



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

21. december 2023*

»Præjudiciel forelæggelse – fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter – direktiv 2014/24/EU – artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d) – indgåelse af offentlige kontrakter i transportsektoren – direktiv 2014/25/EU – artikel 80, stk. 1 – fakultative udelukkelsesgrunde – gennemførelsespligt – en økonomisk aktørs indgåelse af aftaler med henblik på at fordreje konkurrencen – den ordregivende myndigheds kompetence – indvirkning af en tidligere afgørelse fra en konkurrencemyndighed – proportionalitetsprincippet – artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – adgang til effektive retsmidler – princippet om god forvaltning – begrundelsespligt«

I sag C-66/22,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Supremo Tribunal Administrativo (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Portugal) ved afgørelse af 13. januar 2022, indgået til Domstolen den 2. februar 2022, i sagen

Infraestruturas de Portugal SA,

Futrifer Indústrias Ferroviárias SA

mod

Toscca – Equipamentos em Madeira Lda,

procesdeltager:

Mota-Engil Railway Engineering SA,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling),

sammensat af præsidenten, K. Lenaerts, vicepræsidenten, L. Bay Larsen, afdelingsformændene A. Prechal, K. Jürimäe, C. Lycourgos (refererende dommer), N. Piçarra og O. Spineanu-Matei samt dommerne M. Ilešič, P.G. Xuereb, L.S. Rossi, I. Jarukaitis, A. Kumin, N. Jääskinen, N. Wahl og I. Ziemele,

* Processprog: portugisisk.

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: fuldmægtig L. Carrasco Marco,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 7. marts 2023,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Futrifer Indústrias Ferroviárias SA ved advogados G. Guerra Tavares, A. Magalhães e Menezes og L.M. Soares Romão,
- Toscca – Equipamentos em Madeira Lda ved advogados N. Cunha Rodrigues og J.M. Sardinha,
- den portugisiske regering ved P. Barros da Costa, F. Batista, P. Moreira da Cruz og M.J. Ramos, som befuldmægtigede,
- den tjekkiske regering ved L. Halajová, M. Smolek og J. Vlácil, som befuldmægtigede,
- den ungarske regering ved M.Z. Fehér og K. Szijjártó, som befuldmægtigede,
- Europa-Kommissionen ved G. Braga da Cruz, P. Ondrůšek og G. Wils, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 11. maj 2023,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), 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) og artikel 41, stk. 2, litra b) og c), i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).
- 2 Anmodningen er blevet forelagt under en sag mellem på den ene side Toscca – Equipamentos em Madeira Lda (herefter »Toscca«) og på den anden side Infraestruturas de Portugal SA og Futrifer Indústrias Ferroviárias SA (herefter »Futrifer«) vedrørende en afgørelse truffet af Infraestruturas de Portugal om at tildele Futrifer en offentlig kontrakt om indkøb af creosotbehandlede fyrretræspløkke og sveller.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2014/24

- 3 101. betragtning til direktiv 2014/24 er affattet således:

»Ordregivende myndigheder bør endvidere have mulighed for at udelukke økonomiske aktører, som har vist sig at være upålidelige, bl.a. som følge af overtrædelser af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede eller andre former for alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af vedkommendes erhverv, såsom overtrædelser af konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret. Det bør præciseres, at alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af et erhverv kan så tvivl om en økonomisk aktørs integritet og således gøre den økonomiske aktør uegnet til at få tildelt en offentlig kontrakt, uanset om den økonomiske aktør i øvrigt har den tekniske og økonomiske kapacitet til at gennemføre kontrakten.

[...] [De ordregivende myndigheder] bør desuden have mulighed for at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, hvis gennemførelse af tidligere offentlige kontrakter har været forbundet med store mangler med hensyn til væsentlige krav, for eksempel manglende levering eller udførelse, væsentlige mangler ved den leverede vare eller tjenesteydelse, som har gjort den ubrugelig til det påtænkte formål, eller ukorrekt adfærd, som har sæt alvorlig tvivl om den økonomiske aktørs pålidelighed. Der bør fastsættes en maksimumsvarighed for sådanne udelukkelse i national lovgivning.

Anvendes der fakultative udelukkelsesgrunde, bør de ordregivende myndigheder lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet. Mindre uregelmæssigheder bør kun under ekstraordinære omstændigheder føre til udelukkelse af en økonomisk aktør. Gentagne tilfælde af mindre uregelmæssigheder bør dog give anledning til tvivl om en økonomisk aktørs troværdighed, hvilket kan berettige til udelukkelse.«

- 4 Direktivets artikel 26, stk. 5, andet afsnit, bestemmer:

»Når en kontrakt tildeles i et begrænset udbud eller udbud med forhandling, kan medlemsstaterne uanset første afsnit fastsætte, at ikkestatslige ordregivende myndigheder eller særlige kategorier heraf kan indkalde tilbud ved hjælp af en forhåndsmeddelelse i henhold til artikel 48, stk. 2.«

- 5 Det nævnte direktivs artikel 32, stk. 1, har følgende ordlyd:

»I de særlige tilfælde og under de omstændigheder, der er fastsat i stk. 2-5, kan medlemsstaterne give de ordregivende myndigheder mulighed for at tildele offentlige kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.«

- 6 Samme direktivs artikel 55, der har overskriften »Meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere«, fastsætter i stk. 2, litra b):

»På anmodning af den berørte ansøger eller tilbudsgiver meddeler den ordregivende myndighed hurtigst muligt og under alle omstændigheder senest 15 dage efter modtagelsen af en skriftlig anmodning:

[...]

b) alle forbigåede tilbudsgivere [...] om grundene til, at deres tilbud er forkastet [...]«

- 7 Artikel 56 i direktiv 2014/24 har følgende ordlyd:

»1. Kontrakter tildeles på grundlag af kriterierne opstillet i artikel 67-69, hvis den ordregivende myndighed i overensstemmelse med artikel 59-61 har verificeret, at samtlige følgende betingelser er opfyldt:

[...]

b) tilbuddet er afgivet af en tilbudsgiver, som ikke er udelukket i henhold til artikel 57 og som opfylder de udvælgelseskriterier, som er opstillet af den ordregivende myndighed i henhold til artikel 58, og, hvor dette er relevant, de i artikel 65 omhandlede ikkediskriminerende regler og kriterier.

[...]

2. [...]

