



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

11. december 2014*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige tjenesteydelseskontrakter — direktiv 2004/18/EF — direktiv 89/665/EØF — ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold — foreløbig tildeling af kontrakten — strafferetlig efterforskning mod den valgte tilbudsgivers juridiske repræsentant — den ordregivende myndigheds afgørelse om ikke at tildele en kontrakt endeligt og om at tilbagekalde udbuddet — domstolskontrol«

I sag C-440/13,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) ved afgørelse af 10. juli 2013, indgået til Domstolen den 2. august 2013, i sagen:

Croce Amica One Italia Srl

mod

Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU),

procesdeltagere:

Consorzio Lombardia Sanità,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, T. von Danwitz, og dommerne C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász (refererende dommer) og D. Šváby,

generaladvokat: P. Cruz Villalón

justitssekretær: fuldmægtig L. Carrasco Marco,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 4. september 2014,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Croce Amica One Italia Srl ved avvocati M. Sica og M. Protto

— Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU) ved avvocati V. Avolio og V. Luciano

* Processprog: italiensk.

- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocati dello Stato C. Colelli og L. D’Ascia
- den norske regering ved M. Emberland, H. Røstum og I. Jansen, som befuldmægtigede
- Europa-Kommissionen ved G. Conte 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 41, stk. 1, artikel 43 og 45 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 L 134, s. 114).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Croce Amica One Italia Srl (herefter »Croce Amica One«) og Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU) (regional indsats tjeneste ved sundhedsmæssige krisesituationer) vedrørende lovligheden af sidstnævnte enheds afgørelse i sin egenskab af ordregivende myndighed om ikke at tildele den omhandlede kontrakt endeligt til Croce Amica One, som foreløbigt havde fået tildelt kontrakten, og om at tilbagekalde udbuddet.

Retsforskrifter

EU-retten

- 3 Artikel 41 i direktiv 2004/18 med overskriften »Meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere« bestemmer i stk. 1:

»De ordregivende myndigheder underretter hurtigst muligt ansøgere og tilbudsgivere om, hvilke afgørelser der er truffet med hensyn til [...] tildeling af en kontrakt [...] herunder bl.a. begrundelsen for, at de har besluttet ikke at [...] tildele en kontrakt, som har været udbudt [...]. underretningen sker skriftligt, hvis de ordregivende myndigheder modtager anmodning herom.«
- 4 Dette direktivs artikel 43 med overskriften »Rapporternes indhold« har følgende ordlyd:

»For hver kontrakt [...] udarbejder de ordregivende myndigheder en rapport, der mindst skal omfatte følgende oplysninger:

[...]

h) i givet fald begrundelsen for, at den ordregivende myndighed har besluttet ikke at indgå en kontrakt [...]

[...]«

- 5 Nævnte direktivs artikel 45 med overskriften »Ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold« bestemmer:

»1. Fra deltagelse i en udbudsprocedure udelukkes enhver ansøger eller tilbudsgiver, mod hvem der er afsagt en endelig dom, som den ordregivende myndighed har kendskab til, af en eller flere af følgende grunde:

- a) deltagelse i en kriminel organisation som defineret i artikel 2, stk. 1, i Rådets fælles aktion 98/773/RIA [(EFT 1998 L 351, s. 1)]
- b) bestikkelse som defineret i henholdsvis artikel 3 i Rådets retsakt af 26. maj 1997 [(EFT C 195, s. 1)] og artikel 3, stk. 1, i Rådets fælles aktion 98/742/RIA [(EFT 1998 L 358, s. 2)]
- c) svig som omhandlet i artikel 1 i konventionen om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser [(EFT 1995 C 316, s. 48)]
- d) hvidvaskning af penge som defineret i artikel 1 i Rådets direktiv 91/308/EØF af 10. juni 1991 om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvaskning af penge [(EFT L 166, s. 77), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/97/EF af 4. december 2001 [EFT L 344, s. 76]].

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

[...]

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

[...]

- 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

[...]

- 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.

