



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 21. januar 2016¹

Sag C-27/15

**Pippo Pizzo m.fl.
mod
CRGT srl**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italien))

»Offentlige kontrakter — direktiv 2004/18/EF — deltagelse i et udbud — mulighed for at basere sig på andre enheders formåen for at opfylde de nødvendige betingelser — manglende betaling af et gebyr, der ikke er udtrykkeligt fastsat — udelukkelse af en tilbudsgiver«

1. Nærværende præjudicielle forelæggelse giver Domstolen en ny lejlighed til at udbygge sin praksis vedrørende fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter, navnlig for så vidt angår direktiv 2004/18/EF².
2. For det første forelægges spørgsmålet om, hvorvidt en tilbudsgiver kan udnytte andre enheders formåen for at opfylde betingelserne for deltagelse i udbudsproceduren, hvilket relativt nemt kan besvares på baggrund af Domstolens praksis.
3. For det andet stiller den forelæggende ret et mere kompliceret spørgsmål om muligheden for, at visse betingelser for deltagelse i udbudsproceduren ikke udtrykkeligt fremgår af hverken udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne eller -bestemmelserne, men at de derimod kan udledes af generelle nationale regler.
4. For så vidt angår det andet spørgsmål foreslår jeg, at Domstolen foretager en mere nuanceret fortolkning af sin praksis vedrørende nødvendigheden af, at udbudsmaterialet udtrykkeligt indeholder alle udbudsbetingelserne. Dette vil jeg gøre ud fra den grundtanke, som efter min opfattelse ligger bag begrebet »en rimeligt oplyst og normalt påpasselig bydende«, som er det afgørende kriterium for ånden i denne retspraksis.

¹ — Originalsprog: spansk.

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 L 134, s. 114).

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2004/18

5. Artikel 2 i direktiv 2004/18 bestemmer, at »[d]e ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde«.

6. Direktivets artikel 47 bestemmer:

»1. Bevis for den økonomiske aktørs finansielle og økonomiske formåen kan almindeligvis føres ved en eller flere af følgende oplysninger:

- a) relevante erklæringer fra en bank eller i givet fald bevis for relevant erhvervsansvarsforsikring
- b) fremlæggelse af virksomhedens balance eller uddrag heraf, hvis offentliggørelse af balancen er lovpligtig i det land, hvor den økonomiske aktør er etableret
- c) en erklæring om den økonomiske aktørs samlede omsætning og i påkommende tilfælde omsætningen inden for det aktivitetsområde, kontrakten vedrører [...].

2. En økonomisk aktør kan i givet fald og for en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders formåen uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem aktøren selv og disse enheder. Aktøren skal i så fald godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders forpligtelser i så henseende.

[...]«

7. Artikel 48 i direktiv 2004/18 foreskriver:

»1. De økonomiske aktørers tekniske og/eller faglige formåen vurderes og efterprøves i overensstemmelse med stk. 2 og 3.

[...]

3. En økonomisk aktør kan i givet fald og for en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders formåen uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem aktøren selv og disse enheder. Den skal i så fald godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han 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.

[...]«

2. Direktiv 2014/24/EU³

8. Artikel 63 i direktiv 2014/24 bestemmer:

»1. Med hensyn til kriterierne vedrørende økonomisk og finansiel formåen [...] og kriterierne vedrørende teknisk og faglig formåen [...] kan økonomiske aktører i givet fald og i forbindelse med en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders kapacitet, uanset den retlige karakter af forbindelserne med dem. [...] Hvis en økonomisk aktør ønsker at basere sig på andre enheders kapaciteter, skal den godtgøre over for den ordregivende myndighed, at den råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge et tilsagn fra disse enheder i denne forbindelse.

[...]

Såfremt en økonomisk aktør baserer sig på andre enheders kapacitet med hensyn til kriterierne vedrørende økonomisk og finansiel formåen, kan den ordregivende myndighed kræve, at den økonomiske aktør og de pågældende enheder hæfter solidarisk for kontraktens gennemførelse.

[...]

2. I forbindelse med bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter eller monterings- og installationsarbejde under en vareindkøbskontrakt kan de ordregivende myndigheder kræve, at visse centrale opgaver udføres direkte af tilbudsgiveren selv eller, hvis et tilbud indgives af en sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i artikel 19, stk. 2, af en deltager i den pågældende sammenslutning.«

B. *National ret*

1. Lovdekret nr. 163 af 12. april 2006⁴

9. Artikel 49 i lovdekret nr. 163/2006 bestemmer:

»1. Tilbudsgiveren i form af en enkelt virksomhed eller et konsortium eller en sammenslutning i medfør af artikel 34 kan i forbindelse med et specifikt udbud af bygge- og anlægsarbejde, tjenesteydelser og vareindkøb opfylde kravet om, at denne skal have visse økonomiske, finansielle, tekniske og organisationsmæssige kvalifikationer, dvs. opnå SOA-attestering ved at basere sig på en anden enheds formåen eller en anden enheds SOA-attestering.

