

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. MAZÁK

fremsat den 10. februar 2009¹

I — Indledning

»Kriterier for kvalitativ udvælgelse«, bestemmer:

1. I denne sag anmoder Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Domstolen om at afgøre, om den opregning af udelukkelsesgrunde, der er indeholdt i artikel 29 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler² (herefter »direktiv 92/50«), og som indeholder syv grunde til at udelukke tjenesteydere fra deltagelse i en udbudsprocedure, er udtømmende og derfor til hinder for at fastsætte et forbud i national lovgivning mod, at virksomheder, der er indbyrdes forbundet i kraft af et kontrolforhold i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 2359 i den italienske civile retsplejelov (herefter »codice civile«), deltager samtidig i en udbudsprocedure.

»Fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver tjenesteyder:

- a) hvis bo er under konkurs, likvidation, skifte eller tvangsakkord uden for konkurs, som har indstillet sin erhvervsvirksomhed eller befinder sig i en lignende situation i henhold til en tilsvarende procedure, der er fastsat i national lovgivning

II — Retsforskrifter

A — Fællesskabslovgivning

2. Artikel 29 i direktiv 92/50, der er indeholdt i kapitel 2, afsnit VI, som vedrører

- b) hvis bo er begæret taget under konkursbehandling eller behandling med henblik på likvidation, skifte eller tvangsakkord uden for konkurs eller enhver tilsvarende

¹ — Originalsprog: engelsk.

² — EFT L 209, s. 1.

behandling, der er fastsat i national lovgivning

- f) som ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter i henhold til retsforskrifterne i den ordregivende myndigheds land
- g) som svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kan kræves i henhold til dette kapitel, eller som har undladt at give disse oplysninger.
- c) som ved en retskraftig dom er dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om hans faglige hæderlighed

[...]

- d) som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret

B — Italienske retsforskrifter

- 3. Lovdekret nr. 157 af 17. marts 1995 om gennemførelse af direktiv 92/50/EØF om offentlige tjenesteydelsesaftaler (attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi) (herefter »lovdekret nr. 157/1995«)³ indeholder ikke noget forbud mod, at virksomheder, der er indbyrdes forbundet i kraft af et kontrolforhold, deltager i en udbudsprocedure.
- e) som ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til retsforskrifterne i det land, hvor han er etableret, eller i den ordregivende myndigheds land

³ — Almindeligt supplement til *GIURI* nr. 104 af 6.5.1995.

4. Artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109, som er rammeloven om offentlige arbejder (Legge Quadro in materia di lavori pubblici) af 11. februar 1994⁴ (herefter »artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94«), bestemmer:

»Virksomheder, mellem hvem der består et kontrolforhold i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 2359 i codice civile, kan ikke deltage i den samme udbudsprocedure.«

5. Artikel 2359 i den italienske lov om den civile retspleje, som er indeholdt i afsnittet om »Kontrollerede og tilknyttede selskaber«, bestemmer:

»Følgende selskaber anses for kontrollerede selskaber:

- 1) selskaber, hvori et andet selskab råder over flertallet af de stemmer, der kan afgives på den ordinære generalforsamling

- 2) selskaber, hvori et andet selskab råder over et tilstrækkeligt stort antal stemmer til at udøve en dominerende indflydelse på den ordinære generalforsamling

- 3) selskaber, som er under dominerende indflydelse fra et andet selskab på grund af visse kontraktlige forpligtelser, der er indgået med dette.

Ved anvendelsen af nr. 1 og 2 skal der også tages hensyn til de stemmer, der tilkommer kontrollerede selskaber, formueforvaltnings-selskaber og mellemmand; der tages ikke hensyn til de stemmer, som tilkommer tredje-mænd.

Ved tilknyttede selskaber forstås selskaber, hvorpå et andet selskab udøver en væsentlig indflydelse. Der antages at foreligge en sådan indflydelse fra et andet selskab, når dette råder over mindst en femtedel af stemmerne på den ordinære generalforsamling eller en tiendedel, hvis selskabet har aktier, som er noteret på regulerede markeder.«

6. Det sidste stykke i artikel 34 i den nye lov om offentlige aftaler, som blev godkendt ved lovdekret nr. 163/06 af 12. april 2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e

4 — GURI nr. 41 af 19.2.1994, almindeligt supplement.

forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE)⁵ (herefter »lovdekret nr. 163/06«) (der på grund af dets tidsmæssige anvendelsesområde ikke finder anvendelse på denne sag), indeholder følgende bestemmelser, der gælder for alle udbudsprocedurer: »Bydende, mellem hvem der består et kontrolforhold i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 2359 i codice civile, kan ikke deltage i den samme udbudsprocedure. De ordregivende myndigheder skal også udelukke bydende fra udbudsproceduren, når det fremgår af samstemmende beviser, at disses bud hidrører fra et og samme beslutningscenter.«

8. Efter en gennemgang af den administrative dokumentation, som blev fremlagt af de bydende, fik SDA Express Courier SpA (herefter »SDA«), Poste Italiane SpA (herefter »Poste Italiane«) og Assitur Srl (herefter »Assitur«) adgang til udbudsproceduren.

