



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

14. januar 2021 *

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – direktiv 2014/24/EU – artikel 57, stk. 6 – fakultative udelukkelsesgrunde – foranstaltninger truffet af den økonomiske aktør med henblik på at vise sin pålidelighed på trods af, at der foreligger en fakultativ udelukkelsesgrund – pligt for den økonomiske aktør til at forelægge dokumentation for disse foranstaltninger af egen drift – direkte virkning«

I sag C-387/19,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Raad van State (appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Belgien) ved afgørelse af 7. maj 2019, indgået til Domstolen den 17. maj 2019, i sagen

RTS infra BVBA,

Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA

mod

Vlaamse Gewest

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling),

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

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

- RTS infra BVBA og Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA ved advocaat J. Goethals,
- den belgiske regering ved J.-C. Halleux, L. Van den Broeck og C. Pochet, som befuldmægtigede, bistået af advocaten af F. Judo og N. Goethals,
- den estiske regering ved N. Grünberg, som befuldmægtiget,

* Processprog: nederlandsk.

- den ungarske regering ved M.Z. Fehér, som befuldmægtigede,
 - den østrigske regering ved J. Schmoll og M. Fruhmann, som befuldmægtigede,
 - Europa-Kommissionen ved L. Haasbeek og P. Ondrůšek, som befuldmægtigede,
- og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 17. september 2020,
afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 57, stk. 4, 6 og 7, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65), som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2015/2170 af 24. november 2015 (EUT 2015, L 307, s. 5, herefter »direktiv 2014/24«).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem RTS infra BVBA og Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA mod Vlaams Gewest (regionen Flandern, Belgien) vedrørende sidstnævntes afgørelse om at udelukke disse to selskaber fra en udbudsprocedure.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2014/24

- 3 Følgende fremgår af 102. betragtning til direktiv 2014/24:

»Der bør [...] tages hensyn til muligheden for, at økonomiske aktører kan iværksætte overensstemmelsesforanstaltninger med henblik på at afhjælpe konsekvenserne af eventuelle strafbare handlinger eller forsømmelser og effektivt forebygge yderligere forekomster af den ukorrekte adfærd. Dette kan især omfatte personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, f.eks. afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den ukorrekte adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af rapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation. Hvor sådanne foranstaltninger yder tilstrækkelig garanti, bør den pågældende økonomiske aktør ikke længere udelukkes alene på dette grundlag. Økonomiske aktører bør have mulighed for at anmode om, at overensstemmelsesforanstaltninger, der er truffet med henblik på mulig adgang til udbudsproceduren, gennemgås. Det bør dog være op til medlemsstaterne at fastlægge de nøjagtige procedurmæssige og indholdsmæssige betingelser, der finder anvendelse i sådanne tilfælde. Det bør navnlig stå dem frit for at beslutte, om de ønsker at tillade de enkelte ordregivende myndigheder at udføre de relevante vurderinger eller overdrage denne opgave til andre myndigheder på centralt eller decentralt plan.«
- 4 Direktivets artikel 18, der har overskriften »Udbudsprincipper«, bestemmer i stk. 1:

»De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

[...]«

5 Direktivets artikel 57 i nævnte direktiv med overskriften »Udelukkelsesgrunde« bestemmer i stk. 4-7:

»4. De ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:

[...]

c) hvis den ordregivende myndighed med ethvert passende middel kan vise, at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om dennes integritet

[...]

g) hvis den økonomiske aktør har udvist betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under en tidligere offentlig kontrakt eller en tidligere kontrakt med en ordregivende enhed eller en tidligere koncessionskontrakt, der har medført den pågældende tidligere kontrakts forfald før aftalt tid, skader eller andre sammenlignelige sanktioner

h) hvis den økonomiske aktør har givet groft urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kræves til verifikation af, at der ikke er grundlag for udelukkelse, eller af at udvælgelseskriterierne er opfyldt, har tilbageholdt sådanne oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter i henhold til artikel 59 [...]

[...]

5. [...]

De ordregivende myndigheder kan når som helst i løbet af proceduren udelukke eller af medlemsstaterne blive anmodet om at udelukke en økonomisk aktør, hvis det viser sig, at den økonomiske aktør i lyset af handlinger begået eller undladt enten før eller under proceduren, befinder sig i en af de situationer, der nævnes i stk. 4.

6. En økonomisk aktør, som er i en af de i stk. 1 og 4 omhandlede situationer, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, udelukkes den pågældende økonomiske aktør ikke fra udbudsproceduren.

Med henblik herpå skal den økonomiske aktør bevise, at denne har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen, har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller forsømmelse.