[...]

6. I forbindelse med bygge- og anlægsarbejde må tilbudsgiveren udelukkende benytte sig af én hjælpevirksomhed for hver kvalifikationskategori. I udbudsmaterialet kan det tillades, at der gøres brug af flere hjælpevirksomheder alt efter udbudsbeløbet og ydelseens natur [...]«.

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT L 94, s. 65).

4 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (loven om offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og vareindkøbskontrakter til gennemførelse af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF) (GURI nr. 100 af 2.5.2006, almindeligt tillæg nr. 107), som ændret ved lovdekret nr. 152 af 11.9.2008 (GURI nr. 231 af 2.10.2008, almindeligt tillæg nr. 227), herefter »lovdekret nr. 163/2006«.

2. Lov nr. 266 af 23. december 2005⁵

10. Artikel 1, stk. 67, første afsnit, i lov nr. 266 bestemmer, at »Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici [...] årligt [fastlægger] dels størrelsen af de gebyrer, som myndigheden opkræver af såvel offentlige som private retssubjekter, som henhører under myndighedens tilsyn, dels de aktuelle opkrævningsmetoder. Dette inkluderer pligten for de økonomiske aktører til at betale gebyr, for at deres bud kan antages i forbindelse med procedurer med henblik på udførelse af offentlige bygge- og anlægsarbejder.«

II. Faktiske omstændigheder

11. Autorità Portuale di Messina (Italien) indledte i november 2012 et offentligt udbud angående indgåelse af en fireårig kontrakt for håndtering af affald og rester efter lastning af gods på skibe, der anløber havne inden for havnemyndighedernes territoriale område. Denne tjeneste blev tidligere leveret af CRGT srl (herefter »CRGT«).

12. Kontrakten blev tildelt den midlertidige sammenslutning af virksomhederne Pippo Pizzo og Onofaro Antonino (herefter »Pizzo«), efter at det blev konstateret, at andre konkurrerende virksomheder, heriblandt CRGT, ikke havde betalt gebyret til Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (tilsynsmyndigheden for offentlige kontrakter, herefter »AVCP«) i henhold til artikel 1, stk. 65 og 67, i lov nr. 266/2005, hvilket var en betingelse for, at deres bud kunne antages, hvorfor de blev udelukket fra udbudsproceduren.

13. CRGT anlagde sag ved Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia, sezione staccata di Catania, sezione IV (regional forvaltningsdomstol for Sicilien, Catania Afdeling, Fjerde Afdeling, Italien, herefter »Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia«) med påstand om annullation af udelukkelsen fra udbudsproceduren. Pizzo anlagde et særskilt søgsmål med påstand om, at CRGT ligeledes burde være blevet udelukket fra udbuddet som følge af, at sidstnævnte som bevis for virksomhedens økonomiske og finansielle formåen kun havde fremlagt én af de to bankerklæringer, som kræves i henhold til udbudsbekendtgørelsen.

14. Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia gav CRGT medhold i søgsmålet, idet retten fandt virksomhedens udelukkelse fra udbudsproceduren uberettiget i betragtning af, at: a) pligten til at betale gebyret i henhold til lov nr. 266/2005 ikke var fastsat i udbudsbekendtgørelsen, b) bidraget udtrykkeligt vedrører offentlige bygge- og anlægsarbejder, men ikke tjenesteydelseskontrakter, og c) anvendelsen af gebyret på tjenesteydelseskontrakter kun er mulig på baggrund af en udvidende fortolkning af lov nr. 266/2005, som på baggrund af princippet om, at grundene til udelukkelse af deltagere fra et udbud er udtømmende, ikke må være til skade for tilbudsgivere, der uden skyld var af den opfattelse, at det omstridte gebyr ikke gjorde sig gældende i sagen.

15. Desuden forkastede Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Pizzos særskilte søgsmål og konstaterede, at CRGT kunne påberåbe sig den økonomiske og finansielle formåen hos en hjælpevirksomhed, som den havde indgået en aftale med desangående, hvilket CRGT netop havde gjort.

16. Pizzo iværksatte appel ved Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager for Sicilien, herefter »Consiglio di Giustizia«). CRGT iværksatte kontraappel mod denne appel, hvori den atter fremsatte de anbringender, som den havde gjort gældende i første instans, og som ikke er relevante i nærværende sag.

⁵ — Legge finanziaria 2006 (finansloven for 2006) (GURI nr. 302 af 29.12.2005, almindeligt tillæg nr. 211). Herefter »lov nr. 266/2005«.