9. Den 12. november 2003 rejste Assitur krav om, at der i overensstemmelse med de udbudsbestemmelser, som indeholdt et forbud for enkeltvirksomheder mod også at deltage i en udbudsprocedure som medlem af en gruppe, blev truffet bestemmelse om at udelukke SDA og Poste Italiane fra proceduren på grund af disse virksomheders indbyrdes tilknytning.

III — Hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

7. Ved udbudsbekendtgørelse af 30. september 2003 gav Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (»CCIAAM«) meddelelse om, at der ville blive afholdt en offentlig licitation med henblik på indgåelse af en tjenesteydelsesaftale vedrørende udførelse af posttjenester for treårsperioden 2004-2006, bl.a. for CCIAAM, for hvilket basisauktionsbeløbet udgjorde 530 000 EUR eksklusiv moms, og hvorunder kriteriet om den laveste pris ville blive anvendt.

10. Udbudsudvalget indledte fasen for åbning af buddene efter at have konstateret, at SDA og Poste Italiane deltog hver for sig i udbudsproceduren. Udbudsudvalget pålagde herefter den for proceduren ansvarlige person at undersøge, om der var nogen forbindelse mellem SDA og Poste Italiane, som kunne udgøre en hindring for disses deltagelse i udbudsproceduren.

11. Det fremgik af denne undersøgelse, at hele aktieposten i SDA var ejet af Attività Mobiliari SpA, som Poste Italiane på sin side

5 — *GIURI* nr. 100 af 2.5.2006, almindeligt supplement nr. 107.

var 100% indehaver af. Udbudsudvalget fremhævede dog, at lovdekret nr. 157/1995, som gennemførte direktiv 92/50 i Italien, ikke indeholder noget forbud mod, at virksomheder, som er indbyrdes forbundet i kraft af et kontrolforhold, deltager i udbudsproceduren. Udvalget bemærkede endvidere, at der ikke i sagen var nogen seriøse og samstemmende holdepunkter for at antage, at principperne om fri konkurrence og buddenes fortrolighed var tilsidesat. Udbudsudvalget foreslog derfor at indgå tjenesteydelsesaftalen med SDA, som havde fremsat det laveste bud.

12. Ved beslutning nr. 712 af 2. december 2003 tildelte CCIAAM SDA tjenesteydelseskontrakten.

13. Under sagen for den forelæggende ret har Assitur bl.a. nedlagt påstand om annullation af beslutningen af 2. december 2003 og om, at det fastslås, at selskabet er berettiget til at få tildelt kontrakten. Til støtte herfor har Assitur bl.a. gjort gældende, at udbudsproceduren er i strid med artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 og med udbudsbetingelserne. Assitur har navnlig gjort gældende, at den ordregivende myndighed i medfør af artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94, som efter selskabets opfattelse også finder anvendelse på tjenesteydelsesaftaler, burde have udelukket de selskaber fra

udbudsproceduren, mellem hvem der består et kontrolforhold i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2359 i codice civile.

14. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 indeholder en klar bestemmelse, som udelukker selskaber fra at deltage i en udbudsprocedure, hvis der består et kontrolforhold mellem dem som omhandlet i artikel 2359 i codice civile. Ifølge denne bestemmelse gælder der en uafkræftelig formodning for, at det kontrollerende selskab er bekendt med det kontrollerede selskabs bud. Endvidere er den forelæggende ret af den opfattelse, at bestemmelsen i artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 er en regel til beskyttelse af en grundlæggende samfundsinteresse (»norma di ordine pubblico«) og derfor ikke blot gælder for aftaler om offentlige bygge- og anlægsarbejder, men også for aftaler om offentlige tjenesteydelser og indkøb. Efter den forelæggende rets opfattelse var det derfor berettiget at antage, at udbudsudvalget straks burde have udelukket både SDA og Poste Italiane, mellem hvem der åbenbart består et kontrolforhold i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2359 i codice civile.

