



## Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tiende Afdeling)

6. november 2014\*

»Offentlige kontrakter — ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed — direktiv 2004/18/EF — grunde til udelukkelse fra deltagelse — artikel 45 — ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold — obligatorisk erklæring vedrørende en person, der er angivet som »teknisk direktør« — undladelse af afgivelse af erklæringen i tilbuddet — udelukkelse fra udbuddet uden mulighed for at berigtige denne undladelse«

I sag C-42/13,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italien) ved afgørelse af 5. december 2012, indgået til Domstolen den 28. januar 2013, i sagen:

**Cartier Dell 'Adda SpA**

mod

**CEM Ambiente SpA,**

har

DOMSTOLEN (Tiende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, C. Vajda (refererende dommer), og dommerne E. Juhász og D. Šváby,

generaladvokat: P. Cruz Villalón

justitssekretær: fuldmægtig L. Carrasco Marco,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 15. maj 2014,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Cartiera dell'Adda SpA ved avvocato S. Soncini
- CEM Ambiente SpA ved avvocati E. Robaldo, P. Ferraris og F. Caliandro
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato S. Varone
- Europa-Kommissionen ved L. Pignataro-Nolin og A. Tokár, som befuldmægtigede,

\* Processprog: italiensk.

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

### Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 45 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), som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1177/2009 af 30. november 2009 (EUT L 314, s. 64, herefter »direktiv 2004/18«).
- 2 Anmodningen er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem Cartiera dell'Adda SpA (herefter »Cartiera dell'Adda«) og CEM Ambiente SpA (herefter »CEM Ambiente«) vedrørende en afgørelse fra denne sidstnævnte i sin egenskab af ordregivende myndighed om at udelukke den midlertidige virksomhedssammenslutning under stiftelse (herefter »MV«), der var dannet af Cartiera dell'Adda og Cartiera di Cologno Monzese SpA (herefter »CCM«), idet dette sidstnævnte selskab handlede som fuldmagtsgiver for MV, fra en udvælgelsesprocedure på grund af manglende indgivelse i forbindelse med MV's tilbud af en erklæring vedrørende den person, der var angivet som CCM's tekniske direktør.

### Retsforskrifter

#### *EU-retten*

- 3 I artikel 1, stk. 2, litra d), i direktiv 2004/18 defineres begrebet »offentlige tjenesteydelseskontrakter« i henhold til direktivet som offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II til direktivet. Punkt 16 i bilag II A til direktivet nævner »Kloakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser«.
- 4 Artikel 2 i direktiv 2004/18, som har overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter«, bestemmer:  
»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«
- 5 Direktivets artikel 45, som har overskriften »Ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold«, bestemmer i stk. 1 og 3:  
»1. Fra deltagelse i en udbudsprocedure udelukkes enhver ansøger eller tilbudsgiver, mod hvem der er afsagt en endelig dom, som den ordregivende myndighed har kendskab til, af en eller flere af følgende grunde:

[...]

Medlemsstaterne fastsætter på grundlag af deres nationale ret og under overholdelse af fællesskabsretten gennemførelsesbestemmelserne til dette stykke.

De kan fastsætte en undtagelse fra pligten i første afsnit ud fra bydende hensyn til almenvellet.

Med henblik på anvendelsen af dette stykke anmoder de ordregivende myndigheder, hvis det er relevant, ansøgerne eller tilbudsgiverne om at fremsende den i stk. 3 nævnte dokumentation, ligesom de, hvis de er i tvivl om ansøgernes/tilbudsgivernes personlige forhold, kan henvende sig til de kompetente myndigheder for at indhente de oplysninger om disse ansøgers eller tilbudsgivers personlige forhold, som de finder nødvendige. Hvis oplysningerne vedrører en ansøger eller en tilbudsgiver, der er etableret i et andet land end den ordregivende myndigheds land, kan den ordregivende myndighed anmode de kompetente myndigheder om samarbejde. Afhængigt af den nationale lovgivning i den medlemsstat, hvor ansøgerne eller tilbudsgiverne er etableret, vedrører sådanne anmodninger juridiske personer og/eller fysiske personer, herunder eventuelt virksomhedsledere eller andre med beslutnings- eller kontrolbeføjelser i en virksomhed, der er bemyndigede til at repræsentere, træffe beslutninger vedrørende eller kontrollere ansøgeren eller tilbudsgiveren.

