



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

13. december 2012 *

»Direktiv 2004/18/EF — artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d) — direktiv 2004/17/EF — artikel 53, stk. 3, og artikel 54, stk. 4 — offentlige indkøb — sektoren for posttjenester — udelukkelseskriterier for proceduren for tildeling af kontrakter — alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv — beskyttelse af almenvellet — opretholdelse af en loyal konkurrence«

I sag C-465/11,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Krajowa Izba Odwoławcza (Polen) ved afgørelse af 30. august 2011, indgået til Domstolen den 9. september 2011, i sagen:

Forposta SA,

ABC Direct Contact sp. z o.o.

mod

Poczta Polska SA,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af dommerne K. Lenaerts, som fungerende formand for Tredje Afdeling, E. Juhász (refererende dommer), G. Arestis, J. Malenovský og T. von Danwitz,

generaladvokat: J. Mazák

justitssekretær: fuldmægtig M. Aleksejev,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 26. september 2012,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Forposta SA og ABC Direct Contact sp. z o.o ved radcy prawni P. Gruszczyński og A. Starczewska-Galos
- Poczta Polska SA ved radcy prawni P. Burzyński og H. Kornacki
- den polske regering ved M. Szpunar og B. Majczyna samt ved M. Laszuk og E. Gromnicka, som befuldmægtigede

* Processprog: polsk.

— den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato S. Varone

— Europa-Kommissionen ved K. Herrmann og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), 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 L 134, s. 114), sammenholdt med 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 (EFT L 134, s. 1).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem på den ene side Forposta SA, tidligere Praxis sp. z o.o., og ABC Direct Contact sp. z o.o. og på den anden side Poczta Polska SA (herefter »Poczta Polska«) vedrørende Poczta Polskas afgørelse, der udelukkede Forposta og ABC Direct Contact fra proceduren for tildeling af en offentlig kontrakt, som det sidstnævnte selskab havde iværksat.

Retsforskrifter

EU-retten

- 3 Afdeling 2 i kapitel VII i direktiv 2004/18, der angår »kriterier for kvalitativ udvælgelse«, indeholder artikel 45 med overskriften »Ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold«. Denne artikels stk. 1 opregner de kriterier, der nødvendigvis medfører, at ansøgeren eller tilbudsgiveren udelukkes fra et udbud, mens samme artikels stk. 2 opregner de kriterier, der kan medføre en sådan udelukkelse. Sidstnævnte stykke er affattet således:

»Fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver økonomisk aktør:

- a) hvis bo er under konkurs, likvidation, skifte eller tvangsakkord uden for konkurs, som har indstillet sin erhvervsvirksomhed eller befinder sig i en lignende situation i henhold til en tilsvarende procedure, der er fastsat i national lovgivning
- b) hvis bo er begæret taget under konkursbehandling eller behandling med henblik på likvidation, skifte eller tvangsakkord uden for konkurs eller enhver tilsvarende behandling, der er fastsat i national lovgivning
- c) som ved en retskraftig dom ifølge landets retsforskrifter er dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed
- d) som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret

- e) som ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til retsforskrifterne i det land, hvor den pågældende er etableret, eller i den ordregivende myndigheds land
- f) som ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter i henhold til retsforskrifterne i det land, hvor den pågældende er etableret, eller i den ordregivende myndigheds land
- g) som svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kan kræves i henhold til denne afdeling, eller som har undladt at give disse oplysninger.

Medlemsstaterne fastsætter på grundlag af deres nationale ret og under overholdelse af fællesskabsretten gennemførelsesbestemmelserne til dette stykke.»

- 4 Afdeling 1 i kapitel VII i direktiv 2004/17 har overskriften »Kvalifikation og kvalitativ udvælgelse«. Artikel 53, som indgår i den samme afdeling, foreskriver under overskriften »Kvalifikationsordninger«:

»1. Ordregiverne kan, hvis de ønsker det, oprette og anvende en kvalifikationsordning for de økonomiske aktører.