15. Den forelæggende ret finder imidlertid, at de nævnte nationale rammebestemmelser rejser en række fortolkningsproblemer hvad

angår deres forenelighed med fællesskabsretten og navnlig med artikel 29 i direktiv 92/50, således som Domstolen har fortolket denne bestemmelse i dommen i sagen *La Cascina m.fl.*⁶. I denne sag fastslog Domstolen efter at have konstateret, at artikel 29 i direktiv 92/50 indeholder syv grunde til at udelukke bydende fra en udbudsprocedure, at medlemsstaterne ikke kan fastsætte andre udelukkelsesgrunde end dem, som er indeholdt i bestemmelsen.

16. I den forbindelse bemærker den forelæggende ret dog, at den bestemmelse, som er indeholdt i artikel 10, stk. 1a, i lov 109/94, hvis anvendelsesområde er blevet udvidet ved lovdekret nr. 163/06, har til formål at straffe hemmelige aftaler under en udbudsprocedure mellem virksomheder, som er tæt indbyrdes forbundet. Denne bestemmelse forstærker derfor virkeliggørelsen af princippet om fri konkurrence og er ikke reelt i modstrid med artikel 29 i direktiv 92/50.

udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 29 i direktiv 92/50/EF fortolkes således, at de syv grunde, som ifølge denne bestemmelse kan gøre det berettiget at udelukke en tjenesteyder fra deltagelse i en udbudsprocedure, skal anses for en udtømmende liste af udelukkelsesgrunde, som er til hinder for, at der ved artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 (som nu er afløst af artikel 34, sidste stykke, i lovdekret nr. 136/06) fastsættes et forbud mod, at virksomheder, mellem hvem der består et kontrolforhold, deltager i samme udbudsprocedure?«

IV — Sagen ved Domstolen

17. Ud fra disse betragtninger har Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ved afgørelse af 5. december 2006 besluttet at

18. Der er afgivet skriftlige og mundtlige indlæg af CCIAAM, SDA, Poste Italiane, Den Italienske Republik og Kommissionen. Endvidere har Assitur afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 4. december 2008.

6 — Forenede sager C-226/04 og C-228/04, Sml. I, s. 1347.

V — Formaliteten

19. CCIAAM og SDA har gjort gældende, at det præjudicielle spørgsmål, som er forelagt Domstolen, må afvises fra realitetsbehandling. Efter CCIAAM's opfattelse fremgår det klart af forelæggelsesafgørelsen, at den forelæggende ret mener, der er en lakune i artikel 29 i direktiv 92/50, da den ikke indeholder nogen bestemmelse om udelukkelse af indbyrdes forbundne selskaber. Den forelæggende ret ønsker derfor ikke en fortolkning af artikel 29 i direktiv 92/50, men at der foretages en tilføjelse til denne bestemmelse. SDA har gjort gældende, at den forelæggende ret ikke har fastslået, at der er en forbindelse mellem SDA og Poste Italiane, som har medført en fordrejning af udbudsproceduren, hvorfor den ikke kan anmode Domstolen om at træffe afgørelse vedrørende dette spørgsmål. Med det forelagte spørgsmål søges der alene fastslået faktiske omstændigheder, hvilken kompetence udelukkende tilkommer den nationale ret.

20. I overensstemmelse med fast retspraksis tilkommer det inden for rammerne af det samarbejde, der i henhold til artikel 234 EF er indført mellem Domstolen og de nationale retter, den nationale ret, for hvem tvisten er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, at vurdere på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de forelagte præjudicielle spørgsmål vedrører fortolkningen af en

bestemmelse i fællesskabsretten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom⁷.

21. Domstolen har dog også fastslået, at den i særlige tilfælde er beføjet til at undersøge de omstændigheder, hvorunder den nationale domstol har forelagt sagen, for at afgøre, om den har den nødvendige kompetence. Ifølge fast retspraksis er det kun muligt at afvise en anmodning om præjudiciel afgørelse fra en national ret, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten 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 give en hensigtsmæssig besvarelse af de forelagte spørgsmål⁸.

22. Det er imidlertid ikke tilfældet i denne sag.

7 — Dom af 12.4.2005, sag C-145/03, Keller, Sml. I, s. 2529, præmis 33, og af 18.7.2007, sag C-119/05, Lucchini, Sml. I, s. 6199, præmis 43.

8 — Dom af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 39, af 22.1.2001, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 19, og af 11.9.2008, sag C-11/07, Eckelkamp m.fl., Sml. I, s. 6845, præmis 28.

