



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tiende Afdeling)

10. oktober 2013*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige kontrakter — direktiv 2004/18/EF — ligebehandlingsprincippet — begrænset udbud — udbudsannonce — anmodning om at vedlægge ansøgningen om deltagelse i et udbud sidste offentliggjorte balance — visse ansøgere undladt at vedlægge disse balancer — mulighed for den ordregivende myndighed for at anmode disse ansøgere om at fremsende disse balancer efter udløbet af fristen for ansøgning om deltagelse i udbuddet«

I sag C-336/12,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Østre Landsret (Danmark) ved afgørelse af 4. juli 2012, indgået til Domstolen den 16. juli 2012, i sagen:

Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser

mod

Manova A/S,

har

DOMSTOLEN (Tiende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, E. Juhász, og dommerne A. Rosas og D. Šváby (refererende dommer),

generaladvokat: Y. Bot

justitssekretær: fuldmægtig M. Aleksejev,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 6. juni 2013,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Manova A/S ved advokat J. Munk Plum
- den danske regering ved V. Pasternak Jørgensen, som befuldmægtiget, bistået af advokat R. Holdgaard
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato S. Fiorentino
- den nederlandske regering ved B. Koopman og C. Wissels, som befuldmægtigede

* Processprog: dansk.

— Europa-Kommissionen ved U. Nielsen 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 ligebehandlingsprincippet.
- 2 Anmodningen er indgivet under en sag mellem Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser og Manova A/S (herefter »Manova«) vedrørende lovligheden af en udbudsprocedure iværksat af Undervisningsministeriet (herefter »ministeriet«).

Retsforskrifter

EU-retten

- 3 Anden betragtning til 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 L 134, s. 114) er affattet således:

»Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt [EF-]traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. [...]«
- 4 Direktivets artikel 2, som vedrører principperne for indgåelse af kontrakter, har følgende ordlyd:

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«
- 5 I henhold til direktivets artikel 21 er kontrakter, der vedrører de i bilag II B anførte tjenesteydelser, udelukkende underlagt direktivets artikel 23 vedrørende tekniske specifikationer og artikel 35, stk. 4, om resultaterne af udbudsproceduren. Kategori 24 i dette bilag omfatter undervisning og erhvervsuddannelse.
- 6 Det følger af ordlyden af artikel 51 i direktiv 2004/18, at »[d]en ordregivende myndighed kan anmode de økonomiske aktører om at supplere eller uddybe den i medfør af artikel 45-50 forelagte dokumentation«.

Dansk ret

- 7 Direktiv 2004/18 blev gennemført i dansk ret med bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 (herefter »bekendtgørelse nr. 937/2004«), som var i kraft på det tidspunkt, hvor den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure blev iværksat. Af § 1, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 937/2004 fremgår, at den ordregivende myndighed skulle overholde bestemmelserne i det nævnte direktiv, som var vedlagt som bilag.

- 8 Afsnit II i lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven), offentliggjort ved lovebekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007, indeholder bestemmelser om vare- og tjenesteydelseskontrakter. I henhold til lovens § 15 a, stk. 1, gælder dette afsnit for offentlige tjenesteydelseskontrakter omfattet af bilag II B i direktiv 2004/18, hvis værdi overstiger 500 000 DKK, såsom den i hovedsagen omhandlede kontrakt.
- 9 Efter lovens § 15 d, stk. 1, skal udbyderen ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af proceduren sørge for, »[...] at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier, og at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne«.

Twisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

- 10 Ministeriet offentliggjorde ved annonce den 12. september 2008 et udbud om ydelser forbundet med driften af syv vejledningscentre fra den 1. august 2009. Ydelserne havde en værdi over den tærskelværdi, der er fastsat i artikel 7 i direktiv 2004/18.
- 11 De omhandlede ydelser bestod hovedsageligt i vejledning til uddannelsessøgende om valg af videregående uddannelse og erhverv og var omfattet af kategori 24 i bilag II B til direktiv 2004/18.
- 12 Da ministeriet vurderede, at det i hovedsagen omhandlede udbud vedrørte komplekse ydelser, som ville nødvendiggøre drøftelser med tilbudsgiverne, blev det gennemført som et udbud med forhandling med prækvalifikation.
- 13 Under punktet »Kriterier for kvalitativ udvælgelse« var følgende angivet i udbudsannoncen:
- »Tilbudsgivere, som ønsker at komme i betragtning, skal som grundlag for en vurdering af deres økonomiske og faglige kvalifikationer afgive følgende oplysninger og opfylde de nævnte mindstekrav:
- [...]
- 2) [f]remlæggelse af ansøgers seneste balance såfremt ansøgeren er forpligtet til at udarbejde balance
- 3) [r]eferenceliste [...]
- 4) [o]plysning om de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos tilbudsgiveren. [...]
- Såfremt [ministeriet] modtager flere end 3 ansøgninger til hvert enkelt af de 7 områder, der alle opfylder ovenstående betingelser, vil udvælgelse af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud og deltage i det efterfølgende forhandlingsforløb, ske ved udvælgelse af de ansøgere, som dokumenterer de bedste og mest relevante erfaringer set i forhold til de udbudte ydelser. Referencer (3) vægtes således over oplysning om de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer (4).«
- 14 Ved udløbet af fristen for anmodning om deltagelse den 14. oktober 2008 var der modtaget ansøgninger om prækvalifikation fra ti virksomheder eller institutioner, herunder Syddansk Universitet (herefter »SDU«), Københavns Universitet (herefter »KU«) og Manova.
- 15 I deres anmodning om deltagelse havde SDU og KU ikke vedlagt deres balancer. KU havde i denne forbindelse henvist til sin hjemmeside på internettet.
- 16 Den 29. oktober 2008 anmodede ministeriet pr. e-mail disse to universiteter om at fremsende deres balanceoplysninger, hvilket KU gjorde samme dag, og SDU gjorde dagen efter.