Ordregivere, der opretter eller anvender en kvalifikationsordning, skal sikre, at de økonomiske aktører til enhver tid kan ansøge om kvalifikation.

[...]

3. De i stk. 2 omhandlede kvalifikationskriterier og -regler kan omfatte udelukkelseskriterierne i artikel 45, i direktiv 2004/18/EF på de vilkår og betingelser, som er fastsat deri.

Hvis ordregiveren er en ordregivende myndighed i overensstemmelse med artikel 2, stk. 1, litra a), omfatter disse kriterier og regler udelukkelseskriterierne i artikel 45, stk. 1, i direktiv 2004/18/EF.

[...]«

- 5 Artikel 54 i direktiv 2004/17, som indgår i den samme afdeling 1 og har overskriften »Kriterier for kvalitativ udvælgelse«, bestemmer i stk. 1 og 4:

»1. Ordregivere, der fastlægger udvælgelseskriterier i et offentligt udbud, skal gøre dette på grundlag af objektive regler og kriterier, som skal stilles til rådighed for interesserede økonomiske aktører.

[...]

4. Kriterierne, der er omhandlet i stk. 1 og 2, kan omfatte udelukkelseskriterierne i artikel 45 i direktiv 2004/18/EF på de vilkår og betingelser, som er fastsat deri.

Hvis ordregiveren er en ordregivende myndighed i henhold til artikel 2, stk. 1, litra a), omfatter de kriterier, der er omhandlet i stk. 1 og 2, udelukkelseskriterierne i artikel 45, stk. 1, i direktiv 2004/18/EF.»

Polsk ret

- 6 Lov af 29. januar 2004 om tildeling af offentlige kontrakter (Dz. U. nr. 113, pos. 759, herefter »lov om tildeling af offentlige kontrakter«) fastlægger principperne og fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter og præciserer de inden for dette område kompetente myndigheder. Ændringslov

af 25. februar 2011 (Dz. U. nr. 87, pos. 484), som trådte i kraft den 11. maj 2011, indføjede punkt 1. a), i § 24, stk. 1, i lov om tildeling af offentlige kontrakter. Denne således ændrede bestemmelse er affattet således:

»1. Følgende udelukkes fra proceduren med henblik på tildeling af en kontrakt:

[...]

1. a) økonomiske aktører, i forhold til hvem den pågældende ordregivende myndighed på grund af omstændigheder, som aktøren bærer ansvaret for, har ophævet eller opsagt en kontrakt eller er trådt tilbage fra kontrakten, hvis kontraktens ophævelse eller opsigelse eller tilbagetrædelsen fra den er sket højst tre år inden udbudsproceduren blev indledt, og værdien af den ikke opfyldte ordre udgør mindst 5% af kontraktværdien