[...]«

- 6 Artikel 1 i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets

og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT L 335, s. 31, herefter »direktiv 89/665«) med overskriften »Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer« bestemmer i stk. 1, tredje afsnit:

»Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsret vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse heraf.«

Italiensk ret

7 Direktiv 2004/18 blev gennemført i den italienske retsorden ved lovdekret nr. 163/2006 af 12. april 2006 (almindeligt tillæg til GURI nr. 100 af 2.5.2006), der kodificerer bestemmelserne om offentlige kontrakter.

8 Dette lovdekrets artikel 38 bestemmer:

»1. Følgende personer er udelukket fra deltagelse i procedurer for tildeling [...] af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter [...] og kan ikke indgå hertil relaterede kontrakter:

[...]

c) personer, som er blevet dømt ved en retskraftig dom eller et endeligt bødeforlæg [...] som følge af alvorlige straffbare handlinger, der er begået til skade for staten eller Fællesskabet, som rejser tvivl om deres faglige hæderlighed [...]

[...]

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 har begået en grov fejl ved udøvelsen af deres erhvervsmæssige beskæftigelse, der på grundlag af ethvert bevis er blevet konstateret af den ordregivende myndighed.

[...]«

9 Lovdekretets artikel 78, stk. 1, bestemmer:

»For hver kontrakt [...] udarbejder de ordregivende myndigheder en rapport, der mindst skal omfatte følgende oplysninger:

[...]

h) i givet fald begrundelsen for, at administrationen har besluttet ikke at tildele en kontrakt [...]«

10 Lovdekretets artikel 79, stk. 1, bestemmer

»De ordregivende myndigheder underretter ansøgere og tilbudsgivere om, hvilke afgørelser der er truffet med hensyn til [...] tildeling af en kontrakt [...] herunder bl.a. begrundelsen for [...], at de har besluttet ikke at [...] tildele en kontrakt, som har været udbudt [...]«

- 11 I lovdekret nr. 163/2006 er der i artikel 11, stk. 9, specifikt henvist til administrationens beføjelse til at tilbagekalde, udsætte eller ændre egne retsakter på følgende måde:

»Når den endelige tildeling har fået virkning, indgås den offentlige kontrakt [...] inden for en frist på 60 dage, med forbehold for administrationens beføjelse til at tilbagekalde, udsætte eller ændre egne retsakter i de tilfælde, hvor dette er tilladt i henhold til de gældende bestemmelser.«

- 12 Administrationens beføjelse til at tilbagekalde egne retsakter som et generelt princip, der finder anvendelse i alle administrative procedurer, er fastsat i artikel 21d i lov nr. 241 om nye bestemmelser vedrørende forvaltningsprocedurer og retten til aktindsigt i forvaltningsakter (nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) af 7. august 1990 (GURI nr. 192, af 18.8.1990, s. 7). Denne artikel er affattet således:

»Med henvisning til almene hensyn eller i tilfælde af ændring i den faktiske situation eller en ny vurdering af den oprindelige offentlige interesse kan den administrative foranstaltning med virkning for fremtiden tilbagekaldes af det organ, som har udstedt den, eller af et andet ifølge lovgivningen udpeget organ; som følge af tilbagekaldelsen fremkalder foranstaltningen ingen andre virkninger.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 13 AREU indledte ved afgørelse af 28. december 2010 en offentlig procedure om tildeling af en kontrakt, der omhandlede »tjeneste vedrørende vejtransport af organer, væv og biologiske prøver samt befordring af operationshold og patienter med henblik på transplantationer«. Denne kontrakt skulle indgås med en varighed af to år, med mulig forlængelse med 12 måneder, og den skulle tildeles efter kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige tilbud.
- 14 Blandt de fire selskaber, der havde deltaget i udbudsproceduren vedrørende denne kontrakt, blev tre forkastet af udvælgelseskomitéen under den tekniske evaluering af tilbuddene. Det eneste tilbageværende selskab, dvs. Croce Amica One, fik ved afgørelse, der blev indført i rapporten af 10. maj 2011, foreløbigt tildelt kontrakten. Eftersom de betingelser, der er fastsat i den nationale lovgivning med henblik på den »såkaldte obligatoriske efterprøvelse af, om der er tale om et unormalt tilbud«, var opfyldt i det foreliggende tilfælde, idet de tildelte points for prisen og de tildelte points for de øvrige elementer, der tages i betragtning, var lig med eller større end fire femtedele af de tilsvarende maksimale tærskler, der er fastsat i udbuddet, anmodede den ordregivende myndighed imidlertid om dokumentation vedrørende det tekniske tilbud, som Croce Amica One havde fremsat. Udvalgskomitéen konkluderede efter at have foretaget denne efterprøvelse ved afgørelse, der blev indført i rapporten af 23. juni 2011, at tilbuddet var unormalt.
- 15 Samtidigt beslaglagde de kompetente tjenester dokumenter vedrørende Croce Amica One i forbindelse med indledende strafferetlige undersøgelser bl.a. mod selskabets juridiske repræsentant for bedrageri og falsk certificering.
- 16 AREU informerede ved note af 21. juli 2011 Croce Amica One samt et andet selskab, der havde deltaget i den i hovedsagen omhandlede tildelingsprocedure, om, at tjenesten i medfør af den beføjelse, som administrationen har til at tilbagekalde, udsætte eller ændre egne retsakter, havde indledt en procedure med henblik på at annullere udbuddet.
- 17 Generaldirektøren for AREU besluttede ved afgørelse af 8. september 2011 ikke at tildele kontrakten endeligt til Croce Amica One og samtidig at annullere den samlede udbudsprocedure. Den ordregivende myndighed vurderede med denne foranstaltning, at »ud over, at tilbuddet er unormalt, konstateres det i denne sammenhæng, at AREU under ingen omstændigheder som følge af indlysende hensyn om hensigtsmæssighed og grunde forbundet med princippet om god forvaltningsskik kunne

tildele tilbudsgiveren Croce Amica One Italia [...] tjenesteydelseskontrakten, og AREU [kunne], henset til tjenesteydelsens nødvendighed, heller ikke vente med at tildele den til udfaldet af straffesagen forelå, eller blot afslutningen af den igangværende efterforskning«.

- 18 Den ordregivende myndighed indledte ikke en ny procedure med henblik på at tildele den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt og overdrog ved forlængelse den tjeneste, som denne kontrakt vedrørte, til to sammenslutninger.
- 19 Croce Amica One anfægtede ved søgsmål anlagt ved den forelæggende ret den 2. november 2011 den ordregivende myndigheds afgørelse af 8. september 2011 som omhandlet i denne doms præmis 17, idet selskabet nedlagde påstand om annullation og foreløbig udsættelse af denne afgørelse. Croce Amica One anlagde endvidere et søgsmål med påstand om erstatning for tab, som ifølge selskabet følger af denne afgørelse.
- 20 Tribunale di Milano (retten i Milano) rejste ved afgørelse af 14. maj 2013 tiltale mod Croce Amica Ones juridiske repræsentant, sammen med en anden tiltalt person, for at have vanskeliggjort offentlige udbudsprocedurer, idet den pågældende med henblik på at få tildelt kontrakten havde fremlagt 15 falske attester for deltagelse i kurser vedrørende sikker ambulancekørsel.
- 21 Den forelæggende ret finder generelt, med forbehold for den beføjelse, som administrationen har til at tilbagekalde, udsætte eller ændre egne retsakter i forbindelse med offentlige kontrakter, at den omhandlede ordregivende myndighed, der tilsyneladende forfulgte administrative hensyn om hensigtsmæssighed med tilknytning til en igangværende strafferetlig efterforskning mod den juridiske repræsentant for det tilbudsgivende selskab, der foreløbigt havde fået tildelt kontrakten, har tilsidesat artikel 45 i direktiv 2004/18, navnlig med hensyn til »Ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold«, som fremgår af denne bestemmelse.
- 22 Det er således den forelæggende rets opfattelse, at en tilbudsgiver kun kan udelukkes i medfør af denne bestemmelse, såfremt den pågældende er blevet dømt ved en retskraftig dom.
- 23 Den forelæggende ret har endvidere i forbindelse med EU-retten rejst spørgsmålet om omfanget af dens egen kompetence i denne henseende, idet det er dens opfattelse, at denne kompetence ikke kan være begrænset til kontrol af procedurefejl, som udøvelsen af administrative beføjelser er behæftet med. Den finder, at den omstændighed, at en administrativ domstol ikke er indrømmet en beføjelse, der omfatter kontrol af de faktiske omstændigheder eller de juridiske begreber, såsom i det foreliggende tilfælde den omstændighed, at der ikke endeligt er fastslået et strafferetligt ansvar for den juridiske repræsentant for det tilbudsgivende selskab, der foreløbigt havde fået tildelt kontrakten, er åbenbart i strid med ordlyden af og formålet med artikel 45 i direktiv 2004/18.
- 24 Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (regional administrativ domstol for Lombardiet) har, henset til disse betragtninger, besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
 - »1) Er det foreneligt med fællesskabsretten, at den ordregivende myndighed som et led i udøvelse af beføjelsen til at tilbagekalde retsakter på området for offentlige kontrakter i henhold til artikel 21d i lov nr. 241/1990 [af 7. august 1990] kan beslutte ikke endeligt at tildele en kontrakt udelukkende som følge af en igangværende strafferetlig efterforskning mod den juridiske repræsentant for det tilbudsgivende selskab, som foreløbigt har fået tildelt kontrakten?
 - 2) Er en undtagelse fra princippet i artikel 45 i direktiv [2004/18] om, at det strafferetlige ansvar skal være endeligt fastslået, som følge af administrative hensyn, der kan vedrøre et område forbeholdt forvaltningen, foreneligt med fællesskabsretten?

