

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

26. marts 2015 (*)

»Præjudiciel forelæggelse – direktiv 2004/18/EF– offentlige tjenesteydelseskontrakter – procedures forløb – tildelingskriterier – kvalifikationer hos det personale, der er udpeget til at gennemføre kontrakten«

I sag C-601/13,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) ved afgørelse af 24. oktober 2013, indgået til Domstolen den 25. november 2013, i sagen:

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA

mod

Nersant – Associação Empresarial da Região de Santarém,

Núcleo Inicial – Formação e Consultoria Lda,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, T. von Danwitz, og dommerne C. Vajda, A. Rosas, E. Juhász (refererende dommer) og D. Šváby,

generaladvokat: M. Wathelet

justitssekretær: fuldmægtig M. Aleksejev,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 6. november 2014,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA ved advogado H. Rodrigues da Silva
- Nersant – Associação Empresarial da Região de Santarém ved advogadas A. Robin de Andrade og D. Melo Fernandes
- den portugisiske regering ved L. Inez Fernandes og H. Fragoso, som befuldmægtigede
- den græske regering ved F. Dedousi og V. Stroumpouli, som befuldmægtigede
- den polske regering ved B. Majczyna, som befuldmægtiget
- Europa-Kommissionen ved M. Afonso og S. Delaude samt ved A. Tokár og G. Braga da

Cruz, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 18. december 2014, afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 44-48 og 53 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114, berigtiget i EUT L 351, s. 44).
- 2 Denne anmodning er forelagt som led i en sag mellem Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA (herefter »Ambisig«) og Nersant – Associação Empresarial da Região de Santarém (herefter »Nersant«) vedrørende Nersants beslutning om at tildele Iberscal – Consultores Lda (herefter »Iberscal«), og ikke Ambisig, en kontrakt vedrørende tjenesteydelser på området for uddannelse og konsulentbistand.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2004/18

- 3 I 46. betragtning til direktiv 2004/18 bemærkes, at tildelingen af kontrakter skal foretages på grundlag af objektive kriterier, der sikrer, at principperne om gennemsigtighed, ikke-forskelsbehandling og ligebehandling overholdes, og at tilbuddene vurderes på reelle konkurrencevilkår.
- 4 Tredje afsnit i 46. betragtning til direktivet er affattet således:

»Når de ordregivende myndigheder vælger at tildele kontrakten til den, der har givet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, vurderer de tilbuddene for at fastslå, hvilket der indebærer det bedste forhold mellem kvalitet og pris. Med henblik herpå fastsætter de økonomiske og kvalitative kriterier, der tilsammen skal gøre det muligt at fastslå, hvilket tilbud er det økonomisk mest fordelagtigt for den ordregivende myndighed. Disse kriterier fastsættes ud fra kontraktsgenstanden, idet de skal gøre det muligt at vurdere de enkelte tilbuds resultatniveau i forhold til kontraktsgenstanden som defineret i de tekniske specifikationer og at måle forholdet mellem kvalitet og pris for hvert tilbud.«
- 5 Artikel 44, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/18 er affattet således:

»1. Kontrakter tildeles på grundlag af kriterierne i artikel 53 og 55 under hensyn til artikel 24, efter at de ordregivende myndigheder har undersøgt, om de økonomiske aktører, der ikke er udelukket i henhold til artikel 45 og 46, er egnede; en sådan egnethedsundersøgelse udføres i overensstemmelse med kriterierne om økonomisk og finansiell formåen, faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i artikel 47-52 og om nødvendigt i overensstemmelse med de ikke-

diskriminerende regler og kriterier, der er nævnt i stk. 3.

2. De ordregivende myndigheder kan kræve minimumskriterier for egnethed, som ansøgere og tilbudsgivere i overensstemmelse med artikel 47 og 48 skal opfylde.

Omfanget af de i artikel 47 og 48 omhandlede oplysninger samt de minimumskriterier for egnethed, der kræves i forbindelse med en bestemt kontrakt, skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand.

Disse minimumskriterier anføres i udbudsbetingelserne.«

6 Artikel 48, stk. 1, i direktiv 2004/18 bestemmer, at de økonomiske aktørers tekniske og/eller faglige formåen vurderes og efterprøves i overensstemmelse med denne artikels stk. 2 og 3. I henhold til direktivets artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), og artikel 48, stk. 2, litra e), kan den tekniske formåen godtgøres afhængigt af arten, mængden eller betydningen og anvendelsen af de pågældende tjenesteydelser, bl.a. ved at forelægge en liste over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste tre år og med oplysning om de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos tjenesteyderen og/eller virksomhedens medarbejdere og især hos den eller de personer, der er ansvarlige for gennemførelsen af tjenesteydelserne.