17. På denne baggrund har Consiglio di Giustizia besluttet at forelægge følgende præjudicielle spørgsmål.

III. De forelagte spørgsmål

18. Konklusionen i forelæggelsesafgørelsen, som indgik til Domstolen den 22. januar 2015, har følgende affattelse:

- »1) Skal artikel 47 og 48 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 fortolkes således, at de er til hinder for nationale bestemmelser, såsom de ovenfor beskrevne italienske bestemmelser, som tillader delvis udnyttelse af andre enheders kapacitet, på de ovenfor nævnte betingelser, i tjenesteydelsessektoren?
- 2) Er de EU-retlige principper, og navnlig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, retssikkerhedsprincippet og proportionalitetsprincippet, til hinder for en bestemmelse i en medlemsstats lovgivning, hvorefter en virksomhed kan udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure, såfremt virksomheden ikke har forstået, at den har en pligt, hvis manglende opfyldelse sanktioneres med udelukkelse – idet denne pligt ikke er udtrykkeligt fastsat i udbudsdokumenterne – til at betale et beløb med henblik på at deltage i den omhandlede udbudsprocedure på trods af, at denne pligt ikke klart kan udledes af ordlyden af den gældende lov i medlemsstaten, men alligevel kan udledes ved to retlige løsningsmodeller, der består i først at foretage en udvidende fortolkning af bestemte bestemmelser i medlemsstatens positive ret og dernæst – i overensstemmelse med resultatet af denne udvidende fortolkning – automatisk at indsætte de præceptive bestemmelser i udbudsdokumenterne?«

19. For så vidt angår det første spørgsmål er den forelæggende ret af den opfattelse, at direktiv 2014/24 kunne have begrænset muligheden for at udnytte andre enheders formåen for at opfylde udbudsbetingelserne.

20. For så vidt angår det andet spørgsmål er Consiglio di Giustizia ligeledes i tvivl om, hvorvidt princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, proportionalitetsprincippet, retssikkerhedsprincippet og princippet om »favor participationis« (dvs. en interesse i, at det størst mulige antal virksomheder deltager i en udbudsprocedure) ikke bør betyde, at den pågældende virksomhed indrømmes en kort frist til at afhjælpe den manglende opfyldelse af betalingspligten.

IV. Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes anbringender

21. Den italienske regering og Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg i sagen.

A. Det første spørgsmål

22. For så vidt angår det første af den forelæggende rets spørgsmål har den italienske regering gjort gældende, at det er tvivlsomt, om det kan antages til realitetsbehandling, idet den forelæggende ret ikke har beskrevet de faktiske omstændigheder, der ligger til grund herfor, og dermed ikke har givet hverken Domstolen eller parterne de nødvendige redskaber til at tage stilling til spørgsmålet.

23. Henvisningen til direktiv 2014/24 er ifølge den italienske regering malplaceret, idet dette direktiv ikke finder anvendelse på sagen, og da fristen for dets gennemførelse endnu ikke er udløbet. Under alle omstændigheder er dette direktiv efter den italienske regerings opfattelse ikke mindre gunstigt end direktiv 2004/18 med hensyn til udnyttelsen af andre enheders formåen.

24. Vedrørende sagens realitet har den italienske regering gjort gældende, at sagen kan afgøres på baggrund af principperne i dommene i sagerne *Swm Costruzioni 2* og *Mannocchi Luigino*⁶, der vedrører en sag, som for så vidt angår de relevante retlige omstændigheder ikke afviger væsentligt fra nærværende sag.

25. Den italienske regering er derfor af den opfattelse, at der ikke foreligger nogen uoverensstemmelse mellem direktiv 2004/18 og de nationale bestemmelser, der er fastsat i artikel 49 i lovdekret nr. 163/2006.

26. Kommissionen er enig med den italienske regering i, at svaret på det første spørgsmål kan udledes af retspraksis fra *Swm Costruzioni*-dommen. Domstolen har anerkendt, at en økonomisk aktør kan udnytte sin egen samt en anden eller flere andre aktørers formåen med henblik på at opfylde de fastsatte mindstekrav, som den pågældende aktør ikke kan opfylde fuldt ud på egen hånd.

27. Ligesom den italienske regering har Kommissionen vedrørende direktiv 2014/24 gjort gældende, at det ikke finder anvendelse på sagen *ratione temporis*.

28. Kommissionen har derfor anført, at artikel 47 og 48 i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national bestemmelse, som den af den forelæggende ret anførte.