De foranstaltninger, der er truffet af de økonomiske aktører, skal vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen. Hvis foranstaltningerne anses for at være utilstrækkelige, modtager den økonomiske aktør en begrundelse for denne afgørelse.

En økonomisk aktør, som ved en endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer eller koncessionstildelingsprocedurer, er ikke berettiget til at gøre brug af den mulighed, der fastsættes i dette stykke, under den udelukkelsesperiode, der følger af dommen i de medlemsstater, hvor dommen har virkning.

7. Medlemsstaterne skal ved hjælp af love eller administrative bestemmelser og under hensyntagen til EU-retten fastlægge gennemførelsesbestemmelser for denne artikel. De skal især fastlægge den maksimale udelukkelsesperiode, hvis den økonomiske aktør ikke har truffet nogen foranstaltninger som angivet i stk. 6 for at vise sin pålidelighed. Når udelukkelsesperioden ikke er fastsat ved endelig dom, må perioden højst være fem år fra datoen for den endelige dom i de i stk. 1 nævnte tilfælde, og tre år fra datoen for den relevante hændelse i de i stk. 4 nævnte tilfælde.«

- 6 Samme direktivs artikel 59 med overskriften »Fælles europæisk udbudsdokument« bestemmer i stk. 1 og 2:

»1. På tidspunktet for indsendelse af ansøgninger om deltagelse eller af tilbud accepterer de ordregivende myndigheder det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD), der består af en ajourført egenerklæring som foreløbigt bevis i stedet for certifikater, der er udstedt af offentlige myndigheder eller tredjemand, til bekræftelse af, at den relevante økonomiske aktør opfylder en af de følgende betingelser:

- a) der er ikke tale om en af de i artikel 57 omhandlede situationer, hvor økonomiske aktører vil eller kan blive udelukket.

[...]

ESPD består af en formel erklæring fra den økonomiske aktør om, at den relevante udelukkelsesgrund ikke gælder, og/eller at udvælgelseskriteriet er opfyldt, og giver relevante oplysninger som krævet af den ordregivende myndighed. ESPD angiver derudover den offentlige myndighed eller tredjemand, der er ansvarlig for at udarbejde det supplerende dokument, og de indeholder en formel erklæring med den hensigt, at den økonomiske aktør på anmodning herom og straks kan fremlægge disse supplerende dokumenter.

[...]

2. ESPD udarbejdes på grundlag af en standardformular. [Europa-] Kommissionen udformer denne standardformular ved gennemførelsesretsakter. [...]«

- 7 Artikel 69 i direktiv 2014/24 med overskriften »Unormalt lave tilbud« bestemmer i stk. 1:

»De ordregivende myndigheder kræver, at økonomiske aktører gør rede for de priser eller omkostninger, der er foreslået i tilbuddet, hvis det pågældende tilbud forekommer at være unormalt lavt i forhold til bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne.«

- 8 Artikel 90, stk. 1, i direktiv 2014/24 bestemmer, at medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest den 18. april 2016, mens direktivets artikel 91, stk. 1, bestemmer, at 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) ophæves med virkning fra den 18. april 2016.

Gennemførelsesforordning (EU) 2016/7

- 9 Bilag 2, del III, afsnit C, til Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) (EUT 2016, L 3, s. 16) indeholder bl.a. følgende to rubrikker:

»[...]	[...]
Har den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet gjort sig skyldig i alvorlige forsømmelser [...]?	☐ Ja ☐ Nej [.....]
hvis ja, angives yderligere oplysninger:	Hvis ja, har den økonomiske aktør truffet foranstaltninger til selvrehabilitering (»self-cleaning«)? ☐ Ja ☐ Nej Hvis svaret er ja, beskriv de trufne foranstaltninger: [.....]
[...]	[...]
Har den økonomiske aktør væsentligt misligholdt en tidligere offentlig kontrakt, en tidligere kontrakt med en ordregivende enhed eller en tidligere koncessionskontrakt, hvor misligholdelsen har medført den pågældende kontrakts ophævelse eller en lignende sanktion?	☐ Ja ☐ Nej [.....]
Hvis ja, angives yderligere oplysninger:	Hvis ja, har den økonomiske aktør truffet foranstaltninger til selvrehabilitering (»self-cleaning«)? ☐ Ja ☐ Nej Hvis svaret er ja, beskrives de trufne foranstaltninger: [.....]
[...]	[...]«

Belgisk ret

- 10 Artikel 61, stk. 2, nr. 4, i kongelig bekendtgørelse af 15. juli 2011 om indgåelse af offentlige kontrakter inden for de klassiske sektorer (*Belgisch Staatsblad*, 9.8.2011, s. 44862) i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, bestemmer:

»I henhold til artikel 20 i lov [af 15. juni 2006 om offentlige kontrakter og visse bygge- og anlægs-, bygge- og tjenesteydelsesktrakter (*Moniteur belge* af 15.2.2007, s. 7355)] kan der til enhver tid ske udelukkelse fra adgang til markedet for den ansøger eller tilbudsgiver

[...]