- 3) Er en undtagelse fra princippet i artikel 45 i direktiv [2004/18] om, at det strafferetlige ansvar skal være endeligt fastslået i det tilfælde, hvor den igangværende strafferetlige efterforskning vedrører overtrædelser begået i forbindelse med den udbudsprocedure, der er genstand for den foranstaltning, der er iværksat som et led i udøvelse af beføjelsen til at tilbagekalde, [udsætte eller ændre egne] retsakter, forenelig med fællesskabsretten?
- 4) Er det foreneligt med fællesskabsretten, at de nationale forvaltningsdomstole – under udøvelse af en prøvelsesret, som er blevet tillagt retsinstanserne på området for offentlige kontrakter – har fuld prøvelsesret hvad angår de af en ordregivende myndighed i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter trufne foranstaltninger og således kan vurdere tilbuddets pålidelighed og rimelighed uden dermed at begrænse sig til tilfældene af åbenbar mangel på logik, irrationalitet, manglende begrundelse eller faktiske fejl?»

Om de præjudicielle spørgsmål

Om det første til det tredje spørgsmål

- 25 Med disse spørgsmål, der skal undersøges samlet, ønskes det nærmere bestemt oplyst, om artikel 45 i direktiv 2004/18 i de tilfælde, hvor betingelserne for at anvende de udelukkelsesgrunde, der er fastsat i denne artikel, ikke er opfyldt, er til hinder for, at en ordregivende myndighed beslutter ikke at indgå en offentlig kontrakt, som har været udbudt, og ikke at tildele denne kontrakt endeligt til en tilbudsgiver, som var den eneste tilbageværende tilbudsgiver, og som havde fået tildelt kontrakten foreløbigt.
- 26 Affattelsen af disse spørgsmål og henvisningen til artikel 45 i direktiv 2004/18 skyldes den omstændighed, at generaldirektøren for AREU den 8. september 2011 besluttede dels ikke at tildele den i hovedsagen omhandlede kontrakt endeligt til Croce Amica One, dels at annullere den hertil hørende udbudsprocedure.
- 27 Det skal indledningsvis bemærkes, at uanset henvisningen til artikel 45 i direktiv 2004/18 i anmodningen om en præjudiciel afgørelse fremgår det af de sagsakter, som Domstolen har til rådighed, at den i hovedsagen omtvistede afgørelse udgør en afgørelse fra den ordregivende myndighed vedrørende tilbagekaldelse af et udbud og annulleringen af en tildelingsprocedure. Denne afgørelse er forskellig fra afgørelsen om at udelukke en tilbudsgiver i medfør af dette direktivs artikel 45.
- 28 Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at selv om de præcise grunde til tilbagekaldelsen af det i hovedsagen omhandlede udbud ikke er Domstolen bekendt, synes den forelæggende ret alene at forbinde den adfærd, som den juridiske repræsentant for Croce Amica One har udvist, med de udelukkelsesgrunde, der vedrører strafferetten, og som indebærer en domfældelse, der er blevet endelig, dvs. de udelukkelsesgrunde, der er fastsat i artikel 45, stk. 1 og 2, litra c), i direktiv 2004/18. Det er i denne henseende hensigtsmæssigt at præcisere, at de udelukkelsesgrunde, der er fastsat i dette direktivs artikel 45, stk. 2, litra d) og g), ligeledes giver de ordregivende myndigheder beføjelse til at udelukke enhver erhvervsdrivende, der har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret, eller som svingagtigt har givet urigtige oplysninger eller undladt at meddele de oplysninger, der kan kræves for den kvalitative udvælgelse af tilbud, uden at det kræves, at den erhvervsdrivende er blevet dømt ved en endelig dom.
- 29 En afgørelse om at tilbagekalde et udbud vedrørende en offentlig kontrakt skal overholde artikel 41, stk. 1, og artikel 43 i direktiv 2004/18.