Medlemsstaterne kan udelukke anvendelsen af proceduren i første afsnit for eller begrænse den til bestemte indkøbstyper eller særlige omstændigheder.«

- 8 Direktivets artikel 57 med overskriften »Udelukkelsesgrunde« bestemmer:

»1. De ordregivende myndigheder skal udelukke en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis de har fastslået ved en verifikation i henhold til artikel 59, 60 og 61, eller på anden vis er bekendt med, at den økonomiske aktør ved en endelig dom er dømt for et af [de forhold, der er nævnt i litra a)-f) i dette stykke].

[...]

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

- d) hvis den ordregivende myndighed har tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning

[...]

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.»

Direktiv 2014/25

- 9 Artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (EUT 2014, L 94, s. 243), som ændret ved Kommissionens delegerede forordning (EU) 2017/2364 af 18. december 2017 (EUT 2017, L 337, s. 17) (herefter »direktiv 2014/25«), fastsætter:

»1. Ved dette direktiv fastsættes regler for udbudsprocedurer, der gennemføres af ordregivende enheder, med hensyn til kontrakter og projektkonkurrencer, hvis værdi anslås ikke at være lavere end de tærskelværdier, der er fastsat i artikel 15.

2. Udbud som defineret i dette direktiv er anskaffelse gennem en vareindkøbs-, bygge- og anlægs- eller tjenesteydelseskontrakt af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der foretages af en eller flere ordregivende enheder hos økonomiske aktører, som er udvalgt af disse ordregivende enheder, såfremt de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser vedrører en af de aktiviteter, der er omhandlet i [det nævnte direktivs] artikel 8-14.

[...]

- 10 Artikel 4, stk. 1, litra a), i direktiv 2014/25 præciserer:

»Med henblik på dette direktiv er ordregivende enheder enheder, der:

a) er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de aktiviteter, der er omhandlet i artikel 8-14.«

- 11 Dette direktivs artikel 11 har følgende ordlyd:

»Dette direktiv gælder for tilrådighedsstillelse eller drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel.

For transportydelser anses et net for at bestå, hvis driften foregår på betingelser, f.eks. vedrørende ruter, kapacitet og betjeningshyppighed, der er fastsat af en kompetent myndighed i en medlemsstat.«

- 12 Det nævnte direktivs artikel 15, litra a), fastsætter i det væsentlige, at direktivet finder anvendelse på udbud, hvis anslåede værdi uden moms svarer til eller overstiger tærskelværdien 443 000 EUR for vareindkøbskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og projektkonkurrencer.

- 13 Artikel 80, stk. 1, i direktiv 2014/25 fastsætter:

»De objektive kriterier og regler for udelukkelse og udvælgelse af økonomiske aktører, der anmoder om kvalifikation i en kvalifikationsordning, og de objektive regler og kriterier for udelukkelse og udvælgelse af ansøgere og tilbudsgivere i offentlige udbud, begrænsede udbud, udbud med forhandling, konkurrenceprægede dialoger eller innovationspartnerskaber kan omfatte udelukkelsesgrundene i artikel 57 i direktiv [2014/24] på de vilkår og betingelser, som er fastsat deri.

Hvis den ordregivende enhed er en ordregivende myndighed, omfatter disse kriterier og regler udelukkelsesgrundene i artikel 57, stk. 1 og 2, i direktiv [2014/24] på de vilkår og betingelser, som er fastsat i den artikel.

Hvis medlemsstaterne kræver det, skal disse kriterier og regler desuden omfatte udelukkelsesgrundene i artikel 57, stk. 4, i direktiv [2014/24], på de vilkår og betingelser, som er fastsat i den artikel. [...]«

Portugisisk ret

- 14 Artikel 55, stk. 1, litra c), i Código dos Contratos Públicos (lov om offentlige kontrakter) i den version, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, har følgende ordlyd:

»Hindringer

1. Følgende enheder må ikke være ansøgere, tilbudsgivere eller indgå i en sammenslutning:

[...]

- c) enheder, der er blevet pålagt en sanktion på grund af alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, og som i mellemtiden ikke er blevet rehabiliteret, når der er tale om fysiske personer, eller, såfremt der er tale om juridiske personer, hvis administrations- eller ledelses- eller direktionsorgan er blevet pålagt en sådan administrativ sanktion under varetagelsen af dets opgaver

[...]«

- 15 Denne lovs artikel 55, stk. 1, litra f), fastsætter navnlig, at enheder, der har været genstand for en tillægssanktion pålagt af den portugisiske konkurrencemyndighed, hvorved de forbydes at deltage i offentlige udbudsprocedurer, ikke kan være ansøgere, tilbudsgivere eller indgå i en sammenslutning.

- 16 Nævnte lovs artikel 55 A vedrører den ordregivende myndigheds ophævelse af hindringer, der er opregnet i lovens artikel 55, stk. 1, og præciserer, at den ikke finder anvendelse på de situationer, der er omhandlet i samme lovs artikel 55, stk. 1, litra f).

- 17 Artikel 70 i lov om offentlige kontrakter bestemmer:

»Vurdering af tilbud

[...]

2. Et tilbud udelukkes, hvis vurderingen heraf viser, at:

[...]

- g) der foreligger tungtvejende indikationer for handlinger, aftaler, adfærd eller oplysninger, der kan fordreje konkurrencereglerne.

