



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS KENDELSE (Niende Afdeling)

4. juni 2019*

»Præjudiciel forelæggelse – artikel 99 i Domstolens procesreglement – indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester – direktiv 2004/18/EF – artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d) – udelukkelsesgrunde – alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhvervet – tilsidesættelse af konkurrencereglerne«

I sag C-425/18,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (den regionale forvaltningsdomstol for Piemonte, Italien) ved afgørelse af 7. februar 2018, indgået til Domstolen den 28. juni 2018, i sagen

Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS)

mod

Gruppo Torinese Trasporti GTT SpA,

procesdeltagere:

Consorzio Stabile Gestione Integrata Servizi Aziendali GISA,

La Lucente SpA,

Dussmann Service Srl,

So.Co.Fat. SC,

har

DOMSTOLEN (Niende Afdeling),

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

generaladvokat: P. Pikamäe,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

* Processprog: italiensk.

efter at der er afgivet indlæg af:

- Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) ved advokati F. Cintioli, G. Notarnicola, E. Perrettini og A. Police,
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato D. Del Gaizo,
- Europa-Kommissionen ved G. Gattinara, P. Ondrůšek og L. Haasbeek, som befuldmægtigede,

og efter at have hørt generaladvokaten besluttet at træffe afgørelse ved begrundet kendelse i overensstemmelse med artikel 99 i Domstolens procesreglement,

afsagt følgende

Kendelse

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 53, stk. 3, og artikel 54, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester («forsyningsvirksomhedsdirektivet») (EUT 2004, L 134, s. 1) samt af artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 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).
- 2 Denne anmodning er blevet fremsat i en sag mellem Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (herefter »CNS«) og Gruppo Torinese Trasporti GTT SpA (herefter »GTT«) om bl.a. en påstand om annullation af GTT's afgørelse om at ophæve tildelingen af en offentlig kontrakt til CNS.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2004/17

- 3 Artikel 53, stk. 3, i direktiv 2004/17 med overskriften »Kvalifikationsordninger« og artikel 54, stk. 4, omhandlende »kriterier for kvalitativ udvælgelse« anfører, at dels kvalifikationskriterierne og -reglerne, dels kriterierne for kvalitativ udvælgelse »kan omfatte udelukkelseskriterierne i artikel 45 i direktiv [2004/18] på de vilkår og betingelser, som er fastsat deri«.

Direktiv 2004/18

- 4 Artikel 45 i direktiv 2004/18, der har overskriften »Ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold«, er indeholdt i afdelingen om »[k]riterier for kvalitativ udvælgelse« og bestemmer:

»[...]

2. Fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver økonomisk aktør:

[...]

d) som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret.

[...]

Medlemsstaterne fastsætter på grundlag af deres nationale ret og under overholdelse af [EU-]retten gennemførelsesbestemmelserne til dette stykke.

[...]«

Italiensk ret

5 Ved decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lovdekret nr. 163 om lov om offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og vareindkøbskontrakter til gennemførelse af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF) af 12. april 2006 (almindeligt tillæg til GURI nr. 100 af 2.5.2006, herefter »lov om offentlige kontrakter«) blev direktiv 2004/17 og 2004/18 gennemført i italiensk ret.

6 Artikel 38 i lov om offentlige kontrakter med overskriften »Generelle betingelser« nævner i stk. 1 grundene til at udelukke en økonomisk aktørs deltagelse i et offentligt udbud:

»1. Følgende personer er udelukket fra deltagelse i procedurer for tildeling af offentlige koncessioner og indgåelse af offentlige bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter og kan ikke tildeles underleverandørkontrakter eller indgå kontrakter vedrørende disse kontrakter:

[...]

f) personer, som efter den ordregivende myndigheds begrundede vurdering har gjort sig skyldig i grov forsømmelighed eller har udvist ond tro ved udførelsen af tjenesteydelser, som de er blevet tildelt af den ordregivende myndighed, der har offentliggjort udbudsbekendtgørelsen, eller som i forbindelse med udøvelsen af deres erhverv har begået en alvorlig fejl, som den ordregivende myndighed bevisligt har konstateret.

[...]«

7 Denne lovs artikel 230, stk. 1, bestemmer:

»Ordregiverne anvender artikel 38 til at kontrollere, om ansøgerne og tilbudsgiverne overholder de generelle betingelser.«

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

8 GTT er et selskab, som er beskæftiget med tjenesteydelser inden for bytransport med jernbane, sporvogn, trolleybus og bus.

