

Sag C-387/19

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

17. maj 2019

Forelæggende ret:

Raad van State (Belgien)

Afgørelse af:

7. maj 2019

Sagsøgere:

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Bhaegel

Sagsøgt:

Vlaams Gewest

Hovedsagens genstand

Sag med påstand om annullation af en afgørelse af 29. november 2016 fra afdelingen Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen (afdelingen for veje og trafik i Østflandern) under agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest (agenturet for veje og trafik i regionen Flandern), hvorved en offentlig kontrakt om vejanlæg blev tildelt en konkurrent til sagsøgerne.

Genstand og retsgrundlag for forelæggelsen

Retsgrundlag: artikel 267 TEUF

Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører spørgsmålet, om det af en tilbudsgiver, som den ordregivende myndighed har udelukket på grund af »alvorlig forsømmelse« vedrørende erhvervsudøvelsen, må forventes, at denne af egen drift angiver alvorlige forsømmelser vedrørende sin erhvervsudøvelse og de selvrehabiliterende foranstaltninger, som vedkommende har truffet i denne

anledning, eller om den ordregivende myndighed, før den træffer afgørelse om faktisk at udelukke denne tilbudsgiver, også skal gennemføre en kontradiktorisk procedure, når den har fastslået, at der efter dens egen opfattelse er tale om en alvorlig forsømmelse, der kan give anledning til udelukkelse.

Præjudicielle spørgsmål

1. Skal artikel 57, stk. 4, litra c) og g), jf. stk. 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 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. stk. 6 og 7, i direktiv 2014/24 fortolket på denne måde direkte virkning?

Anførte EU-retlige bestemmelser

- Artikel 57, stk. 4, litra c) og g), stk. 6 og 7, artikel 69, stk. 1, og artikel 90 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)
- Det almindelige retsprincip om ret til kontradiktion
- Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (EUT 2016, L 3, s. 16)

Anførte nationale bestemmelser

- Artikel 23 og 24 i wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (lov af 15.6.2006 om offentlige kontrakter og visse kontrakter om arbejder, leverance og tjenesteydelser)
- Artikel 2 og 3 i wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (lov af 29.7.1991 om udtrykkelig begrundelse af forvaltningsakter)
- Artikel 70 i wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (lov af 17.6.2016 om offentlige kontrakter)
- Artikel 61, stk. 1 og 2, i koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (kongelig bekendtgørelse af 15.7.2011 om tildeling af offentlige kontrakter i klassiske sektorer)

- Artikel 20 i almindelige betingelser for indgåelse af offentlige kontrakter vedrørende arbejder og tjenesteydelser og om koncessioner til offentlige arbejder, der er vedlagt som bilag til kongelig bekendtgørelse af 26. september 1996
- Almindelige retsprincipper om god forvaltning, lighedsprincippet, princippet om konkurrence, omhyggelighed, gennemsigtighed og princippet om materiel begrundelse.

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

- 1 Agenturet for veje og trafik i regionen Flandern udskrev en offentlig kontrakt om udførelse af vejanlæg. Kontrakten skulle tildeles ved offentligt udbud. I meddelelsen blev det udtrykkeligt anført, at den ordregivende myndighed kunne udelukke en tilbudsgiver, hvis denne havde udvist alvorlig forsømmelse ved sin erhvervsudøvelse.
- 2 Buddene fra sagsøgerne, der sammen udgør et ad hoc selskab, blev i tildelingsproceduren udelukket fra deltagelse på grund af alvorlig forsømmelse vedrørende erhvervsudøvelsen. I begrundelsen til forslaget om tildeling, der blev overtaget i afgørelsen om tildeling, gives der oplysning om de faktiske omstændigheder, der for hver sagsøgers vedkommende betragtes som alvorlige forsømmelser vedrørende erhvervsudøvelsen. Disse vedrører blandt andet tilsidesættelse af forskrifter om sikkerhed og sundhed under arbejdet på anlægsstedet, utilstrækkelig vejskiltning og (tekniske) mangler ved udførelsen af tidligere anlæg.
- 3 Sagsøgerne har anlagt sag med påstand om annullation af denne tildelingsafgørelse, der nu verserer ved den forelæggende ret.
- 4 Denne ret har fastslået, at det er nødvendigt med en fortolkning af EU-retten, nærmere bestemt artikel 57 i direktiv 2014/24, for at kunne afgøre sagen.