23. Efter min opfattelse fremgår det klart af forelæggelsesafgørelsen, at Domstolen anmodes om at klargøre, hvorvidt den forelæggende ret efter fællesskabsretten, og navnlig efter artikel 29 i direktiv 92/50 og retspraksis vedrørende denne bestemmelse, er forpligtet til ikke at anvende nationale retsforskrifter, som fastsætter, at selskaber, der er indbyrdes forbundet i kraft af et kontrolforhold, er udelukket fra udbudsprocedurer.

24. Under sagen ved den forelæggende ret har Assitur gjort gældende, at CCIAAM i overensstemmelse med artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 burde have udelukket de selskaber fra udbudsproceduren, mellem hvem der bestod et indbyrdes kontrolforhold i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2359 i codice civile. Heroverfor har CCIAAM, SDA og Poste Italiane gjort gældende, at medlemsstaterne ikke ifølge Domstolens dom i sager La Cascina m.fl.⁹ kan fastsætte andre grunde til at udelukke bydende fra en udbudsprocedure end dem, der er fastsat i artikel 29 i direktiv 92/50. CCIAAM, SDA og Poste Italiane har henvist til, at der blandt de udtømmende udelukkelsesgrunde, som er indeholdt i artikel 29 i direktiv 92/50, ikke er angivet den grund, at selskaber er indbyrdes forbundet i kraft af et kontrolforhold. Den forelæggende ret er imidlertid af den opfattelse, at under hensyn til, at bestemmelsen i artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 har til formål at straffe hemmelige aftaler mellem selskaber, forstærker bestemmelsen den korrekte virkeliggørelse af prin-

cippet om fri konkurrence og er derfor bl.a. i overensstemmelse med artikel 81 EF ff.

25. Det forelagte spørgsmål vedrører derfor klart hovedsagens genstand, som denne er beskrevet af den forelæggende ret, og en besvarelse af dette spørgsmål kan være til hjælp for denne ret, således at den kan træffe afgørelse om, hvorvidt det er i overensstemmelse med fællesskabsretten at udelukke selskaber fra den pågældende udbudsprocedure i henhold til artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94.

26. Hertil kommer, at det forelagte spørgsmål ikke efter min opfattelse tilsigter at få afgjort, om og i hvilket omfang SDA og Poste Italiane faktisk er forbundet indbyrdes, således som det hævdes af SDA. Som sidstnævnte med rette har påpeget, er dette et spørgsmål, der udelukkende henhører under den nationale rets kompetence.

27. Af disse grunde mener jeg, at Domstolen bør realitetsbehandle anmodningen om præjudiciel afgørelse.

9 — Nævnt ovenfor i fodnote 6.

VI — Realiteten

tilstrækkelig til at udelukke det fra en udbudsprocedure, når der ikke er fastslået at være en konkret forbindelse.

A — Indlæg ved Domstolen

28. Assitur gjorde under den mundtlige forhandling den 4. december 2008 gældende, at listen i artikel 29 i direktiv 92/50 ikke er udtømmende. Efter selskabets opfattelse må det anses for ulovligt, at to selskaber, hvoraf det ene er 100% kontrolleret af det andet, deltager i en udbudsprocedure som i den foreliggende sag, da dette utvivlsomt er i strid med princippet om fri konkurrence, som det er nødvendigt at beskytte.

30. SDA, Poste Italiane og Den Italienske Republik har gjort gældende, at artikel 29 i direktiv 92/50, som fastsætter syv grunde til at udelukke bydende fra at deltage i en udbudsprocedure, ifølge dommen i sagen *La Cascina m.fl.*¹⁰ udgør en garanti for, at medlemsstaterne ikke fastsætter andre udelukkelsesgrunde end dem, der er nævnt i bestemmelsen. Efter SDA's opfattelse er artikel 29 i direktiv 92/50 derfor til hinder for at vedtage nationale retsfor skrifter som dem, der er indeholdt i artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94.