[...]«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 18 Toscca anlagde sag ved Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu (domstolen i forvaltnings- og skatteretlige sager i Viseu, Portugal) med påstand om annullation af afgørelsen truffet af Infraestruturas de Portugal den 25. juli 2019, hvorved Futrifer blev tildelt en kontrakt om indkøb af creosotbehandlede fyrretræspløkke og sveller til jernbaneinfrastruktursektoren til en basispris på 2 979 200 EUR. I forbindelse med dette søgsmål nedlagde Toscca ligeledes påstand om, at kontrakten blev tildelt til dette selskab.
- 19 Toscca fik ikke medhold ved dom af 21. februar 2020, hvorefter selskabet iværksatte appel ved Tribunal Central Administrativo Norte (appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Portugal). Denne ret ophævede denne dom ved dom af 29. maj 2020, gav Toscca medhold og pålagde Infraestruturas de Portugal at tildele kontrakten til dette selskab.
- 20 Ved dom af 22. april 2021 ophævede Supremo Tribunal Administrativo (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Portugal) den i foregående præmis nævnte dom på grund af en begrundelsesmangel og hjemviste sagen til Tribunal Central Administrativo Norte (appeldomstol i forvaltningsretlige sager). Den 2. juni 2021 afsagde denne retsinstant en ny dom, som førte til samme resultat som dommen af 29. maj 2020. Infraestruturas de Portugal og Futrifer har begge iværksat appel til prøvelse af denne dom af 2. juni 2021 ved Supremo Tribunal Administrativo (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), som er den forelæggende ret.
- 21 Den forelæggende ret har anført, at Autoridade da Concorrência (konkurrencemyndigheden, Portugal) den 12. juni 2019 pålagde Futrifer at betale en bøde for overtrædelse af konkurrencelovgivningen i forbindelse med offentlige udbudsprocedurer, der blev afholdt i 2014 og 2015, og som vedrørte levering af vedligeholdelsesydelser vedrørende apparater og spor, der var en del af det nationale jernbanenet, en infrastruktur, hvis drift blev varetaget af en offentlig virksomhed, der i mellemtiden havde fusioneret med Infraestruturas de Portugal.
- 22 Den forelæggende ret har i denne forbindelse anført, at udelukkelse af en tilbudsgiver på grund af dennes manglende pålidelighed som følge af en overtrædelse af konkurrencelovgivningen, som ikke er begået inden for rammerne af en offentlig udbudsprocedure, kun er tilladt i henhold til artikel 55, stk. 1, litra f), i lov om offentlige kontrakter, dvs. som følge af, at konkurrencemyndigheden udtrykkeligt træffer en afgørelse og pålægger denne tilbudsgiver en tillægssanktion i form af et forbud mod at deltage i offentlige udbudsprocedurer i en vis periode. Ifølge den forelæggende ret er denne løsning imidlertid i strid med direktiv 2014/24 og navnlig med direktivets artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), for så vidt som den griber ind i den ordregivende myndigheds autonomi til at tage stilling til enhver tilbudsgivers pålidelighed.
- 23 Den forelæggende ret ønsker endvidere oplyst, om en afgørelse om tildeling af en kontrakt til en tilbudsgiver, som er blevet anset for at have overtrådt konkurrencelovgivningen i en tidligere offentlig udbudsprocedure, der blev organiseret af den samme ordregivende myndighed, kan anses for at være tilstrækkeligt begrundet, henset til navnlig retten til god forvaltning, der er fastsat i chartrets artikel 41, stk. 2, litra c), når denne ordregivende myndighed ikke har foretaget en selvstændig og begrundet vurdering af denne tilbudsgivers pålidelighed.
- 24 Den forelæggende ret er i øvrigt i tvivl om, hvorvidt en national lovgivning, hvorefter det ikke kræves af den ordregivende myndighed, at den i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure foretager en selvstændig vurdering af pålideligheden af en tilbudsgiver, der anses for at have overtrådt konkurrencelovgivningen, er i overensstemmelse med EU-retten for så vidt angår såvel

undersøgelsen af grovheden af den begåede overtrædelse og dens indvirkning på den omhandlede procedure som undersøgelsen af, om de foranstaltninger, som den pågældende tilbudsgiver har truffet for i forbindelse med sidstnævnte procedure at afhjælpe konsekvenserne af denne overtrædelse (self-cleaning-foranstaltninger), er egnede. I sidstnævnte henseende har den forelæggende ret anført, at i henhold til national lovgivning tilkommer vurderingen af sådanne afhjælpende foranstaltninger udelukkende konkurrencemyndigheden.

- 25 Den forelæggende ret er imidlertid af den opfattelse, at i lyset af Domstolens praksis, bl.a. dom af 19. juni 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507), skal en tilsidesættelse af konkurrencelovgivningen, som en tilbudsgiver ikke har begået inden for rammerne af en offentlig udbudsprocedure, være genstand for en behørigt begrundet vurdering fra den ordregivende myndigheds side i forbindelse med undersøgelsen af en sådan tilbudsgivers pålidelighed.
- 26 På denne baggrund har Supremo Tribunal Administrativo (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Er den udelukkelsesgrund, der er fastsat i artikel 57, stk. 4, litra d), i direktiv [2014/24], et område, der er forbeholdt den ordregivende myndighed at træffe afgørelse om?
 - 2) Kan en national lovgiver fuldt ud erstatte den afgørelse, som en ordregivende myndighed skal træffe i henhold til artikel 57, stk. 4, litra d), i direktiv [2014/24], med en generel afgørelse (med virkningerne af en afgørelse) fra konkurrencemyndigheden om at pålægge en tillægssanktion i form af et forbud mod at deltage i offentlige udbudsprocedurer i en vis periode, som er truffet i forbindelse med pålæggelsen af en bøde for overtrædelse af konkurrencereglerne?
 - 3) Skal en ordregivende myndigheds afgørelse vedrørende en økonomisk aktørs »pålidelighed« for så vidt angår overholdelsen (eller den manglende overholdelse) af konkurrencereglerne uden for rammerne af den konkrete udbudsprocedure forstås som nødvendigheden af at foretage en begrundet vurdering af den økonomiske aktørs relative egnethed, som udgør et konkret udtryk for retten til god forvaltning i henhold til [chartrets] artikel 41, stk. 2, litra c) [...]?
 - 4) Kan den løsning, der er vedtaget i portugisisk ret ved artikel 55, stk. 1, litra f), i [lov om offentlige kontrakter], hvorefter udelukkelse af en økonomisk aktør fra en udbudsprocedure på grundlag af en overtrædelse af konkurrencereglerne, der er begået uden for rammerne af den konkrete udbudsprocedure, beror på den afgørelse, som konkurrencemyndigheden træffer i forbindelse med anvendelsen af en tillægssanktion i form af et forbud mod at indgå kontrakter i en procedure, hvor det er konkurrencemyndigheden selv, der i denne forbindelse vurderer, om de trufne korrigerende foranstaltninger er hensigtsmæssige, anses for at være i overensstemmelse med EU-retten og navnlig med artikel 57, stk. 4, litra d), i direktiv [2014/24]?
 - 5) Er den løsning, der er vedtaget i portugisisk ret ved artikel 70, stk. 2, litra g), i [lov om offentlige kontrakter], og som begrænser muligheden for at udelukke et tilbud som følge af tungtvejende indikationer for handlinger, aftaler, adfærd eller oplysninger, der kan fordreje konkurrencereglerne, til den konkrete udbudsprocedure, hvor denne adfærd konstateres, ligeledes i overensstemmelse med EU-retten og navnlig med artikel 57, stk. 4, litra d), i direktiv [2014/24]?«