[...]

3. De ordregivende myndigheder godkender som tilstrækkeligt bevis for, at den økonomiske aktør ikke befinder sig i nogen af de i stk. 1 og i stk. 2, litra a), b), c), e) og f), nævnte situationer:

- a) i de i stk. 1 og i stk. 2, litra a), b) og c), nævnte tilfælde fremlæggelse af en straffeattest eller et tilsvarende dokument udstedt af en kompetent retslig eller administrativ myndighed i hjemlandet eller et senere opholdsland, hvoraf det fremgår, at disse krav er opfyldt

[...]

Hvis dokumenter eller attester ikke udstedes af det pågældende land eller ikke dækker alle de i stk. 1 og i stk. 2, litra a), b) eller c), nævnte tilfælde, kan de erstattes af en erklæring under ed eller, i de medlemsstater, hvor edsafleggelse ikke anvendes, af en højtidelig erklæring, der af vedkommende afgives for en kompetent retslig eller administrativ myndighed, for en notar eller for en kompetent faglig organisation i hjemlandet eller et senere opholdsland.«

6. Direktivets artikel 51 med overskriften »Supplerende dokumenter og oplysninger« bestemmer:

»Den ordregivende myndighed kan anmode de økonomiske aktører om at supplere eller uddybe den i medfør af artikel 45-50 forelagte dokumentation.«

#### *Italiensk ret*

7. Artikel 38, stk. 1 og 2, i decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lovdekret nr. 163 om indførelse af loven om offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og vareindkøbskontrakter til gennemførelse af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF) af 12. april 2006 (det almindelige tillæg til GURI nr. 100 af 2.5.2006, herefter »lovdekret nr. 163/2006«) har følgende ordlyd:

»1. Personer udelukkes fra deltagelse i procedurerne for tildeling af offentlige koncessioner og indgåelse af offentlige bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter og kan ikke tildeles underleverandørkontrakter eller indgå kontrakter vedrørende disse kontrakter, såfremt de:

[...]

- b) er genstand for en verserende sag vedrørende en af de forebyggende foranstaltninger, der er fastsat i artikel 3 i lov nr. 1423 af 27. december 1956, eller en af de hindringsgrunde, der er fastsat i artikel 10 i lov nr. 575 af 31. maj 1965; udelukkelsen og forbuddet gælder, såfremt den verserende sag vedrører indehaveren eller den tekniske direktør, såfremt der er tale om en personligt drevet virksomhed [...]
- c) har modtaget en retskraftig dom, været genstand for en forenklet procedure, der er blevet uigenkaldelig, eller modtaget en dom om straf efter begæring af en part i henhold til strafferetsplejelovens artikel 444 for grove overtrædelser til skade for staten eller Fællesskabet, idet dette påvirker hans faglige hæderlighed; afsigelse af en retskraftig dom som følge af en eller flere lovovertrædelser bestående i deltagelse i en kriminel organisation, bestikkelse, svig, hvidvaskning af penge, som defineret i de fællesskabsretsakter, der er nævnt i artikel 45, stk. 1, i direktiv 2004/18/EF, udgør under alle omstændigheder en udelukkelsesgrund; udelukkelsen og forbuddet gælder, såfremt dommen eller kendelsen er afsagt mod: indehaveren eller den tekniske direktør, såfremt der er tale om en personligt drevet virksomhed [...]

[...]

2. Ansøgeren eller tilbudsgiveren skal godtgøre, at han opfylder kravene ved at fremlægge en erstatningserklæring i overensstemmelse med forskrifterne i de konsoliderede udgaver af nationale love og andre retsforskrifter vedrørende administrative dokumenter, der er omhandlet i dekret nr. 445 fra republikkens præsident af 28. december 2000, og skal i den pågældende erklæring angive alle de strafferetlige domme, der er afsagt mod ham, herunder dem, der ikke er optaget i strafferegistret [...]«

- 8 Artikel 46, stk. 1, i lovdekret nr. 163/2006 bestemmer:

»De ordregivende myndigheder skal inden for de frister, der er fastsat i artikel 38-45, om fornødent opfordre tilbudsgiverne til at supplere eller klargøre indholdet af fremlagte attester, dokumenter eller erklæringer.«