- 30 Artikel 41, stk. 1, i direktiv 2004/18 fastsætter en pligt til hurtigst muligt at underrette ansøgere og tilbudsgivere om en sådan afgørelse samt til at angive en begrundelse, og dette direktivs artikel 43 fastsætter en pligt til at anføre denne begrundelse i den rapport, der skal udarbejdes for alle offentlige kontrakter. Direktiv 2004/18 indeholder imidlertid ingen bestemmelse vedrørende en sådan afgørelses indhold eller form.
- 31 Der skal i denne henseende henvises til Domstolens praksis, hvorefter artikel 8, stk. 2, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), hvilken bestemmelse svarer til bestemmelsen i artikel 41, stk. 1, i direktiv 2004/18, ikke fastsætter, at den ordregivende myndighedens afgørelse om ikke at indgå en offentlig kontrakt er begrænset til undtagelsestilfælde eller nødvendigvis skal bero på vægtige grunde (dom Fracasso og Leitschutz, C-27/98, EU:C:1999:420, præmis 23 og 25).
- 32 Domstolen har ligeledes udtalt, at artikel 12, stk. 2, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), hvilken bestemmelse ligeledes svarer til bestemmelsen i artikel 41, stk. 1, i direktiv 2004/18, indeholder en forpligtelse for den ordregivende myndighed til at begrunde sin afgørelse over for ansøgere og bydende, såfremt den vælger at tilbagekalde udbuddet vedrørende en offentlig kontrakt, men at dette ikke er ensbetydende med, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at føre udbudsproceduren til ende (jf. dom HI, C-92/00, EU:C:2002:379, præmis 41).
- 33 Domstolen har imidlertid omhyggeligt fremhævet, at kravet om, at der gives en begrundelse for en afgørelse om at tilbagekalde et udbud, er begrundet i ønsket om at sikre et vist minimum af gennemsækelighed i de procedurer om tildeling af offentlige kontrakter, som EU-retten bestemmer finder anvendelse på, og dermed at sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for disse bestemmelser (jf. i denne retning dom HI, EU:C:2002:379, præmis 45 og 46 og den deri nævnte retspraksis).
- 34 Domstolen har ligeledes fastslået, at det er en betingelse efter artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, at den ordregivende myndigheds afgørelse om at tilbagekalde et udbud vedrørende en offentlig kontrakt kan gøres til genstand for en klageprocedure og i givet fald kan annulleres med den begrundelse, at den tilsidesætter EU-retten bestemmer om offentlige kontrakter eller de hertil udstedte nationale gennemførelsesbestemmelser. Domstolen har endvidere udtalt, at de nationale domstole selv i tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder råder over et vidt skøn med hensyn til at tilbagekalde et udbud, i medfør af direktiv 89/665 bør have mulighed for at efterprøve, om en afgørelse om tilbagekaldelse er forenelig med de pågældende bestemmelser i EU-retten (jf. dom HI, EU:C:2002:379, præmis 55 og 62).
- 35 EU-retten er således ikke til hinder for, at medlemsstaterne i deres lovgivning fastsætter muligheden for at vedtage en afgørelse om tilbagekaldelse af et udbud. Begrundelsen for en sådan afgørelse om tilbagekaldelse kan således være baseret på grunde, der har forbindelse til spørgsmålet, om det af hensyn til den offentlige interesse er hensigtsmæssigt at afslutte en tildelingsprocedure, i betragtning af bl.a. en eventuel ændring af den økonomiske sammenhæng eller de faktiske omstændigheder, eller endog den berørte ordregivende myndigheds behov. En sådan afgørelse kan endvidere være begrundet af en utilstrækkelig konkurrence som følge af den omstændighed, at der efter afslutningen af proceduren for tildeling af den omhandlede kontrakt kun forblev en tilbudsgiver som var i stand til at gennemføre denne kontrakt.
- 36 Det følger heraf, at med forbehold for overholdelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling er en ordregivende myndighed ikke forpligtet til at afslutte en påbegyndt tildelingsprocedure og indgå en offentlig kontrakt, heller ikke med den eneste tilbageværende tilbudsgiver.