Begæringen om anvendelse af en fremskyndet procedure

- 27 Den forelæggende ret anmodede om, at denne præjudicielle forelæggelse undergives den fremskyndede procedure i henhold til artikel 105 i Domstolens procesreglement med den begrundelse, at hovedsagen var af hastende karakter. Den henviste i denne forbindelse til artikel 36, stk. 1, litra c), i Código de Processo nos Tribunais Administrativos (lov om forvaltningsretspleje) og artikel 2 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 2014/23/EF af 26. februar 2014 (EUT 2014, L 94, s. 1).
- 28 Procesreglementets artikel 105, stk. 1, fastsætter, at Domstolens præsident efter anmodning fra den forelæggende ret eller i undtagelsestilfælde af egen drift, efter at have hørt den refererende dommer og generaladvokaten, kan beslutte at undergive en sag en fremskyndet procedure, når sagens karakter kræver, at den behandles hurtigt.
- 29 Det skal i denne henseende erindres, at en sådan fremskyndet procedure udgør et processuelt instrument til behandling af en ekstraordinær nødsituation, hvis tilstedeværelse skal godtgøres i forhold til de usædvanlige omstændigheder, der kendetegner den sag, i forbindelse med hvilken der er indgivet en anmodning om behandling efter den fremskyndede procedure (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 25.2.2021, *Sea Watch*, C-14/21 og C-15/21, EU:C:2021:149, præmis 22).
- 30 I nærværende sag besluttede Domstolens præsident den 23. marts 2022, efter at have hørt den refererende dommer og generaladvokaten, at afslå den i nærværende doms præmis 27 omhandlede anmodning fra den forelæggende ret.
- 31 Den forelæggende ret begrænsede sig således til at anføre, at hovedsagen var af hastende karakter, og til at nævne bestemmelser i national lovgivning og EU-retten uden at angive, i hvilket omfang der i den foreliggende sag foreligger en ekstraordinær nødsituation, som er nødvendig for at begrunde en fremskyndet behandling.

Om de præjudicielle spørgsmål

Formaliteten

- 32 Futrifer er af den opfattelse, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke kan antages til realitetsbehandling, idet Domstolens besvarelse af de forelagte spørgsmål ikke er nødvendig for at afgøre tvisten i hovedsagen. Futrifer har i denne forbindelse gjort gældende, at Den Portugisiske Republik legitimt har valgt ikke at gennemføre artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24 i national lovgivning, hvorfor disse spørgsmål er hypotetiske.
- 33 Det skal i denne henseende bemærkes, at det følger af Domstolens faste praksis, at det inden for rammerne af det samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, der er indført i artikel 267 TEUF, udelukkende tilkommer den nationale retsinstans, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retlige afgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, som den forelægger Domstolen. Når

de forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse (jf. i denne retning dom af 16.12.1981, Foglia, 244/80, EU:C:1981:302, præmis 15, og af 28.4.2022, Caruter, C-642/20, EU:C:2022:308, præmis 28).

- 34 Domstolen kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af en EU-retlig regel savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en sagligt korrekt besvarelse af de forelagte spørgsmål (dom af 15.12.1995, Bosman, C-415/93, EU:C:1995:463, præmis 61, og af 28.4.2022, Caruter, C-642/20, EU:C:2022:308, præmis 29).
- 35 I det foreliggende tilfælde vedrører spørgsmålene i det væsentlige fortolkningen af den fakultative udelukkelsesgrund, der er fastsat i artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24, som omhandler det tilfælde, hvor den ordregivende myndighed råder over tilstrækkeligt plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået aftaler med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.
- 36 I denne henseende fremgår det for det første af forelæggelsesafgørelsen, at tvisten i hovedsagen vedrører lovligheden af afgørelsen om tildeling af en offentlig kontrakt til en tilbudsgiver, der af den nationale konkurrencemyndighed er blevet pålagt at betale en bøde for overtrædelse af reglerne i konkurrencelovgivningen i forbindelse med tidligere offentlige udbudsprocedurer. Med det første til det tredje og det femte præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplysning om rækkevidden af den skønsmæssige, som den ordregivende myndighed er tillagt i henhold til artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24, eftersom den nævnte ordregivende myndighed ifølge portugisisk lovgivning er bundet af konkurrencemyndighedens vurdering af pålideligheden af en tilbudsgiver, der har begået en sådan overtrædelse i forbindelse med en tidligere udbudsprocedure, uanset om denne vurdering har ført til en tillægssanktion i form af et midlertidigt forbud mod at deltage i offentlige udbudsprocedurer eller ej.
- 37 Det kan følgelig ikke lægges til grund, at disse spørgsmål savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, eller at de er hypotetiske. Hvad angår den af Futrifer påberåbte omstændighed, at Den Portugisiske Republik legitimt har valgt ikke at gennemføre artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24 i national lovgivning, vedrører dette materielle aspekter og kan på ingen måde påvirke spørgsmålet om, hvorvidt de forelagte spørgsmål kan antages til realitetsbehandling. Det følger heraf, at det første til det tredje og det femte spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.
- 38 For det andet ønsker den forelæggende ret i forbindelse med det fjerde spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24 er til hinder for en national lovgivning, hvorefter konkurrencemyndigheden er enekompetent til at vurdere relevansen af de afhjælpende foranstaltninger, der er truffet af en økonomisk aktør, som på grund af en overtrædelse af konkurrencereglerne er pålagt en sanktion af denne myndighed, der forhindrer nævnte aktør i at deltage i offentlige udbudsprocedurer i en vis periode.
- 39 Det fremgår imidlertid ikke af de sagsakter, som Domstolen råder over, at Futrifer på noget tidspunkt påberåbte sig iværksættelsen af afhjælpende foranstaltninger som omhandlet i artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24.

- 40 Det følger heraf, at det fjerde spørgsmål er af hypotetisk karakter og derfor ikke kan antages til realitetsbehandling.