De væsentligste argumenter, der fremføres af hovedsagens parter

- 5 Sagsøgerne har gjort gældende, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 23 og 24 i førnævnte bekendtgørelse af 15. juni 2006, af artikel 57, stk. 4, 6 og 7, i direktiv 2014/24, af det i direktivet indeholdte princip om ret til kontradiktion, af artikel 2 og 3 i lov af 29. juli 1991, («formelemotiveringswet») (lov om udtrykkelig begrundelse af forvaltningsafgørelser) og af flere generelle principper om god forvaltning.
- 6 De anfører, at før de afvises på grund af alvorlige forsømmelser vedrørende erhvervsudøvelsen, bør de have mulighed for at tage til genmæle og herved godtgøre, at de har afhjulpet problemerne. De nævnte direktivbestemmelser fastsætter en kontradiktorisk procedure, hvorunder tilbudsgiver kan godtgøre, at

de tidligere forsømmelser er bragt i orden eller forældet, og bestemmer derudover, at sådanne forsømmelser, som omhandles her, højst kan gøres gældende i tre år for at afvise en tilbudsgiver, selv om han ikke godtgør, at han mellemtiden har afhjulpet problemerne.

- 7 Sagsøgerne har herved gjort gældende, at de nævnte direktivbestemmelser har direkte virkning.

Dette direktiv, der ikke blev rettidigt gennemført i den belgiske retsorden, kan gøres gældende over for sagsøgte som regional myndighed i betragtning af Domstolens vide fortolkning af begrebet »stat«.

De anfører, at disse bestemmelser er ubetingede, klare og præcise. Angivelsen af, at »Medlemsstaterne kan [...] fastsætte bestemmelser« og det anførte i betragtningerne, hvorefter det bør være op til medlemsstaterne at fastlægge de nøjagtige proceduremæssige og indholdsmæssige betingelser, der finder anvendelse i sådanne tilfælde – betingelser, som ifølge sagsøgerne er rent processuelle – betyder ikke i sig selv, at hver operatørs ret til at føre bevis for sin *self clearance* skulle være betinget.

Sagsøgerne har blandt andet henvist til opbygningen af direktivet, som de anfører skal læses således, at hver økonomisk operatør skal have mulighed for at godtgøre, at han har truffet foranstaltninger, såfremt den ordregivende myndighed mener, at operatørens integritet er antastet på grund af en forsømmelse. Tilbudsgiver kan jo først vide, hvad myndigheden betragter som alvorlig forsømmelse, når tilbudsgiver får meddelelse herom. Følgelig indebærer lovens formål med retten til kontradiktion, at »den der vil tage til genmæle, også må vide, hvad han tager til genmæle imod«. Det forholder sig nemlig ikke således, at en ansøger eller tilbudsgiver »af egen drift« skal bevise, at han har truffet korrigerende foranstaltninger. Den forpligtelse, der blev pålagt ved efterfølgende ret, finder ifølge sagsøgerne ikke anvendelse på den foreliggende kontrakt, og derudover er den i strid med indholdet af og formålet med artikel 57 på samme måde som det ved unormale priser gælder i en kontradiktorisk verifikationsprocedure.

Dermed er der også sket en tilsidesættelse af det i direktivet indeholdte princip om ret til kontradiktion. Endvidere har sagsøgte ikke været omhyggelig men handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, princippet om korrekt konkurrence og lighedsprincippet, da sagsøgerne ikke er blevet behandlet på samme måde som deres »europæiske kolleger«.