4° der i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig forsømmelse

[...]«

- 11 Artikel 70 i lov af 17. juni 2016 om offentlige kontrakter (*Belgisch Staatsblad*, 14.7.2016, s. 44219), der trådte i kraft den 30. juni 2017 (herefter »loven af 17. juni 2016«), bestemmer:

»En ansøger eller tilbudsgiver, som er i en af de i artikel 67 og 69 omhandlede situationer, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den pågældende har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis den ordregivende myndighed finder, at denne dokumentation er tilstrækkelig, bliver den pågældende ansøger eller tilbudsgiver ikke udelukket fra udbudsproceduren.

Med henblik herpå skal den økonomiske aktør eller tilbudsgiver bevise, at denne har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen, har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller forsømmelser.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 12 Ved udbudsbekendtgørelse offentliggjort den 11. maj 2016 i *Bulletin der aanbestedingen* (udbudstidende) og den 13. maj 2016 i *Den Europæiske Unions Tidende*, iværksatte afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen (afdelingen for veje og trafik i Østflandern, Belgien) i Agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest (agenturet for veje og trafik i regionen Flandern, Belgien) et udbud om tildeling af en offentlig bygge- og anlægskontrakt om tilpasning af knudepunktet ved Nieuwe Steenweg (N60) og til- og frakørslerne i forbindelse med E17 i De Pinte. Udbudsbekendtgørelsen henviste bl.a. til udelukkelsesgrundene i artikel 61, stk. 1 og 2, i kongelig bekendtgørelse af 15. juli 2011 om indgåelse af offentlige kontrakter inden for de klassiske sektorer i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, herunder »alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet«.
- 13 Efter indgivelsen af seks tilbud, herunder tilbuddet fra sagsøgerne i hovedsagen, udelukkede regionen Flandern ved afgørelse af 13. oktober 2016 disse fra at deltage i udbuddet og tildelte kontrakten til den virksomhed, der havde afgivet det laveste forskriftsmæssige tilbud.
- 14 Regionen Flandern begrundede udelukkelsen af sagsøgerne i hovedsagen med, at de i forbindelse med gennemførelsen af tidligere kontrakter, der var tildelt af den samme ordregivende myndighed som i hovedsagen, havde begået »alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet«, som for størstedelens vedkommende havde givet anledning til sanktioner, og som vedrørte aspekter, der var vigtige for udførelsen af den kontrakt, som de nu havde afgivet tilbud på. Regionen Flandern fandt i denne forbindelse, at sagsøgerne i hovedsagens alvorlige og gentagne kontraktbrud gav anledning til tvivl og usikkerhed med hensyn til deres evne til at sikre en korrekt gennemførelse af den nye kontrakt.
- 15 Sagsøgerne i hovedsagen har anlagt sag ved den forelæggende ret med påstand om annulation af afgørelsen af 13. oktober 2016. De har i denne forbindelse gjort gældende, at de, før de blev udelukket som følge af de angivelige alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, burde have haft mulighed for at forsvare sig i denne henseende og således have godtgjort, at de havde afhjulpet følgerne af disse forsømmelser ved passende afhjælpende foranstaltninger, således som det er fastsat i artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24, som har direkte virkning.
- 16 Den ordregivende myndighed har bestridt, at denne bestemmelse har direkte virkning. Myndigheden har endvidere fremhævet, at selv om lov af 17. juni 2016 først trådte i kraft den 30. juni 2017, dvs. efter datoen for vedtagelsen af afgørelsen af 13. oktober 2016, bestemmer loven netop i artikel 70, at den pågældende økonomiske aktør af egen drift skal anmelde de trufne afhjælpende foranstaltninger. Da direktiv 2014/24 ikke indeholder nogen bestemmelser om, hvornår og hvordan de trufne afhjælpende foranstaltninger skal dokumenteres, søger den ordregivende myndighed under sådanne omstændigheder at knytte sig til artikel 70 i lov af 17. juni 2016.
- 17 Med henblik på at vurdere, om den sag, der er indbragt for den, er velbegrundet, ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 57, stk. 4, 6 og 7, i direktiv 2014/24 er til hinder for, at en økonomisk aktør kan udelukkes fra en udbudsprocedure på grund af en alvorlig forsømmelser i

forbindelse med udøvelsen af erhvervet uden forudgående at være blevet opfordret af den ordregivende myndighed eller udbudsdokumenterne til at dokumentere, at aktøren stadig er pålidelig på trods af denne forsømmelse.