[...]«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 7 Poczta Polska, der er et statsligt selskab, som driver virksomhed inden for posttjenester, er en ordregivende myndighed som omhandlet i direktiv 2004/17. Dette selskab iværksatte en offentlig udbudsprocedure med henblik på tildeling af en kontrakt vedrørende omdeling af »nationale og internationale postpakker, postpakker plus, postopkrævningsforsendelser og postpakker, der antages på særlige betingelser«. Ifølge oplysningerne i anmodningen om præjudiciel afgørelse overskrider kontraktværdien den tærskelværdi, fra hvilken EU-retten om offentlige kontrakter finder anvendelse.
- 8 Denne ordregivende myndighed fastslog, at Forposta SA og ABC Direct Contact sp. z o.o.'s tilbud var mest fordelagtige for visse dele af kontrakten, og opfordrede dem til at indgå kontrakt. Dette valg blev ikke draget i tvivl af nogen af tilbudsgiverne. Den 21. juli 2011, der var den fastsatte dato for indgåelsen af kontrakten, annullerede Poczta Polska imidlertid udbuddet med den begrundelse, at de økonomiske aktører, der har afgivet de udvalgte tilbud, nødvendigvis skulle udelukkes fra proceduren i medfør af § 24, stk. 1, punkt 1. a), i lov om tildeling af offentlige kontrakter.
- 9 De to berørte virksomheder indbragte denne afgørelse for Krajowa Izba Odwoławcza under henvisning til, at den nationale bestemmelse er i strid med artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18. Nærmere bestemt er det virksomhedernes opfattelse, at rækkevidden af de i den nationale bestemmelse fastsatte betingelser er meget mere omfattende end betingelsen i EU-retten, der som udelukkelsesgrund kun foreskriver en »alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv«, idet der ikke er begået en sådan alvorlig fejl i tvisten i hovedsagen.
- 10 Den forelæggende ret har anført, at den nationale lovgiver ved vedtagelsen af § 24, stk. 1, punkt 1. a), i lov om tildeling af offentlige kontrakter angav, at den støttede sig på artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18, og udtrykker tvivl om denne nationale bestemmelses forenelighed med EU-retten, som udgør dens grundlag, hvilken tvivl er begrundet i følgende betragtninger.
- 11 For det første er den i denne bestemmelse i direktiv 2004/18 anførte udelukkelsesgrund en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv, hvilket begreb i juridisk terminologi snarere henviser til en tilsidesættelse af faglig etik, værdighed eller hæderlighed. En sådan tilsidesættelse indebærer et professionelt ansvar for den, der har begået den, gennem bl.a. de kompetente faglige organisationers indledning af en disciplinærsag. Det er således disse organer eller retsinstanser, som afgør den alvorlige fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv, og ikke ordregiveren som fastsat i den pågældende nationale bestemmelse.

- 12 For det andet er begrebet omstændigheder, »som aktøren bærer ansvaret for«, gengivet i § 24, stk. 1, punkt 1. a), i lov om tildeling af offentlige kontrakter, meget bredere end begrebet alvorlig fejl »begået af operatøren« i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 og bør derfor ikke anvendes i bestemmelser, som skal indføre en sanktion.
- 13 Da den nævnte bestemmelse i direktiv 2004/18 for det tredje kræver, at fejlen er »alvorlig«, kan der være tvivl om, at manglende opfyldelse af 5% af kontraktværdien kan anses for en alvorlig fejl. Den forelæggende ret har i den forbindelse fremhævet, at når betingelserne i henhold til den i hovedsagen omhandlede nationale bestemmelse er opfyldt, er den ordregivende myndighed forpligtet til at udelukke den pågældende økonomiske aktør, og myndigheden har ikke nogen som helst mulighed for at tage hensyn til aktørens individuelle forhold, hvilket kan føre til en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.
- 14 Den forelæggende ret har afslutningsvis anført, at i overensstemmelse med Domstolens praksis (dom af 16.12.2008, sag C-213/07, Michaniki, Sml. I, s. 9999, og af 23.12.2009, sag C-376/08, Serrantoni og Consorzio stabile edili, Sml. I, s. 12169) hindrer direktiv 2004/18 ikke, at en medlemsstat fastsætter andre udelukkelsesgrunde end dem, der er fastsat i direktivets artikel 45, stk. 2, og som ikke er støttet på kriterier vedrørende økonomiske operatørers faglige kvalifikationer, under forudsætning af, at de står i rimeligt forhold til det mål, som forfølges. Det fremgår dog af Domstolens praksis (dom af 3.3.2005, forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom, Sml. I, s. 1559, og af 15.5.2008, forenede sager C-147/06 og C-148/06, SECAP og Santorso, Sml. I, s. 3565), at EU-retten er til hinder for en national bestemmelse om automatisk udelukkelse fra en operatørs deltagelse i en udbudsprocedure eller en automatisk afvisning af tilbud og anvendelse af foranstaltninger, der ikke står i forhold til det tilsigtede mål. Den omhandlede nationale bestemmelse finder imidlertid ikke alene automatisk anvendelse, men går også ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde det forfulgte formål om at beskytte almenvellet, som er at udelukke egentligt upålidelige økonomiske aktører.
- 15 Krajowa Izba Odwoławcza har på denne baggrund besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Skal artikel 45, stk. 2, [første afsnit,] litra d), i direktiv 2004/18[...] – der har følgende ordlyd: »Fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver økonomisk aktør [...], som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret« – sammenholdt med artikel 53, stk. 3, og artikel 54, stk. 4, i direktiv 2004/17[...], fortolkes således, at det kan betragtes som en sådan alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv, at den pågældende ordregiver har ophævet eller opsagt en udbudskontrakt eller er trådt tilbage fra en udbudskontrakt, som var indgået med den pågældende økonomiske aktør, på grund af omstændigheder, som aktøren bærer ansvaret for, hvis ophævelsen eller opsigelsen af kontrakten eller tilbagetrædelsen fra kontrakten har fundet sted inden for et tidsrum af tre år, fra udbudsproceduren blev indledt, og værdien af den ikke opfyldte ordre udgør mindst 5% af kontraktværdien?
- 2) Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende: Såfremt en medlemsstat kan indføre andre grunde til at udelukke økonomiske aktører fra deltagelse i en procedure med henblik på tildeling af en offentlig kontrakt end de i artikel 45 i direktiv 2004/18[...] nævnte, som medlemsstaten anser for berettigede af hensyn til beskyttelse af almenvellet, ordregivers legitime interesser samt for at opretholde en fair konkurrence mellem de økonomiske aktører, er det da foreneligt med direktivet og traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde at udelukke økonomiske aktører fra proceduren, såfremt den pågældende ordregiver har ophævet eller opsagt en udbudskontrakt eller er trådt tilbage fra en udbudskontrakt, som var indgået med den pågældende økonomiske aktør, på grund af omstændigheder, som aktøren bærer ansvaret for, når ophævelsen eller opsigelsen af kontrakten eller tilbagetrædelsen fra kontrakten har fundet sted inden for et tidsrum af tre år, fra udbudsproceduren blev indledt, og værdien af den ikke opfyldte ordre udgør mindst 5% af kontraktværdien?»