Realiteten

Indledende bemærkninger

- 41 I første række skal det bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at det som led i den samarbejdsprocedure mellem de nationale retter og Domstolen, som er indført ved artikel 267 TEUF, tilkommer denne at give den nationale ret et hensigtsmæssigt svar, som sætter den i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den. Domstolen kan i denne henseende inddrage EU-retlige regler, som den nationale ret ikke har henvist til i sit spørgsmål (jf. i denne retning dom af 22.6.2023, K.B. og F.S. (Prøvelse ex officio på det strafferetlige område), C-660/21, EU:C:2023:498, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).
- 42 I det foreliggende tilfælde er det anført i anmodningen om præjudiciel afgørelse, at genstanden for den i hovedsagen omhandlede kontrakt er indkøb af creosotbehandlede fyrretræspløkke og sveller til jernbaneinfrastruktursektoren til en basispris på 2 979 200 EUR, der foretages af en offentlig virksomhed, nemlig Infraestruturas de Portugal.
- 43 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at i henhold til artikel 1, stk. 2, og artikel 11 i direktiv 2014/25 er udbud som omhandlet i dette direktiv navnlig en ordregivende enheds anskaffelse af varer hos økonomiske aktører udvalgt af den nævnte enhed gennem en vareindkøbskontrakt med henblik på udøvelse af aktiviteter vedrørende tilrådighedsstillelse eller drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med bl.a. jernbane. Det nævnte direktivs artikel 4, stk. 1, litra a), præciserer, at med henblik på direktivet er ordregivende enheder enheder, som er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i samme direktivs artikel 8-14.
- 44 Det fremgår endvidere af artikel 1, stk. 1, i direktiv 2014/25, at dette direktiv finder anvendelse på offentlige udbudsprocedurer, der gennemføres af ordregivende enheder, med hensyn til kontrakter og projektkonkurrencer, hvis værdi anslås ikke at være lavere end de tærskelværdier, der er fastsat i artikel 15.
- 45 Under disse omstændigheder, og henset til oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen, synes det at fremgå af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, at den i hovedsagen omhandlede kontrakt er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2014/25, hvilket det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.
- 46 I et sådant tilfælde finder dette direktivs artikel 80, stk. 1, anvendelse på tvisten i hovedsagen.
- 47 I anden række skal det, eftersom de præjudicielle spørgsmål navnlig vedrører spørgsmålet om, hvorvidt artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24 er til hinder for den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, indledningsvis afgøres, om medlemsstaterne har pligt til at gennemføre såvel denne artikel 57, stk. 4, første afsnit, for det tilfælde, at tvisten i hovedsagen henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2014/24, som artikel 80, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 2014/25, såfremt denne tvist er omfattet af sidstnævnte direktivs anvendelsesområde.

- 48 Hvad for det første angår artikel 57, stk. 4, første afsnit, i direktiv 2014/24 fastsætter denne bestemmelse, at »de ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure« i de tilfælde, der er omhandlet i denne bestemmelses litra a)-i).
- 49 I denne henseende følger det ganske vist af visse domme afsagt af Domstolen vedrørende fortolkningen af artikel 57, stk. 4, første afsnit, i direktiv 2014/24, at medlemsstaterne kan beslutte, om de vil gennemføre de fakultative udelukkelsesgrunde, der er nævnt i denne bestemmelse. Domstolen har således fastslået, at det følger af artikel 57, stk. 4 og 7, i direktiv 2014/24, at medlemsstaterne har mulighed for ikke at anvende de fakultative udelukkelsesgrunde, der er angivet i disse bestemmelser, eller for at integrere dem i den nationale lovgivning med en grad af strengthed, der kan variere alt efter tilfældet og ud fra juridiske, økonomiske eller sociale overvejelser, som gør sig gældende på nationalt niveau (jf. i denne retning dom af 19.6.2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, præmis 33, af 30.1.2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, præmis 34 og 40, og af 3.6.2021, Rad Service m.fl., C-210/20, EU:C:2021:445, præmis 28).
- 50 En analyse af ordlyden af artikel 57, stk. 4, første afsnit, i direktiv 2014/24, den sammenhæng, hvori denne bestemmelse indgår, og det formål, som denne forfølger inden for rammerne af dette direktiv, viser imidlertid, at medlemsstaterne i modsætning til, hvad der fremgår af disse domme, har pligt til at gennemføre den nævnte bestemmelse i national lovgivning.
- 51 Hvad indledningsvis angår ordlyden af denne artikel 57, stk. 4, første afsnit, fremgår det heraf, at det påhviler den ordregivende myndighed at vælge, om en økonomisk aktør skal udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure af en af de grunde, der er opregnet i denne bestemmelse, medmindre medlemsstaterne beslutter at omdanne denne udelukkelsesmulighed til en forpligtelse. Medlemsstaterne skal derfor gennemføre den nævnte bestemmelse enten ved at tillade de ordregivende myndigheder at anvende de udelukkelsesgrunde, der er opregnet i denne bestemmelse, eller ved at forpligte dem hertil. I modsætning til, hvad Futrifer og den portugisiske regering har gjort gældende, kan en medlemsstat derimod ikke undlade at indarbejde disse grunde i sin nationale lovgivning til gennemførelse af direktiv 2014/24 og således fratage de ordregivende myndigheder den mulighed for at anvende disse grunde, som de i det mindste skal indrømmes i henhold til samme bestemmelse.
- 52 Hvad dernæst angår den sammenhæng, hvori artikel 57, stk. 4, første afsnit, i direktiv 2014/24 indgår, skal det bemærkes, at det fremgår af 101. betragtning til dette direktiv, at »ordregivende myndigheder bør [...] have mulighed for at udelukke økonomiske aktører, som har vist sig at være upålidelige«. Denne betragtning bekræfter således, at en medlemsstat skal gennemføre denne bestemmelse for ikke at fratage de ordregivende myndigheder den mulighed, der er nævnt i den foregående præmis og i den nævnte betragtning.
- 53 Denne fortolkning af artikel 57, stk. 4, første afsnit, i direktiv 2014/24 bekræftes ligeledes modsætningsvis af ordlyden af bestemmelser i dette direktiv, for hvilke medlemsstaterne udtrykkeligt er tillagt en skønsbeføjelse med hensyn til gennemførelsen af dem i national lovgivning. Dette er navnlig tilfældet med dette direktivs artikel 26, stk. 5, og artikel 32, stk. 1, hvorefter »medlemsstaterne [kan] bestemme [henholdsvis kan give mulighed for] [...]«, eller endog nævnte direktivs artikel 56, stk. 2, andet afsnit, der anvender ordlyden »[m]edlemsstaterne kan udelukke [...]«.