7 Artikel 53 i direktiv 2004/18 bestemmer følgende:

»1. Med forbehold af nationale love eller administrative bestemmelser om vederlag for visse tjenesteydelser lægger de ordregivende myndigheder følgende kriterier til grund for tildelingen af offentlige kontrakter:

a) enten, når tildelingen sker på grundlag af det set ud fra ordregiverens synspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud, forskellige kriterier i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktionsmæssig karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid

b) eller udelukkende den laveste pris.

2. Den ordregivende myndighed angiver i det i stk. 1, litra a), omhandlede tilfælde i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne eller ved konkurrencepræget dialog i det beskrivende dokument, hvordan den relativt vil vægte de kriterier, der er valgt med henblik på at afgøre, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige, jf. dog tredje afsnit.

Denne vægtning kan angives ved fastsættelse af en ramme med et passende maksimalt udsving.

Når den ordregivende myndighed ikke mener, at der kan foretages en vægtning, og kan påvise dette, angiver den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne eller, ved konkurrencepræget dialog, i det beskrivende dokument kriteriernes prioriterede rækkefølge med det vigtigste først.«

Portugisisk ret

8 I henhold til artikel 75, stk. 1, artikel 75 i loven om offentlige kontrakter (Código dos Contratos Públicos, herefter »CCP«) skal »[d]e faktorer og eventuelle underliggende faktorer, som udgør kriteriet for tildelingen af kontrakter i henhold til det økonomisk mest fordelagtige tilbud, [...] omfatte alle de aspekter af gennemførelsen af den pågældende kontrakt, som er indeholdt i de

udbudsbetingelser, der er forelagt tilbudsgiverne, og kun disse aspekter, uden at der direkte eller indirekte må henvises til situationer, kvalifikationer, karakteristika eller andre faktiske elementer, som vedrører tilbudsgiverne«.

Twisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

- 9 Ved bekendtgørelse offentliggjort den 24. november 2011 iværksatte Nersant en udbudsprocedure med henblik på levering af uddannelses- og konsulentytelser til gennemførelse af projektet »MOVE PME, Área de qualidade, ambiente, segurança e saúde no trabalho, segurança alimentar Médio-Tage – PME«.
- 10 Denne udbudsbekendtgørelses artikel 5 bestemte, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud ville blive lagt til grund for tildelingen af kontrakter på grundlag af følgende faktorer:
- »A. Vurdering af det bydende hold – 40%
- i) Denne vurdering foretages ved at tage højde for det bydende holds sammensætning, dokumenterede erfaring og uddannelsesmæssige og erhvervsmæssige baggrund.
- B. Den foreslåede tjenesteydelses kvaliteter og fortjenester – 55%
- i) Samlet vurdering af den foreslåede struktur, herunder arbejdsprogrammet – 0-20%.
- ii) Beskrivelse af de teknikker, som vil blive anvendt, og af metoderne – 0-15%.
- iii) Beskrivelse af metoderne til efterprøvning og kontrol af kvaliteten af arbejdet inden for de forskellige indsatsområder – 0-20%.
- C. Samlet pris – 5%.
- Det tilbud, der opnår det højeste antal point, vil blive foretrukket.«
- 11 Ambisig afgav et tilbud som led i den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure. Bedømmelsesudvalget anførte i sin indledende rapport, at Iberscal var den bedst placerede bydende i dette udbud.
- 12 Den 3. januar 2012 anmodede Ambisig om tilladelse til at udøve sin ret til forudgående høring, idet selskabet anfægtede lovligheden af den i denne udbudsbekendtgørelses artikel 5, litra A), fastsatte faktor vedrørende vurderingen af holdet udpeget til at gennemføre kontrakten.
- 13 I et tillæg af 14. februar 2012 til sin endelige rapport af 4. januar 2012 afviste det nævnte udvalg de argumenter, som Ambisig havde fremført til støtte for sin anmodning om en forudgående høring. Ifølge bedømmelsesudvalget var formålet med den i hovedsagen omhandlede udbudsbekendtgørelses artikel 5, litra A), fastsatte faktor at vurdere »konkrete tekniske hold, som tilbudsgiveren foreslår at benytte til de arbejder, der skal gennemføres«, og »det bydende tekniske holds erfaring er i dette tilfælde en iboende egenskab, der kendetegner tilbuddet, og ikke en egenskab, der kendetegner tilbudsgiveren.«
- 14 Ved beslutning af 14. februar 2012 tildelte formanden for Nersants forretningsudvalg på grundlag af bedømmelsesudvalgets henstillinger tjenesteydelseskontrakten til Iberscal og godkendte samtidig udkastet til den tilhørende tjenesteydelseskontrakt. Den 19. marts 2012 blev denne kontrakt indgået

mellem Nersant og Iberscal.