- 8 Sagsøgte, regionen Flandern, har principalt bestridt, at artikel 57 i direktiv 2014/24 har direkte virkning. Den bestrider, at direktivets artikel 57, stk. 6, er ubetinget, klar og præcis. Hvad i al fald korrigerende foranstaltninger angår, har sagsøgte anført, at dette krav ikke er opfyldt, da artikel 57, stk. 7, bestemmer, at »Medlemsstaterne ved hjælp af love eller administrative bestemmelser og under hensyntagen til EU-retten [skal] fastlægge gennemførelsesbestemmelser for denne

artikel«. Den har i samme forbindelse henvist til 102. betragtning til dette direktiv. Også den kortfattede måde, på hvilken systemet med korrigerende foranstaltninger er beskrevet i direktivet, viser, at medlemsstaterne på dette område har en vid skønsbeføjelse. Eksempelvis fastsætter direktivet ikke, hvornår ansøgeren eller tilbudsgiveren skal give meddelelse om, at vedkommende har truffet korrigerende foranstaltninger, ej heller på hvilken måde dette skal ske. At medlemsstaterne råder over et vidt skøn med hensyn til selv at udarbejde en ordning vedrørende korrigerende foranstaltninger fremgår også af den omstændighed, at direktivet overlader det til medlemsstaterne selv at bestemme, hvilket organ – den ordregivende myndighed eller et andet organ – der skal have kompetence til at bedømme de korrigerende foranstaltninger. Dette fremgår også af den omstændighed, at den belgiske lovgiver på det tidspunkt, da kontrakten blev tildelt, stadig indsatte efterfølgende regler (artikel 70 i loven af 17.6.2016, der gennemfører artikel 57 i direktiv 2014/24) med fundamentale tilføjelser og præciseringer vedrørende ordningen med korrigerende foranstaltninger.

- 9 Subsidiært har sagsøgte gjort gældende, at den anfægtede afgørelse ikke krænker direktivets ordning med *self cleaning*. I betragtning af, at direktivet kun i meget almene vendinger beskriver, hvorledes systemet med korrigerende foranstaltninger skal udfyldes, er det for en ordregivende myndighed vanskeligt at bestemme, hvorledes *self cleaning'en* på grundlag af artikel 57, stk. 6, skal anvendes. Det er ifølge sagsøgte da også logisk, at der under sådanne omstændigheder søges hjælp i loven af 17. juni 2016, der foreskriver en pligt til af egen drift at føre bevis for de foranstaltninger, der konkret er truffet, selv om denne lov endnu ikke er trådt i kraft. Sagsøgte har anført, at der intet havde været til hinder for, at sagsøgerne selv gav oplysninger om de trufne foranstaltninger, da de indgav deres bud.

En sådan udfyldning af ordningen med korrigerende foranstaltninger er ifølge sagsøgte ikke i strid med direktivets artikel 57. Tilbudsgiveren er jo selv bedst i stand til at bedømme, om han falder under en af de fakultative udelukkelsesgrunde og derfor bør træffe korrigerende foranstaltninger. In casu lå alvoren ved forsømmelserne med hensyn til tidligere anlægskontrakter lige for, så meget desto mere som disse kontrakter også var indgået med sagsøgte.

Hvad angår sammenligningen med den kontradiktoriske verifikationsprocedure ved unormale priser har sagsøgte videre anført, at det af direktivets artikel 57, stk. 6, isoleret set og sammenlignet artikel 69, stk. 1, fremgår, at der er en grundlæggende forskel på de to bestemmelser.

Sagsøgte har også henvist til gennemførelsesforordning (EU) 2016/7, hvor den i bilaget indeholdte standardformular, der – for hver enkel fakultativ udelukkelsesgrund, herunder alvorlig forsømmelse vedrørende erhvervsudøvelsen, som det her drejer sig om – giver mulighed for, at der træffes selvrehabiliterende foranstaltninger og i givet fald, at disse beskrives. Heraf udleder sagsøgte, at også Europa-Kommissionen har den opfattelse, at det af direktiv 2014/24 følger, at det

er op til ansøgeren eller tilbudsgiveren selv at tage initiativet og informere den ordregivende myndighed om eventuelle korrigerende foranstaltninger.

Sagsøgte har også bestridt, at proceduren med *self cleaning* varierer alt efter den udelukkelsesgrund, der finder anvendelse. Henset til, at direktivet tilsigter en betragtelig administrativ forenkling af proceduren med offentlige kontrakter, ses det ikke, at den europæiske lovgiver ville indføre forskellige procedurer på området for *self cleaning*.