De præjudicielle spørgsmål

Domstolens kompetence

- 16 Poczta Polska har gjort gældende, at Krajowa Izba Odwoławcza ikke kan betegnes som en ret i artikel 267 TEUF's forstand, da den både har domstolsbeføjelser og rådgivende beføjelser.
- 17 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at Domstolen for at bedømme, om det organ, der forelægger en sag, er en »ret« i artikel 267 TEUF's forstand – et spørgsmål, som alene skal afgøres på grundlag af EU-retten – tager en hel række forhold i betragtning, nemlig om organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, og om det er uafhængigt (dom af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, præmis 23, og af 19.4.2012, sag C-443/09, Grillo Star, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).
- 18 I det foreliggende tilfælde skal det, således som det fremgår af de sagsakter, der er indgivet til Domstolen, fastslås, at Krajowa Izba Odwoławcza, som er et organ, der er oprettet ved lov om tildeling af offentlige kontrakter, der har enekompetence til som første instans at afgøre tvister mellem økonomiske operatører og ordregivende myndigheder, og som virker i henhold til lovens § 172-198, udgør en ret i artikel 267 TEUF's forstand, når den udøver sin kompetence i henhold til disse bestemmelser, således som det er tilfældet i hovedsagen. Den omstændighed, at denne ret i medfør af andre bestemmelser eventuelt har beføjelser af rådgivende karakter, er i denne forbindelse uden betydning.