9 Ved udbudsbekendtgørelse offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 30. juli 2015 og en opfordring til at afgive bud af 27. november 2015 indledte GTT i overensstemmelse med direktiv 2004/17 et begrænset udbud om tildeling af en tjenesteydelse i form af rengøring af køretøjer, lokaler og arealer, flytning og påfyldning af køretøjer og tillægstjenester hos den ordregivende myndighed.

- 10 GTT har anført, at den samlede værdi af kontrakten, der indbefattede seks dele, udgjorde 29 434 319,39 EUR, ekskl. moms, idet værdien af hver enkelt del var på mellem 4 249 999,10 EUR og 6 278 734,70 EUR.
- 11 Efter at have tildelt CNS tre af disse dele besluttede GTT den 14. juli 2017 at ophæve denne tildeling af kontrakten til CNS (herefter »den omtvistede afgørelse«). GTT baserede sin afgørelse på den omstændighed, at Autorità italiana Garante della Concorrenza e del Mercato (den italienske konkurrencemyndighed) (herefter »AGCOM«) ved afgørelse af 22. december 2015 (herefter »AGCOM's afgørelse«) havde pålagt CNS en bøde på 56 190 090 EUR for at have deltaget i en horisontal konkurrencebegrænsende aftale, som havde til formål at påvirke resultaterne af et udbud indledt af en anden myndighed.
- 12 I den omtvistede afgørelse er det ligeledes anført, at AGCOM's afgørelse allerede var blevet stadfæstet ved en retskraftig dom. Den omtvistede afgørelse støtter sig desuden på to domme af 29. marts og 3. april 2017, hvorved den forelæggende ret udtalte, at en konkurrencebegrænsende aftale indgået af den omhandlede aktør i en anden udbudsprocedure og konstateret i en administrativ procedure udgør en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af aktørens erhverv som omhandlet i artikel 38, stk. 1, litra f), i lov om offentlige kontrakter og artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18. CNS foreholdes ligeledes dels at have undladt i sin budafgivelse i den pågældende udbudsprocedure at have gjort opmærksom på, at konsortiet var part i en verserende sag hos AGCOM, dels, at det først under udbudsproceduren traf foranstaltninger til overholdelse af udbudsreglerne, således at udelukkelsesgrunden stadig forelå, da udbudsproceduren startede.
- 13 GTT har som følge heraf vurderet, at adfærden, som AGCOM havde straffet med bøde, forårsagede et tillidsbrud mellem CNS og den ordregivende myndighed.
- 14 Ved foreløbig kendelse af 11. oktober 2017 afviste den forelæggende ret CNS' begæring om foreløbige forholdsregler.
- 15 Såvel denne midlertidige kendelse som den forelæggende rets domme af 29. marts og 3. april 2017 er blevet ændret af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) ved henholdsvis en kendelse af 20. november 2017 og ved to afgørelser af 4. december 2017 og 5. februar 2018. Ifølge de oplysninger, som den forelæggende ret er fremkommet med, fremgår det af disse afgørelser, at en adfærd, der fører til overtrædelse af konkurrencereglerne, ikke kan kvalificeres som »en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhvervet« som omhandlet i artikel 38, stk. 1, litra f), i lov om offentlige kontrakter, og at udelukkende »undladelser og forsømmelser ved udførelsen af en offentlig kontrakt« kan betragtes som sådan. Derfor skal »handling, selv hvis de måtte være ulovlige, som er begået i løbet af den forudgående tildelingsprocedure«, udelukkes. Denne fortolkning hviler på de økonomiske aktørers behov for retssikkerhed. Ifølge Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) er denne fortolkning i overensstemmelse med dom af 18. december 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469), hvoraf det blot fremgår, at en national regel, der udtrykkeligt kvalificerer en overtrædelse af konkurrencereglerne som »en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv«, ikke tilsidesætter EU-retten, men ikke, at EU-retten kræver, at disse overtrædelser indbefattes i begrebet »en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhvervet«. Det følger heraf, at den omstændighed, at der er begået sådanne overtrædelser, i italiensk ret er helt uden relevans i udbudsprocedurer for offentlige kontrakter, der reguleres ved lov om offentlige kontrakter.
- 16 Til støtte for sin påstand om annullation af den omtvistede afgørelse har CNS påberåbt sig disse tre afgørelser fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager).
- 17 Med henvisning til dom af 13. december 2012, Forposta og ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 33), har den forelæggende ret imidlertid påpeget, at eftersom Den Italienske Republik har gjort brug af den mulighed, som medlemsstaterne er tillagt i medfør af artikel 54, stk. 4, i direktiv 2004/17, til at lade udelukkelseskriterierne anført i artikel 45 i direktiv 2004/18 være omfattet

af kriterierne for kvalitativ udvælgelse af aktører inden for de specielle sektorer, er Domstolens praksis vedrørende denne bestemmelse relevant for hovedsagen, selv om denne tager sigte på et begrænset udbud omfattet af direktiv 2004/17.

