



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 24. november 2016¹

Sag C-387/14

**Esaprojekt Sp. z o.o.
mod
Województwo Łódzkie**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager, Polen))

»Direktiv 2004/18/EF — princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet — tilbudsgiverens indgivelse af supplerende oplysninger om leverancer, der ikke er nævnt i det oprindelige tilbud — muligheden for at kombinere to enheders erfaring — muligheden for at basere sig på erfaring, der er opnået som en del af en gruppe af virksomheder — muligheden for at kombinere erfaring fra flere kontrakter — svigagtigt afgivne urigtige oplysninger«

I – Indledning

1. Den foreliggende sag drejer sig om en offentlig udbudsprocedure vedrørende it-systemer til sygehuse i Polen. I første omgang blev virksomheden Komputer Konsult Sp. z o.o. (herefter »KK«) tildelt kontrakten. Esaprojekt Sp. z o.o. (herefter »Esaprojekt«), som også havde afgivet et tilbud, påklagede denne afgørelse ved de nationale retter. Afgørelsen blev annulleret, fordi den erfaring, som KK havde baseret sig på, var utilstrækkelig. KK blev opfordret til at præcisere sin liste over erfaring. KK's ændrede liste indeholdt ny erfaring fra tredjemand. KK blev atter tildelt kontrakten. Esaprojekt indgav atter en klage, hvilket førte til anmodningen om en præjudiciel afgørelse i denne sag.

2. Den nationale ret har forelagt Domstolen en række spørgsmål, der først og fremmest har til formål at fastlægge, under hvilke betingelser tilbudsgivere kan ændre deres liste over erfaring og basere sig på tredjemands erfaring. For det andet efterspørger den nationale ret en præcisering af de betingelser, hvorunder oplysninger afgivet af en tilbudsgiver udgør »urigtige oplysninger« som omhandlet i artikel 45, stk. 2, litra g), i direktiv 2004/18/EF². Endelig spørger den nationale ret, om erfaring, der er opnået i forbindelse med forskellige kontrakter, kan lægges sammen for at opfylde en udbudsbetingelse, når den ordregivende myndighed ikke udtrykkeligt har givet mulighed for dette.

¹ — Originalsprog: engelsk.

² — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114).

II – Retsforskrifter

A – EU-retten

3. Artikel 2 i direktiv 2004/18 (herefter »direktivet«) fastlægger gennemsigtighedsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling i forbindelse med tilbud på offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

4. Artikel 44, stk. 1, bestemmer, at kontrakter bl.a. tildeles i overensstemmelse med kriterierne om faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i artikel 48. Artikel 44, stk. 2, bestemmer, at eventuelle minimumskriterier for egnethed, der kræves, »skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand«.

5. Artikel 45, stk. 2, litra g), som indgår i afdelingen »Kriterier for kvalitativ udvælgelse«, bestemmer, at en økonomisk aktør »som svingagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kan kræves i henhold til denne afdeling, eller som har undladt at give disse oplysninger«, kan udelukkes fra at deltage i en udbudsprocedure, og for så vidt angår artikel 45, stk. 2, generelt, at »[m]edlemsstaterne [...] på grundlag af deres nationale ret og under overholdelse af fællesskabsretten [fastsætter] gennemførelsesbestemmelserne til dette stykke«.

6. Artikel 48, stk. 2, fastlægger, hvordan erfaring kan dokumenteres, hvilket navnlig i litra a) omfatter en liste over de arbejder, der er udført, eller de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser, der er udført.

7. Artikel 48, stk. 3, bestemmer, at en økonomisk aktør »[...] i givet fald og for en bestemt kontrakt [kan] basere sig på andre enheders formåen uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem aktøren selv og disse enheder«. I sådanne tilfælde skal aktøren godtgøre, at den »råder over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens udførelse, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders tilsagn om at stille de nødvendige ressourcer til rådighed for den økonomiske aktør«.

8. Artikel 51, der har overskriften »Supplerende dokumenter og oplysninger«, bestemmer, at den ordregivende myndighed »kan anmode de økonomiske aktører om at supplere eller uddybe den i medfør af artikel 45-50 forelagte dokumentation«.

B – National ret

9. Artikel 2, nr. 13, i Ustawa Prawo zamówień publicznych (lov om offentlige kontrakter, herefter »lov om offentlige kontrakter«) definerer begrebet »offentlige kontrakter« som »kontrakter mellem den offentlige ordregiver og den økonomiske aktør vedrørende tjenesteydelser, leverancer eller bygge- og anlægsydelser mod vederlag«.

10. Artikel 24, stk. 2, nr. 3, i lov om offentlige kontrakter foreskriver udelukkelse af økonomiske aktører, som »har afgivet urigtige oplysninger, som har eller kan have indflydelse på resultatet af den gennemførte procedure [...]«.

11. Artikel 26 i lov om offentlige kontrakter fastlægger muligheden for, at den ordregivende myndighed kan anmode tilbudsgiverne om at tilvejebringe manglende oplysninger, rette fejl eller præcisere erklæringer eller dokumenter.

III – De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de forelagte spørgsmål

12. Den foreliggende sag omhandler et offentligt udbud vedrørende en kontrakt for offentlige it-systemer til sygehuse i provinsen Łódź (Polen). Den relevante del af udbuddet omfatter indkøb og levering af et integreret sygehussystem til administration af det administrative (grå) og det medicinske (hvide) område på det uafhængige Nikolaus Kopernikus provinssygehus (Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika).

13. Ifølge udbudsbetingelserne kunne økonomiske aktører byde på opgaven, hvis de bl.a. kunne dokumentere, at de havde udført mindst to kontrakter, som (hver) omhandlede følgende: levering, installation, konfiguration og indførelse af et integreret sygehussystem inden for det hvide og det grå område på et sygehus med mindst 200 sengepladser til en værdi af mindst 450 000 PLN brutto.

14. Som dokumentation for, at de opfyldte denne forudsætning, skulle de økonomiske aktører afgive en erklæring og fremlægge en liste over »udførte væsentlige leverancer« af integrerede sygehussystemer inden for det hvide og det grå område.

15. I forbindelse med sit tilbud fremlagde KK to poster vedrørende levering af et integreret sygehussystem inden for det hvide og det grå område til sygehuse i (i) Słupsk (herefter »Słupsk-leverancen«) og (ii) Nowy Sącz (herefter »Nowy Sącz-leverancen«). Begge leverancer blev udført af et konsortium bestående af Konsultant IT Sp. z o.o. (herefter »KIT«) og KK.

16. KK blev tildelt kontrakten vedrørende indkøb og levering af det integrerede sygehussystem. Esaprojekt påklagede denne afgørelse og gjorde i det væsentlige gældende, at de af KK angivne kontrakter ikke opfyldte udbudsbetingelserne for så vidt angår erfaring med integrerede sygehussystemer.