Formaliteten

- 19 Den polske regering har anført, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke bør antages til realitetsbehandling, da den er hypotetisk og nærmere bestemt tager sigte på at fastlægge, om den i hovedsagen omhandlede nationale regel er forenelig med bestemmelserne i direktiv 2004/18, og ikke at opnå en fortolkning af EU-retten for at afklare tvistens genstand, der skal afgøres på grundlag af national ret. Domstolen har imidlertid ikke inden for rammerne af den præjudicielle procedure kompetence til at afgøre, om nationale retsregler er forenelige med EU-retten, eller til at fortolke nationale ved lov fastsatte bestemmelser.
- 20 Herved bemærkes for det første, at den forelæggende ret ikke har anmodet Domstolen om at bedømme, om den berørte nationale lovgivning er forenelig med EU-retten, eller at fortolke denne lovgivning. Retten ønsker alene en fortolkning af EU-retten om offentlige kontrakter med henblik på at vurdere, om man kan undlade at anvende § 24, stk. 1, punkt 1. a), i lov om tildeling af offentlige kontrakter. For det andet bemærkes det, at de forelagte spørgsmål er relevante for afgørelsen af denne tvist, da Poczta Polska annullerede det omtvistede udbud med den begrundelse, at de berørte økonomiske aktører, hvis tilbud var blevet valgt, nødvendigvis skulle udelukkes fra proceduren i medfør af den nævnte nationale bestemmelse.
- 21 Under disse omstændigheder kan anmodningen om præjudiciel afgørelse antages til realitetsbehandling, og de forelagte spørgsmål skal derfor besvares.

Det første spørgsmål

- 22 Med dette spørgsmål 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, som foreskriver, at det kan betragtes som en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv, der medfører, at den pågældende økonomiske operatør automatisk udelukkes fra en igangværende

procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, når den ordregivende myndighed på grund af omstændigheder, som den samme økonomiske aktør bærer ansvaret for, har ophævet eller opsagt en udbudskontrakt eller er trådt tilbage fra en udbudskontrakt, som var indgået med den nævnte økonomiske aktør, hvis ophævelsen eller opsigelsen af kontrakten eller tilbagetrædelsen fra kontrakten har fundet sted inden for et tidsrum af tre år, fra udbudsproceduren blev indledt, og værdien af den ikke opfyldte del af ovennævnte kontrakt udgør mindst 5% af kontraktværdien.

- 23 På baggrund af visse bemærkninger fra den polske regering under retsmødet for Domstolen, hvorefter et tilfælde som det i hovedsagen omhandlede, der materielt set er omfattet af direktiv 2004/17, udelukkende skal bedømmes på grundlag af dette direktiv, skal det i overensstemmelse med den forelæggende rets konstateringer fremhæves, at den nationale lovgiver selv angav, at den ved vedtagelsen af § 24, stk. 1, punkt 1. a), i lov om tildeling af offentlige kontrakter, på grundlag af hvilken de berørte selskaber blev udelukket fra udbudsproceduren, støttede sig på artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18. Det er i øvrigt denne artikel 45, hvortil der i artikel 53, stk. 3, og artikel 54, stk. 4, i direktiv 2004/17 udtrykkeligt henvises.
- 24 Republikken Polen synes således at have benyttet sig af muligheden fastsat i de nævnte bestemmelser i direktiv 2004/17 og integreret den i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 anførte udelukkelsesgrund i den nationale lovgivning.
- 25 Det skal 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.
- 26 Begreberne »alvorlig« »fejl« »i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv« i den nævnte artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), kan følgelig præciseres og tydeliggøres i national ret – dog under overholdelse af EU-retten.
- 27 Det bemærkes i denne forbindelse, som den polske regering med rette har anført, at begrebet »fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv« omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed, og ikke kun de overtrædelser af regler og standarder for fagetik for det erhverv, som denne operatør tilhører, i snævreste forstand, som konstateres af et vedrørende dette erhverv fastsat disciplinært organ, eller ved en retskraftig dom.
- 28 Artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 giver således de ordregivende myndigheder mulighed for bevisligt at konstatere en fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv. Til forskel fra dette samme afsnits litra c) kræves der heller ikke en retskraftig dom for at konstatere en faglig fejl som omhandlet i bestemmelsen i nævnte afsnits litra d).
- 29 En økonomisk operatørs manglende overholdelse af sine kontraktmæssige forpligtelser kan derfor i princippet betragtes som en fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv.
- 30 Begrebet »alvorlig fejl« skal imidlertid i almindelighed anses for at henvise til en adfærd hos den pågældende økonomiske aktør, hvilket angiver en misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor hos denne. Enhver delvis, upræcis eller mangelfuld opfyldelse af en kontrakt eller en del af denne kan således eventuelt påvise en begrænset faglig kompetence hos den pågældende økonomiske operatør, men er ikke automatisk lig med en alvorlig fejl.
- 31 Konstateringen af en »alvorlig fejl« kræver i princippet endvidere, at der foretages en konkret og individuel vurdering af den pågældende økonomiske operatørs holdning.