29. CCIAAM har gjort gældende, at så længe der ikke findes nogen lovbestemmelse, der forbyder kontrollerede selskaber at deltage i en udbudsprocedure om tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler, eller dette ikke er angivet i udbudsbekendtgørelsen, kunne Poste Italiane og SDA ikke automatisk udelukkes fra udbudsproceduren om tildeling af den pågældende kontrakt. Endvidere efterprøvede den ordregivende myndighed, at forholdet mellem SDA og Poste Italiane ikke var af en sådan karakter, at det berørte udbudsprocedurens gennemsækelighed og korrekte gennemførelse. Den omstændighed alene, at et selskab ejer kapital i et andet selskab, er ikke efter fællesskabsretten

31. Poste Italiane har endvidere gjort gældende, at artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 snarere hindrer end forstærker princippet om fri konkurrence, da der ifølge denne bestemmelse består en uafkræftelig formodning for, at der foreligger en hemmelig aftale, når selskaberne er indbyrdes forbundet i kraft af et kontrolforhold. Bestemmelsen forhindrer nemlig, at selskaberne deltager samtidig i en udbudsprocedure, selv om kontrolforholdet ikke faktisk har ført til en indbyrdes aftale mellem dem, hvorved bestemmelsen begrænser antallet af bydende.

¹⁰ — Nævnt ovenfor i fodnote 6.

32. Den Italienske Republik har gjort gældende, at artikel 29 i direktiv 92/50 angår udelukkelsen af selskaber på grundlag af disses personlige (og generelle) situation, hvorimod artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 objektivt regulerer den situation, hvor der er afgivet forskellige bud, ved at udelukke dem, der i realiteten er afgivet af det samme beslutningscenter, og som derfor ikke har den nødvendige grad af uafhængighed, soliditet og pålidelighed. Bestemmelsens formål er, at den ordregivende myndighed har sikkerhed for, at der udøves en effektiv konkurrence under udbudsproceduren, og at enhver mulighed for en hemmelig aftale er udelukket. Den Italienske Republik er derfor af den opfattelse, at artikel 29 i direktiv 92/50 ikke udelukker medlemsstaterne fra at vedtage udelukkelsesklausuler for at kunne regulere objektive situationer, hvor der ikke er garanteret en effektiv konkurrence mellem de bydende, selv om der er mange bydende.

33. Kommissionen har gjort gældende, at artikel 29 i direktiv 92/50 ifølge dommen i sagen *La Cascina m.fl.* indeholder en udtømmende liste med syv grunde til at udelukke bydende fra at deltage i en udbudsprocedure, som vedrører disses faglige hæderlighed, solvens og pålidelighed. Medlemsstaterne kan derfor ikke fastsætte andre udelukkelsesgrunde hvad angår en bydendes faglige hæderlighed, solvens og pålidelighed. Artikel 29 udelukker dog ikke medlemssta-

terne fra at vedtage andre udelukkelsesgrunde, som ikke angår den bydendes hæderlighed i erhvervsforhold, solvens og pålidelighed, men kun under hensyn til nødvendigheden af at sikre, at en udbudsprocedure afvikles korrekt og navnlig under skyldig hensyntagen til lighedsprincippet. Da et tilbud fra et selskab, som kontrolleres af et andet selskab, må antages at være kendt af dette og endog kan tænkes at blive »kontrolleret« af det, er formålet med artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 at sikre en effektiv konkurrence og ligebehandling af de bydende. Kommissionen fremhæver også, at en gruppe af selskaber kan tænkes ved samordning af bud at påvirke fastsættelsen af grænsen for unormalt lave bud, hvilket kan føre til, at bydende, der ikke er medlem af gruppen, udelukkes.

34. Artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 tilstræber et lovligt formål om at sikre ligebehandling, men er efter Kommissionens opfattelse uforholdsmæssig efter sin karakter, da bestemmelsen ikke giver bydende, som er indbyrdes forbundet i kraft af et kontrolforhold, mulighed for at bevise, at deres bud faktisk er afgivet uafhængigt af hinanden og uden, at det kontrollerende selskab kendte buddenes indhold. Kommissionen er derfor af den opfattelse, at den uafkræftelige formodning i artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 muligvis ikke reelt er konkurrencefremmende.

B — *Bedømmelse*

bydendes hæderlighed i erhvervsforhold, solvens og pålidelighed¹³.

35. Efter min opfattelse fremgår det klart af dommen i sagen *La Cascina m.fl.*, at artikel 29 i direktiv 92/50 indeholder en udtømmende opregning af de syv grunde, som en medlemsstat kan påberåbe sig¹¹ til støtte for at udelukke bydende fra at deltage i en udbudsprocedure på grundlag af kriterier vedrørende disses professionelle kvalitet, nemlig deres faglige hæderlighed, solvens og pålidelighed¹².