- 15 Ambisig anlagde et søgsmål ved Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (Retten for administrative og skatteretlige spørgsmål i Leiria) med påstand om annullation af den i hovedsagen omhandlede beslutning fra formanden for Nersants forretningsudvalg af 14. februar 2012 om tildeling af den pågældende tjenesteydelseskontrakt til Iberscal. Under sagen begærede Ambisig ligeledes, og fik medhold i, at søgsmålsgenstanden udvidedes til at omfatte annullation af tjenesteydelseskontrakten indgået den 19. marts 2012.
- 16 Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria frifandt Nersant i det hele, og Ambisig appellerede derfor afgørelsen til Tribunal Central Administrativo Sul (den centrale ret for administrative spørgsmål syd).
- 17 Appellinstansen fandt, idet den tiltrådte afgørelsen i første instans, at faktoren fastsat i den i hovedsagen omhandlede udbudsbekendtgørelses artikel 5, litra A), var i overensstemmelse med CCP's artikel 75, stk. 1, idet denne faktor henviste til »det hold, som foreslås til gennemførelsen af den tjenesteydelseskontrakt, der er genstand for udbuddet, og ikke direkte eller indirekte til situationer, kvalifikationer, karakteristika eller andre faktiske elementer, som vedrører tilbudsgiverne«.
- 18 Ambisig iværksatte appel til prøvelse af Tribunal Central Administrativo Suls dom ved Supremo Tribunal Administrativo (højesteretten for administrative sager) i det væsentlige med påstand om, at faktoren fastsat i den i hovedsagen omhandlede udbudsbekendtgørelses artikel 5, litra A), var ulovlig i henhold til CCP's artikel 75, stk. 1.
- 19 Ifølge Supremo Tribunal Administrativo's forelæggelsesafgørelse er det spørgsmål, der skal afgøres, om kriterier som dem, der er opstillet i den i hovedsagen omhandlede udbudsbekendtgørelses artikel 5, litra A), ligeledes kan være en del af tildelingskriterierne for kontrakter som omhandlet i artikel 53 i direktiv 2004/18 i offentlige udbudsprocedurer om levering af uddannelses- og konsulentytelser.
- 20 Supremo Tribunal Administrativo har i denne forbindelse anført, at Europa-Kommissionen har fremsat et forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om indgåelse af offentlige kontrakter (KOM(2011) 896 endelig), der udgør et nyt element i forhold til Domstolens praksis på området.
- 21 Den forelæggende ret har på denne baggrund besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er det i forbindelse med tjenesteydelseskontrakter vedrørende intellektuelle ydelser, uddannelse og konsulentbistand foreneligt med direktiv [2004/18], at de elementer, der til sammen udgør kriteriet for tildelingen af kontrakter i forbindelse med tilbud afgivet i en offentlig udbudsprocedure, ligeledes omfatter et element, hvorefter de hold, som tilbudsgiverne konkret har foreslået med henblik på opfyldelsen af kontrakten, vurderes med hensyn til disse holds sammensætning, dokumenterede erfaring og uddannelsesmæssige og erhvervsmæssige baggrund?«

Om det præjudicielle spørgsmål

- 22 Det præjudicielle spørgsmål vedrører nærmere bestemt spørgsmålet, om artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 er til hinder for, at den ordregivende myndighed med henblik på indgåelsen af en kontrakt om levering af tjenesteydelser af intellektuel karakter fastsætter et tildelingskriterium, som giver mulighed for at vurdere kvaliteten af de hold, som tilbudsgiverne konkret har foreslået med

henblik på opfyldelsen af kontrakten, og at dette kriterium tager hensyn til disse holds sammensætning samt dets medlemmers dokumenterede erfaring og uddannelsesmæssige og erhvervsmæssige baggrund.