### **Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål**

- 9 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at CEM Ambiente ved en offentlig udbudsbekendtgørelse indledte en udbudsprocedure med henblik på indgåelse af en kontrakt om overdragelse af papir og pap, som hidrører fra særskilt indsamling af fast byaffald for perioden den 1. april 2011 til den 31. marts 2014. Denne kontrakt skulle tildeles den tilbudsgiver, der tilbød at betale den højeste pris for at bortskaffe de angivne mængder af disse materialer i henhold til de nærmere bestemmelser, der var præciseret i udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende udbudsprocedure.
- 10 Det bemærkes, at disse udbudsbetingelser, som der er vedlagt en kopi af i de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, i artikel 8 fastsætter en række grunde til udelukkelse fra deltagelse i udbudsproceduren. En af disse betingelser er, at de dokumenter og/eller erstatningserklæringer, der tilsigter at godtgøre, at der er sket overholdelse af de generelle og specielle krav med undtagelse af de tilfælde af uregelmæssigheder, der er rent formelle, som kan berigtiges, og som ikke er afgørende for bedømmelsen af tilbuddet, ikke må være ufuldstændige eller uregelmæssige.
- 11 Ved afgørelse af 21. december 2010 udelukkede CEM Ambiente MV fra den pågældende udbudsprocedure med den begrundelse, at tilbuddet fra denne sammenslutning ikke indeholdt en erklæring vedrørende Aldo Galbiati, der var angivet som teknisk direktør i CCM, og som godtgjorde, at der ikke forelå nogen verserende straffesag mod ham, eller at han var blevet dømt ved retskraftig dom, således som fastsat i artikel 38 i lovdekret nr. 163/2006. Da den eneste øvrige tilbudsgiver ligeledes var blevet udelukket fra samme udvælgelsesprocedure, erklærede CEM Ambiente denne procedure for resultatløs og indledte en ny udbudsprocedure.

- 12 Efter at have fået kendskab til afgørelsen om at udelukke MV fra udvælgelsesproceduren fremsendte CCM til CEM Ambiente en erklæring, hvori selskabet præciserede, at Aldo Galbiati ikke var omfattet af nogle af de udelukkelsesgrunde, der er fastsat i denne artikel. Efterfølgende anførte selskabet ligeledes, at denne sidstnævnte var blevet angivet som teknisk direktør ved en fejl, eftersom han kun var bestyrelsesmedlem i CCM uden nogen beføjelse til at repræsentere selskabet. Følgelig bestod der ikke krav om nogen erklæring for så vidt angår Aldo Galbiati i henhold til artikel 38 i lovdekret nr. 163/2006.
- 13 Eftersom CEM Ambiente ikke besvarede disse meddelelser, anlagde Cartiera dell'Adda og CCM sag ved den forelæggende ret med påstand om annullation af den afgørelse, hvorved MV var blevet udelukket fra den første udbudsprocedure og om tilbagekaldelse af meddelelsen om indledning af en ny procedure. Ved dom af 25. maj 2011 gav den pågældende ret medhold i disse påstande, men forkastede imidlertid påstanden om at blive tildelt kontrakten.
- 14 Den 23. juni 2011 iværksatte CEM Ambiente appel til prøvelse af denne dom ved Consiglio di Stato. Den følgende dag anlagde Cartiera dell'Adda sag ved den forelæggende ret med påstand om dommens fuldbyrdelse.
- 15 Med sin dom af 31. marts 2012 tog Consiglio di Stato CEM Ambientes påstand til følge, idet den fastslog, at undladelse af at fremlægge en erklæring såsom den omhandlede skal medføre udelukkelse af den bydende virksomhed fra udvælgelsesproceduren, i hvert fald såfremt en lex specialis som i det foreliggende tilfælde sanktionerer en sådan manglende erklæring med udelukkelse fra denne procedure. Den fastslog, at den omhandlede procedure ikke vedrørte en pligt til at supplere eller berigtige et dokument, der er ufuldstændigt eller på anden måde mangelfuldt, men udelukkende vedrørte en undladelse af at fremlægge en obligatorisk erklæring.
- 16 Cartiera dell'Adda indgav den 26. juni 2012 inden for rammerne af proceduren for begæring om fuldbyrdelse for den forelæggende ret et processkrift, hvori selskabet dels fandt, at den pågældende dom fra Consiglio di Statos materielle retskraft var i strid med artikel 45 i direktiv 2004/18, dels begærede, at Domstolen skulle træffe en præjudiciel afgørelse.
- 17 Ved kendelse af 28. juni 2012 besluttede den forelæggende ret, idet den konstaterede, at der ligeledes var blevet indbragt et søgsmål om erstatning for den, der var begrundet i forsinkelsen med fuldbyrdelsen af dens dom af 25. maj 2011, at retssagen skulle fortsætte efter den almindelige procedure. Størrelsen af den erstatning, som Cartiera dell'Adda har gjort krav på, overstiger ni mio. EUR.
- 18 Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om EU-retten er til hinder for en fortolkning af en national bestemmelse, der har til formål at gennemføre artikel 45 i direktiv 2004/18, i henhold til hvilken den ordregivende myndighed har pligt til at udelukke en tilbudsgiver, der i sin ansøgning om deltagelse undlader at angive, at en person, der er identificeret som tilbudsgiverens tekniske direktør, ikke er genstand for en sag eller en afsagt dom i henhold til denne nationale bestemmelse, selv om denne tilbudsgiver er i stand til at godtgøre for det første, at titlen som teknisk direktør var blevet tillagt denne ved en fejl, og for det andet, at denne sidstnævnte under alle omstændigheder opfyldte betingelserne for at fremlægge den krævede erklæring.
- 19 Den pågældende ret har inden for rammerne af sin forelæggelsesafgørelse endvidere anført, at den mulighed, der er fastsat i artikel 46 i lovdekret nr. 163/2006, for den ordregivende myndighed for i løbet af proceduren at anmode om den oplysning eller udfyldning, den finder nødvendig, kun finder anvendelse i de tilfælde, der er begrænset til denne bestemmelse, således at den ordregivende myndighed ikke frit kan foretage sagsbehandlingsskridt til oplysning af sagen i de tilfælde, hvor der ikke er fremlagt en erklæring.

