Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

17. maj 2018*

»Præjudiciel forelæggelse – direktiv 2004/18/EF – fremgangsmåder med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter – tilknytning mellem tilbudsgivere, der har afgivet uafhængige tilbud i den samme procedure – tilbudsgivernes, den ordregivende myndigheds og den nationale rets forpligtelser«

I sag C-531/16,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) ved afgørelse af 11. oktober 2016, indgået til Domstolen den 18. oktober 2016, i sagen

Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras,

»**Ecoservice projektai« UAB**, tidligere »Specializuotas transportas« UAB

procesdeltagere:

»**VSA Vilnius« UAB,**

»**Švarinta« UAB,**

»**Specialus autotransportas« UAB,**

»**Ecoservice« UAB,**

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, T. von Danwitz, og dommerne C. Vajda, E. Juhász (refererende dommer), K. Jürimäe og C. Lycourgos,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

– Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras ved advokatas L. Songaila,

* Processprog: litauisk.

– »Ecoservice projektai« UAB ved advokatas J. Elzbergas, bistået af V. Mitrauskas,

– »VSA Vilnius« UAB ved advokatas D. Krukonis,

– »Švarinta« UAB ved advokatas K. Smaliukas,

– den litauiske regering ved D. Kriaučiūnas, G. Taluntytė og R. Butvydytė, som befuldmægtigede,

– den tjekkiske regering ved M. Smolek, T. Müller og J. Vláčil, som befuldmægtigede,

– Europa-Kommissionen ved A. Tokár og A. Steiblytė, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 22. november 2017,

afsagt følgende

Dom

1 Den præjudicielle anmodning vedrører fortolkningen af artikel 45 TEUF, 56 TEUF og 101 TEUF, artikel 2 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), samt artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 2, stk. 1, litra b), 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 1989, L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT 2007, L 335, s. 31) (herefter »direktiv 89/665«).

2 Denne anmodning er indgivet i forbindelse med en tvist mellem »VSA Vilnius« UAB og Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (anlæg til affaldshåndtering i regionen Šiauliai, Litauen) vedrørende dette anlægs tildeling af en offentlig kontrakt, hvis genstand er tjenesteydelsen vedrørende indsamling af kommunalt affald i Šiauliai kommune og transport heraf til affaldets behandlingssted.

Retsforskrifter

Direktiv 89/665

3 I artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665 bestemmes følgende:

»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 [EU-retten] vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse heraf.«

4 Direktivets artikel 2, stk. 1, litra b), har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

[…]

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt

[…]«

Direktiv 2004/18

5 Artikel 2 i direktiv 2004/18 har følgende ordlyd:

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«

6 Dette direktivs artikel 45, stk. 2, bestemmer:

»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.«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

7 Den 9. juli 2015 offentliggjorde anlægget til affaldshåndtering i regionen Šiauliai et offentligt udbud vedrørende tjenesteydelsen vedrørende indsamling af kommunalt affald i Šiauliai kommune og transport heraf til affaldets behandlingssted.

8 Fire tilbudsgivere afgav bud, nemlig »Specializuotas transportas« UAB (herefter »tilbudsgiver B«), »Ekonovus« UAB, »Specialus autotransportas« UAB (herefter »tilbudsgiver A«) og en sammenslutning af økonomiske aktører dannet af VSA Vilnius og »Švarinta« UAB.

9 Tilbudsgiver A og B er datterselskaber af selskabet »Ecoservice« UAB, som ejer henholdsvis 100% og 98,12% af andelene heri. Ledelsesorganerne for tilbudsgiver A og B er sammensat af de samme fysiske personer.

10 I den på tidspunktet for offentliggørelsen af udbuddet gældende lovgivning fastsattes hverken en udtrykkelig forpligtelse for tilbudsgiveren til at oplyse om sin tilknytning til andre aktører, der deltog i samme udbudsprocedure, eller for den ordregivende myndighed til ved sine beslutninger at vurdere eller tage hensyn til denne tilknytning. Udbudsbetingelserne pålagde heller ikke sådanne forpligtelser.

