



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

14. september 2017*

»Præjudiciel forelæggelse – direktiv 2004/18/EF – artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3 – tilbudsgiver, der baserer sig på andre enheders formåen for at opfylde den ordregivende myndigheds krav – disse enheders tab af den fornødne formåen – national lovgivning, der bestemmer, at tilbudsgiveren udelukkes fra udbuddet, og at kontrakten tildeles en konkurrent«

I sag C-223/16,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) ved afgørelse af 3. november 2015, indgået til Domstolen den 20. april 2016, i sagen:

Casertana Costruzioni Srl

mod

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise,

Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S.,

procesdeltagere:

Consorzio Stabile Infratech,

W.E.E. Water Environment Energy SpA,

Massimo Fontana,

Studio Tecnico Associato Thinkd,

Claudio Della Rocca,

Nicola Maione,

Vittorio Ciotola,

Fin.Se.Co SpA,

Edilgen SpA,

Site Srl,

* Processprog: italiensk.

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, R. Silva de Lapuerta, og dommerne E. Regan, A. Arabadjiev, C.G. Fernlund og S. Rodin (refererende dommer),

generaladvokat: N. Wahl,

justitssekretær: fuldmægtig I. Illéssy,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 15. marts 2017,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Casertana Costruzioni Srl ved avvocati E. Sticchi Damiani og G. Ceceri,
- Consorzio Stabile Infratech ved avvocati L. Lentini og F. Migliarotti,
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato C. Colelli,
- Europa-Kommissionen ved G. Gattinara og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 11. maj 2017,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af 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 (EUT 2004, L 134, s. 114) og af artikel 63 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).
- 2 Denne anmodning er indgivet i forbindelse med en tvist mellem Casertana Costruzioni Srl (herefter »Casertana«) på den ene side og Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise (ministeriet for infrastruktur og transport – det interregionale direktorat for offentlige anlægsarbejder i Campanien og Molise, Italien) og Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S. (det regionale agentur i Campanien for beskyttelse af jorden, Italien) på den anden side vedrørende en udbudsprocedure angående udførelse af den operative projektering, sikkerhedskoordineringen i forbindelse med projekteringsfasen og gennemførelse af arbejderne vedrørende projektet »La Bandiera Blu« i Domizio-kystområdet.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2004/18

- 3 Artikel 47, stk. 2, i direktiv 2004/18 bestemte:

»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.«

- 4 Nævnte direktivs artikel 48, stk. 3, havde følgende ordlyd:

»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.«

- 5 Direktiv 2004/18 blev ophævet ved direktiv 2014/24.

Direktiv 2014/24

- 6 Artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 bestemmer:

»Med hensyn til kriterierne vedrørende økonomisk og finansiel formåen i henhold til artikel 58, stk. 3, og kriterierne vedrørende teknisk og faglig formåen i henhold til artikel 58, stk. 4, 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.

Den ordregivende myndighed kontrollerer i henhold til artikel 59, 60 og 61, om de enheder, hvis kapacitet den økonomiske aktør agter at basere sig på, opfylder de relevante udvælgelseskriterier, og om der foreligger udelukkelsesgrunde, jf. artikel 57. Den ordregivende myndighed skal kræve, at den økonomiske aktør erstatter en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium, eller med hensyn til hvilken der foreligger udelukkelsesgrunde. Den ordregivende myndighed kan kræve, eller kan blive underlagt et krav fra medlemsstaten om at kræve, at den økonomiske aktør udskifter en enhed, med hensyn til hvilken der foreligger ikke-obligatoriske udelukkelsesgrunde.

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.

[...]«

Italiensk ret

- 7 Artikel 40, stk. 1 og 2, i decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lovdekret nr. 163 om lov om offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og vareindkøbskontrakter til gennemførelse af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF) af 12. april 2006 (det almindeligt tillæg til GURI nr.100 af 2.5.2006), bestemmer følgende:

»1. Personer, der udfører offentlige arbejder under enhver form, skal være godkendt og sikre, at deres virksomhed er baseret på principper om kvalitet, professionalisme og loyalitet. Men henblik herpå skal der ske attestering af de produkter, processer, tjenester og virksomhedskvalitetssystemer, som anvendes af disse personer, i overensstemmelse med gældende lovgivning.