- 20 Endvidere har den forelæggende ret under henvisning til bl.a. domme Kühne & Heintz (C-453/00, EU:C:2004:17), Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178), Kempster (C-2/06, EU:C:2008:78) og Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506) anført, at en national retskraftig afgørelse, såsom dommen fra Consiglio di Stato af 31. marts 2012, ikke kan anvendes, såfremt den er i strid med EU-retten. Det følger imidlertid af Domstolens praksis, at kontrollen med betingelserne for deltagelse i udbudsprocedurer skal vedrøre realiteten – dvs. at det skal efterprøves, om de betingelser, der opstilles, er opfyldt – og ikke kun om de administrative dokumenter, der er indeholdt i de tilbud, der afgives inden for fristen, er formelt korrekte. Den forelæggende ret overvejer følgelig spørgsmålet, om artikel 38, stk. 1, litra b) og c), i lovdekret nr. 163/2006 er i overensstemmelse med artikel 45 i direktiv 2004/18.
- 21 På denne baggrund har Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia besluttet at udsætte sagen og forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:
- »1) Er [EU]-retten til hinder for en fortolkning, hvorefter den ordregivende myndighed i et tilfælde, hvor en virksomhed, der deltager i en udbudsprocedure, i selve ansøgningen om deltagelse har undladt at angive, at en teknisk direktør i virksomheden ikke er genstand for en procedure eller er blevet dømt som omhandlet i artikel 38, stk. 1, litra b) og c), i lovdekret nr. 163/2006, skal træffe afgørelse om at udelukke virksomheden, også selv om denne behørigt har godtgjort, at udtrykket teknisk direktør er blevet anvendt ved en rent materiel fejl?
- 2) Er [EU]-retten til hinder for en fortolkning, hvorefter den ordregivende myndighed i et tilfælde, hvor en virksomhed, der deltager i en udbudsprocedure, har fremlagt relevant og behørigt bevis for, at de personer, med hensyn til hvilke der skal afgives erklæringer i henhold til artikel 38, stk. 1, litra b) og c), [i lovdekret nr. 163/2006,] ikke er genstand for en procedure eller er blevet dømt som omhandlet i denne bestemmelse, skal træffe afgørelse om at udelukke virksomheden som følge af dens manglende overholdelse af en bestemmelse i den lex specialis, i medfør af hvilken den offentlige udbudsprocedure blev indledt?»
- 22 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 18. juli 2013 blev begæringen fra den forelæggende ret om at undergive nærværende sag den fremskyndede procedure, der er fastsat i artikel 105, stk. 1, i Domstolens procesreglement, afslået.