- 54 Artikel 57, stk. 7, i direktiv 2014/24 kan ikke rejse tvivl om den nævnte fortolkning. Denne bestemmelse giver nemlig generelt medlemsstaterne mulighed for at fastsætte betingelser for anvendelsen af dette direktivs artikel 57, uanset om det er ved lov eller administrativt eller ved administrative bestemmelser. Denne mulighed henviser til den måde, hvorpå de gennemfører denne artikel. Det valg, der således er overladt medlemsstaterne, kan således ikke udvides til at omfatte spørgsmålet, om de fakultative udelukkelsesgrunde, der er nævnt i direktivets artikel 57, stk. 4, skal gennemføres eller ej. Det skal i øvrigt fastslås, at artikel 57, stk. 7, i direktiv 2014/24 ligeledes finder anvendelse på de obligatoriske udelukkelsesgrunde, der er fastsat i dette direktivs artikel 57, stk. 1. Det kan imidlertid ikke med rimelighed hævdes, at den mulighed, der er fastsat i denne artikel 57, stk. 7, kan anvendes af medlemsstaterne til ikke at gennemføre sådanne udelukkelsesgrunde i deres nationale ret.
- 55 Hvad endelig angår det formål, der forfølges med direktiv 2014/24 for så vidt angår de fakultative udelukkelsesgrunde, har Domstolen anerkendt, at dette formål kommer til udtryk ved, at der lægges vægt på de ordregivende myndigheders beføjelser. EU-lovgiver har haft til hensigt at pålægge den ordregivende myndighed, og alene denne, på tidspunktet for udvælgelse af tilbudsgiverne at afgøre, om en ansøger eller tilbudsgiver bør udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure (jf. i denne retning dom af 19.6.2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, præmis 34, og af 3.10.2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, præmis 25).
- 56 Den ordregivende myndigheds mulighed for, eller endog forpligtelse til, at anvende udelukkelsesgrundene i artikel 57, stk. 4, første afsnit, i direktiv 2014/24 har navnlig til formål at gøre det muligt for den ordregivende myndighed at vurdere integriteten og pålideligheden i forhold til hver enkelt af de økonomiske aktører, der deltager i en offentlig udbudsprocedure.
- 57 EU-lovgiver har således ønsket at sikre, at de ordregivende myndigheder i alle medlemsstaterne har mulighed for at udelukke økonomiske aktører, som de anser for upålidelige.
- 58 Det følger af ovenstående betragtninger, at artikel 57, stk. 4, første afsnit, i direktiv 2014/24 indeholder en forpligtelse for medlemsstaterne til at gennemføre de fakultative udelukkelsesgrunde, der er opregnet i denne bestemmelse, i deres nationale lovgivning. Inden for rammerne af denne gennemførelsesforpligtelse skal disse stater enten fastsætte en mulighed eller en forpligtelse for de ordregivende myndigheder til at anvende disse grunde.
- 59 Hvad for det andet angår artikel 80, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 2014/25 fastsætter denne bestemmelse, at hvis medlemsstaterne kræver dette, skal de objektive regler og kriterier for udelukkelse og udvælgelse af navnlig ansøgere og tilbudsgivere i offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling omfatte udelukkelsesgrundene i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24 på de vilkår og betingelser, som er fastsat deri.
- 60 Det følger af ordlyden af denne artikel 80, stk. 1, tredje afsnit, at det tilkommer medlemsstaterne at afgøre, om de fakultative udelukkelsesgrunde, der er fastsat i nævnte artikel 57, stk. 4, skal anvendes af de ordregivende enheder som kriterier for udelukkelse af tilbudsgivere. Såfremt der ikke foreligger en afgørelse herom, følger det ikke desto mindre af artikel 80, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2014/25, at medlemsstaterne i forbindelse med gennemførelsen af dette direktiv i det mindste skal give de ordregivende enheder mulighed for at medtage de udelukkelsesgrunde, der er opregnet i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, blandt de regler og kriterier for udelukkelse, der finder anvendelse i forbindelse med de offentlige udbudsprocedurer, der er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.

- 61 Hvad angår de udelukkelsesgrunde, der er opregnet i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, skal medlemsstaterne derfor i henhold til deres forpligtelse til at gennemføre artikel 80, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2014/25 give de ordregivende enheder mulighed for at medtage disse udelukkelsesgrunde blandt de objektive kriterier for udelukkelse i de procedurer, der henhører under sidstnævnte direktivs anvendelsesområde, uden at dette berører disse staters eventuelle afgørelse i henhold til nævnte direktivs artikel 80, stk. 1, tredje afsnit, om at pålægge disse enheder at medtage de nævnte grunde blandt disse kriterier.
- 62 Hvad i tredje række angår Futrifers argument om, at artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24 ikke kan påberåbes af en afvist tilbudsgiver, såsom i det foreliggende tilfælde Toscca, er det med henblik på besvarelsen af den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse tilstrækkeligt at bemærke, at Domstolen allerede har fastslået, at den afgørelse, hvorved en ordregivende myndighed selv implicit afviser at udelukke en økonomisk aktør fra en offentlig udbudsprocedure af en af de fakultative udelukkelsesgrunde, der er fastsat i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, nødvendigvis skal kunne anfægtes af enhver, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en overtrædelse af denne bestemmelse, idet navnlig overholdelsen af retten til effektive retsmidler, som den er sikret ved chartrets artikel 47, ellers ville blive tilsidesat (dom af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 143).
- 63 Der skal af de samme grunde anlægges en tilsvarende vurdering i tilfælde af, at en økonomisk aktør udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure af en af de fakultative udelukkelsesgrunde, der er omhandlet i artikel 80, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 2014/25.
- 64 De præjudicielle spørgsmål skal dermed besvares under hensyntagen til ovenstående indledende bemærkninger.

Det femte spørgsmål

- 65 Den forelæggende ret ønsker med det femte spørgsmål, som skal behandles først, nærmere bestemt oplyst, om artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, der begrænser muligheden for at udelukke et tilbud fra en tilbudsgiver, fordi der foreligger tungtvejende indikationer for en adfærd fra denne tilbudsgiver side, der kan fordreje konkurrencereglerne, til den offentlige udbudsprocedure, hvori denne form for adfærd er udvist.
- 66 Der skal ved fortolkningen af EU-retlige bestemmelser ikke blot skal tages hensyn til deres ordlyd, men også til den sammenhæng, hvori de indgår, og til de mål, der forfølges med den ordning, som de udgør en del af (dom af 16.3.2023, Colt Technology Services m.fl., C-339/21, EU:C:2023:214, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).
- 67 Det skal for det første fastslås, at ordlyden af artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24 ved at angive det tilfælde, hvor den ordregivende myndighed »har tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning«, ikke begrænser anvendelsen af denne udelukkelsesgrund til den offentlige udbudsprocedure, hvori denne form for adfærd er udvist.