- 17 Den 4. november 2008 blev ni ansøgere prækvalificeret til at afgive tilbud, herunder Manova, SDU og KU, idet tre tilbudsgivere blev opfordret til at afgive tilbud for hvert vejledningscenter. For to af disse tre centre befandt Manova sig således i konkurrence med enten SDU eller KU.
- 18 Ved afslutningen af evalueringen af tilbuddene vedrørende disse to vejledningscentre den 1. maj 2009 vurderede ministeriet, at tilbuddene fra henholdsvis KU og SDU var økonomisk mere fordelagtige end tilbuddene fra Manova, som var den eneste anden ansøger, som havde afgivet endeligt tilbud for disse centre, og indgik kontrakter herom med disse to universiteter. Kontrakterne er fortsat i kraft.
- 19 Manova indbragte beslutningerne om at indgå kontrakter med disse universiteter for Klagenævnet for Udbud, som ved kendelse af 10. marts 2010 fastslog, at ministeriet havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke at afvise SDU's og KU's anmodninger om prækvalifikation med den begrundelse, at de ikke havde indleveret deres balancer på tidspunktet for deres anmodninger om prækvalifikation, og annullerede dermed kontrakterne.
- 20 Ministeriet anlagde den 29. april 2010 sag til prøvelse af denne kendelse. Sagen blev henvist til Østre Landsret.
- 21 Denne ret har anført, at det følger af retspraksis fra Klagenævnet for Udbud, at artikel 51 i direktiv 2004/18 – og mere generelt ligebehandlingsprincippet – er til hinder for, at en ordregivende myndighed kan anmode en ansøger eller en tilbudsgiver om fremsendelse af oplysninger, som var krævet som betingelse for at anmode om deltagelse i udbudsforretningen, hvis manglende fremlæggelse ville medføre afvisning, men som sidstnævnte ikke havde fremlagt.
- 22 Den forelæggende ret har ligeledes nævnt, at bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011, som erstattede bekendtgørelse nr. 937/2004 fra den 1. juli 2011, indeholder en § 12, som i princippet giver den ordregivende myndighed mulighed for – under overholdelse af ligebehandlingsprincippet – at vælge ikke at afvise ansøgninger eller tilbud, som ikke opfylder de formelle krav, der følger af udbudsmaterialet, eksempelvis på grund af manglende oplysninger.
- 23 Retten er af den opfattelse, at spørgsmålet om, hvad en ordregivende myndighed kan foretage sig, når dokumenter, som den kvalificerer som »historiske«, ikke er blevet fremsendt af en ansøger sammen med dennes anmodning om deltagelse i en udbudsprocedure, og rækkevidden af ligebehandlingsprincippet i en sådan situation giver anledning til tvivl.
- 24 Østre Landsret har på denne baggrund besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Indebærer det EU-retlige ligebehandlingsprincip, at en ordregivende myndighed efter udløb af frist for anmodning om deltagelse i et udbud ikke er berettiget til at rekvirere en i udbudsannoncen krævet oplysning om en ansøgers seneste offentliggjorte balance, når den pågældende ansøger ikke har medsendt en sådan balance i sin ansøgning om prækvalifikation?»

Om det præjudicielle spørgsmål

- 25 Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at det er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i en udbudsforretning anmoder en ansøger om fremsendelse af dokumenter, som beskriver denne ansøgers situation, såsom offentliggjorte balancer, hvis fremsendelse var krævet i udbudsannoncen, men som den pågældende ansøger ikke havde medsendt i sin ansøgning om deltagelse i udbudsproceduren.