Mest subsidiært har sagsøgte anført, at principperne om god forvaltning ikke er blevet krænket. Til slut har sagsøgte henvist til den omfattende retspraksis fra Raad van State vedrørende høringspligt og gør herved gældende, at en ordregivende myndighed, der ønsker at træffe en afgørelse om udelukkelse, i princippet ikke er forpligtet til at foretage en høring, idet den ikke inddrager en allerede meddelt fordel eller pålægger en sanktion, men blot undlader at meddele en ansøgt fordel.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 10 Indledningsvis har den forelæggende ret fastslået, at meddelelsen om kontrakten blev bekendtgjort den 11. og 13. maj 2016, dvs. efter den sidste dato for direktivets gennemførelse, nemlig den 18. april 2016. Fra denne dato skal også den i gennemførelsesforordning 2016/7 omhandlede standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument anvendes. Denne formular giver under »Udelukkelsesgrunde« den økonomiske aktør mulighed for at oplyse, om han har truffet foranstaltninger til selvrehabilitering og i givet fald beskrive disse.

Artikel 61, stk. 2, nr. 4, i den kongelige bekendtgørelse fra 2011, der finder anvendelse i hovedsagen, og på hvis grundlag sagsøgerne blev udelukket, bestemte, at en ansøger eller tilbudsgiver, som ved sin erhvervsudøvelse har gjort sig skyldig i alvorlig forsømmelse, kan udelukkes på ethvert trin af tildelingsproceduren.

Videre anfører retten, at loven af 17. juni 2016 – der fastsætter en procedure, hvorefter en ansøger eller tilbudsgiver, som kan udelukkes på grundlag af alvorlige forsømmelser, af egen drift kan godtgøre at have truffet »korrigerende foranstaltninger« – endnu ikke var trådt i kraft, da den anfægtede afgørelse blev truffet.

Den forelæggende ret finder, at før annullationssøgsmålet kan afgøres, må det spørgsmål besvares, om artikel 57, stk. 4, litra c) og g), jf. stk. 6 og 7, i direktiv 2014/24 er til hinder for en anvendelse, hvorved en økonomisk aktør, som det her er tilfældet, ifølge den ordregivende myndighed har gjort sig skyldig i en alvorlig forsømmelse ved erhvervsudøvelsen og ikke af egen drift har givet oplysning om eventuelle korrigerende foranstaltninger, udelukkes, uden at den ordregivende myndighed – udtrykkeligt i forbindelse med en udelukkelse – giver aktøren mulighed for at føre bevis for eventuelle foranstaltninger og således dog at vise

sin pålidelighed, eller uden at der har været opfordring hertil i meddelelsen eller i udskrivningsdokumenterne.

Såfremt svaret på det foregående spørgsmål er, at direktivet tillader en sådan anvendelse, behøver det spørgsmål, om de relevante direktivbestemmelser har direkte virkning, ikke nærmere at undersøges.

Den forelæggende ret finder imidlertid ikke noget klart svar på dette spørgsmål, hverken i ordlyden af de pågældende bestemmelser eller i Domstolens retspraksis.

Tidligere domme fra Domstolen, herunder dommen af 24. oktober 2018, i sag C-124/17, Vossloh Laeis GmbH (præmis 20 til 23 og domskonklusionen) om ordningen med *self cleaning* handler således ikke om det her foreliggende spørgsmål, nemlig om direktivets artikel 57, stk. 5, kan fortolkes således, at en økonomisk aktør af egen drift skal anføre selvrehabiliterende foranstaltninger, eller om han, før der kan træffes afgørelse om udelukkelse, også skal opfordres hertil.

Ordlyden af den pågældende bestemmelse indeholder ingen løsning, da det her kun anføres, at »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«. Også i 102. betragtning til direktivet anføres det blot i almindelige vendinger, at »Økonomiske aktører bør have mulighed for at anmode om, at overensstemmelsesforanstaltninger, der er truffet med henblik på mulig adgang til udbudsproceduren, gennemgås.«

I standardformularen i gennemførelsesforordning 2016/7 under »Udelukkelsesgrunde« anføres hver gang, at den økonomiske operatør har mulighed for at meddele de selvrehabiliterende foranstaltninger, han har truffet og efter omstændighederne beskrive dem.