- 68 Hvad for det andet angår den sammenhæng, hvori denne bestemmelse indgår, understøttes denne fortolkning af dette direktivs artikel 57, stk. 5, andet afsnit, der tillader, at de ordregivende myndigheder når som helst i løbet af proceduren kan 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 denne artikel 57, stk. 4.
- 69 For det tredje gør den nævnte fortolkning det muligt for den ordregivende myndighed i overensstemmelse med det formål, der forfølges med direktiv 2014/24 for så vidt angår de fakultative udelukkelsesgrunde, der er opregnet i dette direktivs artikel 57, stk. 4, første afsnit, som anført i nærværende doms præmis 56, at sikre sig integriteten og pålideligheden i forhold til hver enkelt af de økonomiske operatører, der deltager i den omhandlede offentlige udbudsprocedure (jf. i denne retning dom af 15.9.2022, J. Sch. Omnibusunternehmen og K. Reisen, C-416/21, EU:C:2022:689, præmis 42), hvilken integritet og pålidelighed kan drages i tvivl ikke blot i tilfælde af en sådan operatørs deltagelse i konkurrencebegrænsende adfærd inden for rammerne af denne procedure, men ligeledes i tilfælde af denne operatørs tidligere deltagelse i en sådan adfærd.
- 70 I det foreliggende tilfælde har den forelæggende ret anført, at artikel 70, stk. 2, litra g), i lov om offentlige kontrakter begrænser den ordregivende myndigheds mulighed for at udelukke et tilbud på grund af tungtvejende indikationer for handlinger, aftaler, adfærd eller oplysninger, der kan forordre konkurrencereglerne, til alene at omfatte den offentlige udbudsprocedure, hvori denne konkurrencebegrænsende praksis har fundet sted, således at den ordregivende myndighed ikke kan træffe afgørelse om en sådan udelukkelse, hvis den pågældende konkurrencebegrænsende praksis har fundet sted inden denne procedure.
- 71 I denne henseende fremgår det af denne doms præmis 51, 58, 60 og 61, at uanset om den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure er omfattet af direktiv 2014/24 eller af direktiv 2014/25, skal medlemsstaterne i det mindste fastsætte en mulighed for de ordregivende myndigheder for at medtage de udelukkelsesgrunde, der er opregnet i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, blandt de objektive kriterier for udelukkelse i udbudsprocedurerne, uden at dette berører disse staters eventuelle afgørelse om at omdanne denne mulighed til en forpligtelse. Medlemsstaterne kan derfor under alle omstændigheder ikke begrænse rækkevidden af disse udelukkelsesgrunde.
- 72 Det følger af ovenstående betragtninger, at det femte spørgsmål skal besvares med, at artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, der begrænser muligheden for at udelukke et tilbud fra en tilbudsgiver, fordi der foreligger tungtvejende indikationer for en adfærd fra denne tilbudsgiver side, der kan forordre konkurrencereglerne, til den offentlige udbudsprocedure, hvori denne form for adfærd er udvist.

Det første og det andet spørgsmål

- 73 Den forelæggende ret ønsker med det første og det andet spørgsmål, som skal besvares samlet, nærmere bestemt oplyst, om artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, der alene tillægger den nationale konkurrencemyndighed beføjelse til at udelukke økonomiske aktører fra offentlige udbudsprocedurer på grund af en overtrædelse af konkurrencereglerne.

- 74 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at i overensstemmelse med artikel 56, stk. 1, litra b), i direktiv 2014/24 er den ordregivende myndighed under en offentlig udbudsprocedure forpligtet til at kontrollere, om tilbuddet er afgivet af en tilbudsgiver, som ikke er udelukket i henhold til dette direktivs artikel 57, idet denne forpligtelse omfatter alle de økonomiske aktører, der har afgivet et tilbud (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, præmis 46).
- 75 Som det fremgår af den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 55 og 56, har EU-lovgiver ønsket at overlade det til den ordregivende myndighed, og alene denne, at afgøre, om en ansøger eller tilbudsgiver bør udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure, ved at kontrollere integriteten og pålideligheden i forhold til hver enkelt af de økonomiske aktører, der deltager i en sådan procedure.
- 76 Den fakultative udelukkelsesgrund, som er omhandlet i artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24, sammenholdt med 101. betragtning til dette direktiv, støtter sig navnlig på et vigtigt element i forholdet mellem den omhandlede valgte tilbudsgiver og den ordregivende myndighed, nemlig førstnævntes pålidelighed, som ligger til grund for den tillid, som sidstnævnte viser denne (dom af 15.9.2022, J. Sch. Omnibusunternehmen og K. Reisen, C-416/21, EU:C:2022:689, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).
- 77 Det følger af Domstolens praksis, at når de ordregivende myndigheder anvender de fakultative udelukkelsesgrunde, bør de lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet, der pålægger dem at foretage en konkret og individualiseret bedømmelse af den pågældende enheds adfærd på grundlag af alle relevante oplysninger (jf. i denne retning dom af 3.6.2021, Rad Service m.fl., C-210/20, EU:C:2021:445, præmis 40, og af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 156 og 157).
- 78 Det følger heraf, at i en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor der findes en specifik procedure, som er reguleret i EU-retten eller i national lovgivning, med henblik på at retsforfølge overtrædelser af konkurrencelovgivningen, og hvor den nationale konkurrencemyndighed har til opgave at foretage undersøgelser med dette formål, skal den ordregivende myndighed, inden for rammerne af vurderingen af de fremlagte beviser, i princippet basere sig på resultatet af en sådan procedure (jf. i denne retning dom af 24.10.2018, Vossloh Laeis, C-124/17, EU:C:2018:855, præmis 25).
- 79 I denne sammenhæng kan en afgørelse fra en sådan myndighed, der har konstateret en sådan overtrædelse og af denne grund pålagt en tilbudsgiver en økonomisk sanktion, være særlig vigtig, og det så meget desto mere, hvis denne sanktion ledsages af et midlertidigt forbud mod at deltage i offentlige udbudsprocedurer. En sådan afgørelse kan ganske vist foranledige den ordregivende myndighed til at udelukke denne økonomiske aktør fra den pågældende offentlige udbudsprocedure, men den omstændighed, at der ikke foreligger en sådan afgørelse, kan omvendt hverken forhindre den ordregivende myndighed i at foretage en sådan vurdering eller fritage den fra at foretage den nævnte vurdering.
- 80 Denne vurdering skal foretages ud fra proportionalitetsprincippet og under hensyntagen til alle relevante oplysninger med henblik på at efterprøve, om anvendelsen af udelukkelsesgrunden i artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24 er begrundet.
- 81 I hovedsagen har den forelæggende ret anført, at artikel 55, stk. 1, litra f), i lov om offentlige kontrakter udelukkende tillægger den nationale konkurrencemyndighed beføjelse til at foretage en vurdering af de konsekvenser, som en overtrædelse af konkurrencereglerne kan have i

forbindelse med fremtidige offentlige udbudsprocedurer. Denne bestemmelse synes således dels at forpligte de ordregivende myndigheder til at overholde en afgørelse fra denne konkurrencemyndighed, som pålægger en økonomisk aktør en sanktion, der forbyder den pågældende at deltage i sådanne procedurer i en vis periode, dels at forhindre disse ordregivende myndigheder i at udelukke en økonomisk aktør, der ikke er blevet pålagt en sådan sanktion, fra sådanne procedurer. Det følger heraf, at en tilbudsgiver kan udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure som følge af en afgørelse truffet af den nævnte konkurrencemyndighed, uden at den ordregivende myndighed kan vurdere denne tilbudsgivers adfærd og dermed dennes integritet og pålidelighed med henblik på at gennemførelsen af den omhandlede kontrakt eller selvstændigt i lyset af proportionalitetsprincippet afgøre, om udelukkelsen af den nævnte tilbudsgiver er begrundet af den grund, der er omhandlet i artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24.