- 26 Indledningsvis bemærkes, at skønt indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter omfattet af bilag II B til direktiv 2004/18 i henhold til direktivets artikel 21 alene er underlagt dette direktivs artikel 23 og 35, stk. 4, finder traktatens grundlæggende regler og EU-rettens almindelige principper anvendelse på sådanne kontrakter, når de frembyder en klar grænseoverskridende interesse. Domstolen har således fastslået, at den ordning, som EU-lovgiver har indført for kontrakter vedrørende tjenesteydelser, der henhører under dette bilag, ikke kan fortolkes således, at den er til hinder for anvendelsen af principper, der følger af artikel 43 EF og 49 EF, nu henholdsvis artikel 49 TEUF og 56 TEUF (jf. i denne retning dom af 18.11.2010, sag C-226/09, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 11807, præmis 29 og 31).
- 27 Det forekommer at følge af de indlæg, der er afgivet for Domstolen, at dette – ud fra den ordregivende myndigheds eget synspunkt – er tilfældet i hovedsagen, idet det bl.a. blev krævet i udbudsannoncen, at ansøgerne skulle afgive en erklæring på tro og love om, at virksomheden havde opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af bidrag til sociale sikringsordninger og til betaling af skatter og afgifter ikke alene i Danmark, men ligeledes i givet fald i det land, hvor virksomheden er etableret. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at foretage de nødvendige konstateringer i denne forbindelse.
- 28 Blandt hovedformålene med de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter er målet om at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater. Til at forfølge dette dobbelte formål anvender EU-retten bl.a. princippet om ligebehandling af tilbudsgivere eller ansøgere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf.
- 29 Anvendelse af ligebehandlingsprincippet i udbudsprocedurer udgør således ikke et mål i sig selv, men skal bedømmes i lyset af de formål, det forfølger.
- 30 Ifølge fast retspraksis kræver dette princip, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet (dom af 3.3.2005, forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom, Sml. I, s. 1559, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).
- 31 Ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen er til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver inden for rammerne af en udbudsprocedure, hvilket i princippet indebærer, at et tilbud ikke kan ændres efter dets afgivelse, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller tilbudsgiverens initiativ. Det følger heraf, at den ordregivende myndighed ikke må anmode en tilbudsgiver, hvis tilbud ifølge myndigheden er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, om supplerende oplysninger (jf. i denne retning dom af 29.3.2013, sag C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 36 og 37).
- 32 Domstolen har imidlertid præciseret, at artikel 2 i direktiv 2004/18 ikke er til hinder for, at oplysningerne vedrørende buddet i enkelttilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør (dommen i sagen SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 40).
- 33 Domstolen har i den dom opstillet visse krav, som er forbundet med denne mulighed for skriftligt at anmode tilbudsgiverne om at præcisere deres tilbud.
- 34 For det første skal en anmodning om supplerende tilbudsoplysninger, som først kan fremsættes efter, at den ordregivende myndighed har fået kendskab til alle buddene, i princippet rettes mod alle virksomheder i samme situation (jf. i denne retning dommen i sagen SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 42 og 43).
- 35 Anmodningen skal for det andet omfatte alle de punkter i buddet, der skal suppleres (jf. i denne retning dommen i sagen SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 44).

- 36 Anmodningen må desuden ikke føre til, at tilbudsgiver i virkeligheden fremsætter et nyt tilbud (jf. i denne retning dommen i sagen SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 40).
- 37 Endelig påhviler det generelt den ordregivende myndighed under udøvelsen af dens skøn for så vidt angår muligheden for at anmode ansøgerne om at præcisere deres tilbud at behandle ansøgerne ens og rimeligt, således at en anmodning om supplerende oplysninger ikke efter afslutningen af proceduren for udvælgelse af tilbuddene og i lyset af resultatet heraf kan fremstå som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere, som har været genstand for denne anmodning (jf. dommen i sagen SAG ELV Slovensko m.fl., præmis 41).
- 38 Denne konklusion vedrørende tilbud indgivet af tilbudsgivere kan overføres til ansøgers anmodninger om at deltage i en udbudsforretning under prækvalifikationsfasen i et begrænset udbud.
- 39 Den ordregivende myndighed kan således anmode om, at de oplysninger, der fremgår af en sådan ansøgning, i enkelttilfælde berigtiges eller suppleres, for så vidt som en sådan anmodning vedrører forhold eller oplysninger, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud.
- 40 Det skal imidlertid præciseres, at dette ikke ville være tilfældet, hvis udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. Det påhviler således den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat (jf. i denne retning dom af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 115).
- 41 I det foreliggende tilfælde synes betingelserne nævnt i denne doms præmis 39 og 40 at være opfyldt. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at foretage de nødvendige vurderinger i denne henseende.
- 42 Henset til ovenstående bemærkninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i en udbudsforretning anmoder en ansøger om fremsendelse af dokumenter, som beskriver denne ansøgers situation, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres fandtes forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud, for så vidt som udbudsmaterialet ikke udtrykkeligt krævede fremsendelse af disse oplysninger, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. En sådan anmodning må ikke uberettiget begunstige eller forskelsbehandle den eller de ansøgere, som den pågældende anmodning er rettet til.

Sagens omkostninger

- 43 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 (Tiende Afdeling) for ret:

Ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i en udbudsforretning anmoder en ansøger om fremsendelse af dokumenter, som beskriver denne ansøgers situation, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres fandtes forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud, for så vidt som udbudsmaterialet ikke

udtrykkeligt krævede fremsendelse af disse oplysninger, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. En sådan anmodning må ikke uberettiget begunstige eller forskelsbehandle den eller de ansøgere, som den pågældende anmodning er rettet til.

Underskrifter