B. *Det andet spørgsmål*

29. For så vidt angår det andet spørgsmål har den italienske regering ikke gjort gældende, at der er sket overtrædelse af nogen af de i forelæggelseskendelsen anførte principper. Den har gjort gældende, at artikel 46, stk. 1a, i lovdekret nr. 163/2006 anerkender grunde »i henhold til andre gældende retsforordninger« som udelukkelsesgrunde ud over de grunde, der er fastlagt i lovdekretet samt i udbudsbekendtgørelsen. Herefter følger det efter den italienske regerings opfattelse, at den omstændighed, at *lex specialis* ikke nævner manglende betaling af gebyret til AVCP som en udelukkelsesgrund, ikke kan berettige tilbudsgiverens manglende opfyldelse. Tilbudsgiveren bør være bekendt med alle de regler, der udgør de obligatoriske udelukkelsesgrunde, og som netop udfylder eventuelle tomrum i udbudsbekendtgørelsen i denne henseende.

30. Den italienske regering er ligeledes af den opfattelse, at tilbudsgiverne ikke kan afhjælpe mangler ved deres tilbud, når fristen for indgivelse af tilbud er overskredet, hvorefter der udelukkende er mulighed for at berigtige eller supplere oplysninger i enkelttilfælde som omhandlet i *Manova*-dommen⁷. Den ordregivende myndighed kan acceptere, at tilbudsgiverne afhjælper visse mangler vedrørende de subjektive betingelser for deltagelse, men ikke, at de afhjælper en manglende betaling af et gebyr. I modsat fald ville der være mulighed for at opfylde en adgangsbetingelse, som ikke var blevet opfyldt rettidigt, efter fristens udløb på bekostning af principperne om ligebehandling, upartiskhed og gennemsigtighed.

31. Kun i tilfælde af en manglende opfyldelse, der blot er af formel karakter (hvis betalingen var blevet foretaget på en anden måde end den, der er fastlagt ved lov, eller hvis der mangler bevis for, at betalingen var sket rettidigt og på behørig vis), ville det efter den italienske regerings opfattelse være muligt at give tilbudsgiveren mulighed for at fremlægge bevis for, at den pågældende betingelse faktisk var blevet opfyldt.

6 — Sag C-94/12, EU:C:2013:646, herefter »*Swm Costruzioni*-dommen«.

7 — Sag C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 32.

32. Derfor har den italienske regering foreslået, at det andet spørgsmål besvares således, at de af den forelæggende ret anførte principper ikke er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter en tilbudsgiver kan udelukkes, når denne ikke har opfyldt en pligt, som, omend den ikke udtrykkeligt er fastsat ved lov for den pågældende type offentlige kontrakt, kan udledes ved en fortolkning af bestemte retsfor skrifter, som den pågældende statslige myndighed har foretaget gentagne gange.

33. Kommissionen er af den opfattelse, at det andet spørgsmål specifikt drejer sig om en fortolkning af princippet om ligebehandling og af gennemsigthedsforpligtelsen. Ifølge Kommissionen indebærer disse principper, at den ordregivende myndighed tydeligt skal angive udbudsbetingelserne, således at en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver kan få kendskab til dem. I øvrigt har Kommissionen gjort gældende, at udelukkelsesgrundene i henhold til direktiv 2004/18 skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen.

34. Efter Kommissionens opfattelse er disse krav ikke opfyldt, når en pligt, hvis manglende opfyldelse sanktioneres med udelukkelse (betaling af et gebyr til en administrativ myndighed i nærværende sag), ikke udtrykkeligt er fastsat i udbudsmaterialet eller i den nationale positive ret, men udelukkende kan udledes ud fra en udvidende fortolkning af denne ret, som gør det muligt at afhjælpe det tomrum, som udbudsmaterialet i modsat fald ville indeholde. Efter Kommissionens opfattelse er dette en særligt skadelig situation, ikke blot for de nationale økonomiske aktører, men også for aktører i andre medlemsstater, som dermed er i fare for at befinde sig i en ugunstig situation.

35. Kommissionen er desuden af den opfattelse, at princippet om ligebehandling og proportionalitetsprincippet skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for, at den ordregivende myndighed giver den økonomiske aktør mulighed for at opfylde den omstridte betalingspligt inden for en af den ordregivende myndighed fastsat frist.

V. **Bedømmelse**

A. *Første spørgsmål*

36. Selv om den italienske regering anser det for at være tvivlsomt, om spørgsmålet kan antages til realitetsbehandling, har den ikke gjort gældende, at det burde afvises. Det er klart, at der ikke er grundlag for en umiddelbar afvisning af Consiglio di Giustizias tvivl om foreneligheden af artikel 47 og 48 i direktiv 2004/18 med de nationale bestemmelser, som i forbindelse med en udbudsprocedure vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt giver en økonomisk aktør mulighed for en delvis udnyttelse af andre enheders kapacitet for at opfylde kriterierne for deltagelse i udbudsproceduren.

37. Jeg deler imidlertid den italienske regerings og Kommissionens antagelse om, at Domstolens praksis fra Smw Costruzioni-dommen bør finde anvendelse i nærværende sag, idet sagerne i det væsentlige er identiske for så vidt angår de omstridte retlige detaljer.

