktiv 2004/18 fastsatte – de eneste bestemmelser, der ikke indeholdt nogen henvisning til national lovgivning – har Domstolen således støttet sig til dette direktivs artikel 45, stk. 2, andet afsnit, i henhold til hvilken medlemsstaterne på grundlag af deres nationale ret og under overholdelse af EU-retten fastsætter gennemførelsesbestemmelserne til dette stykke for at opstille

strengere rammer for medlemsstaternes skønsbeføjelse og selv definere rækkevidden af den omtvistede fakultative udelukkelsesgrund (jf. i denne retning dom af 13.12.2012, Forposta og ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 25-31).

- 27 Det kan i denne henseende ikke benægtes, at direktiv 2014/24 begrænser medlemsstaternes skønsbeføjelse. Selv om henvisningen til national lovgivning var fastsat i fem ud af de syv tilfælde, som fremgår af artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18, er det nu blandt de ni tilfælde, der er omfattet af artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, nemlig kun det tilfælde, som er nævnt i samme stk. 4, litra b), der indeholder en sådan henvisning.
- 28 For det andet følger det af artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, at »[d]e ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i [et af de i denne bestemmelse omhandlede tilfælde]«. Det følger således af ordlyden af den pågældende bestemmelse, at det ikke er en national ret, men de ordregivende myndigheder, der er blevet pålagt at afgøre, om en økonomisk aktør skal udelukkes fra en udbudsprocedure.
- 29 For det tredje er enhver ordregivende myndigheds mulighed for at udelukke en tilbudsgiver fra en udbudsprocedure navnlig bestemt til at gøre det muligt for denne at vurdere hver af tilbudsgivernes integritet og pålidelighed, hvilket artikel 57, stk. 4, litra c) og g), i samt 101. betragtning til direktiv 2014/24 vidner om.
- 30 Som generaladvokaten har fremhævet i punkt 42 og 43 i forslaget til afgørelse, støtter begge disse udelukkelsesgrunde sig således 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. I overensstemmelse hermed følger det af 101. betragtning til dette direktiv, at ordregivende myndigheder har mulighed for at »udelukke økonomiske aktører, som har vist sig at være upålidelige«, mens betragtningens andet afsnit i forbindelse med gennemførelsen af tidligere offentlige kontrakter tager højde for »ukorrekt adfærd, som har sæt alvorlig tvivl om den økonomiske aktørs pålidelighed«.
- 31 For det fjerde følger det af artikel 57, stk. 5, i direktiv 2014/24, at ordregivende myndigheder skal have mulighed for at udelukke en økonomisk aktør »når som helst i løbet af proceduren« og ikke først ved en domstols afsigelse af en dom, hvilket udgør et yderligere indicium for EU-lovgivers vilje til at give den ordregivende myndighed mulighed for at foretage sin egen vurdering af en økonomisk aktørs handlinger eller undladelser begået enten før eller under proceduren for kontraktens indgåelse i et af de i dette direktivs artikel 57, stk. 4, omhandlede tilfælde.
- 32 Hvis en ordregivende myndighed automatisk skulle være bundet af en tredjemands vurdering, ville det endelig sandsynligvis være vanskeligt for den ordregivende myndighed at lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet ved anvendelsen af de fakultative udelukkelsesgrunde. Ifølge 101. betragtning til direktiv 2014/24 indebærer dette princip navnlig, at en sådan myndighed, inden der træffes beslutning om udelukkelse af en økonomisk operatør, tager hensyn til mindre uregelmæssigheder eller gentagne tilfælde af mindre uregelmæssigheder.
- 33 Dermed fremgår det tydeligt, som generaladvokaten har anført i punkt 35 og 36 i forslaget til afgørelse, at medlemsstaternes skønsbeføjelse på dette punkt ikke er uindskrænket, og at når en medlemsstat har valgt at anvende en af de fakultative udelukkelsesgrunde i direktiv 2014/24, skal medlemsstaten respektere de grundlæggende træk herved, således som de er fastlagt i dette direktiv. Eftersom det præciseres, at medlemsstaterne skal fastlægge »gennemførelsesbestemmelser for denne artikel« »under hensyntagen til EU-retten«, forhindrer artikel 57, stk. 7, i direktiv 2014/24, at medlemsstaterne fordrejer de i denne bestemmelse fastlagte fakultative udelukkelsesgrunde eller ser bort fra de mål og principper, der ligger til grund for de enkelte udelukkelsesgrunde.