36. Artikel 29 i direktiv 92/50 indebærer derfor, at medlemsstaterne ikke kan fastsætte yderligere udelukkelsesgrunde baseret på de

37. Denne opfattelse har Domstolen for ganske nylig bekræftet i *Michaniki*-sagen¹⁴ i relation til artikel 24 i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter¹⁵. Også artikel 24 i direktiv 93/37 fastsætter syv grunde til at udelukke bydende fra at deltage i en udbudsprocedure som følge af disses hæderlighed i erhvervsforhold, solvens og pålidelighed, der svarer til grundene i artikel 29 i direktiv 92/50.

38. Den udtømmende liste med syv grunde i artikel 29 i direktiv 92/50 udelukker imidlertid ikke medlemsstaterne fra at opretholde eller fastsætte andre bestemmelser, der navnlig har til formål at sikre, at ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed iagttages på området for offentlige kontrakter. Disse principper, som udgør grundlaget for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, skal iagttages af ordregivende myndigheder i forbindelse med enhver sådan udbudsprocedure, og indebærer navnlig, at de bydende skal behandles lige, både når de

11 — Medlemsstaterne er ikke forpligtet til at vedtage sådanne udelukkelsesgrunde, da anvendelsen af udtrykket »kan« (og ikke »skal«) i artikel 29 i direktiv 92/50 gør det valgfrit at vedtage sådanne udelukkelsesgrunde. Selv om det kan være vanskeligt at forlige den omstændighed, at medlemsstaternes vedtagelse af sådanne udelukkelsesgrunde er valgfri, med, at grundene er udtømmende, bekræftede Domstolen i dommen i sagen *La Cascina m.fl.*, at »direktivets artikel 29 tilsigter [...] ikke en ensartet anvendelse af de i bestemmelsen nævnte udelukkelsesgrunde inden for Fællesskabet, for så vidt som medlemsstaterne har mulighed for at undlade at anvende disse udelukkelsesgrunde, for at vælge den bredest mulige deltagelse i udbudsproceduren eller at integrere dem i større eller mindre grad i den nationale lovgivning på baggrund af retlige, økonomiske eller sociale overvejelser på nationalt plan. Herefter har medlemsstaterne kompetence til at lempe kriterierne i direktivets artikel 29 eller gøre dem mere fleksible«. Jf. dommens præmis 23.

12 — Jf. analogt dommen i sagen *La Cascina m.fl.*, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 21.

13 — Jf. analogt dommen i sagen *La Cascina m.fl.*, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 22.

14 — Sag C-213/07, Sml. I, s. 9999, præmis 41-43.

15 — EFT L 199, s. 54, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13.10.1997, EFT L 328, s. 1 (»direktiv 93/37«).

udarbejder deres bud, og når den ordregivende myndighed vurderer buddene. En medlemsstat er derfor berettiget til at fastsætte udelukkelsesgrunde med henblik på at sikre iagttagelsen dels af ligebehandlingsprincippet i forhold til alle de bydende, dels af princippet om gennemsigtighed inden for udbudsprocedurer om indgåelse af offentlige aftaler, bortset fra de syv udelukkelsesgrunde, der er baseret på objektive krav til erhvervets udøvelse, og som er udtømmende opregnet i artikel 29 i direktiv 92/50¹⁶.

39. Da medlemsstaterne er bedst i stand til under hensyn til deres særlige historiske, økonomiske eller sociale forhold at bestemme, i hvilke situationer der er risiko for tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af alle tilbudsgivere eller af gennemsigtighedsprincippet i procedurer om indgåelse af offentlige aftaler, bekræftede Domstolen i *Michaniki-sagen*, at der tilkommer medlemsstaterne et vist skøn i forbindelse med vedtagelsen af foranstaltninger med henblik på at sikre overholdelsen af disse principper. I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, som er et generelt princip i fællesskabsretten, må sådanne foranstaltninger dog ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt til opfyldelse af dette formål¹⁷.