38. I Smw Costruzioni-dommen fastslog Domstolen, at artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 »i princippet ikke forbyder ansøgere eller tilbudsgivere at basere sig på andre enheders formåen for at føre bevis for, at de opfylder minimumskravene til formåen. De nævnte bestemmelser pålægger så meget desto mindre et forbud mod, at en ansøger eller en tilbudsgiver baserer sig på en eller flere enheders formåen ud over sin egen formåen for at opfylde de betingelser, som en ordregivende myndighed har fastsat«⁸.

8 — Sag C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 30.

39. Ifølge Domstolen er denne mulighed ikke betingelsesløs, men er derimod afhængig af, at det »for så vidt som det over for [den ordregivende myndighed] bevises, at ansøgeren eller tilbudsgiveren, som baserer sig på formåen hos en eller flere andre enheder, rent faktisk disponerer over disse enheders midler, der er nødvendige for at gennemføre kontrakten«⁹.

40. Domstolen udelukker netop ikke, at der findes »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«¹⁰. I et sådant tilfælde kan det »kræve[s], at en enkelt økonomisk aktør skal opfylde minimumsniveauet for den pågældende formåen, eller i givet fald at et begrænset antal økonomiske aktører opfylder disse i henhold til artikel 44, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/18, eftersom dette krav er forbundet med og afpasset efter den pågældende kontrakts genstand«¹¹. Domstolen er dog af den opfattelse, at »dette tilfælde er en undtagelse«¹², og konstaterer, at »direktiv 2004/18 imidlertid [er] til hinder for, at nævnte krav opstilles som en hovedregel ved national ret, således som det opstilles ved artikel 49, stk. 6, i lovdekret nr. 163/2006«¹³.

41. På baggrund af det ovenstående kan det af Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana forelagte spørgsmål besvares på samme måde, som Domstolen besvarede spørgsmålet i Smw Costruzioni-dommen. På linje med Kommissionens bemærkninger¹⁴ bør det i øvrigt bemærkes, at der i nærværende sag ikke er tale om det undtagelsestilfælde, som i overensstemmelse med Smw Costruzioni-dommens præmis 35 giver mulighed for at »kræve, at en enkelt økonomisk aktør skal opfylde minimumsniveauet for den pågældende formåen«, idet den omstridte formåen udelukkende er af økonomisk karakter.

42. Den forelæggende har anført, at direktiv 2014/24 kunne have medført endnu strengere begrænsninger – i forhold til de begrænsninger, der kan udledes af direktiv 2004/18 – for muligheden for at udnytte andre enheders formåen for at opfylde udbudsbetingelserne. Både den italienske regering og Kommissionen er af den opfattelse, at direktiv 2014/24 ikke finder anvendelse på den omhandlede tvist. Jeg er helt enig i denne vurdering.

43. Den forelæggende ret har selv anført, at fristen for gennemførelse af direktiv 2014/24 endnu ikke er udløbet, hvilket er tilstrækkeligt til at afvise, at det kan finde anvendelse i nærværende sag. Dog henviser retten til »det princip, ifølge hvilket de nationale retter blandt alle mulige fortolkninger af en national bestemmelse skal vælge og give forrang til dem, som er i overensstemmelse med de EU-retlige bestemmelser, som skal gennemføres«¹⁵.

44. I henhold til Domstolens praksis skal medlemsstaterne »afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare« inden for fristen for gennemførelsen heraf¹⁶, men denne forpligtelse er ikke så vidtgående, at den nationale ret skal foretage en fortolkning af den nationale lovgivning i fuld overensstemmelse med et direktiv, hvis gennemførelsesfrist endnu ikke er udløbet.

45. Desuden kan Consiglio di Giustizias vurdering af, at direktiv 2014/24 er mere restriktivt end direktiv 2004/18, diskuteres for så vidt angår muligheden for at udnytte andre enheders formåen. Jeg mener ikke, at det er nødvendigt at behandle dette punkt i yderligere detaljer, idet det ikke er relevant for sagen.

9 — Sag C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 33.

10 — Sag C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 35.

11 — Ibidem.

12 — Sag C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 36.

13 — Ibidem.

14 — Punkt 30 i Kommissionens skriftlige indlæg.

15 — Punkt C1 i forelæggelseskendelsen.

16 — Sag Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, præmis 45).

46. Det er derfor min opfattelse, at artikel 47 og 48 i direktiv 2004/18 ikke er til hinder for nationale bestemmelser, som under de i hovedsagen anførte omstændigheder giver mulighed for en delvis udnyttelse af andre virksomheders formåen for at opfylde udvælgelseskriterierne.