- 37 Henset til ovenstående betragtninger skal det første til det tredje spørgsmål besvares med, at artikel 41, stk. 1, artikel 43 og 45 i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at i de tilfælde, hvor betingelserne for at anvende de udelukkelsesgrunde, der er fastsat i denne artikel 45, ikke er opfyldt, er denne artikel ikke til hinder for, at en ordregivende myndighed beslutter ikke at indgå en offentlig kontrakt, som har været udbudt, og ikke at tildele denne kontrakt endeligt til en tilbudsgiver, som var den eneste tilbageværende tilbudsgiver, og som havde fået tildelt kontrakten foreløbigt.

Det fjerde spørgsmål

- 38 Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om den kompetente nationale ret i overensstemmelse med EU-retten kan udøve fuld prøvelse af en afgørelse fra en ordregivende myndighed, dvs. en kontrol, der gør det muligt for denne ret at tage hensyn til pålideligheden og rimeligheden af tilbudsgivernes tilbud og erstatte den ordregivende myndigheds bedømmelse af, om en tilbagekaldelse af et udbud er hensigtsmæssig, med sin egen vurdering.
- 39 Det skal fremhæves, at en afgørelse om tilbagekaldelse af et udbud vedrørende en offentlig kontrakt i overensstemmelse med Domstolens praksis henhører under »de ordregivende myndigheders beslutninger«, for hvilke medlemsstaterne i medfør af artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665 er forpligtet til at indføre klageprocedurer med henblik at sikre overholdelsen af EU-rettens relevante materielle bestemmelser om offentlige kontrakter eller de hertil udstedte nationale gennemførelsesbestemmelser (jf. i denne retning domme HI, EU:C:2002:379, præmis 53-55, og Koppensteiner, C-15/04, EU:C:2005:345, præmis 29).
- 40 Da direktiv 89/665 er begrænset til en samordning af de gældende ordninger i medlemsstaterne med henblik på at sikre den fulde og effektive anvendelse af de direktiver, som indeholder materielle regler vedrørende offentlige kontrakter, fastlægger den ikke udtrykkeligt omfanget af de klageprocedurer, som medlemsstaterne skal indføre i denne forbindelse. Følgelig bør spørgsmålet om omfanget af den domstolskontrol, der udøves i forbindelse med de klageprocedurer, der er omhandlet i direktiv 89/665, bedømmes på grundlag af dette direktivs formål under behørig hensyntagen til, at dettes effektivitet ikke bringes i fare (dom HI, EU:C:2002:379, præmis 58 og 59).
- 41 Det skal i denne henseende bemærkes, at klagesystemets funktionsmåde er reguleret i artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665, hvorefter medlemsstaterne for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18, træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders afgørelser med den begrundelse, at afgørelserne er i strid med EU-retten vedrørende offentlige kontrakter eller de hertil udstedte nationale gennemførelsesregler.
- 42 Det følger heraf, at de klageprocedurer, der er fastsat i denne bestemmelse, tjener til at sikre overholdelsen af de relevante bestemmelser i EU-retten, navnlig bestemmelserne i direktiv 2004/18 eller de hertil udstedte nationale gennemførelsesbestemmelser.
- 43 Det skal fremhæves, at denne efterprøvelse af, om de ordregivende myndigheders afgørelser er lovlige, ikke kan begrænses til at undersøge, om nævnte afgørelser er arbitrære (jf. i denne retning dom HI, EU:C:2002:379, præmis 63).
- 44 Disse klager vedrører dermed udøvelsen af en efterprøvelse af, om en afgørelse er lovlig, og ikke, om den er hensigtsmæssig.