17. Esaprojekt fik medhold i sin klage. Den ordregivende myndighed blev pålagt at opfordre KK til, i overensstemmelse med proceduren i artikel 26, stk. 4, i lov om offentlige kontrakter, at præcisere genstanden for de kontrakter, som var blevet nævnt som dokumentation for viden og erfaring som en forudsætning for at deltage i udbudsproceduren.

18. Efter anmodningen om en uddybning viste det sig, at Słupsk-leverancen var blevet udført i forbindelse med to udbudsprocedurer og reguleret i to særskilte kontrakter. Den ene af disse kontrakter omfattede ikke det hvide område og den anden ikke det grå område. Den ordregivende myndighed fastslog, at Słupsk-leverancen ikke opfyldte de i nærværende forslag til afgørelses punkt 13 nævnte udbudsbetingelser, eftersom Słupsk-leverancen ikke var én »offentlig kontrakt« som defineret i artikel 2, nr. 13, i lov om offentlige kontrakter. Den bestod derimod af to særskilte kontrakter. Derfor opfordrede den ordregivende myndighed KK til at supplere dokumenterne og godtgøre, at den opfyldte udbudsbetingelserne.

19. I forbindelse med suppleringen af dokumenterne fremlagde KK en ny liste over leverancer. Ligesom tidligere omfattede denne liste Nowy Sącz-leverancen. Derudover blev der tilføjet to nye leverancer, som begge blev udført af en tredjemand, Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (herefter »Medinet«) (herefter »Medinet-leverancerne«). KK fremlagde også en erklæring fra Medinet, hvori dette selskab forpligtede sig til at stille den nødvendige kapacitet til rådighed i forbindelse med udførelsen af kontrakten og til at medvirke ved kontraktens udførelse som rådgiver og konsulent.

20. Den ordregivende myndighed godtog og valgte det ændrede tilbud fra KK. Esaprojekt indgav en ny klage mod Województwo Łódzkie (til Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager, Polen). På denne baggrund besluttede retten at udsætte behandlingen af sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»Spørgsmål 1:

Tillader artikel 51 i [direktiv 2004/18], sammenholdt med det princip, der er opstillet i [direktivets] artikel 2 om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling af økonomiske aktører og gennemsigtighedsprincippet, at en økonomisk aktør i forbindelse med forklaringen eller suppleringen af bilag anfører andre udførte kontrakter (dvs. udførte leverancer) end dem, som han har anført på den liste over leverancer, som var vedlagt tilbuddet; må han navnlig henvise til kontrakter, som er udført af en anden økonomisk aktør, hvis han ikke har nævnt i tilbuddet, at han kan råde over denne aktørs formåen?

Spørgsmål 2:

Henset til [dom af 10. oktober 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647)], hvoraf det fremgår, at »ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i en udbudsforretning anmoder en ansøger om fremsendelse af dokumenter, som beskriver denne ansøgers situation, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres fandtes forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud, for så vidt som udbudsmaterialet ikke udtrykkeligt krævede fremsendelse af disse oplysninger, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet«, skal artikel 51 i [direktiv 2004/18] da fortolkes således, at supplerings af bilag kun er tilladt, hvis den vedrører bilag, som det objektivt kan kontrolleres fandtes forud for udløbet af fristen for at afgive tilbud eller fremsende anmodning om deltagelse i et udbud, eller således, at Domstolen kun har nævnt en af mulighederne, og at supplerings af bilag også er tilladt i andre tilfælde, f.eks. ved efterfølgende indsendelse af bilag, som ikke fandtes før udløbet af denne frist, men som objektivt kan bekræfte, at en forudsætning for deltagelse er opfyldt?

Spørgsmål 3:

Dersom spørgsmål 2 skulle blive besvaret således, at også andre bilag end de i dommen i sag C-336/12, Manova, nævnte kan suppleres, kan der da eftersendes bilag, som stammer fra den økonomiske aktør, fra underleverandører eller fra andre økonomiske aktører, hvis formåen den økonomiske aktør baserer sig på, hvis disse ikke er blevet indgivet i forbindelse med tilbuddet?

Spørgsmål 4:

Tillader artikel 44 i [direktiv 2004/18], sammenholdt med artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, at en økonomisk aktør kan basere sig på en anden økonomisk aktørs formåen som omhandlet i artikel 48, stk. 3, på en sådan måde, at viden og erfaring hos to økonomiske aktører, som hver især ikke råder over den viden og erfaring, som kræves af den ordregivende myndighed, lægges sammen, hvis denne erfaring er udelelig (dvs. hvis betingelsen for at deltage i proceduren skal være fuldstændigt opfyldt af en økonomisk aktør), og udførelsen af kontrakten er udelelig (udgør en helhed)?

Spørgsmål 5:

Tillader artikel 44 i [direktiv 2004/18], sammenholdt med artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, at en økonomisk aktør kan basere sig på erfaringen hos en gruppe af økonomiske aktører på en sådan måde, at en økonomisk aktør, som har udført en kontrakt som medlem af en gruppe af økonomiske aktører, kan basere sig på udførelsen ved denne gruppe uafhængigt af, hvordan hans andel af udførelsen af denne kontrakt var, eller kan han kun basere sig på sin egen, faktisk erhvervede erfaring, som han har erhvervet ved udførelsen af den del af kontrakten, som var blevet tildelt ham inden for gruppen?

Spørgsmål 6:

Kan artikel 45, stk. 2, litra g), i [direktiv 2004/18], hvorefter en økonomisk aktør, som svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af oplysninger, eller som har undladt at give oplysninger, kan udelukkes fra at deltage i udbudsproceduren, fortolkes således, at en økonomisk aktør udelukkes fra proceduren, hvis han har givet urigtige oplysninger, som har haft eller kunne have indvirkning på procedurens resultat, ud fra den antagelse, at den pågældende vildledning alene skyldes afgivelsen af urigtige oplysninger til den ordregivende myndighed, som har indflydelse på den ordregivende myndigheds beslutning om at udelukke den økonomiske aktør (og afvise hans tilbud), uanset om den økonomiske aktør handlede forsætligt og bevidst eller uforsætligt, groft uagtsomt, uagtsomt eller under manglende iagttagelse af den nødvendige omhu? Er det kun for en økonomisk aktør, som har afgivet urigtige oplysninger (som ikke er i overensstemmelse med de faktiske forhold), at det kan antages, at han »svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af oplysninger [...] eller [...] har undladt at give [...] oplysninger«, eller gælder dette også for en økonomisk aktør, som ganske vist har afgivet rigtige oplysninger, men har gjort dette på en måde, som havde til formål at overbevise den ordregivende myndighed om, at den økonomiske aktør opfyldte de krav, som den ordregivende myndighed havde stillet, selv om dette ikke var korrekt?

Spørgsmål 7:

Tillader artikel 44 i [direktiv 2004/18], sammenholdt med artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, at en økonomisk aktør kan basere sig på sin erfaring på den måde, at den økonomiske aktør baserer sig på to eller flere kontrakter tilsammen som én kontrakt, selv om den ordregivende myndighed ikke har givet denne mulighed hverken i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne?»

21. Den polske og den italienske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Den polske regering, Kommissionen og Województwo Łódzkie deltog i retsmødet den 21. september 2016.