B. Det andet spørgsmål

47. Det andet af den forelæggende rets spørgsmål forekommer mig mere kompliceret. Den italienske regering og Kommissionens forskellige holdninger hertil vidner om, at det er et vanskeligt spørgsmål. Hvor den italienske regering har anført, at den udelukkede aktør ikke kunne være uvidende om, at den omstridte betingelse (forudgående betaling af gebyret til AVCP) gjorde sig gældende, er Kommissionen af den opfattelse, at denne betingelse udelukkende kunne gøre sig gældende, såfremt den udtrykkeligt var fastsat i udbudsmaterialet eller tydeligt fremgik af den gældende positive ret.

48. Efter min opfattelse ligger disse to holdninger tættere op ad hinanden, end man skulle tro. Den italienske regering har henvist til kriteriet om, at der skal være tale om et kendskab til den omstridte betingelse, og Kommissionen har valgt at fokusere på bekendtgørelsen heraf. Der er her tale om to synsvinkler, der supplerer hinanden, idet bekendtgørelsen af betingelsen bevirker, at den bliver kendt. Betingelsen kan kun være kendt (og der kan kun stilles krav om kendskab til betingelsen), såfremt den er blevet bekendtgjort på behørig vis.

49. Domstolens praksis har understreget nødvendigheden af, 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«¹⁷.

50. Forpligtelsen til »klart, præcist og utvetydigt« at offentliggøre betingelserne omfatter først og fremmest princippet om ligebehandling, hvoraf det følger, »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«¹⁸, og dernæst princippet om gennemsigtighed, som har til formål »at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side«¹⁹. Artikel 2 i direktiv 2004/18 henviser til principperne om ligebehandling og om at handle på en gennemsigtig måde som de »principper for indgåelse af kontrakter«, som de ordregivende myndigheder skal overholde.

51. Der er dermed ikke tvivl om, at tilbudsgiverne skal have mulighed for at få kendskab til udbudsbetingelserne, hvilket opfylder de grundlæggende krav om ligebehandling og gennemsigtighed. Det er imidlertid mere diskutabelt, hvorvidt *alle* betingelserne for deltagelse i udbuddet skal fremgå udtrykkeligt af udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, eller om visse generelle krav derimod kan anses for at være kendte, selv om de ikke udtrykkeligt fremgår af disse dokumenter.

52. Efter min opfattelse ville det i betragtning af det formål, der søges opfyldt med forpligtelsen til at offentliggøre betingelserne – dvs. en garanti for, at »alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige bydende« har forstået indholdet og omfanget af betingelserne – ikke være logisk, at de ordregivende myndigheder ligeledes var forpligtede til at angive de betingelser, hvis opfyldelse er påkrævet i henhold til almenlydige bestemmelser, som en »rimeligt velinformeret og normalt

17 — Dom *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 44) med henvisning til dom *Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236, præmis 108-111).

18 — *Ibidem*.

19 — *Ibidem*.

omhyggelig« tilbudsgiver ikke kan være uvidende om. Her tænker jeg f.eks. på de grundlæggende betingelser, som på det civil- og handelsretlige område har indvirkning på personers og virksomheders retsevne. Ingen økonomisk aktør kan være uvidende om disse betingelser eller kræve, at de udtrykkeligt og præcist fremgår af udbudsmaterialet.

53. Det er klart, at der kan opstå tvivl for så vidt angår mindre »åbenlyse« betingelser – eller mindre »logiske« eller »naturlige« betingelser, om man vil – som en tilbudsgiver, der blot er en smule velinformeret og omhyggelig, uundgåeligt vil være vidende om. Netop kravet om, at en tilbudsgiver skal være velinformeret og omhyggelig, er efter min opfattelse det afgørende kriterium for den korrekte forståelse af den ånd, der ligger til grund for artikel 2 i direktiv 2004/18, og den fortolkning, som Domstolen foretager i denne henseende ud fra principperne om ligebehandling og gennemsigtighed²⁰.

54. I sit skriftlige indlæg²¹ har den italienske regering gjort gældende, at artikel 46, stk. 1a, i lovdekret nr. 163/2006 anerkender grunde »i henhold til andre gældende retsforskrifter« som udelukkelsesgrunde ud over de grunde, der er fastlagt i lovdekretet samt i udbudsbekendtgørelsen. Disse »andre gældende retsforskrifter« kan omfatte retsforskrifter vedrørende de almindelige skattemæssige forpligtelser, som enhver tilbudsgiver er forpligtet til at betale, og hvis manglende overholdelse medfører udelukkelse fra at deltage i udbuddet.

55. Artikel 27, stk. 1, i direktiv 2004/18 kræver ikke i praksis, at udbudsbetingelserne udtrykkeligt fastsætter alle »forpligtelser vedrørende skatter og afgifter, miljøbeskyttelse og forpligtelser i henhold til gældende bestemmelser med hensyn til beskyttelse på arbejdspladsen og arbejdsforhold i øvrigt i [...] medlemsstat[en]« i detaljer. Det følger ikke, at tilbudsgiverne eller ansøgerne ikke er underlagt disse forpligtelser – hvis manglende opfyldelse i sidste ende kan bevirke, at de udelukkes – fordi de ikke udtrykkeligt fremgår af udbudsmaterialet.