- 18 Den forelæggende ret har anført, at for så vidt som kvalificeringen af den alvorlige forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, som er påberåbt over for den pågældende tilbudsgiver, henhører under den ordregivende myndigheds frie skøn, kan denne kvalificering være vanskelig at forudsige for tilbudsgiveren. Ifølge den forelæggende ret er de økonomiske aktører desuden ikke tilbøjelige til at indlade sig på en form for selvinkriminering ved at give en opregning af de misligholdelser, som den ordregivende myndighed eventuelt kan kvalificere som »alvorlige forsømmelser«. At sikre en kontradiktorisk procedure kan derfor fremme konkurrencen i forbindelse med tildelingen af kontrakten. På den anden side har den forelæggende ret fremhævet, at den omstændighed, at det overlades til den økonomiske aktør at forelægge dokumentation for de trufne afhjælpende foranstaltninger, gør det muligt at skabe større gennemsigtighed, så meget desto mere som denne aktør som følge af den maksimale udelukkelsesperiode er bekendt med, i hvor lang tid han af egen drift skal redegøre for de afhjælpende foranstaltninger.
- 19 Såfremt dette første spørgsmål besvares bekræftende, ønsker den forelæggende ret ligeledes oplyst, om de ovennævnte bestemmelser i direktiv 2014/24 har direkte virkning. Den forelæggende ret er navnlig i tvivl om, hvorvidt det kan lægges til grund, at visse elementer i disse bestemmelser på området for selvrehabilitering udgør minimumsgarantier, der gør det muligt at kvalificere dem som »tilstrækkeligt præcise og ubetingede« til, at de kan have direkte virkning.
- 20 På denne baggrund har Raad van State (appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Belgien) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Skal artikel 57, stk. 4, litra c) og g), jf. [artikel 57,] stk. 6 og 7, i [...] direktiv 2014/24 [...] fortolkes således, at de er til hinder for en anvendelse, hvorved den økonomiske aktør er forpligtet til af egen drift at levere bevis for de foranstaltninger, som denne aktør har truffet for at vise sin pålidelighed?
- 2) I bekræftende fald, har artikel 57, stk. 4, litra c) og g), jf. [artikel 57,] stk. 6 og 7, i direktiv 2014/24 fortolket på denne måde direkte virkning?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

- 21 Indledningsvis bemærkes, at eftersom bestemmelserne i artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24, som ønskes fortolket, ikke svarer til nogen bestemmelse i de EU-retlige bestemmelser, der finder anvendelse på offentlige kontrakter indtil datoen for dette direktivs vedtagelse og ikrafttræden, kan de forelagte præjudicielle spørgsmål kun være relevante, såfremt direktivet finder anvendelse på den i hovedsagen omhandlede situation. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at dette er tilfældet, fordi offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen den 11. og 13. maj 2016 fandt sted efter den 18. april 2016, hvor direktiv 2014/24 i henhold til dets artikel 90 og 91 for det første skulle være blevet gennemført af medlemsstaterne og for det andet ophævede direktiv 2004/18.
- 22 Det fremgår imidlertid af de sagsakter, som Domstolen råder over, at der inden denne udbudsbekendtgørelse den 17. oktober 2015 blev offentliggjort en forhåndsmeddelelse, på hvilken dato direktiv 2004/18 stadig fandt anvendelse.

- 23 I denne forbindelse bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at det direktiv, der skal anvendes, principielt er det direktiv, der er gældende på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger, hvilken procedure der skal følges, og endeligt afgør, hvorvidt der eksisterer en forpligtelse til at foretage et forudgående udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig kontrakt. Derimod finder bestemmelserne i et direktiv, hvor gennemførelsesfristen er udløbet efter dette tidspunkt, ikke anvendelse (dom af 27.11.2019, Tedeschi og Consorzio Stabile Istant Service, C-402/18, EU:C:2019:1023, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).
- 24 I det foreliggende tilfælde tilkommer det, henset til den omstændighed, at forhåndsmeddelelsen blev offentliggjort før den fastsatte frist for gennemførelse af direktiv 2014/24, mens udbudsbekendtgørelsen blev offentliggjort på et senere tidspunkt, den forelæggende ret at undersøge, på hvilket tidspunkt den ordregivende myndighed valgte den procedure, som den påtænkte at følge, og endeligt afgjorde spørgsmålet om, hvorvidt der bestod en forpligtelse til at foretage et forudgående udbud i forbindelse med tildelingen af den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt.