- 34 Som det blev bemærket i nærværende doms præmis 28, fremgår det af ordlyden af artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, at EU-lovgiver har haft til hensigt at pålægge den ordregivende myndighed, og alene denne, på tidspunktet for udvælgelse af tilbudsgiverne at afgøre, om en ansøger eller tilbudsgiver bør udelukkes fra en udbudsprocedure.
- 35 Det præjudicielle spørgsmål skal besvares på baggrund af ovenstående betragtninger.
- 36 Således som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen bemyndiger artikel 80, stk. 5, litra c), i lov om offentlige kontrakter en ordregivende myndighed til at udelukke en økonomisk aktør fra en udbudsprocedure, hvis den med ethvert passende middel for det første viser, at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om dennes integritet eller pålidelighed, for det andet, at disse alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, der kan følge af betydelige mangler, der har vist sig under gennemførelsen af en tidligere kontrakt, har givet anledning til ophævelse af den økonomiske aktørs kontrakt med den ordregivende myndighed, til erstatning eller til andre sammenlignelige sanktioner, og for det tredje, at denne ophævelse ikke er blevet anfægtet ad rettens vej eller stadfæstet under en retssag.
- 37 Det er åbenbart, at en national bestemmelse såsom artikel 80, stk. 5, litra c), i lov om offentlige kontrakter ikke kan opretholde den tilsigtede virkning af den i artikel 57, stk. 4, litra c) og g), i direktiv 2014/24 fastsatte fakultative udelukkelsesgrund.
- 38 Den skønsbeføjelse, som artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24 indrømmer den ordregivende myndighed, er således udelukket, alene fordi en ansøger eller tilbudsgiver anlægger sag til prøvelse af ophævelsen af en tidligere offentlig udbudscontrakt, som den pågældende havde underskrevet, selv om vedkommendes adfærd forekom tilstrækkeligt mangelfuld til at begrunde denne ophævelse.
- 39 Desuden tilskynder en regel som den, der er indeholdt i artikel 80, stk. 5, litra c), i lov om offentlige kontrakter, åbenbart ikke den valgte tilbudsgiver omfattet af en afgørelse om ophævelse af en tidligere offentlig udbudscontrakt til at træffe afhjælpende foranstaltninger. I så henseende kan en sådan regel stride mod kravene i artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24.
- 40 Dette direktiv indebærer en fornyelse, bl.a. ved i artikel 57, stk. 6, at fastsætte en ordning med afhjælpende foranstaltninger (*self-cleaning*). Denne mekanisme, der gælder for økonomiske aktører, som ikke er blevet udelukket ved en endelig dom, har til formål at tilskynde en økonomisk aktør, som befinder i en af de i direktivets artikel 57, stk. 4 omhandlede situationer, at forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den pågældende har truffet, er tilstrækkelige til at vise vedkommendes pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, bør den pågældende økonomiske aktør ikke udelukkes 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.
- 41 I denne forbindelse fremhæver de afhjælpende foranstaltninger, således som generaladvokaten har anført det i punkt 44 i forslaget til afgørelse, den afgørende betydning af den økonomiske aktørs pålidelighed, idet dette forhold gennemsyrrer udelukkelsesgrundene med hensyn til kandidatens subjektive kendetegn.
- 42 Henset til det ovenstående skal det forelagte spørgsmål derfor besvares med, at artikel 57, stk. 4, litra c) og g), i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at den er til hinder for en national ordning, hvorefter anlæggelse af et civilretligt søgsmål til prøvelse af en ordregivende myndigheds beslutning om at ophæve en offentlig udbudscontrakt på grund af betydelige mangler i forbindelse med dens

gennemførelse, afskærer den ordregivende myndighed, som iværksætter en ny udbudsprocedure, fra på tidspunktet for udvælgelse af tilbudsgiverne at foretage enhver bedømmelse af pålideligheden af den erhvervsdrivende, som er berørt af denne ophævelse.

### Sagsomkostninger

- <sup>43</sup> Da sagen i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra de nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

**Artikel 57, stk. 4, litra c) og 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 den er til hinder for en national ordning, hvorefter anlæggelse af et civilretligt søgsmål til prøvelse af en ordregivende myndigheds beslutning om at ophæve en offentlig udbudskontrakt på grund af betydelige mangler i forbindelse med dens gennemførelse, afskærer den ordregivende myndighed, som iværksætter en ny udbudsprocedure, fra på tidspunktet for udvælgelse af tilbudsgiverne at foretage enhver bedømmelse af pålideligheden af den erhvervsdrivende, som er berørt af denne ophævelse.**

Underskrifter