- 18 I dom af 13. december 2012, Forposta og ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 27), og af 18. december 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, præmis 35), har Domstolen således allerede præciseret, at begrebet »fejl i forbindelse med udøvelse af erhvervet« omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende aktørs faglige troværdighed, og at begåelsen af en overtrædelse af konkurrencereglerne – navnlig hvor der er blevet pålagt en sanktion for denne overtrædelse i form af en bøde – udgør en udelukkelsesgrund, som falder ind under artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18.
- 19 Den forelæggende ret har af sammenligningen af dom af 9. februar 2006, La Cascina m.fl. (C-226/04 og C-228/04, EU:C:2006:94, præmis 23), og af 13. december 2012, Forposta og ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 25), i det væsentlige udledt, at medlemsstaterne har begrænsede skønsbeføjelser i forhold til de fakultative udelukkelsesgrunde, som ikke henviser til de nationale lovgivninger for at præcisere betingelserne for deres anvendelse.
- 20 Den forelæggende ret er dog af den opfattelse, at Domstolens praksis på området for såkaldte »fakultative« udelukkelsesgrunde, der er udviklet inden for rammerne af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT 1992, L 209, s. 1) og direktiv 2004/18, ikke er udtryk for en entydig fortolkning, hvorfor den forelæggende ret har anmodet Domstolen om at fremkomme med yderligere afklaring herom.
- 21 På denne baggrund har Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (den regionale forvaltningsdomstol for Piemonte, Italien) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er artikel 53, stk. 3, og artikel 54, stk. 4, i direktiv [2004/17], sammenholdt med artikel 45, stk. 2, [første afsnit,] litra d), i [direktiv 2004/18], til hinder for en bestemmelse som artikel 38, stk. 1, litra f), i [lov om offentlige kontrakter], som fortolket i national retspraksis, der fra anvendelsesområdet for en såkaldt »alvorlig fejl«, som en økonomisk aktør har begået »i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv«, udelukker adfærd, der indebærer en overtrædelse af konkurrencereglerne, og som er blevet fastslået og pålagt sanktioner af den nationale konkurrencemyndighed, hvis afgørelse er blevet bekræftet af domstolene, hvilket a priori forhindrer de ordregivende myndigheder i selvstændigt at vurdere disse overtrædelser med henblik på en eventuel, men ikke obligatorisk, udelukkelse af en sådan økonomisk aktør fra et udbud om tildeling af en offentlig kontrakt?«

Om det præjudicielle spørgsmål

- 22 I henhold til artikel 99 i Domstolens procesreglement kan Domstolen, såfremt besvarelsen af et præjudicielt spørgsmål klart kan udledes af retspraksis, eller såfremt besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål ikke giver anledning til nogen rimelig tvivl, til enhver tid på forslag fra den refererende dommer og efter at have hørt generaladvokaten beslutte at træffe afgørelse ved begrundet kendelse.
- 23 Denne bestemmelse skal anvendes i nærværende sag.
- 24 Med spørgsmålet ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning såsom artikel 38, stk. 1, litra f), i lov om offentlige kontrakter, som fortolkes således, at den fra anvendelsesområdet for en »alvorlig fejl«, som en økonomisk aktør har begået »i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv«, udelukker adfærd, der indebærer en overtrædelse af konkurrencereglerne, som er blevet fastslået og pålagt sanktioner af den nationale konkurrencemyndighed, hvis afgørelse er

blevet bekræftet af domstolene, og som forhindrer de ordregivende myndigheder i selvstændigt at vurdere disse overtrædelser med henblik på en eventuel udelukkelse af en sådan økonomisk aktør fra et udbud om tildeling af en offentlig kontrakt.