## Om de præjudicielle spørgsmål

### *Formaliteten*

- 23 CEM Ambiente og den italienske regering har anført, at anmodningen om præjudiciel afgørelse er fremsat inden for rammerne af et søgsmål om fuldbyrdelse af en dom fra den forelæggende ret – og af et erstatningssøgsmål som følge af forsinkelse af denne fuldbyrdelse – hvilken dom imidlertid blev ændret ved Consiglio di Statos dom af 31. marts 2012, der har opnået materiel retskraft, således at spørgsmålet om lovligheden af afgørelsen om at udelukke MV fra den omhandlede udvælgelsesprocedure ikke længere kan drages i tvivl af den forelæggende ret i forbindelse med behandlingen af de pågældende sager. De har deraf udledt, at de forelagte spørgsmål har en hypotetisk karakter og derfor skal afvises fra realitetsbehandling.
- 24 De berørte har ligeledes gjort gældende, at de forelagte spørgsmål er støttet på faktiske omstændigheder, der er forskellige fra dem, der blev konstateret af Consiglio di Stato i dens dom af 31. marts 2012. Den faktiske omstændighed, som det første spørgsmål er støttet på, dvs. at Aldo Galbiatis tillægelse af titlen teknisk direktør var en materiel fejl, blev således ikke konstateret af denne sidstnævnte ret. Hvad angår det andet spørgsmål undlod den forelæggende ret at anføre, at de beviser, den nævner, var blevet fremlagt efter fristen.

- 25 Endvidere er den italienske regering af den opfattelse, at de forelagte spørgsmål ikke vedrører en fortolkning af EU-retten, men en undersøgelse af hovedsagens faktiske omstændigheder. Der skal nemlig foretages en efterprøvelse af, om betingelserne for berigtigelse af et ufuldstændigt dokument var opfyldt, hvilket Consiglio di Stato udelukkede var tilfældet.
- 26 I den forbindelse bemærkes for det første, at det følger af fast retspraksis, at artikel 267 TEUF giver de nationale retter en meget vid adgang til at indbringe spørgsmål for Domstolen, hvis de skønner, at en for dem verserende sag frembyder problemer vedrørende fortolkningen eller gyldigheden af EU-retlige bestemmelser, der er relevante for afgørelsen af den tvist, der er forelagt for dem. De nationale retter kan desuden frit udnytte denne adgang på ethvert tidspunkt under proceduren, som de finder passende (dom *Bericap Záródástechnikai*, C- 180/11, EU:C:2012:717, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).
- 27 Domstolen har deraf konkluderet, at en bestemmelse i national ret, hvorefter retter, der ikke træffer afgørelse i sidste instans, er bundet af den højere rets vurderinger, ikke kan fratage disse retter adgangen til at forelægge den fortolkningsspørgsmål vedrørende de dele af EU-retten, der vedrører disse vurderinger. Domstolen fandt nemlig, at den ret, som ikke træffer afgørelse i sidste instans, skal have frihed til, hvis den skønner, at den højere instans' retlige bedømmelse kan føre til, at der afsiges en dom i strid med EU-retten, at forelægge Domstolen de spørgsmål, som giver anledning til tvivl (jf. dom *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, præmis 25 og 27, og *Interdil*, C-396/09, EU:C:2011:671, præmis 35).
- 28 Det følger heraf, at Consiglio di Stato's dom af 31. marts 2012, selv om denne i henhold til national ret har materiel retskraft, ikke er til hinder for, at den forelæggende ret kan stille Domstolen præjudicielle spørgsmål, såfremt den finder, at den pågældende dom kan være i strid med EU-retten.
- 29 Hvad for det andet angår de præjudicielle spørgsmåls angiveligt hypotetiske karakter bemærkes, at der foreligger en formodning for, at de spørgsmål om en fortolkning af EU-retten, som den nationale ret har forelagt på det retlige og faktiske grundlag, som den har fastlagt inden for sit ansvarsområde, og hvis rigtighed det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve, er relevante. Domstolen kan kun afvise en anmodning fra en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten 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 (jf. bl.a. dom *Genil* 48 og *Comercial Hostelera de Grandes Vinos*, C-604/11, EU:C:2013:344, præmis 26).
- 30 I det foreliggende tilfælde kan det ikke konstateres, at de forelagte spørgsmål er hypotetiske. De er blevet stillet inden for rammerne af en sag, hvori *Cartiera dell'Adda* bl.a. ønsker erstatning for den forsinkede fuldbyrdelse af den forelæggende rets dom af 25. maj 2011, hvorved afgørelsen fra *CEM Ambiente* om udelukkelse af *MV* fra udvælgelsesproceduren i hovedsagen blev annulleret. Det forekommer derfor ikke, at disse spørgsmål, som vedrører overensstemmelsen med EU-retten af en sådan afgørelse om udelukkelse, er uden betydning for løsningen af hovedsagen. Endvidere kan det på trods af dommen fra Consiglio di Stato af 31. marts 2012 ikke på forhånd konstateres, at tvisten er blevet uden genstand.
- 31 Hvad for det tredje angår de påståede unøjagtigheder og mangler i fremstillingen af hovedsagens faktiske omstændigheder er det, som det ligeledes fremgår af denne doms præmis 29, tilstrækkeligt at fastslå, at det alene tilkommer den nationale ret at fastlægge de faktiske omstændigheder i den tvist, der gav anledning til spørgsmålene, og det tilkommer ikke Domstolen at udtale sig om den vurdering, som den pågældende ret har foretaget i den forbindelse (jf. i denne retning dom *van Delft m.fl.*, C-345/09, EU:C:2010:610, præmis 114).