- 23 Den forelæggende ret har fundet det nødvendigt at rejse dette spørgsmål på grundlag af den modsigelse, der foreligger mellem på den ene side Domstolens praksis om efterprøvelsen af de erhvervsdrivendes egnethed til at gennemføre en kontrakt og om tildelingskriterierne for kontrakter, som det fremgår af dom Lianakis m.fl. (C-532/06, EU:C:2008:40), og på den anden side Kommissionens forslag med henblik på en ændring af reglerne for procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter og den omstændighed, at kvaliteten er et af de tildelingskriterier, der er fastsat i artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18. Dette kriterium kan knyttes til holdets opbygning og dets medlemmers erfaring og uddannelsesmæssige og erhvervsmæssige baggrund, til hvem gennemførelsen af den indgåede kontrakt betros.
- 24 Det skal indledningsvis fastslås, at Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT L 94, s. 65), der trådte i kraft efter de faktiske omstændigheder i hovedsagen, ikke finder anvendelse i nærværende sag.
- 25 Det skal endvidere bemærkes, at den praksis, der følger af dom Lianakis m.fl. (C-532/06, EU:C:2008:40), vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1), som blev ophævet ved direktiv 2004/18, og at denne dom ikke udelukker, at en ordregivende myndighed på visse betingelser på tidspunktet for tildelingen af kontrakten kan fastsætte og anvende kriterier som det, der fremgår af det præjudicielle spørgsmål.
- 26 Denne dom vedrører nemlig tilbudsgiveres styrker og erfaring generelt, og ikke som i nærværende sag styrker og erfaring hos personer, som udgør et særligt hold, der konkret skal gennemføre kontrakten.
- 27 Hvad angår det af den forelæggende ret rejste spørgsmål om fortolkningen af artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 bemærkes, at dette direktiv indførte nye elementer i EU-lovgivningen på området for offentlige kontrakter i forhold til direktiv 92/50.
- 28 For det første bestemmes det i artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18, at det »mest fordelagtige tilbud« skal identificeres »ud fra ordregiverens synspunkt«, og den ordregivende myndighed indrømmes således en videre skønsmargen.
- 29 For det andet præciseres i tredje afsnit i 46. betragtning til direktiv 2004/18, at der i de tilfælde, hvor kontrakten skal tildeles den tilbudsgiver, der giver det økonomisk mest fordelagtige bud, skal findes det bud, »der indebærer det bedste forhold mellem kvalitet og pris«, hvilket styrker betydningen af kvalitet blandt tildelingskriterierne for offentlige kontrakter.
- 30 Det skal ligeledes tilføjes, at de kriterier, som kan anvendes af de ordregivende myndigheder, ikke er udtømmende opregnet i artikel 53, stk. 1, i direktiv 2004/18. Denne bestemmelse overlader det således til de ordregivende myndigheder at vælge, hvilke kriterier for tildeling af kontrakten de vil anvende. De kan dog kun vælge kriterier, som har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud (jf. i denne retning dom Lianakis m.fl., C-532/06, EU:C:2008:40, præmis 28 og 29 og den deri nævnte retspraksis). Med henblik herpå pålægger artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 udtrykkeligt, at tildelingskriterierne skal have forbindelse til kontraktens genstand (jf. dom Kommissionen mod Nederlandene, C-368/10, EU:C:2012:284, præmis 86).

- 31 Kvaliteten af gennemførelsen af en offentlig kontrakt kan på afgørende vis være afhængig af den faglige formåen hos de personer, der er pålagt at gennemføre den. Denne formåen udgøres af deres faglige erfaring og deres uddannelse.
- 32 Dette gælder så meget desto mere, når den ydelse, der er genstand for kontrakten, er af intellektuel art og som i hovedsagen vedrører uddannelses- og konsulenttydelser.
- 33 Når en sådan kontrakt skal gennemføres af et hold, er dette holds medlemmers kompetencer og erfaring afgørende for at vurdere dette holds faglige kvalitet. Denne kvalitet kan være en iboende egenskab i tilbuddet og være forbundet med kontraktens genstand som omhandlet i artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18.
- 34 Følgelig kan den nævnte kvalitet fremgå af tildelingskriterierne i pågældende udbudsbekendtgørelse eller af udbudsbetingelserne.
- 35 I betragtning af det ovenstående skal det præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18 ikke er til hinder for, at den ordregivende myndighed med henblik på indgåelsen af kontrakter vedrørende tjenesteydelser af intellektuel karakter på området for uddannelse og konsulentbistand fastsætter et kriterium, som giver mulighed for at vurdere kvaliteten af de hold, som tilbudsgiverne konkret har foreslået med henblik på opfyldelsen af denne kontrakt, når dette kriterium tager hensyn til disse holds sammensætning samt dets medlemmers dokumenterede erfaring samt uddannelsesmæssige og erhvervmæssige baggrund.
- 36 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. 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 (Femte Afdeling) for ret:

Artikel 53, stk. 1, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter er ikke til hinder for, at den ordregivende myndighed med henblik på indgåelsen af kontrakter vedrørende tjenesteydelser af intellektuel karakter på området for uddannelse og konsulentbistand fastsætter et kriterium, som giver mulighed for at vurdere kvaliteten af de hold, som tilbudsgiverne konkret har foreslået med henblik på opfyldelsen af kontrakten, når dette kriterium tager hensyn til disse holds sammensætning og dets medlemmers dokumenterede erfaring samt uddannelsesmæssige og erhvervmæssige baggrund.

Underskrifter

* Processprog: portugisisk.