11 Tilbudsgiver B indsendte ikke desto mindre sammen med sit bud en beediget erklæring om, at virksomheden deltog i udbuddet selvstændigt og uafhængigt af en hvilken som helst anden økonomisk aktør, som den måtte have tilknytning til, idet den anmodede den ordregivende myndighed om at behandle alle andre personer som konkurrenter. Virksomheden forpligtede sig endvidere til – såfremt der blev anmodet herom – at indsende en fortegnelse over de aktører, som den var forbundet med.

12 Den 24. september 2015 afviste den ordregivende myndighed tilbudsgiver A's bud, fordi motorerne i to af virksomhedens indsamlingskøretøjer ikke overholdt den krævede kvalitetsstandard. Tilbudsgiver A anfægtede ikke denne afgørelse.

13 Den 22. oktober 2015 oplyste den ordregivende myndighed tilbudsgiverne om indplaceringen af deres bud, og at kontrakten blev tildelt tilbudsgiver B.

14 VSA Vilnius, der blev placeret umiddelbart efter tilbudsgiver B, indgav en klage til den ordregivende myndighed og gjorde gældende, at der var foretaget en ukorrekt vurdering af tilbudsgivernes bud, og at der var sket en tilsidesættelse af lighedsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Det var selskabets opfattelse, at tilbudsgiver A og B havde handlet som en gruppe af forbundne selskaber, at deres bud udgjorde alternative bud, og at den ordregivende myndighed skulle have afvist deres bud, da udbudsbekendtgørelsen fastsatte et forbud mod at afgive alternative bud.

15 Den ordregivende myndighed afviste selskabets klage, og VSA Vilnius indbragte et søgsmål for Šiaulių apygardos teismas (den regionale domstol i Šiauliai, Litauen). Ved dom afsagt den 18. januar 2016 annullerede denne domstol den ordregivende myndigheds beslutninger om indplacering af buddene og om tildeling af kontrakten til tilbudsgiver B. Den 5. april 2016 tiltrådte Lietuvos apeliacinis teismas (Litauens appeldomstol) denne dom.

16 Førsteinstansen og appeldomstolen fastslog, at den ordregivende myndighed, selv om den var bekendt med den tilknytning, der forbandt tilbudsgiver A og B, intet foretog sig for at fastlægge denne tilknytnings påvirkning af den reelle konkurrence mellem disse tilbudsgivere. Selv om der ikke i national lovgivning fastsættes en sådan forpligtelse, burde tilbudsgiver A og B, idet de begge havde kendskab til den andens deltagelse i udbudsproceduren, have oplyst den ordregivende myndighed om deres tilknytning. Den beedigede erklæring, som tilbudsgiver B fremlagde, var utilstrækkelig til at godtgøre, at denne forpligtelse var korrekt udført.

17 Herefter indbragte VSA Vilnius og tilbudsgiver B sagen for den forelæggende ret.

18 Det er under disse omstændigheder, at Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litauens øverste domstol) har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal den frie bevægelighed for personer og tjenesteydelser fastsat i henholdsvis artikel 45 TEUF og 56 TEUF, princippet om ligebehandling af de bydende og gennemsigtighedsprincippet fastsat i artikel 2 i direktiv 2004/18 samt det princip, der følger af førnævnte principper, om fri og loyal konkurrence mellem økonomiske aktører, forstås og fortolkes, [(]samlet eller hver for sig[,] men ikke begrænset til de nævnte bestemmelser), således at:

[S]åfremt tilknyttede tilbudsgivere, hvis økonomiske, ledelsesmæssige, finansielle eller andre forbindelser [objektivt] kan give anledning til tvivl med hensyn til deres uafhængighed og beskyttelsen af fortrolige oplysninger [eller eventuelt] kan [give disse tilbudsgivere] en fordel i forhold til andre tilbudsgivere, har besluttet at indgive individuelle (uafhængige) tilbud i den samme [udbudsprocedure], er de under alle omstændigheder underlagt en forpligtelse til at fremlægge oplysninger om disse forbindelser mellem dem til den ordregivende myndighed, selv hvis den ordregivende myndighed ikke foretager særskilte undersøgelser, uanset om de nationale regler vedrørende offentlige udbud bestemmer, at der faktisk gælder en sådan forpligtelse eller ej?