- 32 Endelig følger det for det fjerde af selve ordlyden af de forelagte spørgsmål, at den forelæggende ret har anmodet Domstolen om at foretage ikke en undersøgelse af de faktiske omstændigheder, men en fortolkning af EU-retten, som vil være nyttig for retten i forbindelse med dens afgørelse af den tvist, der er forelagt den.
- 33 Det følger af det ovenstående, at de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

#### *Om realiteten*

- 34 Indledningsvis skal det for det første bemærkes, at selv om den forelæggende ret ikke nævner artikel 45 i direktiv 2004/18 i sine spørgsmål, fremgår det af selve forelæggelsesafgørelsen og navnlig af det indledende afsnit af de forelagte spørgsmål, at retten har rejst spørgsmålet om overensstemmelsen af artikel 38, stk. 1, litra b) og c), i lovdekret nr. 163/2006 med denne artikel 45.
- 35 For det andet er det kun det andet spørgsmål, der henviser til den omstændighed, at en økonomisk aktør, der deltager i en udbudsprocedure, ikke overholder en bestemmelse i udbudsmaterialet, såsom udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne vedrørende den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure. Den udelukkelsesgrund, der er nævnt i de to spørgsmål, er imidlertid den samme og figurerer, som det fremgår af denne doms præmis 10, i udbudsbetingelsernes artikel 8.
- 36 Det må derfor lægges til grund, at den forelæggende ret med sine spørgsmål, der skal behandles samlet, nærmere bestemt ønsker oplyst, om artikel 45 i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at den er til hinder for udelukkelse af en økonomisk aktør fra en udbudsprocedure med den begrundelse, at denne aktør ikke har overholdt den pligt, der er fastsat i udbudsmaterialet, til at vedlægge sit tilbud en erklæring, i henhold til hvilken den person, der i tilbuddet er angivet som teknisk direktør hos den pågældende aktør, ikke er genstand for en straffesag eller en strafferetlig dom, idet aktøren ellers udelukkes fra udbuddet, såfremt der på et tidspunkt, der ligger efter udløbet af fristen for indgivelsen af tilbuddet, er blevet fremsendt en sådan erklæring til den ordregivende myndighed, hvori det godtgøres, at titlen som teknisk direktør er blevet tillagt denne person ved en fejl.
- 37 Hvad angår spørgsmålet, om den omhandlede kontrakt henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18, var Europa-Kommissionen under retsmødet af den opfattelse, at denne kontrakt udgør en offentlig tjenesteydelseskontrakt som defineret i direktivets artikel 1, stk. 2, litra d), som nærmere bestemt er omfattet af punkt 16 i bilag II A til direktivet.
- 38 CEM Ambiente er derimod af den opfattelse, at den pågældende kontrakt har en kontrakt om køb og salg af løsørengsstande som genstand eller, henset til den forpligtelse til affaldsbehandling, som er knyttet til kontrakten, højst kan være en koncessionskontrakt om tjenesteydelser. Følgelig henhører kontrakten under ingen omstændigheder under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18.
- 39 For det første skal det i tilfælde af, at den i hovedsagen omhandlede kontrakt henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18, hvilket det påhviler den forelæggende ret at bedømme, bemærkes, at dette direktivs artikel 45 i stk. 1 og 2 fastsætter en række grunde til udelukkelse af en tilbudsgiver, som vedrører dennes personlige forhold. Samme artikels stk. 3 anfører, hvilke typer dokumenter de ordregivende har pligt til at acceptere som tilstrækkeligt bevis for den omstændighed, at tilbudsgiveren ikke omfattes af de tilfælde, der er nævnt i stk. 1 og 2, med undtagelse af de situationer, der er nævnt i samme stk. 2, litra d) og g).
- 40 Det fremgår ikke af forelæggelsesafgørelsen, at foreneligheden med bestemmelserne i direktiv 2004/18 af de udelukkelsesgrunde, der er opregnet i artikel 38, stk. 1, litra b) og c), i lovdekret nr. 163/2006, og af forpligtelsen til at fremlægge en »erstatningserklæring« i henhold til artiklens stk. 2, er blevet draget i tvivl i forbindelse med tvisten i hovedsagen. Det hævdes heller ikke i afgørelsen, at udelukkelsen af en tilbudsgiver fra udbuddet som følge af denne tilbudsgivers manglende overholdelse af den pågældende