IV – Bedømmelse

A – *Det første spørgsmål (og det andet og det tredje spørgsmål)*

22. Den forelæggende rets første spørgsmål har til formål at afklare, hvorvidt det i betragtning af direktivets artikel 2 og 51 efter udløbet af fristen for at afgive tilbud er muligt for en tilbudsgiver at henvise til en tredjemands erfaring, som ikke blev nævnt i det oprindelige tilbud.

23. Det andet og det tredje spørgsmål har til formål at afgøre, hvorvidt en tilbudsgiver, henset til Manova-dommen³, efter fristen for at afgive tilbud kan indgive dokumenter, der bekræfter, at tilbudsgiveren kan basere sig på denne tredjemands erfaring (virksomheden Medinet i den foreliggende sag).

24. For så vidt angår det første spørgsmål er jeg af den opfattelse, at det generelt ikke er muligt at tilføje sådanne henvisninger af nedenstående årsager. Dette svar medfører, at det er overflødigt at behandle det andet og det tredje spørgsmål i detaljer.

25. Direktivets artikel 51 bestemmer, at den ordregivende myndighed kan anmode de økonomiske aktører om at »supplere eller uddybe« den forelagte dokumentation. Formuleringen »supplere eller uddybe« er forholdsvis smidig. Det følger imidlertid af fast retspraksis⁴, at ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen er til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og en ansøger i forbindelse med udbudsproceduren. Således må den ordregivende myndighed som hovedregel ikke anmode en tilbudsgiver, hvis tilbud ifølge myndigheden er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, om supplerede oplysninger eller endda give anledning til det indtryk, at den tillader ændring af et tilbud⁵.

26. Direktivet er imidlertid »ikke [...] til hinder for, at oplysningerne vedrørende tilbuddet i enkelttilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør«, så længe de ikke udgør et nyt udbud⁶. Tilbudsgiverne forventes at udvise omhu⁷, men dette bør ikke føre til en overdreven formalisme⁸. Dette er især vigtigt i betragtning af behovet for at sikre, at udbudsprocedurerne forbliver åbne og konkurrencedygtige.

27. Muligheden for at indgive supplerende oplysninger efter fristen for at afgive tilbud anses således for at være usædvanlig, men ikke ikke-eksisterende. Spørgsmålet er derfor, hvor grænsen skal gå.

28. Efter min opfattelse er det måske lettest at beskrive Domstolens holdning ved hjælp af en metafor: De oplysninger og dokumenter, som en tilbudsgiver indgiver ved udløbet af fristen for at afgive tilbud, udgør et øjebliksbillede. Den ordregivende myndighed kan kun tage højde for de oplysninger og dokumenter, der allerede optræder i dette billede. Dette forhindrer ikke den ordregivende myndighed i at zoome ind på enkelte elementer i billedet, der er en smule uklare, og anmode om en bedre opløsning af billedet, således at den klart og tydeligt kan se de enkelte elementer. De grundlæggende oplysninger skal imidlertid allerede have været til stede i det oprindelige øjebliksbillede, omend i en lavere opløsning.

29. I overensstemmelse med denne tankegang er jeg af den opfattelse, at det i princippet ikke kan være tilladt for en tilbudsgiver at bevise, at han opfylder de tekniske og faglige specifikationer i et udbud ved at basere sig på tredjemands erfaring, der ikke er blevet nævnt inden udløbet af fristen for at afgive tilbud. Disse oplysninger fremgår ganske enkelt ikke af det oprindelige billede.

3 — Dom af 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647).

4 — Jf. dom af 29.3.2012, SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 36), af 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 31), og af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 62).

5 — Dom af 29.3.2012, SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 41).

6 — Jf. dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 63 og 64), af 29.3.2012, SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 40), og af 10.10.2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 32-36).

7 — Dom af 29.3.2012, SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 38).

8 — Dom af 6.11.2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 45).

30. Derfor udgør en sådan udnyttelse af en tredjemand ikke blot en præcisering eller en formalitet. Den udgør derimod en væsentlig ændring af tilbuddet. Der sker en ændring af selve identiteten på de aktører, der udfører arbejdet, eller i det mindste de aktører, hvis erfaring er nødvendig i denne forbindelse. Dette er en væsentlig ændring, der påvirker et centralt element af proceduren⁹. Således som Kommissionen har påpeget, risikerer en sådan ændring at medføre, at den ordregivende myndighed må foretage yderligere kontrol, samt at have indvirkning på valget af kandidater, der opfordres til at afgive tilbud.

31. Generelt kan en tilladelse til sådanne ændringer bestemt have en indvirkning på konkurrenceprocessen. En tilbudsgivers beslutning om at basere sig på sin egen erfaring eller trække på en tredjemands erfaring skal træffes på et bestemt tidspunkt og på grundlag af de oplysninger, som han råder over på dette tidspunkt. Ved at give en tilbudsgiver en ny chance for at træffe denne virksomhedsbeslutning på et senere tidspunkt kunne han bestemt opnå en fordel, der ville være i strid med kravet om ligebehandling. F.eks. kan viden om antallet af konkurrenter eller deres identitet eller en afmatning på markedet tilskynde tilbudsgivere til at supplere sig med en partner med større erfaring for at øge chancerne¹⁰.

32. Denne konklusion underbygges yderligere analogt af sager, der omhandler ændring af sammensætningen af bydende konsortier efter fristen for at afgive tilbud. I Højgaard-sagen, hvori der for nylig blev afsagt dom, blev et konsortium bestående af to virksomheder prækvalificeret og afgav et bud på en offentlig kontrakt, men derefter opløstes det, inden kontrakten blev tildelt. En af virksomhederne, Aarsleff, anmodede efterfølgende om at træde i stedet for konsortiet som en prækvalificeret tilbudsgiver i udbuddet. Ændringen blev godkendt, og Aarsleff blev senere tildelt kontrakten. Denne tildeling blev senere påklaget ved de nationale retter, og Domstolen blev forelagt et spørgsmål om foreneligheden af ligebehandlingsprincippet med en ændring i sammensætningen af et konsortium.

33. Domstolen bemærkede i sin dom, at regler vedrørende ændringer i sammensætningen af et konsortium under en udbudsprocedure som hovedregel henhører under medlemsstaternes kompetence¹¹. For at sikre, at ligebehandlingsprincippet overholdes, skal Aarsleff imidlertid have været i stand til at opfylde prækvalificeringskriterierne på egen hånd¹².

34. Ligeledes kan en tilbudsgiver, når en ordregivende myndighed kræver, at han fjerner elementer fra sin liste over erfaring, naturligvis stadig basere sig på de øvrige elementer. Han kan derimod ikke tilføje ny erfaring fra tredjemand til listen¹³.

35. Således foreslår jeg, at den nationale rets første spørgsmål besvares således, at en økonomisk aktør ikke kan påberåbe sig tredjemands erfaring for første gang efter fristen for at afgive tilbud. Som følge af dette svar falder den nationale rets andet og tredje spørgsmål (vedrørende betingelserne for fremlæggelse af tredjemands erfaring) i det store og hele væk. Når en aktør slet ikke kan basere sig på en tredjemand, giver det netop ingen mening for den at anføre tilsagn fra denne tredjemand eller dokumentation for denne tredjemands erfaring.