Det første spørgsmål

- 25 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en medlemsstats praksis, hvorefter den pågældende økonomiske aktør er forpligtet til i forbindelse med indgivelsen af sin ansøgning om deltagelse eller af sit tilbud inden for rammerne af en udbudsprocedure uopfordret at forelægge dokumentation for de afhjælpende foranstaltninger, der er truffet for at vise aktørens pålidelighed på trods af, at der i forhold til denne sidstnævnte foreligger en fakultativ udelukkelsesgrund som omhandlet i dette direktivs artikel 57, stk. 4, når en sådan forpligtelse hverken følger af den gældende nationale lovgivning eller af udbudsdokumenterne.
- 26 I denne forbindelse bemærkes for det første, at det følger af artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24, at en økonomisk aktør, som bl.a. er omfattet af en af de fakultative udelukkelsesgrunde, der er omhandlet i dette direktivs artikel 57, stk. 4, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed, idet det præciseres, at hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, kan den pågældende økonomiske aktør ikke udelukkes fra udbudsproceduren af en sådan grund. Denne bestemmelse indfører således en ordning for afhjælpende foranstaltninger (self-cleaning) ved i denne forbindelse at give de økonomiske aktører en rettighed, som medlemsstaterne skal sikre i forbindelse med gennemførelsen af det pågældende direktiv under overholdelse af dets bestemmelser (jf. analogt hvad angår artikel 38, stk. 9, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26.2.2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1), der svarer til artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24, dom af 11.6.2020, Vert Marine, C-472/19, EU:C:2020:468, præmis 16 og 17).
- 27 Det skal bemærkes, at hverken ordlyden af artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 eller 102. betragtning til dette direktiv præciserer, på hvilken måde eller på hvilket stadium af udbudsproceduren der kan forelægges dokumentation for de afhjælpende foranstaltninger.
- 28 Under disse omstændigheder skal det bemærkes, at henset til ordlyden af artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 alene, kan den mulighed, som de økonomiske aktører har for at forelægge dokumentation for de trufne afhjælpende foranstaltninger, både udøves på de pågældende aktørers og på den ordregivende myndigheds initiativ, ligesom den lige så vel kan udøves i forbindelse med indgivelsen af ansøgningen om deltagelse eller af tilbuddet som på et senere stadium af proceduren.
- 29 Denne fortolkning understøttes af det formål, der forfølges med artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24. Ved at foreskrive, at den økonomiske aktør skal kunne forelægge dokumentation for de trufne afhjælpende foranstaltninger, tilsigter denne bestemmelse at fremhæve den afgørende betydning af den økonomiske aktørs pålidelighed og sikre en objektiv vurdering af de økonomiske aktører samt sikre en

effektiv konkurrence (jf. analogt dom af 11.6.2020, Vert Marine, C-472/19, EU:C:2020:468, præmis 22). Dette formål kan opnås, når der på et hvilket som helst tidspunkt i den procedure, der går forud for vedtagelsen af afgørelsen om tildeling af kontrakten, forelægges dokumentation for de afhjælpende foranstaltninger, idet det væsentlige er, at den økonomiske aktør har mulighed for at påberåbe sig og få undersøgt de foranstaltninger, som efter dennes opfattelse gør det muligt at afhjælpe en udelukkelsesgrund, der vedrører den pågældende.