forpligtelse i sig selv er i strid med dette direktiv. Den forelæggende ret har derimod rejst tvivl om, hvorvidt den manglende mulighed for den pågældende tilbudsgiver for efter indgivelsen af tilbuddet at afhjælpe den omstændighed, at tilbuddet ikke var vedlagt en sådan erklæring, hvad enten dette sker ved at fremsende denne sidstnævnte til tilbudsgiveren eller ved at godtgøre, at titlen som teknisk direktør er blevet tillagt den omhandlede person ved en fejl, er forenelig med EU-retten.

- 41 Det er i denne forbindelse ubestridt, at det fremgår af det i hovedsagen omhandlede udbudsmateriale dels, at den »erstatningserklæring«, der er omhandlet i artikel 38 i lovdekret nr. 163/2006 vedrørende den person, der er angivet som teknisk direktør for den omhandlede økonomiske aktør, skal vedlægges det tilbud, der afgives af denne sidstnævnte, idet aktøren ellers vil blive udelukket fra udbuddet, dels, at det kun var muligt efterfølgende at afhjælpe uregelmæssigheder, der er rent formelle og ikke afgørende for bedømmelsen af tilbuddet.
- 42 Domstolen har imidlertid allerede fastslået, at det påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat, således at den er forpligtet til fra udbuddet at udelukke en økonomisk aktør, som ikke har fremsendt et dokument eller en oplysning, som var påkrævet, idet aktøren ellers ville blive udelukket fra udbuddet (jf. dom Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 40).
- 43 Denne strenge forpligtelse, der påhviler de ordregivende myndigheder, henhører under ligebehandlingsprincippet og den forpligtelse til gennemsigtighed, som følger deraf, som disse sidstnævnte er undergivet i henhold til artikel 2 i direktiv 2004/18.
- 44 For det første følger det af ligebehandlingsprincippet, at de bydende gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle bydende. For det andet har gennemsigtighedsforpligtelsen til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side. Det indebærer, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, for det første således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige bydende kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde, og for det andet således at den ordregivende myndighed behørigt kan kontrollere, om de bydendes bud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt (jf. i denne retning dom Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, præmis 108-111).
- 45 Det følger heraf, at under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede, er artikel 45 i direktiv 2004/18, sammenholdt med direktivets artikel 2, ikke til hinder for en udelukkelse af en tilbudsgiver som følge af, at denne ikke i sit tilbud har vedlagt en erstatningserklæring vedrørende den person, der er angivet som teknisk direktør i dette tilbud. For så vidt som den ordregivende myndighed finder, at denne undladelse ikke udgør en rent formel fejl, giver bestemmelsen navnlig ikke tilbudsgiveren mulighed for efterfølgende at afhjælpe denne undladelse på nogen som helst måde efter udløbet af den frist, der er fastsat for indgivelse af tilbud.
- 46 I øvrigt kan det pågældende direktivs artikel 51, som bestemmer, at ordregiveren kan opfordre aktørerne til at supplere eller præcisere de attester og dokumenter, der er blevet fremlagt i henhold til samme direktivs artikel 45-50, under sådanne omstændigheder ikke fortolkes således, at den giver den ordregivende myndighed mulighed for at tillade nogen som helst afhjælpning af undladelser, som i henhold til udbudsmaterialets udtrykkelige bestemmelser skal føre til udelukkelse fra dette udbud.
- 47 For det andet skal det i det tilfælde, at det omhandlede udbud udgør en tjenesteydelseskoncession, bemærkes, at selv om koncessionskontrakter om tjenesteydelser på tidspunktet for hovedsagens faktiske omstændigheder ikke var omfattet af nogen af de direktiver, der er vedtaget af EU-lovgiver med henblik på regulering af offentlige kontrakter, skal offentlige myndigheder, der indgår sådanne kontrakter, overholde EUF-traktatens grundlæggende regler, navnlig ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed (jf. i denne retning domme Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605,