9 — Jf. analogt dom af 6.11.2014, *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 45), hvor ændringer vedrørende identiteten på den person, der var angivet som teknisk direktør, blev anset for at udgøre mere end blot en formel ændring og var dermed et tilstrækkeligt grundlag for at udelukke tilbudsgiveren.

10 — Jf. analogt generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse MT Højgaard og Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774, punkt 80 ff.).

11 — Dom af 24.5.2016, *MT Højgaard og Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347, præmis 35).

12 — Jf. desuden dom af 23.1.2003, *Makedoniko Metro og Michaniki* (C-57/01, EU:C:2003:47). I denne sag havde et bydende konsortium anmodet om at *udvide* sit antal af medlemmer efter afgivelsen af tilbud. Dette var det formelt udelukket fra at gøre i henhold til national ret. Domstolen konkluderede, at dette forbud var foreneligt med Rådets direktiv 92/50/EØF af **18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler** (EFT 1992, L 209 s. 1) (forgænger til direktiv 2004/18).

13 — Selv om dette ikke er relevant i den foreliggende sag, udelukker jeg ikke muligheden for, at tilbudsgiveren eventuelt kan få tilladelse til at basere sig på anden erfaring, som han selv har opnået.

36. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at den nationale rets tre første spørgsmål besvares således:

Artikel 51 i direktiv 2004/18, sammenholdt med det princip, der er opstillet i direktivets artikel 2, om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling af økonomiske aktører og gennemsigtighedsprincippet, tillader ikke, at en økonomisk aktør i forbindelse med forklaringen eller suppleringen af bilag anfører andre af tredjemand udførte kontrakter end dem, som han har anført på den liste over leverancer, som var vedlagt tilbuddet, eller indgiver tilsagn fra en sådan tredjemand om, at denne vil stille sine ressourcer til rådighed for tilbudsgiveren.

B – *Det fjerde spørgsmål*

37. Det fjerde spørgsmål vedrører den omstændighed, at udbudsbetingelserne i hovedsagen krævede, at tilbudsgivere skulle have udført »mindst to kontrakter«, som hver omhandlede det hvide og det grå område, jf. punkt 13 i dette forslag til afgørelse. Efter den ordregivende myndigheds opfordring om en uddybning fremlagde KK de to Medinet-leverancer og Nowy Sącz-leverancen.

38. På denne baggrund ønsker den nationale ret i det væsentlige at få afklaret, hvorvidt erfaringerne fra Medinet-leverancerne og Nowy Sącz-leverancen kan gøres gældende for at opfylde betingelsen om udførelse af »mindst to kontrakter« i overensstemmelse med direktivets artikel 44 og artikel 48, stk. 2, litra a), samt ligebehandlingsprincippet i direktivets artikel 2.

39. Ifølge direktivets affattelse er det tydeligt, at økonomiske aktører som hovedregel kan basere sig på andre enheders formåen i forbindelse med offentlige udbud¹⁴. Denne hovedregel er desuden i overensstemmelse med formålet om at åbne de offentlige kontrakter for konkurrence¹⁵, som Domstolen gentagne gange har bekræftet¹⁶. Den formåen, som en aktør baserer sig på, kan således »fordeles« eller »deles op« mellem forskellige enheder, naturligvis under forudsætning af at aktøren i praksis råder over de nødvendige ressourcer fra disse andre enheder¹⁷.

40. For at sikre »minimumskrav til formåen« eller »minimumskriterier for egnethed«¹⁸ kan udnyttelsen af tredjemand undtagelsesvis begrænses. Dette er tilfældet i forbindelse med »bygge- og anlægsarbejder, som har særlige kendetegn, der medfører et behov for en vis formåen, som ikke kan opnås ved at samle ringere formåen fra flere økonomiske aktører«. Sådanne krav skal være »forbundet med og afpasset efter den pågældende kontrakts genstand«¹⁹.

41. I den foreliggende sag kræver udbudsbetingelser »mindst to kontrakter« inden for et specifikt område (integrerede sygehussystemer). Det følger af ovennævnte punkter, at dette krav kan anføres som et minimumskrav og udelukke udnyttelse af tredjemænd, under forudsætning af at det er »forbundet med og afpasset efter den pågældende kontrakts genstand«.

42. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om dette er tilfældet.

14 — Se f.eks. direktivets artikel 4, stk. 2 (muligheden for at afgive tilbud som konsortium), artikel 25 (underentreprise) og artikel 48, stk. 3 (muligheden for at basere sig på tredjemand).

15 — Jf. dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

16 — Jf. f.eks. dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 30-32), dom af 2.12.1999, Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, præmis 26 og 27), og dom af 18.3.2004, Siemens og ARGE Telekom C-314/01, EU:C:2004:159, præmis 43).

17 — Direktivets artikel 48, stk. 3.

18 — Jf. direktivets artikel 44, stk. 2.

19 — Jf. dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 35), som afspejler affattelsen af direktivets artikel 44, stk. 2.

43. Den nationale ret antyder ikke desto mindre, at der er en kvalitativ forskel mellem udbudsbetingelser, der på den ene side kræver samlet og gentagen erfaring inden for et område og på den anden side erfaring inden for en række særskilte områder.

44. Jeg er enig i, at denne forskel intuitivt gør sig gældende. Det er ikke altid muligt at kombinere erfaring fra forskellige sektorer, eftersom tværsektoriel erfaring eller samlet erfaring med integrerede systemer kan være uerstattelig. Imidlertid indebærer sådanne tværfaglige kombinationer velsagtens færre problemer, end når der blot sammenlægges antal års erfaring eller enkelte kontrakter. En virksomhed, der udfører sin anden kontrakt inden for det samme område, vil anvende sin tidligere erfaring, eventuelt med ny og anderledes viden²⁰.

45. I sidste ende er der imidlertid tale om den samme retsregel i begge tilfælde. Det tilkommer den nationale ret at afgøre spørgsmålet om, i hvilket omfang en aktørs erfaring med udførelsen af to kontrakter kan erstattes med to aktører, der hver har udført en kontrakt.

46. Den nationale ret udtaler udtrykkeligt i sit spørgsmål, at den relevante erfaring og formåen under kontrakten »er udelelig«. Dette indebærer, at den nationale ret allerede har konkluderet, at a) muligheden for at basere sig på kombineret erfaring er blevet udelukket, og at b) denne udelukkelse er »forbundet med og afpasset efter den pågældende kontrakts genstand«. For så vidt som dette reelt set er tilfældet, tillader de af direktivets bestemmelser, som den nationale ret har anført, at den ordregivende myndighed udelukker udnyttelse af en anden aktørs ressourcer ved at kombinere to aktørers viden og erfaring.