- 32 Den i hovedsagen omhandlede lovgivning pålægger imidlertid den lovgivende myndighed at udelukke en økonomisk operatør fra proceduren for tildeling af en offentlig kontrakt, når denne myndighed på grund af omstændigheder, som den økonomiske aktør »bærer ansvaret for«, har ophævet eller opsagt en med aktøren indgået kontrakt i forbindelse med en tidligere offentlig kontrakt.
- 33 Det bemærkes i den forbindelse, at henset til særtrækkene ved nationale retssystemer med hensyn til ansvar er begrebet »bærer ansvaret for« meget vidt og kan omfatte situationer, som går langt ud over en holdning hos den pågældende operatør, der udgør en misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor hos denne. Artikel 54, stk. 4, første afsnit, i direktiv 2004/17 henviser til muligheden for at anvende udelukkelseskriterierne i artikel 45 i direktiv 2004/18 »på de vilkår og betingelser, som er fastsat deri«, således at begrebet »alvorlig fejl«, således som anført i denne doms præmis 25, ikke kan erstattes af begrebet som den pågældende økonomiske operatør »bærer ansvaret for«.
- 34 Den i hovedsagen omhandlede lovgivning fastlægger endvidere selv de parametre, hvorefter en tidligere adfærd hos en økonomisk aktør pålægger den pågældende ordregivende myndighed automatisk at udelukke denne aktør fra en nyligt indledt procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, uden at give denne ordregivende myndighed mulighed for i hvert enkelt tilfælde at bedømme grovheden af den nævnte operatørs angivelige forsømmelige adfærd i forbindelse med gennemførelsen af den tidligere kontrakt.
- 35 Følgelig skal det fastslås, at den i hovedsagen omhandlede lovgivning ikke begrænser sig til at opridsen den generelle ramme for anvendelsen af artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), direktiv 2004/18, men i den henseende pålægger ordregivende myndigheder præceptive betingelser og konklusioner, som automatisk skal drages af visse omstændigheder, og således overskrider den skønsbeføjelse, som medlemsstaterne er tillagt i medfør af direktivets artikel 45, stk. 2, andet afsnit, til under overholdelse af EU-retten at fastsætte det præcise indhold af gennemførelsesbestemmelserne til den i denne artikels stk. 2, første afsnit, litra d), anførte udelukkelsesgrund.
- 36 Henset til ovenstående betragtninger skal det første 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, som foreskriver, at det kan betragtes som en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv, der medfører, at den pågældende økonomiske operatør automatisk udelukkes fra en igangværende procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, når den ordregivende myndighed på grund af omstændigheder, som denne økonomiske aktør bærer ansvaret for, har ophævet eller opsagt en udbudskontrakt eller er trådt tilbage fra en udbudskontrakt, som var indgået med den nævnte økonomiske aktør, hvis ophævelsen eller opsigelsen af kontrakten eller tilbagetrædelsen fra kontrakten har fundet sted inden for et tidsrum af tre år, fra udbudsproceduren blev indledt, og værdien af den ikke opfyldte del af ovennævnte kontrakt udgør mindst 5% af kontraktværdien.