56. Det er i henhold til italiensk ret og den fortolkning heraf, som de italienske retter foretager, at det skal afgøres, hvorvidt gebyret til AVCP på baggrund af dets karakteristika kan anses for at være en forpligtelse af skattemæssig karakter i bred forstand. Det tilkommer ligeledes de italienske domstole (som stadfæster eller forkaster fortolkningen fra den offentlige myndighed, som er modtager for betalingen af gebyret) at fastsætte det udvidede subjektive og objektive anvendelsesområde for artikel 1, stk. 65 og 67 i lov nr. 266/2005, som vedrører det gebyr, hvis manglende betaling har ført til, at CRGT er blevet udelukket.

57. Domstolen bør ikke blande sig i en diskussion – som jeg anser for at være af ren national karakter – om, hvorvidt de italienske administrative eller retslige myndigheder har anlagt en mere eller mindre udvidende fortolkning af bestemmelserne i lov nr. 266/2005. Hvis AVCP, sådan som det kan udledes af forelæggelseskendelsen, gentagne gange har fortolket lov nr. 266/2005 således, at gebyret gør sig gældende for tjenesteydelseskontrakter, og dette kriterium er blevet accepteret af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien), som er den retsinstans, der har det sidste ord vedrørende national ret, er det dermed dette kriterium, der gør sig gældende.

58. De samme betragtninger gælder for udelukkelsesvirkningen af den manglende betaling af gebyret. Der skal på ny – på grundlag af de oplysninger, som fremgår af sagens akter – henvises til, at såvel AVCP og de retsinstanser, der har godkendt AVCP's kriterium, har vurderet, at den manglende opfyldelse af pligten til at betale det pågældende gebyr, som er fastsat i den ufravigelige regel, men ikke i udbudsbetingelserne, uundgåeligt medfører udelukkelse fra at deltage i udbuddet.

20 — Ud over de nævnte domme *Cartiera del'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345) og *Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, EU:C:2004:236) bør der desuden henvises til domme *SIAC Construction* (C-19/00, EU:C:2001:553), *La Cascina m.fl.* (C-226/04 y C-228/04, EU:C:2006:94), *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647) og *eVigilo* (C-538/13, EU:C:2015:166), blandt andre.

21 — Punkt 66.

59. Alt tyder på, at fortolkningen af lovligheden, som ligger til grund for anvendelsen af artikel 1, stk. 65 og 67 i lov nr. 266/2005 på tjenesteydelseskontrakter, hidrører fra en praksis, som den kompetente administrative myndighed, AVCP, i hvert fald har anvendt siden 2008. Denne fortolkning er tilsyneladende blevet stadfæstet af den øverste nationale forvaltningsdomstols praksis, som er blevet etableret på et tidspunkt, der ikke er oplyst i denne sag. Under alle omstændigheder er det logisk at udlede, at der er tale om en praksis, som AVCP har fulgt regelmæssigt i forbindelse med alle udbud af tjenesteydelseskontrakter (den italienske regering nævner i denne forbindelse flere afgørelser fra AVCP herom fra de efterfølgende år). Det kan endelig antages, at den økonomiske aktør, der blev udelukket i den nævnte retssag (CRGT), som tidligere havde varetaget den af udbuddet omfattede tjenesteydelse, var vidende om eller kunne være vidende om denne praksis.

60. Med disse forbehold er det derfor muligt at tale om en udelukkelsesbestemmelse, der, omend den ikke udtrykkeligt er fastsat i hverken udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, er blevet fastlagt på baggrund af en konsekvent fortolkning af en lovbestemmelse, som er blevet godkendt af domstolene. Den fortolkning, som AVCP har valgt, og som domstolene har godkendt, giver mulighed for at udelukke tilbud, som er indgivet, uden at der er sket betaling af gebyret.

61. Jeg indrømmer, at dette i teorien kunne betragtes som en betingelse, der er vanskelig at få øje på, således at en praksis, hvor denne betingelse gør sig gældende, i princippet ikke er forenelig med Domstolens praksis på dette område. Jeg mener imidlertid, at en anvendelse af kriteriet om en tilbudsgiver, der blot er en smule velinformeret og omhyggelig, vil føre til en anden opfattelse, selv om Domstolen måske ikke er den instans, der har de bedste forudsætninger for at rådgive herom, hvilket jeg gør rede for i det følgende.