47. På denne baggrund foreslår jeg, at den nationale rets fjerde spørgsmål besvares således:

Artikel 44 i direktiv 2004/18, sammenholdt med artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 opstillede ligebehandlingsprincip, tillader ikke, at en økonomisk aktør baserer sig på en anden økonomisk aktørs viden og erfaring som omhandlet i direktivets artikel 48, stk. 3, såfremt den ordregivende myndighed udtrykkeligt har udelukket en sådan udnyttelse. En sådan udelukkelse skal imidlertid hænge sammen med og stå i forhold til den pågældende kontrakts genstand.

C – Det femte spørgsmål

48. Den nationale ret anmoder med sit femte spørgsmål om en præcisering af de betingelser, hvorunder en økonomisk aktør kan basere sig på erfaringen hos en gruppe af virksomheder, som den var medlem af. Dette spørgsmål omhandler den omstændighed, at både Nowy Sącz-leverancen og Słupsk-leverancen blev udført af et konsortium bestående af to virksomheder, KK og KIT. Jeg forstår, at den nationale ret forsøger at afgøre, hvorvidt KK ubetinget kan basere sig på denne erfaring som støtte for sit tilbud, eller hvorvidt KK's rolle i forbindelse med leverancen er væsentlig²¹.

49. Jeg er af den opfattelse, at et konsortiemedlems specifikke rolle og tilsvarende erfaring bestemt er væsentlig.

20 — Hvis jeg ønsker at ansætte en advokat med ni års erfaring inden for skatte-, selskabs- og handelsret, kan jeg vælge at antage tre advokater, der hver har ni års erfaring inden for henholdsvis skatte-, selskabs- og handelsret. Jeg er måske mindre tilbøjelig til at antage tre advokater, der hver har tre års erfaring inden for hver af de tre områder. Jeg ville bestemt ikke ansætte ni advokater, der hver har ét års erfaring.

21 — Det fremgår af forelæggelsen, at KK på ingen måde forsøger at basere sig på KIT's erfaring som »en anden enhed« som omhandlet i direktivets artikel 48, stk. 3, men derimod fremlægger erfaring, som er opnået inden for konsortiet, som sin egen.

50. Direktivets artikel 44 og artikel 48, stk. 2, litra a), bestemmer, at tilbud skal vurderes på grundlag af bl.a. erfaring, som dokumenteres ved hjælp af lister over arbejder og leverancer, der er udført i løbet af de seneste år. Der kan tydeligvis ikke sættes lighedstegn mellem at besidde den erfaring, der er nødvendig for at udføre en kontrakt, og at have kendskab til en, der har denne erfaring. Det er heller ikke muligt at opnå denne erfaring ved blot formelt at være part i en kontrakt eller medlem af et konsortium.

51. Den forelæggende ret viser dette med et meget passende eksempel, hvor et konsortium bestående af tre virksomheder opfører en motorvej: en bank (der finansierer projektet), en entreprenørvirksomhed (der bygger selve motorvejen) og en tjenesteyder (der yder juridisk, administrativ og regnskabsbistand). Ved at finansiere et sådant projekt har banken naturligvis ikke opnået den erfaring, der er nødvendig for at opføre en motorvej.

52. I sidste ende afhænger den enkelte virksomheds specifikke rolle og den erfaring, den har opnået, imidlertid af specifikke omstændigheder. Det er f.eks. muligt, at banken tog styringen med finansieringen, men at tjenesteyderen havde en tæt forbindelse til denne del af projektet og dermed opnåede en vis erfaring inden for dette område. Denne erfaring kan være yderst relevant og tilstrækkelig i forbindelse med en anden udbudsprocedure eller et andet projekt. Eller også er den ikke. Dette afhænger af de faktiske omstændigheder.

53. Ligeledes tilkommer det den nationale ret at fastslå, hvilken specifik rolle KK spillede i forbindelse med Nowy Sącz-leverancen (og Słupsk-leverancen²²), og hvorvidt denne rolle stemmer overens med kravet om erfaring i udbudsbekendtgørelsen.

54. Ovenstående betragtninger vedrører en situation, hvor en økonomisk aktør fremlægger tidligere leverancer, som er udført af en gruppe aktører, *specifikt som sin egen erfaring*. Disse betragtninger berører ikke muligheden for, at en økonomisk aktør baserer sig på tredjemands formåen, som er fastsat i bl.a. direktivets artikel 48, stk. 3, og som behandles mere indgående ovenfor i punkt 39.

55. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at den nationale rets femte spørgsmål besvares således:

Artikel 44 og artikel 48, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at en økonomisk aktør, som har udført en kontrakt som medlem af en gruppe af økonomiske aktører, kun kan påberåbe sig den erfaring, som han selv har erhvervet ved udførelsen af den kontrakt, som sin egen erfaring. Denne konklusion berører ikke muligheden for, at den økonomiske aktør baserer sig på tredjemands formåen under de i direktivet fastsatte betingelser.

D – Det syvende spørgsmål

56. Det syvende spørgsmål omhandler den omstændighed, at Słupsk-leverancen i hovedsagen bestod af to særskilte kontrakter, der gav komplementær erfaring (inden for det hvide og det grå område), mens udbudsbekendtgørelsen og udbudsdokumenterne henviser til kontrakter, der omfatter både det hvide og det grå område²³.

57. På denne baggrund har den nationale ret anmodet om en uddybning af de betingelser, hvorunder erfaring, der er opnået i forbindelse med to særskilte kontrakter, kan fremlægges tilsammen for at opfylde et krav, som ikke udtrykkeligt fremgår som værende deleligt.

22 — Województwo Łódzkie bekræftede under retsmødet, at KK ikke længere formelt baserer sig på Słupsk-leverancen.

23 — For så vidt som KK ikke længere baserer sig på Słupsk-leverancen, kan dette spørgsmål muligvis betragtes som værende hypotetisk. Eftersom det ikke fremgår af forelæggelseskendelsen, at KK ikke længere baserer sig på Słupsk-leverancen, gør den almindelige formodning om, at spørgsmålet er relevant, sig imidlertid stadig gældende.

58. Af årsager, som uddybes nedenfor, er jeg af den opfattelse, at svaret på dette spørgsmål er, at aktører almindeligvis bør have mulighed for at samle »delt« erfaring på denne måde. Kun undtagelsesvis bør den ordregivende myndighed udelukke en sådan mulighed.

59. Det følger bl.a. af de ovenfor foreslåede svar på det fjerde og det femte spørgsmål, at direktivet ikke præcist fastlægger, hvordan eller af hvem den relevante erfaring skal være opnået. Derfor er det almindeligvis, på visse betingelser, muligt for en aktør at basere sig på erfaring, som han har opnået: a) i forbindelse med kontrakter, som han alene har undertegnet, b) i forbindelse med kontrakter, som er underskrevet af en gruppe af aktører, som han er en del af, eller c) af tredjemand.

60. Det springende punkt er, hvorvidt den samlede erfaring, som den økonomiske aktør reelt set kan basere sig på, uanset om det er hans egen eller tredjemands erfaring, er tilstrækkelig til at udføre kontrakten.