- 25 Som det fremgår af Domstolens faste praksis, tilsigter artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18 ikke en ensartet anvendelse på nationalt plan af de i bestemmelsen nævnte udelukkelsesgrunde, for så vidt som medlemsstaterne har mulighed for at undlade at anvende disse udelukkelsesgrunde eller at integrere dem i større eller mindre grad i den nationale lovgivning, på baggrund af retlige, økonomiske eller sociale overvejelser på nationalt plan. Herefter har medlemsstaterne kompetence til at lempe kriterierne i bestemmelsen eller gøre dem mere fleksible (dom af 10.7.2014, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, præmis 36, og af 14.12.2016, *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, præmis 29).
- 26 Det skal imidlertid fastslås, at artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18, til forskel fra bestemmelserne om udelukkelsesgrundene i dette samme afsnits litra a), b), e) og f), ikke henviser til national lovgivning, men at andet afsnit i samme stk. 2 bestemmer, at medlemsstaterne på grundlag af deres nationale ret og under overholdelse af EU-retten fastsætter gennemførelsesbestemmelserne til dette stykke (dom af 13.12.2012, *Forposta og ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 25).
- 27 Det fremgår således af retspraksis, som den forelæggende ret i øvrigt har anført, at når en fakultativ udelukkelsesgrund fastsat i artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18, såsom den, der er indeholdt i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), ikke henviser til national lovgivning, er medlemsstaternes skønsmargen i højere grad indsnævret. I et sådant tilfælde tilkommer det Domstolen at fastlægge rækkevidden af en sådan fakultativ 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, og af 18.12.2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, EU:C:2014:2469, præmis 35).
- 28 Heraf følger, at begreberne »alvorlig fejl« begået »i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv« indeholdt i nævnte artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), kan præciseres og tydeliggøres i national ret – dog under overholdelse af EU-retten (dom af 13.12.2012, *Forposta og ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 26).
- 29 Det bemærkes i denne forbindelse, at begrebet »fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv« omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende aktørs faglige troværdighed (dom af 13.12.2012, *Forposta og ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 27), integritet eller pålidelighed.
- 30 Som følge heraf er begrebet »fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv«, som er genstand for en bred fortolkning, ikke kun begrænset til undladelser og forsømmelser ved udførelsen af en offentlig kontrakt.
- 31 Begrebet »alvorlig fejl« skal desuden i almindelighed anses for at henvise til en adfærd hos den pågældende økonomiske aktør, som angiver en misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor hos denne (dom af 13.12.2012, *Forposta og ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 30).
- 32 Endelig giver artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 de ordregivende myndigheder mulighed for bevisligt at konstatere en alvorlig fejl begået i forbindelse med udøvelsen af aktørens erhverv. Da der ikke kræves en retskraftig dom for at konstatere en sådan fejl (dom af 13.12.2012, *Forposta og ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 28), kan en national konkurrencemyndigheds afgørelse om, at en aktør har tilsidesat konkurrencereglerne, givetvis udgøre et holdepunkt for at antage, at der foreligger en alvorlig fejl begået af denne aktør.

- 33 Derfor udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne en udelukkelsesgrund – navnlig hvor der er blevet pålagt en sanktion for denne overtrædelse i form af en bøde – som falder ind under artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 (dom af 18.12.2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, præmis 35).
- 34 Det skal imidlertid præciseres, at en national konkurrencemyndigheds afgørelse, hvorved det fastslås, at der er sket en overtrædelse af konkurrencereglerne, ikke kan medføre en automatisk udelukkelse af en økonomisk aktør fra en offentlig udbudsprocedure. I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet kræver konstateringen af en »alvorlig fejl« således i princippet, at der foretages en konkret og individuel vurdering af den pågældende økonomiske aktørs holdning (jf. i denne retning dom af 13.12.2012, Forposta og ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 31).
- 35 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning såsom den i hovedsagen omhandlede, som fortolkes således, at den fra anvendelsesområdet for en »alvorlig fejl«, som en økonomisk aktør har begået »i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv«, udelukker adfærd, der indebærer en overtrædelse af konkurrencereglerne, som er blevet fastslået og pålagt sanktioner af den nationale konkurrencemyndighed, hvis afgørelse er blevet bekræftet af domstolene, og som forhindrer de ordregivende myndigheder i selvstændigt at vurdere disse overtrædelser med henblik på en eventuel udelukkelse af en sådan økonomisk aktør fra et udbud om tildeling af en offentlig kontrakt.

Sagsomkostninger

- 36 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 (Niende Afdeling) for ret:

Artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 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 er til hinder for en national lovgivning såsom den i hovedsagen omhandlede, som fortolkes således, at den fra anvendelsesområdet for en »alvorlig fejl«, som en økonomisk aktør har begået »i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv«, udelukker adfærd, der indebærer en overtrædelse af konkurrencereglerne, som er blevet fastslået og pålagt sanktioner af den nationale konkurrencemyndighed, hvis afgørelse er blevet bekræftet af domstolene, og som forhindrer de ordregivende myndigheder i selvstændigt at vurdere disse overtrædelser med henblik på en eventuel udelukkelse af en sådan økonomisk aktør fra et udbud om tildeling af en offentlig kontrakt.

Underskrifter