62. Det er i realiteten kun den forelæggende ret, der er i stand til at afgøre, hvorvidt den udelukkede tilbudsgiver under de konkrete omstændigheder i sagen ikke kunne være uvidende om fortolkningen af lov nr. 266/2005 eller praksis i forbindelse med denne type udbud, som er blevet konsolideret på baggrund af en konsekvent administrativ gennemførelse af loven, i henhold til hvilken gebyret til AVCP ligeledes gør sig gældende for tjenesteydelseskontrakter. Med henblik på rettens afgørelse kan det være relevant at undersøge, hvorvidt den udelukkede tilbudsgiver har deltaget i lignende udbud, hvor den omstridte bestemmelse har gjort sig gældende på grundlag af AVCP's fortolkning af lov nr. 266/2005.

63. Det tilkommer endelig den forelæggende ret at afgøre, hvorvidt AVCP's praksis og retspraksis fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) er tilstrækkeligt kendt blandt de virksomheder, der deltager i offentlige udbud, således at det kan antages, at en velinformeret og omhyggelig tilbudsgiver ikke kunne være uvidende herom.

64. Denne sidste konstatering fører til en anden konstatering, som efter min opfattelse er relevant i forhold til princippet om ligebehandling. Såfremt det konstateres, at tilbudsgivere i almindelighed har kendskab til AVCP's praksis og derfor betaler det omstridte gebyr på behørig vis, ville en dispensation fra denne pligt til en enkelt tilbudsgiver udgøre en diskriminerende adfærd.

65. Kommissionen har netop gjort gældende²², at den omstændighed, at en bestemmelse, som den i nærværende sag omhandlede, gør sig gældende, kan være særligt skadelig for tilbudsgivere i andre medlemsstater, hvis kendskab til den nationale ret og den autentiske fortolkning heraf kan afvige fra de nationale tilbudsgivers kendskab. Kriteriet vedrørende den rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgiver – som er afgørende for den løsning, som jeg foreslår – gør det muligt at undvige denne hindring, idet niveauet for oplysning og påpasselighed skal tilpasses i det enkelte tilfælde til den konkrete tilbudsgivers karakteristika, således at det kendskab, som CRGT uundgåeligt må have, ikke er det samme for en udenlandsk tilbudsgiver.

22 — Punkt 38, in fine, i Kommissionens skriftlige indlæg.

66. Endelig er der tvivl for så vidt angår afhjælpningen af den manglende opfyldelse af pligten til at betale gebyret i henhold til lov nr. 266/2005. I denne henseende er jeg ligesom Kommissionen af den opfattelse, at den ordregivende myndighed bør give den pågældende tilbudsgiver en rimelig frist til at afhjælpe manglen, hvis den forelæggende ret anerkender, at en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ikke kunne være vidende om denne pligt. Dette er en konsekvens, der følger modsætningsvist af Domstolens praksis, ifølge hvilken den ordregivende myndighed ikke skal tillade »nogen som helst afhjælpning af undladelser, som i henhold til udbudsmaterialets udtrykkelige bestemmelser skal føre til udelukkelse fra dette udbud«²³. Dette ville netop være tilfældet ved en manglende opfyldelse af en pligt, der ikke kunne udledes af »[materialets] udtrykkelige bestemmelser«.

67. Kort sagt er EU-retten ikke til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter en tilbudsgiver – som ikke har opfyldt en skattemæssig forpligtelse, som, omend den ikke er udtrykkeligt fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, kræves på baggrund af en konsekvent administrativ fortolkning af den gældende nationale lovgivning, som er blevet godkendt af domstolene – kan udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure, såfremt en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ikke kan være uvidende om denne omstændighed, hvilket tilkommer den nationale ret at afgøre. Såfremt det accepteres, at kendskabet til den pågældende forpligtelse ikke er uundgåeligt, skal den ordregivende myndighed give den udelukkede tilbudsgiver en tilstrækkelig frist til at afhjælpe den manglende opfyldelse.

VI. Forslag til afgørelse

68. På baggrund af ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål således:

- »1) Artikel 47 og 48 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 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for nationale bestemmelser, som tillader delvis udnyttelse af andre enheders kapacitet, på de nævnte betingelser, i tjenesteydelsessektoren.
- 2) De EU-retlige principper, og navnlig principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, er ikke til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter en tilbudsgiver – som ikke har opfyldt en skattemæssig forpligtelse, som, omend den ikke er udtrykkeligt fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, kræves på baggrund af en konsekvent administrativ fortolkning af den gældende nationale lovgivning, som er blevet godkendt af domstolene – kan udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure, såfremt en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ikke kan være uvidende om denne omstændighed, hvilket tilkommer den nationale ret at afgøre. Såfremt det anerkendes, at det manglende kendskab til den pågældende forpligtelse er uundgåeligt, skal den ordregivende myndighed give den udelukkede tilbudsgiver en tilstrækkelig frist til at afhjælpe den manglende opfyldelse.«

23 — Sag Cartiera del'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 46).