61. Dermed er det normalt uvæsentligt, at denne erfaring teknisk set er blevet opnået gennem to eller flere særskilte kontrakter og ikke en enkelt kontrakt. Hvis den samlede erfaring er tilstrækkelig til at udføre kontrakten, bør dette være tilstrækkeligt.

62. Udbudsbetingelserne kan netop opfyldes ved at forene formåen eller erfaring, der er fordelt på *forskellige aktører*. Det ville så meget desto mere være ulogisk principielt at udelukke muligheden for at forene formåen eller erfaring, som den *samme aktør* har opnået i forbindelse med *forskellige kontrakter*.

63. Der kan indføres begrænsninger for muligheden for at kombinere forskellige aktørers erfaring, hvis de er »forbundet med og afpasset efter den pågældende kontrakts genstand«²⁴. Efter min opfattelse kan denne argumentation og disse begrænsninger anvendes analogt på fordelingen af erfaring på forskellige kontrakter, som er udført af samme aktør. Således kan en ordregivende myndighed f.eks. i princippet gøre gældende, at visse krav til erfaring kun kan opfyldes ved hjælp af individuelle kontrakter, som hver omfatter erfaring fra forskellige områder. Et sådant krav skal imidlertid være nødvendigt, afpasset efter og forbundet med den pågældende kontrakts genstand.

64. Det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om den erfaring, der efterspørges i den omhandlede udbudsprocedure, opfylder disse betingelser. Det er ikke desto mindre værd at fremhæve nedenstående generelle bemærkninger.

65. For det første skal udbud i princippet være åbne for konkurrence²⁵. Med henblik på dette mål er udelukkelse af udnyttelse af tredjemands erfaring undtagelsen. Dette gør sig ligeledes gældende for udelukkelse af »delt« erfaring. I tilfælde af, at en sådan udelukkelse ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, kan det ikke blot antages, at den gør sig gældende. Den skal være tydeligt fastlagt.

66. For det andet henviser den nationale ret specifikt til direktivets artikel 2, der også fastlægger ligebehandlingsprincippet. Efter min opfattelse bør sidstnævnte ikke give anledning til indvendinger for så vidt angår udnyttelse af kombineret erfaring, der er opnået i forbindelse med særskilte kontrakter, for så vidt som enten a) *alle* økonomiske aktører, der afgiver tilbud, i princippet kan basere sig samlet set på sådanne kontrakter, eller b) *ingen* økonomiske aktører har mulighed for dette (hvis den ordregivende myndighed har udelukket denne mulighed).

24 — Jf. punkt 40 ovenfor.

25 — Jf. punkt 25 ovenfor.

67. For så vidt som muligheden for at basere sig på kombineret erfaring ikke er blevet udelukket, tilkommer det den ordregivende myndighed, med forbehold af de nationale retters kontrol, at afgøre, hvorvidt den kombinerede erfaring fra to eller flere kontrakter i et konkret tilfælde er tilstrækkelig til at opfylde de krav, der er opstillet i udbudsbetingelserne. Selv i tilfælde, hvor det i princippet er muligt at kombinere to eller flere kontrakter, kan den samlede erfaring i et konkret tilfælde vise sig at være utilstrækkelig. I forbindelse med denne vurdering skal der tages højde for alle relevante elementer, herunder f.eks. forholdet mellem de forskellige kontrakter²⁶ og de specifikke betingelser²⁷.

68. På denne baggrund foreslår jeg, at den nationale rets syvende spørgsmål besvares således:

Artikel 44 og artikel 48, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18, sammenholdt med det i direktivets artikel 2 opstillede ligebehandlingsprincip, tillader, at en økonomisk aktør baserer sig på sin erfaring på den måde, at han baserer sig på to eller flere kontrakter tilsammen som én kontrakt, medmindre den ordregivende myndighed udtrykkeligt har udelukket, at det er muligt at basere sig på kombineret erfaring. En sådan udelukkelse skal imidlertid hænge sammen med og stå i forhold til den pågældende kontrakts genstand.

E – Det sjette spørgsmål

69. Den nationale ret har med sit sjette spørgsmål spurgt om, hvorvidt en tilbudsgiver kan udelukkes, idet han »svigagtigt har givet urigtige oplysninger« (ved at meddele eller undlade at give oplysninger) som omhandlet i direktivets artikel 45, stk. 2, litra g), uanset subjektiv tilregnelser. Den har desuden spurgt om, hvorvidt denne bestemmelse giver mulighed for udelukkelse af tilbudsgiveren, hvis han i realiteten ikke opfylder udbudsbetingelserne, men på en kreativ måde har fremlagt oplysninger, der teknisk set er korrekte, for at give indtrykket af, at han opfylder betingelserne.

70. Affattelsen af artikel 45, stk. 2, litra g), giver mulighed²⁸ for, at en medlemsstat kan udelukke tilbudsgivere i visse tilfælde af afgivelse af urigtige oplysninger. En sådan afgivelse af urigtige oplysninger kan finde sted, hvor oplysninger, der »kan kræves«, f.eks. for at godtgøre aktørens formåen, gives eller udelades.

71. I henhold til ordenes umiddelbare betydning omhandler artikel 45, stk. 2, litra g), således situationer, hvor en aktør udelader eller afgiver bestemte oplysninger, der fører til, at den ordregivende myndighed får et fejlagtigt indtryk af hans formåen.

72. Ikke alle tilfælde af afgivelse af urigtige oplysninger udgør en udelukkelsesgrund. Formuleringen »svigagtig« antyder, at tilfælde, hvor der blot gives urigtige oplysninger, ikke er tilstrækkelige til at udløse artikel 45, stk. 2, litra g), og at der skal være tale om en vis grad af svigagtighed.

26 — Formelle forbindelser mellem kontrakterne og lighederne i form af omfang, kunde eller tidsfrist for udførelse osv.

27 — Den integrerede karakter af den tjenesteydelse, der anmodes om, tidsfrist for leverance og eventuelle tilsvarende minimumskrav til formåen osv.

28 — »[...] kan udelukkes enhver økonomisk aktør« (min fremhævelse).

73. Det er imidlertid ikke klart, hvordan graden af svigagtighed fastlægges. En sammenligning af de forskellige sprogversioner forplumrer blot billedet yderligere i denne henseende. I nogle sprogversioner er det ord, der antyder grovhed eller svigagtighed, knyttet til begrebet »skyldig«²⁹, som velsagtens kan fortolkes som om, at der kræves en vis form for forsæt eller grad af uagtsomhed. I andre sprogversioner er det ord, der antyder grovhed eller svigagtighed, knyttet til afgivelsen af de urigtige oplysninger, hvilket antyder, at der er fokus på selve handlingen og/eller følgerne heraf³⁰.

