

EU-domstolens dom af 13. december 2012, sag C-465/11, Forposta

Kort resumé

Angår en polsk lovbestemmelse om automatisk udelukkelse af økonomiske aktører, der under visse omstændigheder ikke har opfyldt en tidligere kontrakt med ordregiveren. Udtalt, at udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, er til hinder for en sådan lovbestemmelse som følge af, at lovbestemmelsen afskærer ordregiveren fra en konkret vurdering af, om betingelserne for udelukkelse efter direktivbestemmelsen er opfyldt. Desuden udtalt, at EU-retten om offentlige kontrakter ikke retfærdiggør en sådan lovbestemmelse, og herved henvist til følgende: Den polske lovbestemmelse angår de økonomiske aktørers faglige kvalifikationer. Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, indeholder imidlertid en udtømmende opregning af udelukkelsesgrunde, der angår de økonomiske aktørers faglige kvalifikationer, og nationalt fastsatte udelukkelsesgrunde skal derfor angå andre forhold end dem.

Kommentar

Denne dom forekommer umiddelbart enkel og let forståelig, men i virkeligheden synes den at dække over nogle komplicerede og ikke helt let tilgængelige spørgsmål med hensyn til begrebet udelukkelsesgrunde. Det ville imidlertid føre for vidt at komme ind på disse spørgsmål her, og de nedenstående bemærkninger er derfor rent oversigtlige og er ikke en udtømmende og logisk sammenhængende fremstilling.

1) EU-domstolens udtalelse om, at EU-retten ikke retfærdiggør en lovbestemmelse som den polske (spørgsmål 2 i det fulde resumé):

Efter EU-domstolens praksis kan medlemsstaterne under overholdelse af traktatens almindelige principper fastsætte yderligere udelukkelsesgrunde end dem, der er opregnet i udbudsdirektivets artikel 45. Sådanne nationalt fastsatte udelukkelsesgrunde må imidlertid ikke angå de økonomiske aktørers faglige kvalifikationer. EU-domstolen udtalte dette i dommen her og har udtalt det flere gange før, senest i dom af 15. juli 2010, sag C-74/09, *Bâtiments*. Den polske lovbestemmelse var derfor i strid med EU-retten, fordi den angik de økonomiske aktørers faglige kvalifikationer.

2) EU-domstolens udtalelse om, at udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, er til hinder for den polske lovbestemmelse (spørgsmål 1 i det fulde resumé):

Denne udtalelse er udslag af en praksis, som formentlig kan sammenfattes således:

De udelukkelsesgrunde, som medlemsstaterne kan fastsætte egen hånd, og som altså ikke må angå de økonomiske aktørers faglige kvalifikationer, må ikke gå ud på, at en økonomisk aktør ubetinget skal udelukkes, hvis nogle bestemte betingelser er opfyldt. Af dommen her fremgår, at det samme gælder medlemsstaternes implementering af i hvert fald udelukkelsesgrunden efter udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d. Denne bestemmelse angår, at den økonomiske aktør har begået en »alvorlig fejl«, og bestemmelsen lægger derfor netop op til en konkret vurdering i det enkelte tilfælde.

En økonomisk aktør skal nemlig have mulighed for at bevise, at aktøren ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund som omtalt, og ordregiverne skal

tilsvarende have mulighed for en konkret stillingtagen i hvert enkelt tilfælde. Den ledende afgørelse er domstolens dom af 3. marts 2005, sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom, hvorefter en lovbestemmelse om automatisk inhabilitet for visse tilbudsgivere var i strid med EU-retten. Den polske lovbestemmelse var derfor yderligere i strid med EU-retten, fordi den ikke giver ordregiverne mulighed for en konkret vurdering.

Resumé

Dommens officielle navn er ret u håndterligt. Betegnelsen i overskriften er en del af det officielle navn.

Udbudsdirektivets artikel 45 opregner de såkaldte udelukkelsesgrunde, dvs. en række omstændigheder, der bevirker, at en økonomisk aktør skal (stk. 1) eller kan (stk. 2) udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure. Af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 54, stk. 4, fremgår, at udbudsdirektivets artikel 45 i sin helhed også gælder inden for forsyningsvirksomhedsdirektivets område med hensyn til udbud fra ordregivende myndigheder (se nærmere bestemmelsen).