- 30 Denne fortolkning underbygges ligeledes af den sammenhæng, hvori artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 indgår. I denne forbindelse bemærkes, at det følger af direktivets artikel 57, stk. 7, at gennemførelsesbestemmelserne for denne artikel og følgelig artiklens stk. 6 skal fastlægges af medlemsstaterne under hensyntagen til EU-retten. Medlemsstaterne kan inden for rammerne af den skønsmæssige, de råder over ved fastlæggelsen af procedurereglerne i direktivets artikel 57, stk. 6 (jf. analogt dom af 11.6.2020, Vert Marine, C-472/19, EU:C:2020:468, præmis 23), bestemme, at dokumentationen for de afhjælpende foranstaltninger skal forelægges uopfordret af den pågældende økonomiske aktør ved indgivelsen af dennes ansøgning om deltagelse eller af dennes tilbud, ligesom de også kan fastsætte, at en sådan dokumentation kan forelægges, efter at denne økonomiske aktør formelt er blevet opfordret hertil af den ordregivende myndighed på et senere tidspunkt i proceduren.
- 31 Medlemsstaternes skønsmæssige berører imidlertid ikke bestemmelserne i direktiv 2014/24, som giver aktørerne mulighed for uopfordret at forelægge dokumentation for de afhjælpende foranstaltninger, så snart ansøgningen om deltagelse i en offentlig udbudsprocedure eller deres tilbud indgives. Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 49 i forslaget til afgørelse, bestemmer artikel 59, stk. 1, litra a), i direktiv 2014/24, at de ordregivende myndigheder på tidspunktet for indsendelse af sådanne ansøgninger eller tilbud skal acceptere ESPD, et dokument, ved hjælp af hvilket den økonomiske aktør afgiver en erklæring om at være berørt af en udelukkelsesgrund og have truffet selvrehabilitering-foranstaltninger med forbehold af senere kontroller.
- 32 Når dette er sagt, er bestemmelserne i artikel 59 i direktiv 2014/24 vedrørende ESPD ikke til hinder for, at medlemsstaterne inden for rammerne af den skønsmæssige, der er nævnt i nærværende doms præmis 30, beslutter at lade den ordregivende myndighed tage initiativ til at anmode om dokumentation for de afhjælpende foranstaltninger efter indgivelsen af ansøgningen om deltagelse eller af tilbuddet, også selv om ansøgningen om deltagelse eller tilbuddet ledsages af et ESPD.
- 33 Det fremgår af en ordlydsfortolkning, en formålsfortolkning og en systematisk fortolkning af artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24, således som den fremgår af denne doms præmis 27-30, at denne bestemmelse hverken er til hinder for, at den pågældende økonomiske aktør på eget initiativ eller efter udtrykkelig anmodning fra den ordregivende myndighed forelægger dokumentation for de afhjælpende foranstaltninger, eller at aktøren forelægger dokumentation i forbindelse med indgivelsen af ansøgningen om deltagelse eller af tilbuddet eller på et senere stadium af udbudsproceduren.
- 34 Det skal for det andet præciseres, at medlemsstaterne, således som det fremgår af artikel 57, stk. 7, i direktiv 2014/24, er forpligtede til, når de fastlægger gennemførelsesbestemmelserne for denne artikel 57, at overholde EU-retten. De skal navnlig ikke blot overholde de principper for indgåelse af kontrakter, der er fastsat i artikel 18 i direktiv 2014/24, herunder bl.a. ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet, men ligeledes princippet om overholdelse af retten til forsvar, der som et grundlæggende princip i EU-retten, og hvoraf retten til at blive hørt i forbindelse med enhver procedure udgør en integrerende del, finder anvendelse, så snart forvaltningen over for en person påtænker at træffe en for vedkommende bebyrdende retsakt, såsom en afgørelse om udelukkelse, såsom en afgørelse om udelukkelse inden for rammerne af en udbudsprocedure (dom af 20.12.2017, Preq' Italia, C-276/16, EU:C:2017:1010, præmis 45 og 46 og den deri nævnte retspraksis).
- 35 Under disse omstændigheder bemærkes for det første, at gennemsigtighedsforpligtelsen indebærer, at samtlige betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at alle rimeligt

velinformede og normalt omhyggelige økonomiske aktører kan forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde (dom af 14.12.2016, Connexion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis). For det andet kræves i henhold til ligebehandlingsprincippet, at økonomiske aktører, der er interesseret i en offentlig kontrakt, skal gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres tilbud, skal have et nøjagtigt kendskab til procedurens krav og være sikre på, at samme krav gælder for alle ansøgere (jf. i denne retning dom af 14.12.2016, Connexion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