Det andet spørgsmål

- 37 Med dette spørgsmål, som er stillet for det tilfælde, at det første spørgsmål besvares benægtende, ønskes i det væsentlige oplyst, om de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter begrundes, at en national lovgivning, såsom den i hovedsagen omhandlede, med henblik på beskyttelse af almenvellet, ordregivers legitime interesser samt for at opretholde en loyal konkurrence mellem de økonomiske aktører pålægger en ordregivende myndighed automatisk at udelukke en økonomisk aktør fra en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt under omstændigheder som anført i det første spørgsmål.
- 38 Herved bemærkes, at selv om det fremgår af artikel 54, stk. 4, i direktiv 2004/17, at ordregivende myndigheder kan fastlægge kriterier for kvalitativ udvælgelse ud over udelukkelseskriterierne i artikel 45 i direktiv 2004/18, følger det ikke desto mindre af Domstolens faste praksis, at den nævnte artikel 45, stk. 2, i sidstnævnte direktiv udtømmende opregner de grunde, der kan begrunde

udelukkelse af en økonomisk operatør fra deltagelse i en kontrakt, af årsager, der er støttet på objektive faktorer vedrørende hans faglige kvalifikationer, og er således til hinder for, at medlemsstaterne til den i denne bestemmelse indeholdte liste føjer andre udelukkelsesgrunde, som er støttet på kriterier vedrørende faglige kvalifikationer (jf. dom af 9.2.2006, forenede sager C-226/04 og C-228/04, La Cascina m.fl., Sml. I, s. 1347, præmis 22, Michaniki-dommen, præmis 43, og dom af 15.7.2010, sag C-74/09, Bâtiments et Ponts Construction og WISAG Produktionsservice, Sml. I, s. 7271, præmis 43).

- 39 Det er kun, når den pågældende udelukkelsesgrund ikke er tilknyttet den økonomiske operatørs faglige kvalifikationer, og derfor ikke er omfattet af en sådan udtømmende opregning, at den eventuelle gyldighed af denne grund, henset til principperne eller andre EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter, kan finde anvendelse (jf. i denne retning Fabricom-dommen, præmis 25-36, og Michaniki-dommen, præmis 44-69, samt dom af 19.5.2009, sag C-538/07, Assitur, Sml. I, s. 4219, præmis 21-33).
- 40 I det foreliggende tilfælde opregner § 24, stk. 1, punkt 1. a), i lov om tildeling af offentlige kontrakter imidlertid en udelukkelsesgrund om den pågældende økonomiske operatørs faglige kvalifikationer, hvilket bekræftes af den omstændighed – fastslået i denne doms præmis 10 og 23 – at den polske lovgiver har påberåbt sig artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 til støtte for vedtagelsen af denne nationale bestemmelse. En sådan udelukkelsesgrund, der går ud over rammerne for den i det nævnte første afsnit anførte udtømmende opregning, er derfor heller ikke, således som det fremgår af svaret på det første spørgsmål, gyldig, henset til de EU-retlige principper eller andre EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter.
- 41 Det andet spørgsmål skal følgelig besvares med, at de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter ikke begrunder, at en national lovgivning, såsom den i hovedsagen omhandlede, med henblik på beskyttelse af almenvellet, ordregivers legitime interesser samt for at opretholde en loyal konkurrence mellem de økonomiske aktører pålægger en ordregivende myndighed automatisk at udelukke en økonomisk aktør fra en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt under omstændigheder som anført i besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål.

Om de tidsmæssige virkninger af nærværende dom

- 42 Den polske regering har under retsmødet for Domstolen anmodet denne om at begrænse de tidsmæssige virkninger af nærværende dom, såfremt Domstolen måtte fortolke artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 således, at den er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede.
- 43 Til støtte for sin anmodning har den polske regering påberåbt sig den angiveligt uklare karakter af denne EU-retlige bestemmelse, som Domstolen endnu ikke har fortolket, og den risiko for alvorlige økonomiske følgevirkninger på nationalt niveau, som en sådan fortolkning medfører.
- 44 I denne forbindelse bemærkes, at den fortolkning, som Domstolen foretager af en EU-retlig regel under udøvelse af sin kompetence i henhold til artikel 267 TEUF, skal belyse og præcisere betydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den skal forstås og anvendes, henholdsvis burde have været forstået og anvendt fra datoen for sin ikrafttræden, og at Domstolen kun undtagelsesvis i henhold til et almindeligt retssikkerhedsprincip, der er sikret i Den Europæiske Unions retsorden, vil kunne foranlediges til at begrænse borgernes mulighed for at påberåbe sig en således fortolket bestemmelse med henblik på anfægtelse af tidligere i god tro stiftede retsforhold (jf. i denne retning dom af 10.5.2012, forenede sager C-338/11 – C-347/11, Santander Asset Management SGIIC m.fl., præmis 58 og 59, og af 18.10.2012, sag C-525/11, Mednis, præmis 41 og 42).