2) Såfremt det første spørgsmål
   a) besvares bekræftende (dvs. at tilbudsgivere under alle omstændigheder skal oplyse den ordregivende myndighed om deres forbindelser med hinanden), er det forhold, at denne forpligtelse ikke blev opfyldt, eller at den ikke blev opfyldt korrekt, da tilstrækkeligt for den ordregivende myndighed til at indtage den holdning eller for en klageinstans (domstol) til at træffe afgørelse om, at tilknyttede tilbudsgivere, der har indgivet individuelle tilbud i den samme [udbudsprocedure], deltager uden reelt at konkurrere med hinanden (og foregiver, at der foreligger konkurrence)?
   b) besvares benægtende (dvs. at tilbudsgivere ikke har nogen yderligere forpligtelse – der ikke fremgår af lovgivning eller i udbudsbetingelserne – til at fremlægge oplysninger om deres forbindelser), skal risikoen ved deltagelsen af de tilknyttede økonomiske aktører og risikoen ved konsekvenserne af dette da bæres af den ordregivende myndighed, såfremt den ordregivende myndighed ikke har angivet i udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne var underlagt en sådan oplysningsforpligtelse?

3) Uanset svaret på det første spørgsmål, og henset til [dom af 12. marts 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166)], skal de bestemmelser, der henvises til i det første spørgsmål og artikel 1, stk. 1, [tredje afsnit,] i direktiv 89/665 og direktivets artikel 2, stk. 1, litra b), forstås og fortolkes (samlet eller hver for sig, men ikke begrænset til de ovennævnte bestemmelser) således at:
   a) [H]vis det i løbet af den offentlige udbudsprocedure, uanset hvordan, bliver klart for den ordregivende myndighed, at der er tale om væsentlige forbindelser mellem visse tilbudsgivere, skal den ordregivende myndighed uanset sin egen bedømmelse af denne omstændighed [eller] andre omstændigheder (eksempelvis den formelle og materielle forskel mellem de indgivne tilbud fra tilbudsgiverne, det offentlige tilsagn fra tilbudsgiverne om at deltage i loyal konkurrence med andre tilbudsgivere osv.) kontakte de tilknyttede tilbudsgivere særskilt og anmode dem om at præcisere, hvorvidt og hvorledes deres personlige situation er forenelig med fri og loyal konkurrence mellem tilbudsgivere?
   b) [S]åfremt den ordregivende myndighed har en sådan forpligtelse, men undlader at efterleve den, er der da et tilstrækkeligt grundlag for domstolen til at fastslå, at den ordregivende myndigheds handlinger er ulovlige, idet den har undladt at sikre proceduremæssig gennemsigtighed og objektivitet, og idet den har undladt at anmode om oplysninger fra sagsøgeren eller træffe en afgørelse af egen drift om den mulige indflydelse, som [de] tilknyttede [aktørers] personlige situation kan få på udfaldet af udbudsproceduren?