- 45 Da der ikke findes specifikke EU-bestemmelser på området, skal fremgangsmåderne ved domstolskontrollen fastsættes ved nationale procedureregler med forbehold for overholdelse af principperne om effektivitet og ækvivalens (jf. i denne retning dom HI, EU:C:2002:379, præmis 68). Den nationale lovgiver kan således tildele de kompetente nationale retsinstanser mere udvidede beføjelser med henblik på at udøve en kontrol af, om nævnte afgørelser er hensigtsmæssige.
- 46 Det fjerde spørgsmål skal følgelig besvares med, at EU-retten på området for offentlige kontrakter, herunder artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at den kontrol, som er fastsat i denne bestemmelse, udgør en kontrol af, at de afgørelser, der træffes af de ordregivende myndigheder, som har til formål at sikre overholdelsen af de relevante bestemmelser i EU-retten eller de hertil udstedte nationale gennemførelsesbestemmelser, er lovlige, uden at denne kontrol kan begrænses til blot en undersøgelse af, om den ordregivende myndigheds afgørelser er vilkårlige. Dette udelukker imidlertid ikke, at den nationale lovgiver har mulighed for at tildele de kompetente nationale retsinstanser beføjelser til at udøve kontrol af, om sådanne afgørelser er hensigtsmæssige.

Sagens omkostninger

- 47 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 (Femte Afdeling) for ret:

- 1) Artikel 41, stk. 1, artikel 43 og 45 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 i de tilfælde, hvor betingelserne for at anvende de udelukkelsesgrunde, der er fastsat i denne artikel 45, ikke er opfyldt, er denne artikel ikke til hinder for, at en ordregivende myndighed beslutter ikke at indgå en offentlig kontrakt, som har været udbudt, og ikke at tildele denne kontrakt endeligt til en tilbudsgiver, som var den eneste tilbageværende tilbudsgiver, og som havde fået tildelt kontrakten foreløbigt.
- 2) EU-retten på området for offentlige kontrakter, herunder artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007, skal fortolkes således, at den kontrol, som er fastsat i denne bestemmelse, udgør en kontrol af, at de afgørelser, der træffes af de ordregivende myndigheder, som har til formål at sikre overholdelsen af de relevante bestemmelser i EU-retten eller de hertil udstedte nationale gennemførelsesbestemmelser, er lovlige, uden at denne kontrol kan begrænses til blot en undersøgelse af, om den ordregivende myndigheds afgørelser er vilkårlige. Dette udelukker imidlertid ikke, at den nationale lovgiver har mulighed for at tildele de kompetente nationale retsinstanser beføjelser til at udøve kontrol af, om sådanne afgørelser er hensigtsmæssige.

Underskrifter