16 — Jf. herom *Michaniki-dommen*, præmis 44-47 og den deri nævnte retspraksis. I *Michaniki-dommens* præmis 47 fastslog Domstolen, at »[h]eraf følger, at en medlemsstat er berettiget til *ud over* de udelukkelsesgrunde, som [beror på de objektive krav til erhvervets udøvelse], der udtømmende er opregnet i artikel 24, stk. 1, i direktiv 93/37, at fastsætte udelukkelsesgrunde med henblik på inden for rammerne af offentlige udbudsprocedurer at sikre iagttagelsen af ligebehandlingsprincippet i forhold til alle de bydende og princippet om gennemsigtighed« (min fremhævelse). Efter min opfattelse kan anvendelsen af udtrykket »ud over« i den pågældende præmis give det indtryk, at der kan fastsættes flere grunde end de syv udelukkelsesgrunde, som er indeholdt i artikel 24 i direktiv 93/37, og som svarer til dem, der er indeholdt i artikel 29 i direktiv 92/50. Dette var med sikkerhed ikke Domstolens hensigt. Jeg har ovenfor anvendt udtrykket »*bortset fra*« for at understrege, at udelukkelsesforanstaltninger med henblik på at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling af alle bydende og princippet om gennemsigtighed i procedurer om indgåelse af offentlige aftaler har en anden karakter end de udelukkelsesgrunde, som er indeholdt i artikel 24 i direktiv 93/37 og artikel 29 i direktiv 92/50. Den omstændighed, at artikel 24 i direktiv 93/37 og artikel 29 i direktiv 92/50 indeholder en udtømmende liste af grunde til at udelukke bydende under hensyn til kravene til dissens udøvelse af erhvervet, bekræftes efter min opfattelse af artikel 45 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114). Artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18 gentager de syv grunde af hensyn til kravene til erhvervets udøvelse, som er indeholdt i såvel artikel 24 i direktiv 93/37 som i artikel 29 i direktiv 92/50. I artikel 45, stk. 1, i direktiv 2004/18 er dog optaget en helt ny og særskilt kategori af tvungne grunde til at udelukke ansøgere, bl.a. på grund af deres deltagelse i en kriminel organisation, bestikkelse og svig, såfremt der er afsagt dom over ansøgerne for et af disse forhold.

17 — Jf. i denne retning *Michaniki-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 55, 56 og 48 og den deri nævnte retspraksis. *Michaniki-dommen* vedrører ganske vist en national retsforskrift, hvorved der indføres en generel ordning, der gør offentlig bygge- og anlægsvirksomhed uforenelig med medievirksomhed og indebærer, at det er udelukket at indgå offentlige bygge- og anlægskontrakter med entreprenører, som også er involveret i mediesektoren, men formålet med denne ordning eller de retlige principper, der ligger til grund herfor, gælder efter min opfattelse generelt for fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige aftaler og er ingenlunde specifikt for eller begrænset til mediesektoren. Nationale retsforskrifter, hvormed der søges gennemført principper om ligebehandling og gennemsigtighed, og som efter deres karakter er forholdsommelige, er derfor principielt ikke i strid med Fællesskabets regler om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige aftaler.

40. Det fremgår klart af forelæggelsesafgørelsen, at den italienske lovgiver med vedtagelsen af artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 søgte at skabe garanti for en korrekt og gennemsigtig gennemførelse af fremgangsmåderne ved tildeling af offentlige aftaler¹⁸. Ifølge den forelæggende ret er den italienske lovgiver af den opfattelse, at den frie konkurrence vil lide ubodelig skade, såfremt der afgives bud, som formelt stammer fra to eller flere retligt selvstændige selskaber, men reelt hidrører fra et og samme interessecenter. Ifølge forelæggelsesafgørelsen antages det i den italienske lovgivning, at der foreligger en sådan situation i de tilfælde, hvor virksomheder er kontrolleret eller i væsentlig grad undergivet en anden virksomheds indflydelse i den i artikel 2359 i codice civile anvendte forstand. Kontrollerede selskaber kan derfor ikke anses for tredjemænd i forhold til de kontrollerende selskaber og er som følge heraf ikke berettiget til at afgive et andet bud inden for den samme udbudsprocedure¹⁹.

41. Efter min opfattelse fremgår det klart af det anførte, at artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 ikke vedrører ansøgernes hæderlighed i erhvervsforhold, solvens og pålidelighed. Trods visse af de synspunkter, som Kommissionen fremførte under den mundtlige forhandling den 4. december 2008, mener jeg ikke, at formålet med artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 er at udelukke ansøgere, som »i forbindelse med udøvelsen af [deres] erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret i den i artikel 29, litra d), i direktiv 92/50 anvendte forstand«. Artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 vedrører ikke ansøgernes adfærd, men søger at forebygge situationer, hvor selve forholdet mellem visse af de selskaber, som deltager i udbudsproceduren, kunne fordreje proceduren²⁰.

18 — Den forelæggende ret har klart udtalt i forelæggelsesafgørelsen, at artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 er en regel til beskyttelse af en grundlæggende samfundsinteresse («norma di ordine pubblico»). Ifølge den forelæggende ret gælder artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 generelt og dermed også for tjenesteydelses- og indkøbsaftaler, uanset om den ordregivende myndighed særligt har truffet bestemmelse herom eller ej. Jf. ovenfor, punkt 14.