74. Direktivets artikel 45, stk. 2, sidste punktum, kan muligvis være til hjælp. Herefter fastsætter medlemsstaterne på grundlag af deres nationale ret »gennemførelsesbestemmelserne« til artikel 45, stk. 2. Dermed kan artikel 45, stk. 2, litra g), fortolkes således, at det fastlægger minimumskravene for at fastlægge, at der er tale om afgivelse af urigtige oplysninger, der er tilstrækkelig svigagtig til, at medlemsstaterne kan udelukke en tilbudsgiver. Det har derimod ikke til formål at foretage en fuld harmonisering af begrebet³¹. Denne fortolkning er også i overensstemmelse med en snæver fortolkning af udelukkelsesgrundene og behovet for, at hver enkelt aktørs sag vurderes i de enkelte tilfælde.

75. Hvad gør denne mindstegrad af svigagtighed sig gældende for? På baggrund af nedenstående årsager er jeg af den opfattelse, at »svigagtighed« bør vedrøre de (objektive) følger af afgivelsen eller udeladelsen af oplysninger, uanset den (subjektive) tilregnelser eller forsættet hos den person, der giver eller undlader at give dem.

76. Efter min opfattelse kan *kun* handlinger eller udeladelser, der medfører en konkurrencemæssig fordel, som lader en aktør deltage i udbudsproceduren, når han ellers ikke ville have mulighed for dette, falde ind under artikel 45, stk. 2, litra g)³². Med andre ord kan en afgivelse af urigtige oplysninger (ved at give eller udelade oplysninger), såfremt dette ikke kan have nogen indvirkning på udfaldet, ikke udgøre en gyldig begrundelse for at udelukke aktøren. Jeg vil i det følgende omtale dette som »udfaldsbetingelsen«.

77. Denne fortolkning underbygges af de sprogversioner, der understreger grovheden af afgivelsen af de urigtige oplysninger. Den kan også anses for at være forenelig med de versioner, der understreger grovheden af »skylden«. Den afspejler desuden målet om, at udbud skal være åbne for konkurrence, og er i overensstemmelse med en snæver fortolkning af udelukkelsesgrundene. Hvis en tilbudsgiver er bedst i stand til at udføre kontrakten, enten på grundlag af den bedste pris eller det mest fordelagtige tilbud³³, ville en udelukkelse af ham være i strid med direktivets formål om at sikre, at kontrakter tildeles på grundlag af objektive kriterier, hvorved det bedste forhold mellem kvalitet og pris opnås³⁴.

78. Det følger, at udfaldsbetingelsen er en betingelse *sine qua non* for enhver udelukkelse på grundlag af afgivelse af urigtige oplysninger.

29 — På henholdsvis fransk, italiensk, spansk og nederlandsk: »gravement coupable«, »gravamente colpevole«, »gravamente culpable« og »in ernstige mate schuldig heft gemaakt aan valse verklaringen«.

30 — På henholdsvis engelsk, tysk og tjekkisk: »guilty of serious misrepresentation«, »in erheblichem Masse falscher Erklärungen schuldig« og »který se dopustil vážného zkraslení«. Imidlertid udelader andre sprogversioner, navnlig den slovakiske, enhver henvisning til grovhed, hvad enten den vedrører subjektiv tilregnelser eller følgerne af handlingen: »bol uznaný vinným zo skreslovanie skutočnosti«.

31 — Jf. desuden direktivets artikel 45, stk. 2, litra d), som giver mulighed for udelukkelse, hvis den økonomiske aktør »i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl«. Således som Kommissionen har gjort gældende, nævner Domstolen praksis vedrørende fortolkningen af denne bestemmelse medlemsstaternes rolle i forbindelse med definitionen af dette begreb, men også behovet for en mindstegrad af svigagtighed, før bestemmelsen kan udløses.

32 — Som i væsentlig grad har indvirkning på f.eks. prækvalificeringen eller tildelingen af kontrakten.

33 — Jf. direktivets artikel 53, stk. 1.

34 — Jf. f.eks. 46. betragtning til direktivet.

79. Desuden er jeg af den opfattelse, at artikel 45, stk. 2, litra g), i teorien kan udløses *i alle tilfælde*, hvor udfaldsbetingelsen er opfyldt. Hvis afgivelsen eller udeladelsen af visse oplysninger kan påvirke udfaldet, er den netop allerede *svigagtig i sig selv*. I denne forbindelse kan det ske, at en »åbenlys« eller »mindre« fejl eller en »skrivefejl« under særlige omstændigheder har den uventede følge, at de ændrer udfaldet af et udbud i væsentlig grad. Sådanne fejl kan være helt og aldeles utilsigtede. De er imidlertid tydeligvis hverken mindre eller ubetydelige fejl for en konkurrent, der taber et udbud, eller som stilles særdeles ufordelagtigt som følge heraf.

80. Derfor er jeg af den opfattelse, at opfyldelsen af udfaldsbetingelsen i sig selv er *tilstrækkelig til at tillade udelukkelse* for afgivelse af urigtige oplysninger, uden at der er behov for, at yderligere betingelser er opfyldt. Denne fortolkning af afgivelsen af urigtige oplysninger, nemlig en fortolkning, som ikke omfatter subjektive elementer af forsæt hos tilbudsgiveren, i henhold til artikel 45, stk. 2, litra g), underbygges af yderligere tre argumenter.

81. For det første nævner direktivets artikel 45, stk. 2, litra g), slet ikke subjektiv tilregnelser, generelt eller forsæt eller uagtsomhed specifikt og forsøger heller ikke at afgrænse disse begreber. Under disse omstændigheder er det uhensigtsmæssigt at forsøge at definere anvendelsesområdet for artikel 45, stk. 2, litra g), på grundlag af så komplicerede begreber, som i praksis ville skulle gribes ud af den blå luft. Denne omstændighed taler i sig selv for en objektiv fortolkning af bestemmelsen som den ovenfor foreslåede. Desuden fastlægger artikel 45, stk. 2, kun de grundlæggende betingelser for, hvornår EU-retten giver *mulighed* for at udelukke tilbudsgivere. I denne forbindelse henviser den udtrykkeligt til, at den nationale ret skal fastsætte gennemførelsesbestemmelserne, som f.eks. kan omfatte begreberne uagtsomhed eller forsæt i national ret.

82. For det andet knytter der sig en praktisk pointe hertil: Kan det med rimelighed forventes, at en administrativ myndighed i forbindelse med et offentligt udbud, hvor der ofte er et betydeligt tidspres og potentielt adskillige omfattende tilbud, skal undersøge og fastlægge en virksomheds forsæt? Det er ganske tydeligt, at et sådant forslag ikke ville fungere.

83. Hvis for det tredje en administrativ myndighed er i stand til at fastlægge en virksomheds forsæt, hvor brugbart ville dette så faktisk være? Aktører, der deltager i udbud, forventes generelt at udvise omhu³⁵. Det antages ganske enkelt, at en erhvervsdrivende ved, hvordan man udviser omhu. Dette indebærer, at udover forsæt vil forskellige former for uagtsomhed sandsynligvis blive taget i betragtning. Såfremt dette var tilfældet, ville subjektiv tilregnelser i praksis ikke udgøre et reelt kriterium til sontring.