4) Skal de retsforskrifter, der henvises til i det tredje spørgsmål, og artikel 101, stk. 1, TEUF forstås og fortolkes [(]samlet eller hver for sig[,] men ikke begrænset til de ovennævnte bestemmelser) i lyset af [dom af 12. marts 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), af 21. januar 2016, Eturas m.fl. (C-74/14, EU:C:2016:42), og af 21. juli 2016, VM Remonts m.fl. (C-542/14, EU:C:2016:578),] således at:
   a) [S]åfremt en tilbudsgiver (sagsøgeren) er blevet bekendt med afvisningen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, der er indgivet af en ud af to tilknyttede tilbudsgivere i en offentlig udbudsprocedure (tilbudsgiver A) og den omstændighed, at den anden tilbudsgiver (tilbudsgiver B) har fået tildelt kontrakten, og henset endvidere til andre omstændigheder forbundet med disse tilbudsgivere og deres deltagelse i udbudsproceduren (den omstændighed, at tilbudsgiver A og B har den samme bestyrelse, den omstændighed, at de har samme moderselskab, der ikke deltog i udbudsproceduren, den omstændighed, at tilbudsgiver A og B ikke fremlagde oplysninger om deres forbindelser for den ordregivende myndighed og ikke senere særskilt præciserede disse forbindelser yderligere, bl.a. som følge af, at [de] ikke var blevet [anmodet herom], den omstændighed, at tilbudsgiver A i sit tilbud gav uoverensstemmende oplysninger om opfyldelsen af EURO V-betingelsen i udbuddet ved den foreslåede transportmåde (renovationskøretøjer), den omstændighed, at den tilbudsgiver, der indgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som blev afvist på grund af mangler i tilbuddet, for det første ikke anfægtede den ordregivende myndigheds afgørelse og for det andet appellerede afgørelsen fra retten i første instans, og hvor den i appellen bl.a. [anfægtede] lovligheden af afvisningen af dens tilbud etc.), og hvor den ordregivende myndighed i lyset af alle disse omstændigheder undlod at handle, er disse oplysninger da i sig selv tilstrækkelige til at danne grundlaget for et krav til et kontrolorgan om, at det skal anse den ordregivende myndigheds handlinger for ulovlige, da den undlod at sikre proceduremæssig gennemsigtighed og objektivitet, og yderligere ved ikke at kræve, at sagsøgeren fremlagde konkrete beviser for, at tilbudsgiver A og B handlede illoyalt?
   b) [T]ilbudsgiver A og B ikke godtgjorde over for den ordregivende myndighed, at de reelt og loyalt deltog i den offentlige udbudsprocedure, blot fordi tilbudsgiver B frivilligt afgav en erklæring om reel deltagelse og anvendte ledelseskvalitetsstandarder for deltagelse i offentlige udbud, og fordi de tilbud, der blev indgivet af disse tilbudsgivere, endvidere ikke formelt og materielt var identiske?

5) Kan handlinger, der foretages af gensidigt tilknyttede økonomiske aktører (der begge er datterselskaber af samme selskab), der individuelt deltager i samme udbudsprocedure, hvis værdi opfylder grænsen for internationale udbud, og hvor hjemstedet for [den] ordregivende myndighed, der offentliggør udbudsproceduren, og det sted, hvor tjenesterne skal leveres, ikke befinder sig meget langt fra en anden medlemsstat (Republikken Letland), principielt bedømmes – henset bl.a. til den frivillige erklæring fra en af disse økonomiske aktører om at ville deltage i loyal konkurrence – i henhold til bestemmelserne i artikel 101 TEUF og Domstolens praksis, der fortolker disse bestemmelser?«

Om de præjudicielle spørgsmål

19 Det skal indledningsvis bemærkes, at den forelæggende ret som led i de præjudicielle spørgsmål har henvist til artikel 45 TEUF og 56 TEUF, uden at den imidlertid har forklaret, i hvilket omfang det er nødvendigt at fortolke disse artikler med henblik på at besvare de nævnte spørgsmål. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, er direktiv 2004/18 endvidere relevant med henblik på at afgøre tvisten i hovedsagen. Henset hertil er det ufornødent at foretage en fortolkning af artikel 45 TEUF og 56 TEUF.

Det første og det andet spørgsmål

20 Med det første og det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 2 i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at der i mangel af en udtrykkelig retsforskrift eller en specifik betingelse i udbudsmaterialet eller i de betingelser, der regulerer vilkårene for tildeling af en offentlig kontrakt, påhviler de tilknyttede tilbudsgivere, som afgiver særskilte tilbud i den samme udbudsprocedure, en pligt til af egen drift at fremsætte oplysninger til den ordregivende myndighed om deres indbyrdes tilknytning.

21 Det skal i denne forbindelse indledningsvis bemærkes, at EU-retten, navnlig direktiv 2004/18, ikke foreskriver et generelt forbud for virksomheder, der er indbyrdes forbundne, mod at afgive et bud i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt. Det fremgår endvidere af retspraksis, at det, henset til, at det er i Unionens interesse, at det sikres, at flest muligt tilbudsgivere deltager i et udbud, vil være i strid med en effektiv anvendelse af EU-retten, såfremt man systematisk udelukker de virksomheder, mellem hvilke der består en indbyrdes tilknytning, fra retten til at deltage i samme procedure om indgåelse af en offentlig kontrakt (jf. i denne retning dom af 19.5.2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, præmis 26 og 28).