- 45 Domstolen har nærmere bestemt kun anvendt denne løsning under ganske bestemte omstændigheder, hvor der ellers var risiko for alvorlige økonomiske følgevirkninger, navnlig fordi der var stiftet mange retsforhold i god tro i henhold til de pågældende retsfor skrifter, som blev anset for at være lovligt i kraft, og fordi det fremgik, at borgerne og de nationale myndigheder var blevet tilskyndet til at følge en adfærd, som ikke var i overensstemmelse med EU-retten, på grund af en objektiv og betydelig usikkerhed vedrørende de EU-retlige bestemmelsers rækkevidde, en usikkerhed, som de øvrige medlemsstater eller Europa-Kommissionen eventuelt selv havde bidraget til med den af dem fulgte adfærd (jf. bl.a. dommen i sagen Santander Asset Management SGIIC m.fl., præmis 60, og Mednis-dommen, præmis 43).
- 46 Hvad angår den påståede tilstedeværelse af en objektiv og betydelig usikkerhed vedrørende de pågældende EU-retlige bestemmelsers rækkevidde kan den ikke tiltrædes i hovedsagen. For det første dækker tilfældet »en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv« som omhandlet i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 åbenbart ikke den udelukkelsesgrund, der er omfattet af § 24, stk. 1, punkt 1. a), i lov om tildeling af offentlige kontrakter. For det andet fremgår det af en allerede fast retspraksis på datoen for vedtagelsen af denne nationale bestemmelse, at en sådan udelukkelsesgrund ikke kan begrundes i de EU-retlige principper eller andre EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter.
- 47 For så vidt angår de økonomiske følger, som en dom, Domstolen har afsagt i en præjudiciel sag, kan få for en medlemsstat, kan de ikke i sig selv begrunde en begrænsning af dommens tidsmæssige virkninger (dommen i sagen Santander Asset Management SGIIC m.fl., præmis 62, og Mednis-dommen, præmis 44).
- 48 I den forbindelse bemærkes, at den polske regering under alle omstændigheder ikke har fremlagt nogen oplysninger, som giver Domstolen mulighed for at vurdere tilstedeværelsen af alvorlige økonomiske følgevirkninger for Republikken Polen.
- 49 Det er herefter ufor nødent at begrænse de tidsmæssige virkninger af denne dom.

Sagens omkostninger

- 50 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 sagens omkostninger. 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 (Tredje Afdeling) for ret:

- 1) Artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), 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 skal fortolkes således, at den er til hinder for en national lovgivning, som foreskriver, at det kan betragtes som en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv, der medfører, at den pågældende økonomiske operatør automatisk udelukkes fra en igangværende procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, når den ordregivende myndighed på grund af omstændigheder, som denne økonomiske aktør bærer ansvaret for, har ophævet eller opsagt en udbudskontrakt eller er trådt tilbage fra en udbudskontrakt, som var indgået med den nævnte økonomiske aktør, hvis ophævelsen eller opsigelsen af kontrakten eller tilbagetrædelsen fra kontrakten har fundet sted inden for et tidsrum af tre år, fra udbudsproceduren blev indledt, og værdien af den ikke opfyldte del af ovennævnte kontrakt udgør mindst 5% af kontraktværdien.

- 2) De EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter begrundet ikke, at en national lovgivning, såsom den i hovedsagen omhandlede, med henblik på beskyttelse af almenvellet, ordregivers legitime interesser samt for at opretholde en loyal konkurrence mellem de økonomiske aktører pålægger en ordregivende myndighed automatisk at udelukke en økonomisk aktør fra en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt under omstændigheder som anført i besvarelsen af det første spørgsmål.

Underskrifter