84. Udfaldsbetingelsen er dermed en betingelse *sine qua non*, som også i sig selv er tilstrækkelig til at udløse artikel 45, stk. 2, litra g). Dette åbner imidlertid blot op for *muligheden* for, at medlemsstaten udelukker en aktør. I overensstemmelse med artikel 45, stk. 2, sidste punktum, fastsættes de nærmere omstændigheder for, hvornår aktører i praksis skal udelukkes, på nationalt niveau.

85. Som en sidste bemærkning vedrørende direktivets artikel 45, stk. 2, litra g), har den nationale ret udtrykkeligt stillet spørgsmålet om, hvorvidt denne bestemmelse kan udløses af *korrekte* oplysninger, der fremlægges på en tendentiøs måde eller på en måde, der får det til at se ud som om, at udbudsbetingelserne er opfyldt, når dette i realiteten ikke er tilfældet. Den nationale rets spørgsmål i denne henseende omhandler en situation, hvor en aktør ikke opfylder udbudsbetingelserne.

35 — Jf. dom af 29.3.2012, SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 38),

86. I en sådan situation ville aktøren normalt blive udelukket, ganske enkelt fordi han ikke opfylder udbudsbetingelserne. En sådan tilbudsgiver bør kun fortsat deltage i udbudsproceduren, hvis hans tilbud ændres, således at det *rent faktisk* opfylder betingelserne. Det er også kun i et sådant scenarie, at der overhovedet ville være behov for at tage stilling til udelukkelse efter direktivets artikel 45, stk. 2, litra g).

87. Således som jeg har gjort rede for i min behandling af det første spørgsmål, er der tydeligvis grænser for, hvornår ændringer af tilbuddet efter fristen for at afgive tilbud er acceptable. Det er ganske vist muligt, at disse grænser overskrides, når ændringerne udgør en stor forskel som i den foreliggende sag (dvs. forskellen mellem manglende opfyldelse af udbudsbetingelserne før ændringen og opfyldelse af disse betingelser efter ændringen).

88. Såfremt det antages, at sådanne ændringer i teorien er mulige, kunne den pågældende aktør da ikke desto mindre blive udelukket for afgivelse af urigtige oplysninger i sit oprindelige tilbud?

89. Efter min opfattelse bør dette spørgsmål besvares bekræftende, idet en sådan aktør *potentielt* kan udelukkes. Dette skyldes, a) at han i første omgang undlod at afgive oplysninger, som er påkrævet i henhold til artikel 48, stk. 2, litra a) [som er en af de former for afgivelse af urigtige oplysninger, der er nævnt i direktivets artikel 45, stk. 2, litra g)], og b) denne udeladelse var væsentlig, for så vidt som den kunne have en indvirkning på udfaldet af udbuddet (udfaldsbetingelsen).

90. Spørgsmålet drejer sig derfor i mindre grad om, at aktøren formentlig har markedsført sin erfaring på en tvivlsom måde. Uanset hvordan hans erfaring blev fremstillet, er der nærmere tale om, at aktøren indledningsvist undlod at afgive de efter artikel 48, stk. 2, litra a), påkrævede oplysninger, og at den efterfølgende ændring af disse oplysninger ændrede udfaldet af udbuddet.

91. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at den nationale rets sjette spørgsmål besvares således:

En aktør kan kun findes skyldig i svigagtig afgivelse af urigtige oplysninger som omhandlet i artikel 45, stk. 2, litra g), i direktiv 2004/18 i tilfælde, hvor den påståede afgivelse af urigtige oplysninger kan påvirke den ordregivende myndigheds afgørelse, idet aktøren bevarer sin deltagelse i proceduren, hvilket han ellers ikke ville gøre. Anvendelsen af denne bestemmelse er betinget af, at der afgives eller udelades oplysninger, der kræves i henhold til kapitel VII, afdeling 2, i direktiv 2004/18. Anvendelsen af direktivets artikel 45, stk. 2, litra g), er ikke betinget af, at der afgives faktisk ukorrekte oplysninger, eller nogen særlig subjektiv tilregnelser i forhold til den økonomiske aktør.

V – Forslag til afgørelse

92. Jeg foreslår, at Domstolen besvarer de af Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager) forelagte spørgsmål således:

»Spørgsmål 1-3:

Artikel 51 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 (herefter »direktiv 2004/18«), sammenholdt med det princip, der er opstillet i samme direktivs artikel 2, om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling af økonomiske aktører og gennemsigtighedsprincippet, tillader ikke, at en økonomisk aktør i forbindelse med forklaringen eller suppleringen af bilag anfører andre af tredjemand udførte kontrakter end dem, som han har anført på den liste over leverancer, som var vedlagt tilbuddet, eller indgiver tilsagn fra en sådan tredjemand om, at denne vil stille sine ressourcer til rådighed for tilbudsgiveren.

Spørgsmål 4:

Artikel 44 i direktiv 2004/18, sammenholdt med artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 opstillede ligebehandlingsprincip, tillader ikke, at en økonomisk aktør baserer sig på en anden økonomisk aktørs viden og erfaring som omhandlet i direktivets artikel 48, stk. 3, såfremt den ordregivende myndighed udtrykkeligt har udelukket en sådan udnyttelse. En sådan udelukkelse skal imidlertid hænge sammen med og stå i forhold til den pågældende kontrakts genstand.

Spørgsmål 5:

Artikel 44 og artikel 48, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at en økonomisk aktør, som har udført en kontrakt som medlem af en gruppe af økonomiske aktører, kun kan påberåbe sig den erfaring, som han selv har erhvervet ved udførelsen af den kontrakt, som sin egen erfaring. Denne konklusion berører ikke muligheden for, at den økonomiske aktør baserer sig på tredjemands formåen under de i direktivet fastsatte betingelser.

Spørgsmål 6:

En aktør kan kun findes skyldig i svigagtig afgivelse af urigtige oplysninger som omhandlet i artikel 45, stk. 2, litra g), i direktiv 2004/18 i tilfælde, hvor den påståede afgivelse af urigtige oplysninger kan påvirke den ordregivende myndigheds afgørelse, idet aktøren bevarer sin deltagelse i proceduren, hvilket han ellers ikke ville gøre. Anvendelsen af denne bestemmelse er betinget af, at der afgives eller udelades oplysninger, der kræves i henhold til kapitel VII, afdeling 2, i direktiv 2004/18. Anvendelsen af direktivets artikel 45, stk. 2, litra g), er ikke betinget af, at der afgives faktisk ukorrekte oplysninger, eller nogen særlig subjektiv tilregnelser i forhold til den økonomiske aktør.

Spørgsmål 7:

Artikel 44 og artikel 48, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18, sammenholdt med det i direktivets artikel 2 opstillede ligebehandlingsprincip, tillader, at en økonomisk aktør baserer sig på sin erfaring på den måde, at han baserer sig på to eller flere kontrakter tilsammen som én kontrakt, medmindre den ordregivende myndighed udtrykkeligt har udelukket, at det er muligt at basere sig på kombineret erfaring. En sådan udelukkelse skal hænge sammen med og stå i forhold til den pågældende kontrakts genstand.«