19 — Under den mundtlige forhandling gjorde Den Italienske Republik opmærksom på, at den pågældende nationale foranstaltning blev vedtaget på foranledning af en række skandaler inden for sektoren for offentlige kontrakter. Kommissionen fremdrog i sine skriftlige og mundtlige bemærkninger eksempler på, hvorledes et selskab, der kontrollerer et andet selskab, kan fordreje en udbudsprocedure, som begge selskaber deltager i.

20 — Artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 vedrører tilsyneladende ikke hemmelige aftaler i artikel 81 EF's forstand, medmindre den forelæggende ret måtte korrigere min antagelse på dette punkt. Artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 synes snarere at vedrøre situationer, hvor to eller flere formelt selvstændige selskaber, som reelt udgør samme økonomiske enhed, deltager samtidig i en udbudsprocedure og dermed kan skade ligebehandlingen af alle bydende og gennemsigtheden i fremgangsmåderne ved indgåelsen af offentlige aftaler. Hvis ikke der bl.a. er indgået en aftale eller foreligger en samordnet praksis mellem virksomheder, finder artikel 81 EF ikke anvendelse. Jf. dom af 24.10.1996, sag C-73/95 P, Viho mod Kommissionen, Sml. I, s. 5457, præmis 48-51.

42. Det er derfor på grundlag af de oplysninger, som den forelæggende ret har afgivet, min opfattelse, at artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94 har til formål at sikre ligebehandlingen af alle bydende og gennemsigtigheden i fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige aftaler, og at fællesskabsretten må fortolkes således, at den ikke i princippet er til hinder for at vedtage sådanne nationale foranstaltninger. Den pågældende foranstaltning skal dog være forenelig med proportionalitetsprincippet ²¹.

at føre modbevis over for denne formodning, og den kan derfor ikke afkræftes, selv ikke ved et bevis for, at det kontrollerede selskab afgav sit bud i fuldstændig uafhængighed.

43. Ifølge den forelæggende rets angivelser skal selskaber udelukkes fra udbudsproceduren i henhold til artikel 10, stk. 1a, i lov nr. 109/94, hvis der består et indbyrdes kontrolforhold. Udelukkelsen er automatisk og baseret på en formodning om, at det kontrollerende selskab er bekendt med det kontrollerede selskabs bud. Det er ikke muligt

44. Efter min opfattelse er en national foranstaltning som den, der er omhandlet i hovedsagen — og som fører til, at visse bydende automatisk udelukkes fra udbudsproceduren — efter sin karakter uforholdsmæssig, da den ikke gør det muligt for bydende, som er indbyrdes forbundet i kraft af et kontrolforhold, at bevise, at deres bud rent faktisk blev afgivet under sådanne omstændigheder, at det ikke bragte ligebehandlingen af de bydende eller gennemsigtigheden i fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige aftaler i fare ²².

²¹ — Jf. ovenfor, punkt 39.

²² — Anvendelsen af en sådan national foranstaltning kan således medføre, at personer kan blive udelukket fra udbudsproceduren, selv om deres deltagelse heri ikke medfører nogen som helst risiko for ligebehandlingen af de bydende og gennemsigtigheden i fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige aftaler.

VII — Forslag til afgørelse

45. På grundlag af de anførte betragtninger skal jeg foreslå Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål fra Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia på følgende måde:

- »— Artikel 29 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler skal fortolkes således, at den indeholder en udtømmende liste over grunde, som beror på objektive krav til erhvervets udøvelse, og som kan retfærdiggøre, at en bydende udelukkes fra at deltage i en procedure for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Direktivets artikel 29 afskærer dog ikke en medlemsstat fra at fastsætte andre udelukkelsesforanstaltninger med det formål at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling af de bydende og af gennemsigtighedsprincippet, forudsat sådanne foranstaltninger ikke går videre, end hvad der er nødvendigt til opfyldelsen af dette formål.
- Fællesskabsretten skal fortolkes således, at den er til hinder for en national retsforskrift, selv om denne forfølger et lovligt formål om ligebehandling af de bydende og gennemsigtighed i fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige aftaler, når den fører til, at bydende, mellem hvem der består et kontrolforhold, således som dette er defineret i den nationale lovgivning, automatisk udelukkes fra udbudsprocedurer uden at få lejlighed til at bevise, at dette kontrolforhold ikke efter de konkrete omstændigheder i sagen har ført til en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af de bydende og af gennemsigtighedsprincippet.«