- 82 En sådan bestemmelse, der forbinder bedømmelsen af tilbudsgivernes integritet og pålidelighed med konklusionerne i en afgørelse fra den nationale konkurrencemyndighed vedrørende navnlig fremtidig deltagelse i en offentlig udbudsprocedure, griber ind i den skønsmæssige beføjelse, som den ordregivende myndighed er tillagt i henhold til artikel 57, stk. 4, første afsnit, i direktiv 2014/24.
- 83 De betragtninger, der er anført i den foregående præmis, gælder ligeledes i det tilfælde, at den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure er omfattet af direktiv 2014/25, eftersom medlemsstaterne, således som det er anført i denne doms præmis 71, i henhold til deres forpligtelse til at gennemføre dette direktivs artikel 80, stk. 1, første afsnit, skal give de ordregivende enheder mulighed for at medtage de udelukkelsesgrunde, der er opregnet i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24, blandt de objektive kriterier for udelukkelse i de procedurer, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2014/25, uden at dette berører disse staters eventuelle afgørelse om at omdanne denne mulighed til en forpligtelse. Medlemsstaterne kan således under alle omstændigheder ikke begrænse den skønsmæssige beføjelse, som den ordregivende myndighed er tillagt i denne forbindelse.
- 84 Det følger af ovenstående betragtninger, at det første og det andet spørgsmål skal besvares med, at artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24 skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, der alene tillægger den nationale konkurrencemyndighed beføjelse til at udelukke økonomiske aktører fra offentlige udbudsprocedurer på grund af en overtrædelse af konkurrencereglerne.

Det tredje spørgsmål

- 85 Den forelæggende ret ønsker med det tredje spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24, sammenholdt med chartrets artikel 41, stk. 2, litra c), skal fortolkes således, at den ordregivende myndigheds afgørelse om en økonomisk aktørs pålidelighed, der er truffet under anvendelse af den udelukkelsesgrund, der er fastsat i denne bestemmelse i direktiv 2014/24, skal begrundes.
- 86 Det skal indledningsvis bemærkes, at chartrets artikel 41, stk. 2, litra c), udelukkende vedrører den begrundelsespligt, der påhviler »Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer«. Denne bestemmelse er derfor ikke relevant i forbindelse med tvisten i hovedsagen.
- 87 Det skal imidlertid bemærkes, at den ordregivende myndighed skal overholde det almindelige EU-retlige princip om god forvaltning, som indebærer krav, som det tilkommer medlemsstaterne at overholde, når de gennemfører EU-retten. Blandt disse krav har forpligtelsen til at begrunde de

afgørelser, som de nationale myndigheder træffer, en særlig betydning, da den sætter modtagerne af disse afgørelser i stand til at forsvare deres rettigheder og træffe afgørelse om, hvorvidt sagen bør prøves retsligt, på grundlag af et fuldt kendskab til sagen (jf. i denne retning dom af 15.10.1987, Heylens m.fl., 222/86, EU:C:1987:442, præmis 15, og af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, præmis 120).

- 88 Det følger heraf, at den ordregivende myndighed i forbindelse med offentlige udbudsprocedurer er underlagt denne begrundelsespligt. Den nævnte forpligtelse vedrører bl.a. de afgørelser, hvorved den ordregivende myndighed udelukker en tilbudsgiver under anvendelse af navnlig en fakultativ udelukkelsesgrund som den, der er fastsat i artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24.
- 89 Som det fremgår af artikel 55, stk. 2, litra b), i direktiv 2014/24, meddeler de ordregivende myndigheder efter anmodning fra den berørte tilbudsgiver hurtigst muligt og under alle omstændigheder senest 15 dage efter modtagelsen af en skriftlig anmodning grundene til, at den pågældendes tilbud er forkastet.
- 90 Det skal endvidere bemærkes, at den ordregivende myndighed ligeledes skal begrunde sin afgørelse, når den konstaterer, at en tilbudsgiver befinder sig i et af de tilfælde, der er omhandlet i dette direktivs artikel 57, stk. 4, men alligevel beslutter ikke at udelukke tilbudsgiveren, f.eks. fordi udelukkelsen udgør en uforholdsmæssig foranstaltning. En afgørelse om ikke at udelukke en tilbudsgiver, selv om en fakultativ udelukkelsesgrund kan finde anvendelse, påvirker således den retlige situation for alle de andre økonomiske aktører, der deltager i den omhandlede udbudsprocedure, og som derfor skal kunne forsvare deres rettigheder og i givet fald beslutte, på grundlag af begrundelsen i denne afgørelse, om nævnte afgørelse bør prøves retsligt. I denne henseende kan begrundelsen for en afgørelse om ikke at udelukke en tilbudsgiver være integreret i den endelige afgørelse om at tildele kontrakten til den valgte tilbudsgiver.
- 91 Henset til ovenstående betragtninger skal det tredje spørgsmål besvares med, at artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24, sammenholdt med det almindelige princip om god forvaltning, skal fortolkes således, at den ordregivende myndigheds afgørelse om en økonomisk aktørs pålidelighed, der er truffet under anvendelse af den udelukkelsesgrund, der er fastsat i denne bestemmelse, skal begrundes.

Sagsomkostninger

- 92 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 de 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 (Store Afdeling) for ret:

- 1) Artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF**

skal fortolkes således, at

denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, der begrænser muligheden for at udelukke et tilbud fra en tilbudsgiver, fordi der foreligger tungtvejende indikationer for en adfærd fra denne tilbudsgiver side, der kan fordreje konkurrencereglerne, til den offentlige udbudsprocedure, hvori denne form for adfærd er udvist.

2) Artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24

skal fortolkes således, at

denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, der alene tillægger den nationale konkurrencemyndighed beføjelse til at udelukke økonomiske aktører fra offentlige udbudsprocedurer på grund af en overtrædelse af konkurrencereglerne.

3) Artikel 57, stk. 4, første afsnit, litra d), i direktiv 2014/24, sammenholdt med det almindelige princip om god forvaltning,

skal fortolkes således, at

den ordregivende myndigheds afgørelse om en økonomisk aktørs pålidelighed, der er truffet under anvendelse af den udelukkelsesgrund, der er fastsat i denne bestemmelse, skal begrundes.

Underskrifter