22 Domstolen har ligeledes fremhævet, at der kan forekomme forskellige typer af sammenslutninger af virksomheder, som kan have forskellige formål, hvilket ikke nødvendigvis udelukker, at de kontrollerede virksomheder har en vis selvstændighed ved fastlæggelsen af deres forretningspolitik og udøvelsen af deres økonomiske aktiviteter, bl.a. hvad angår deltagelsen i offentlige udbudsprocedurer. Der kan i øvrigt, f.eks. ved aftale, være fastsat særlige bestemmelser, som regulerer forholdene mellem virksomhederne i samme koncern, for at sikre såvel uafhængigheden som fortroligheden ved udarbejdelsen af bud, som de pågældende virksomheder afgiver samtidig under samme udbudsprocedure (dom af 19.5.2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, præmis 31).

23 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt tilbudsgiverne, såfremt der ikke foreligger en udtrykkelig retsforskrift eller en specifik betingelse i udbudsmaterialet eller i de betingelser, der regulerer vilkårene for tildeling af en offentlig kontrakt, alligevel er forpligtede til at fremsætte oplysninger til den ordregivende myndighed om den tilknytning, der forbinder dem, skal det imidlertid bemærkes, at Domstolen har fastslået, at gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, som finder anvendelse på alle offentlige udbudsprocedurer, kræver, at de materielle og processuelle betingelser vedrørende deltagelse i et udbud skal være klart definerede på forhånd og offentliggjort, navnlig de forpligtelser, der påhviler tilbudsgiverne, for at disse kan have et nøjagtigt kendskab til procedurens krav og være sikre på, at samme krav gælder for alle ansøgere (dom af 2.6.2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

24 Den omstændighed, at tilbudsgiverne pålægges at oplyse den ordregivende myndighed om deres tilknytning til andre tilbudsgivere, selv om en sådan forpligtelse hverken fremgår af gældende national ret eller af udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, udgør således ikke en klart defineret betingelse som omhandlet i den i foregående præmis nævnte retspraksis. I et sådant tilfælde vil det være vanskeligt for tilbudsgiverne at fastlægge den præcise rækkevidde af en sådan forpligtelse, hvilket gælder så meget desto mere, henset til, at det ikke altid ved selve karakteren af proceduren for tildeling er muligt at kende identiteten på alle tilbudsgiverne i samme procedure inden afslutningen af fristen for at afgive bud.

25 Det skal endvidere præciseres, at den ordregivende myndighed, såfremt tilbudsgiverne ikke er forpligtet til at oplyse denne myndighed om en eventuel tilknytning til andre tilbudsgivere, under hele proceduren skal behandle den pågældende tilbudsgivers bud som et lovligt bud i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiv 2004/18, når der ikke er indicier på, at de bud, som de forbundne tilbudsgivere har afgivet, er koordinerede eller samordnede.

26 Henset til de ovenstående betragtninger skal det første og det andet spørgsmål besvares med, at artikel 2 i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at der i mangel af en udtrykkelig retsforskrift eller en specifik betingelse i udbudsmaterialet eller i de betingelser, der regulerer vilkårene for tildeling af en offentlig kontrakt, ikke påhviler de tilknyttede tilbudsgivere, som afgiver særskilte tilbud i den samme udbudsprocedure, en pligt til af egen drift at fremsætte oplysninger til den ordregivende myndighed om deres indbyrdes tilknytning.

Det tredje til det femte spørgsmål

27 Med det tredje til det femte spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 101 TEUF finder anvendelse på omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede, og om artikel 2 i direktiv 2004/18 samt artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed, når den er i besiddelse af oplysninger, der rejser tvivl om, hvorvidt visse tilbudsgiveres bud er selvstændige, er forpligtet til ved i givet fald at anmode disse tilbudsgivere om yderligere oplysninger at efterprøve, om deres bud rent faktisk er selvstændige, og at den ordregivende myndigheds manglende handling kan føre til, at den igangværende procedure for tildeling af kontrakten er mangelfuld.