Sagen angår en udelukkelsesgrund, der er indeholdt i udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d. Denne bestemmelse går ud på følgende: En økonomisk aktør kan udelukkes, hvis aktøren i forbindelse med sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret.

Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, er implementeret i polsk ret ved en lovbestemmelse, der går ud på, at følgende økonomiske aktører skal udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure: Økonomiske aktører, i forhold til hvem ordregiveren på grund af omstændigheder, som aktøren bærer ansvaret for, har ophævet eller opsagt en kontrakt eller er trådt tilbage fra kontrakten, hvis dette er sket højst tre år før udbudsproceduren, og værdien af den ikke opfyldte ordre udgør mindst 5 % af kontraktværdien.

Efter det foreliggende angik sagen følgende faktum: En polsk ordregivende myndighed iværksatte et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende omdeling af pakkepost. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Efter at der var indkommet tilbud, besluttede udbyderen at indgå kontrakt med to tilbudsgivere. Senere annullerede udbyderen imidlertid udbuddet med den begrundelse, at de to tilbudsgivere var omfattet af den refererede polske lovbestemmelse.

De to tilbudsgivere indbragte sagen for en klageinstans, som forelagde sagen for EU-domstolen med to spørgsmål, der gik ud på følgende (af overskuelighedsgrunde stærkt sammentrængt og omformuleret gengivet):

Spørgsmål 1: Er det en »alvorlig fejl« som nævnt i udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, at en økonomisk aktør har begået det, der er beskrevet i den polske lovbestemmelse?

Spørgsmål 2: Hvis spørgsmål 1 besvares med nej: Hvis en medlemsstat kan indføre andre udelukkelsesgrunde end dem, der er indeholdt i udbudsdirektivets artikel 45, kan medlemsstaten så indføre en udelukkelsesgrund som den polske lovbestemmelse?

Fra EU-domstolens udtalelser kan nævnes (ligeledes sammentrængt og til dels omformuleret gengivet):

Vedrørende spørgsmål 1:

Begrebet »alvorlig fejl« sigter i almindelighed til en adfærd, der angiver en misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor hos den økonomiske aktør, og enhver mangelfuld opfyldelse af en kontrakt er ikke automatisk en alvorlig fejl (præmis 30). Endvidere kræver begrebet alvorlig fejl i princippet, at der foretages en konkret og individuel vurdering af den økonomiske aktørs holdning (præmis 31). Den polske lovbestemmelse fastsætter imidlertid selv parametrene for udelukkelse uden at give ordregiveren mulighed for en konkret vurdering (præmis 34). Den polske lovbestemmelse overskrider derfor medlemsstaternes skønsmæssige ved implementeringen af udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d (præmis 35).

EU-domstolen besvarede herefter spørgsmål 1 med, at udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, er til hinder for en national lovgivning som den polske lovbestemmelse.

Vedrørende spørgsmål 2:

Det følger af EU-domstolens faste praksis, at udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, udtømmende opregner de grunde, der kan begrunde udelukkelse af en økonomisk aktør af årsager, der angår objektive faktorer vedrørende aktørens faglige kvalifikationer. Artikel 45, stk. 2, er således til hinder for, at medlemsstaterne fastsætter yderligere udelukkelsesgrunde, der er støttet på kriterier vedrørende faglige kvalifikationer. (Præmis 38). Yderligere, nationalt fastsatte, udelukkelsesgrunde kan derfor kun være gyldige, hvis de angår andre forhold end de økonomiske aktørers faglige kvalifikationer (præmis 39). Den polske lovbestemmelse angår imidlertid de økonomiske aktørers faglige kvalifikationer og går derfor ud over rammerne af den udtømmende opregning i artikel 45, stk. 2 (præmis 40).

EU-domstolen besvarede herefter spørgsmål 2 med, at de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter ikke retfærdiggør en regel som den polske lovbestemmelse.

(Ordet »retfærdiggør« i sætningen umiddelbart ovenfor er en oversættelse af »justifiant« i den franske originalversion af dommen. I den danske version er dette ord oversat til »begrunder«).