præmis 46-49, og Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, præmis 33), såfremt den omhandlede tjenesteydelseskoncession frembyder en vis grænseoverskridende interesse, navnlig henset til dens omfang og opfyldelsesstedet (jf. i denne retning dom Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., C-159/11, EU:C:2012:817, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

- 48 For så vidt som den omhandlede kontrakt frembyder en sådan interesse, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, pålægger ligebehandlingsprincippet og den forpligtelse til gennemsigtighed, som følger deraf, som det fremgår af denne doms præmis 42 og 44, den ordregivende myndighed en pligt til at overholde de kriterier, som den selv har fastsat, således at den har pligt til fra udbuddet at udelukke en økonomisk aktør, der ikke har fremsendt et dokument eller oplysning, som var påkrævet i henhold til udbuddets udbudsmateriale, idet aktøren ellers ville blive udelukket fra udbuddet.
- 49 På denne baggrund må det fastslås, at udelukkelsen af en tilbudsgiver såsom Cartiera dell'Adda fra et udbud såsom det i hovedsagen omhandlede er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og forpligtelsen til gennemsigtighed i deres egenskab af grundlæggende regler i EUF-traktaten.
- 50 På baggrund af det ovenstående skal de forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 45 i direktiv 2004/18, sammenholdt med direktivets artikel 2 samt ligebehandlingsprincippet og forpligtelsen til gennemsigtighed, skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for udelukkelse af en økonomisk aktør fra en udbudsprocedure med den begrundelse, at denne aktør ikke har overholdt den pligt, der er fastsat i udbudsmaterialet, til at vedlægge sit tilbud en erklæring, i henhold til hvilken den person, der i tilbuddet er angivet som teknisk direktør hos den pågældende aktør, ikke er genstand for en straffesag eller en strafferetlig dom, idet aktøren ellers udelukkes fra udbuddet, selv såfremt der på et tidspunkt, der ligger efter udløbet af fristen for indgivelsen af tilbuddet, er blevet fremsendt en sådan erklæring til den ordregivende myndighed, hvori det godtgøres, at titlen som teknisk direktør er blevet tillagt denne person ved en fejl.

### Sagens omkostninger

- 51 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 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 (Tiende Afdeling) for ret:

**Artikel 45 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, som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1177/2009 af 30. november 2009, sammenholdt med direktivets artikel 2 samt ligebehandlingsprincippet og forpligtelsen til gennemsigtighed, skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for udelukkelse af en økonomisk aktør fra en udbudsprocedure med den begrundelse, at denne aktør ikke har overholdt den pligt, der er fastsat i udbudsmaterialet, til at vedlægge sit tilbud en erklæring, i henhold til hvilken den person, der i tilbuddet er angivet som teknisk direktør hos den pågældende aktør, ikke er genstand for en straffesag eller en strafferetlig dom, idet aktøren ellers udelukkes fra udbuddet, selv såfremt der på et tidspunkt, der ligger efter udløbet af fristen for indgivelsen af tilbuddet, er blevet fremsendt en sådan erklæring til den ordregivende myndighed, hvori det godtgøres, at titlen som teknisk direktør er blevet tillagt denne person ved en fejl.**

Underskrifter