28 Hvad angår artikel 101 TEUF skal det bemærkes, at denne artikel ikke finder anvendelse, når de aftaler eller den samordnede praksis, som den forbyder, gennemføres af virksomheder, der udgør en økonomisk enhed (jf. i denne retning dom af 4.5.1988, Bodson, 30/87, EU:C:1988:225, præmis 19, og af 11.4.1989, Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, 66/86, EU:C:1989:140, præmis 35). Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at vurdere, om tilbudsgiver A og B udgør en økonomisk enhed.

29 Såfremt de pågældende selskaber ikke udgør en økonomisk enhed, da moderselskabet ikke udøver en afgørende indflydelse på sine datterselskaber, skal det bemærkes, at det princip om ligebehandling, som er fastsat i artikel 2 i direktiv 2004/18, under alle omstændigheder ville være tilsidesat, hvis det tillades tilbudsgivere at afgive koordinerede eller samordnede bud, dvs. bud, der hverken er selvstændige eller uafhængige, som således kan give dem uberettigede fordele i forhold til andre tilbudsgivere, uden at det er fornødent at undersøge, om afgivelsen af sådanne bud ligeledes udgør en adfærd, der er i strid med artikel 101 TEUF.

30 Med henblik på besvarelsen af det tredje til det femte spørgsmål er det således ikke nødvendigt at anvende og fortolke artikel 101 TEUF i nærværende sag.

31 Hvad angår de forpligtelser, der påhviler de ordregivende myndigheder i medfør af nævnte artikel 2 i direktiv 2004/18, har Domstolen tidligere fastslået, at de ordregivende myndigheder er tildelt en aktiv rolle i forbindelse med anvendelsen af de principper for indgåelse af offentlige kontrakter, der er fastsat i den nævnte artikel (jf. i denne retning dom af 12.3.2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 42).

32 Eftersom denne pligt for de ordregivende myndigheder følger af selve hovedformålet med direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, har Domstolen fastslået, at den ordregivende myndighed under alle omstændigheder har pligt til at efterprøve, om der foreligger eventuelle interessekonflikter hos en sagkyndig ved den ordregivende myndighed, og til at træffe passende foranstaltninger med henblik på at forebygge, identificere og afhjælpe disse konflikter (dom af 12.3.2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 43).

33 Denne retspraksis kan, henset til det ovenfor i nærværende doms præmis 29 fastslåede, overføres på situationer som den i hovedsagen omhandlede, der er kendetegnet ved indbyrdes tilknyttede tilbudsgiveres deltagelse i en procedure for indgåelse af en kontrakt. En ordregivende myndighed, som får kendskab til objektive forhold, der rejser tvivl om, hvorvidt et bud er selvstændigt og uafhængigt, er derfor forpligtet til at undersøge alle de relevante omstændigheder, der førte til afgivelsen af det

pågældende bud, med henblik på at forebygge og identificere forhold, der kan gøre tildelingsproceduren mangelfuld, og afhjælpe disse, herunder i givet fald at anmode parterne om at levere visse oplysninger og beviser (jf. analogt dom af 12.3.2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 44).

34 Hvad angår de beviser, der kan godtgøre, om de indbyrdes tilknyttede tilbudsgiveres bud er selvstændige og uafhængige, fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at den forelæggende ret bl.a. nærer tvivl, om alle former for bevis eller alene direkte beviser kan tages i betragtning som led i den retslige procedure.

35 Artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665, hvortil henvises i det tredje og det fjerde spørgsmål, kræver alene bl.a., at medlemsstaterne iværksætter hurtige og effektive klageadgange inden for indgåelse af offentlige kontrakter. Hverken disse bestemmelser i direktiv 89/665 eller andre bestemmelser i dette direktiv eller i direktiv 2004/18 indeholder regler, der regulerer bevisførelse og -vurdering vedrørende en tilsidesættelse af EU-reglerne for indgåelse af offentlige kontrakter.