- 36 Det følger heraf, at når en medlemsstat fastsætter, at dokumentationen for afhjælpende foranstaltninger kun kan forelægges uopfordret af den økonomiske aktør ved indgivelsen af en ansøgning om deltagelse eller af tilbuddet, uden at denne aktør har mulighed for at forelægge en sådan dokumentation på et senere stadium af proceduren, kræver gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, således som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 66 og 67 i forslaget til afgørelse, at de økonomiske aktører åbent informeres på forhånd på en klar, præcis og utvetydig måde om en sådan forpligtelse, at denne oplysning følger direkte af udbudsdokumenterne eller af en henvisning i disse dokumenter til den gældende nationale lovgivning.
- 37 Dernæst indebærer retten til at blive hørt, således som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 90 og 91 i forslaget til afgørelse, at disse aktører for på en hensigtsmæssig og effektiv måde at kunne tilkendegive deres synspunkter i denne ansøgning eller i dette tilbud skal være i stand til selv at identificere de udelukkelsesgrunde, som den ordregivende myndighed kan anvende over for dem i forhold til de oplysninger, der fremgår af udbudsdokumenterne og den nationale lovgivning desangående.
- 38 For så vidt som den ikke udgør en urimelig hindring for udøvelsen af ordningen med afhjælpende foranstaltninger, er forpligtelsen for de økonomiske aktører til uopfordret at forelægge dokumentation for de afhjælpende foranstaltninger i deres ansøgning om deltagelse eller i deres tilbud, når den udøves under de betingelser, der er nævnt i denne doms præmis 36 og 37, endelig i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, hvorefter de regler, som medlemsstaterne eller de ordregivende myndigheder har vedtaget i forbindelse med gennemførelsen af direktivets bestemmelser, såsom regler vedrørende fastlæggelse af gennemførelsesbestemmelserne for det samme direktivs artikel 57, ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de mål, som forfølges med dette direktiv (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).
- 39 I det foreliggende tilfælde bemærkes, således som den forelæggende ret har anført, at selv om Kongeriget Belgien ved artikel 70 i lov af 17. juni 2016 har gennemført artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 i national ret ved at præcisere, at dokumentationen for de afhjælpende foranstaltninger skal forelægges på den økonomiske aktørs initiativ, var denne lov ikke trådt i kraft på tidspunktet for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen eller på tidspunktet for afgivelsen af sagsøgerne i hovedsagens tilbud. Det fremgår i øvrigt af de sagsakter, som Domstolen råder over, at udbudsdokumenterne, selv om de henviser til de udelukkelsesgrunde, der var fastsat i den dagældende nationale lovgivning, ikke udtrykkeligt angav, at den pågældende økonomiske aktør skulle forelægge en sådan dokumentation uopfordret.
- 40 Under disse omstændigheder og med forbehold af den forpligtelse, der i medfør af kravene om gennemsigtighed og loyalitet påhvilede sagsøgerne i hovedsagen til at underrette den ordregivende myndighed om alvorlige forsømmelser, som de havde begået i forbindelse med udførelsen af erhvervet ved opfyldelsen af de tidligere kontrakter, som den samme ordregivende myndighed havde tildelt, kunne disse sagsøgere med rimelighed forvente, at de alene på grundlag af artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 efterfølgende ville blive opfordret af den ordregivende myndighed til at forelægge dokumentation for de afhjælpende foranstaltninger, der var truffet for at afhjælpe eventuelle fakultative udelukkelsesgrunde, som denne myndighed kunne henvise til.

- 41 Det fremgår ligeledes af præmis 34-37 i dom af 3. oktober 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93* (C-267/18, EU:C:2019:826), som vedrører en national lovgivning, der ikke præciserede, om den økonomiske aktør uopfordret skulle forelægge dokumentation for de afhjælpende foranstaltninger, eller på hvilket stadium af proceduren den skulle forelægges, at selv om det påhviler de økonomiske aktører at informere den ordregivende myndighed, når de indgiver deres ansøgning om deltagelse eller deres tilbud, om ophævelse af en tidligere kontrakt som følge af en alvorlig mangel, skal den ordregivende myndighed, når den fastslår, at der foreligger en udelukkelsesgrund vedrørende en sådan ophævelse eller hemmeligholdelse af oplysninger vedrørende en sådan ophævelse, ikke desto mindre give de pågældende aktører mulighed for at forelægge dokumentation for de trufne afhjælpende foranstaltninger.
- 42 Henset til ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en praksis, hvorefter en økonomisk aktør er forpligtet til i forbindelse med indgivelsen af sin ansøgning om deltagelse eller af sit tilbud uopfordret at forelægge dokumentation for de afhjælpende foranstaltninger, der er truffet for at vise aktørens pålidelighed på trods af, at der i forhold til denne sidstnævnte foreligger en fakultativ udelukkelsesgrund som omhandlet i dette direktivs artikel 57, stk. 4, når en sådan forpligtelse hverken følger af den gældende nationale lovgivning eller af udbudsdokumenterne. Derimod er det pågældende direktivs artikel 57, stk. 6, ikke til hinder for en sådan forpligtelse, når den er fastsat klart, præcist og utvetydigt i den gældende nationale lovgivning, og når den er bragt til den pågældende økonomiske aktørs kendskab ved hjælp af udbudsdokumenterne.