De mulige udelukkelsesgrunde vedrører imidlertid flere situationer. I visse tilfælde skal det for den pågældende operatør være klart forudsigeligt, om der er tale om udelukkelsesgrund, der vil gælde for ham. Ved andre udelukkelsesgrunde er dette mindre indlysende. For så vidt der muligvis foreligger en »alvorlig forsømmelse«, som der her er tale om, bør de ordregivende myndigheder i henhold til 101. betragtning til direktivet også fortsat frit kunne afgøre, om der er begået en alvorlig forsømmelse. Hvis den ordregivende myndighed kvalificerer tilfældet som sådant, er dette ikke altid forudsigeligt for den pågældende tilbudsgiver. Skal tilbudsgiver da af egen drift reagere, eller må den ordregivende myndighed indlede en kontradiktorisk procedure, når den har konstateret, at der efter dens egen opfattelse er tale om en alvorlig forsømmelse, der kan føre til udelukkelse?

Endvidere kan selvrehabiliterende foranstaltninger spille en rolle ved bedømmelsen af proportionaliteten ved en udelukkelse. En fortolkning derhen, at der skal gennemføres en kontradiktorisk procedure, før der besluttes en faktisk

udelukkelse, synes efter den forelæggende rets opfattelse også at fremme konkurrencen.

Heroverfor står, at der ved at lægge initiativet på tilbudsgiver er større chance for, at flere ordregivende myndigheder råder over den samme information, når der skal træffes en afgørelse om tildeling, og der på denne måde bliver tale om større gennemsigtighed.

Med hensyn til analogien med ordningen om undersøgelse af unormale priser anfører den forelæggende ret, at direktivets artikel 69 med hensyn til unormalt lave priser pålægger den ordregivende myndighed et antal handlinger, men at dette ikke udtrykkeligt er tilfældet med ordningen om *self cleaning* efter direktivets artikel 57, stk. 6.

- 11 Med hensyn til de pågældende bestemmelsers direkte virkning har den forelæggende ret anført, at Domstolen endnu ikke har udtalt sig om dette spørgsmål. Ifølge retten kan det imidlertid fastslås, at det er nødvendigt med udfyldende regler, for at artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 kan finde anvendelse, især hvor det bestemmes, at en økonomisk aktør 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. Det samme gælder for artikel 57, stk. 7, i dette direktiv. Således fastsætter direktivet ikke, hvornår ansøgeren eller tilbudsgiveren skal meddele, at der er truffet korrigerende foranstaltninger, eller på hvilken måde dette skal ske, og hvem det påhviler at vurdere disse foranstaltninger.
- 12 På den anden side følger det af Domstolens retspraksis, at ordlyden af en bestemmelse, hvorefter medlemsstaten skal træffe »de fornødne foranstaltninger« i sig selv ikke er til hinder for, at der på grundlag af direktivet kan tilkendes en bestemt ubetinget og tilstrækkeligt præcis ret. Ifølge den forelæggende ret kan det således ikke helt udelukkes, at uanset reglerne om *self cleaning* i deres helhed ikke synes at kunne tillægges direkte virkning, kan dette måske være tilfældet for visse underdele heraf, der gælder som minimumsgaranti.
Såfremt Domstolen måtte finde, at det af den mulighed, der i artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 gives en tilbudsgiver for at godtgøre sin pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund, følger, at den ordregivende myndighed under alle omstændigheder skal give en tilbudsgiver en chance hertil, før den af denne grund udelukker tilbudsgiver, opstår det spørgsmål, om dette kan betragtes som en art minimumsbeskyttelse, der kan fastsættes præcist på grundlag af direktivet.
- 13 Da der således er tvivl om fortolkningen af de pågældende bestemmelser, har den forelæggende ret besluttet at stille Domstolen de foran nævnte præjudicielle spørgsmål.