36 På denne baggrund og i henhold til Domstolens faste praksis tilkommer det, da der ikke findes EU-retlige bestemmelser på området, hver enkelt medlemsstat at fastsætte processuelle regler for den administrative procedure samt for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne. Disse processuelle regler må imidlertid ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål fastsat til beskyttelse af rettigheder, der udledes af den interne retsorden (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Unionens retsorden (effektivitetsprincippet) (dom af 12.3.2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

37 Hvad angår det bevisniveau, der kræves for at godtgøre, at der foreligger bud, som hverken er selvstændige eller uafhængige, kræver effektivitetsprincippet, at beviset for en overtrædelse af EU-reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter kan føres ikke blot ved direkte beviser, men ligeledes ved indicier, forudsat at de er objektive og samstemmende, og at de indbyrdes tilknyttede tilbudsgivere gives mulighed for at fremlægge modbeviser (jf. analogt dom af 21.1.2016, Eturas m.fl., C-74/14, EU:C:2016:42, præmis 37).

38 Hvad angår en sag som den i hovedsagen omhandlede er konstateringen af, at tilknytningen mellem tilbudsgiverne har haft indflydelse på indholdet af deres bud, der er afgivet som led i den samme procedure, principielt tilstrækkeligt til, at den ordregivende myndighed ikke tager hensyn til disse bud, idet sådanne bud skal afgives fuldstændigt selvstændigt og uafhængigt, når de stammer fra tilbudsgivere, der har en tilknytning. Derimod er konstateringen alene af et kontrolforhold mellem de pågældende virksomheder på grund af ejerforholdet eller antallet af de stemmer, der kan afgives under ordinære generalforsamlinger, ikke tilstrækkeligt til, at den ordregivende myndighed automatisk kan udelukke disse bud fra udbudsproceduren, uden at efterprøve, om et sådant kontrolforhold har haft konkret indvirkning på de nævnte buds uafhængighed (jf. analogt dom af 19.5.2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, præmis 32).

39 Det tilkommer den forelæggende ret på grundlag af omstændighederne i tvisten i hovedsagen at foretage de kontroller og vurderinger, som er nødvendige i denne henseende, samt vedrørende de omstændigheder, der er anført som led i spørgsmål 4, litra a), og beviskraften af den spontane erklæring afgivet af en tilbudsgiver, der er omtalt i samme spørgsmåls litra b). Såfremt denne retsinstans ved afslutningen af disse kontroller og vurderinger måtte konkludere, at de i hovedsagen omhandlede bud ikke var afgivet selvstændigt og uafhængigt, skal det bemærkes, at artikel 2 i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at den er til hinder for, at kontrakten tildeles en tilbudsgiver, der har afgivet sådanne bud.

40 Henset til de ovenstående betragtninger skal det tredje til det femte spørgsmål besvares med, at artikel 2 i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed, når den er i besiddelse af oplysninger, der rejser tvivl om, hvorvidt visse tilbudsgiveres bud er selvstændige og uafhængige, er forpligtet til ved i givet fald at anmode disse tilbudsgivere om yderligere oplysninger at efterprøve, om deres bud rent faktisk er selvstændige og uafhængige. Såfremt det viser sig, at disse bud ikke er selvstændige og uafhængige, er artikel 2 i direktiv 2004/18 til hinder for, at kontrakten tildeles tilbudsgivere, der har afgivet et sådant bud.

Sagsomkostninger

41 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 (Fjerde Afdeling) for ret:

Artikel 2 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 mangel af en udtrykkelig retsforskrift eller en specifik betingelse i udbudsbekendtgørelsen eller i de betingelser, der regulerer vilkårene for tildeling af en offentlig kontrakt, påhviler der ikke de tilknyttede tilbudsgivere, som afgiver særskilte bud i den samme udbudsprocedure, en pligt til af egen drift at fremsætte oplysninger til den ordregivende myndighed om deres indbyrdes tilknytning**

– **den ordregivende myndighed er, når den er i besiddelse af oplysninger, der rejser tvivl om, hvorvidt visse tilbudsgiveres bud er selvstændige og uafhængige, forpligtet til ved i givet fald at anmode disse tilbudsgivere om yderligere oplysninger at efterprøve, om deres bud rent faktisk er selvstændige og uafhængige. Såfremt det viser sig, at disse bud ikke er selvstændige og uafhængige, er artikel 2 i direktiv 2004/18 til hinder for, at kontrakten tildeles tilbudsgivere, der har afgivet et sådant bud.**

Underskrifter