Det andet spørgsmål

- 43 Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at bestemmelsen har direkte virkning.
- 44 I denne henseende følger det af fast retspraksis, at det i alle tilfælde, hvor bestemmelser i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, er muligt ved de nationale domstole at påberåbe sig disse bestemmelser over for den pågældende medlemsstat, enten når denne ikke rettidigt har gennemført direktivet i national ret, eller når den ikke har gennemført det korrekt (dom af 13.2.2019, *Human Operator*, C-434/17, EU:C:2019:112, præmis 38).
- 45 I det foreliggende tilfælde bemærkes, således som det i det væsentlige fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at lov af 17. juni 2016 om gennemførelse af direktiv 2014/24 i belgisk ret først trådte i kraft den 30. juni 2017, dvs. efter udløbet af fristen for gennemførelse af dette direktiv den 18. april 2016. Spørgsmålet om den direkte virkning af direktivets artikel 57, stk. 6, er derfor relevant.
- 46 Domstolen har præciseret, at en EU-bestemmelse for det første er ubetinget, når den indeholder en forpligtelse, som ikke er undergivet betingelser og ej heller, i henseende til gennemførelse eller virkninger, gjort afhængig af, at institutioner i Unionen eller i medlemsstaterne udsteder retsakter i så henseende og for det andet er tilstrækkelig præcis til at kunne påberåbes af private og anvendes af en retsinstans, når den indeholder en forpligtelse, der er utvetydigt formuleret (dom af 1.7.2010, *Gassmayr*, C-194/08, EU:C:2010:396, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).
- 47 Domstolen har endvidere fastslået, at selv om et direktiv giver medlemsstaterne – når de vedtager de nærmere bestemmelser for direktivets gennemførelse – en vis skønsmargin, kan en bestemmelse i dette direktiv anses for at have en ubetinget og præcis karakter, eftersom bestemmelsen utvetydigt pålægger medlemsstaterne en pligt til at tilvejebringe et bestemt resultat, og eftersom der ikke er knyttet nogen betingelse til anvendelsen af den regel, som følger af forpligtelsen (jf. i denne retning dom af 5.10.2004, *Pfeiffer m.fl.*, C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 104 og 105, og af 14.10.2010, *Fuß*, C-243/09, EU:C:2010:609, præmis 57 og 58).

- 48 I det foreliggende tilfælde skal det fastslås, at artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 ved at fastsætte, at en økonomisk aktør kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som han har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af, at han omfattes af en udelukkelsesgrund, tildeler økonomiske aktører en ret, der for det første er utvetydigt affattet, og for det andet pålægger medlemsstaterne en pligt til at tilvejebringe et bestemt resultat, som, selv om de materielle og proceduremæssige betingelser for gennemførelsen heraf skal fastsættes af medlemsstaterne i medfør af dette direktivs artikel 57, stk. 7, ikke er afhængig af en gennemførelse af i national ret for at kunne gøres gældende af den pågældende økonomiske aktør og anvendes til fordel for denne sidstnævnte.
- 49 Uafhængigt af de konkrete gennemførelsesbestemmelser for artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 fastsætter denne bestemmelse således på en tilstrækkeligt præcis og ubetinget måde som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 46, at den pågældende økonomiske aktør ikke kan udelukkes fra udbudsproceduren, hvis denne sidstnævnte til den ordregivende myndigheds tilfredshed kan godtgøre, at de trufne afhjælpende foranstaltninger har genoprettet aktørens pålidelighed på trods af, at aktøren omfattes af en udelukkelsesgrund. Følgelig fastsætter direktivets artikel 57, stk. 6, til fordel for denne økonomiske aktør en minimumsbeskyttelse uafhængigt af den skønsmargen, der er overladt medlemsstaterne ved fastsættelsen af bestemmelsens proceduremæssige betingelser (jf. i denne retning dom af 14.7.1994, Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, præmis 17, og af 5.10.2004, Pfeiffer m.fl., C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 105). Dette gælder så meget desto mere, som direktivets artikel 57, stk. 6, som anført i det væsentlige af generaladvokaten i punkt 102 i forslaget til afgørelse, fastsætter de grundlæggende aspekter ved ordningen for afhjælpende foranstaltninger og den ret, der er tillagt den økonomiske aktør, ved at angive, hvad der som minimum skal dokumenteres, samt de vurderingskriterier, der skal overholdes.
- 50 Henset til ovenstående betragtninger skal det andet spørgsmål besvares med, at artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at bestemmelsen har direkte virkning.

Sagsomkostninger

- 51 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:

- 1) Artikel 57, stk. 6, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2015/2170 af 24. november 2015, skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for en praksis, hvorefter en økonomisk aktør er forpligtet til i forbindelse med indgivelsen af sin ansøgning om deltagelse eller af sit tilbud uopfordret at forelægge dokumentation for de afhjælpende foranstaltninger, der er truffet for at vise aktørens pålidelighed på trods af, at der i forhold til denne sidstnævnte foreligger en fakultativ udelukkelsesgrund som omhandlet i artikel 57, stk. 4, i dette direktiv, som ændret ved den delegerede forordning 2015/2170, når en sådan forpligtelse hverken følger af den gældende nationale lovgivning eller af udbudsdokumenterne. Derimod er artikel 57, stk. 6, i det pågældende direktiv, som ændret ved den delegerede forordning 2015/2170, ikke til hinder for en sådan forpligtelse, når den er fastsat klart, præcist og utvetydigt i den gældende nationale lovgivning, og når den er bragt til den pågældende økonomiske aktørs kendskab ved hjælp af udbudsdokumenterne.
- 2) Artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24, som ændret ved den delegerede forordning 2015/2170, skal fortolkes således, at bestemmelsen har direkte virkning.

Underskrifter