2. Bestemmelsen i artikel 5 regulerer ordningen for en ensartet attestering for alle personer, der udfører offentlige arbejder under enhver form til en værdi af over 150 000 EUR, under hensyntagen til arbejdernes art og værdi. Bestemmelsen i artikel 5 giver også mulighed for regelmæssig revision af attesteringskategorierne og eventuel fastsættelse af nye kategorier.«

- 8 Det nævnte dekrets artikel 49 fastsætter:

»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 en vis økonomisk, finansiel, teknisk og organisationsmæssig formåen, dvs. opnå SOA-attestering, ved at basere sig på en anden enheds formåen eller en anden enheds SOA-attestering.«

Twisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

- 9 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at det interregionale direktorat for offentlige anlægsarbejder i Campanien og Molise efter bemyndigelse fra det regionale selskab i Campanien for beskyttelse af jorden i juni 2013 iværksatte et offentligt EU-udbud vedrørende indgåelse af en kontrakt angående udførelse af den operative projektering, sikkerhedskoordineringen i forbindelse med projekteringsfasen og gennemførelse af arbejderne vedrørende projektet »La Bandiera Blu« i Domizio-kystområdet.
- 10 Udbudsbetingelserne præciserede, at deltagelse i udbuddet var betinget af en attest udstedt af en Società Organismo di Attestazione (SOA, attesteringsvirksomhed) vedrørende de nødvendige kvalifikationer til relevant projektering og udførelse af arbejder i visse kategorier.
- 11 Casertana deltog i udbuddet som ledende selskab af en midlertidig virksomhedssammenslutning under oprettelse og erklærede, at det hvad angår de i henhold til lovdekret nr. 163 krævede kvalifikationer baserede sig på to hjælpevirksomheders kvalifikationer, hvoraf den ene var Consorzio Stabile GAP.
- 12 Under proceduren og efter afslutningen af fasen for adgang til udbuddet mistede denne hjælpevirksomhed kvalifikationen for den krævede kategori af ydelser, hvorefter den alene opfyldte kravene til en lavere kategori af ydelser.
- 13 Ved beslutning af 8. oktober 2014 blev kontrakten tildelt en midlertidig virksomhedssammenslutning ledet af Consorzio Stabile Infratech, mens den sammenslutning, der var ledet af Casertana, blev placeret på andenpladsen.
- 14 Casertana anlagde sag ved Tribunale amministrativo regionale per la Campania (den regionale forvaltningsdomstol for Campanien, Italien) til prøvelse af beslutningen om den endelige tildeling af kontrakten, som nævnte selskab anfægtede i forskellige henseender.

- 15 Herefter anlagde den tilslagsmodtagende midlertidige virksomhedssammenslutning kontrasøgsmål med påstand om udelukkelse af appellanten i hovedsagen, idet nævnte sammenslutning gjorde gældende, at appellanten skulle have været udelukket fra udbuddet, fordi dennes hjælpevirksomhed under udbudsproceduren havde mistet den krævede kvalifikation til at deltage i udbuddet. Til sit forsvar gjorde appellanten i hovedsagen gældende, at dette tab af kvalifikation, der kunne tilregnes hjælpevirksomheden, udgjorde force majeure og ikke kunne føre til, at appellants sammenslutning automatisk blev udelukket.
- 16 Ved dom af 27. marts 2015 gav Tribunale amministrativo regionale per la Campania (den regionale forvaltningsdomstol for Campanien, Italien) medhold i kontrasøgsmålet anlagt af den tilslagsmodtagende midlertidige virksomhedssammenslutning ved at tiltræde nævnte sammenslutnings første anbringende, idet denne ret fandt, at hjælpevirksomhedens tab af kvalifikation til den krævede kvalifikation under udbudsproceduren medførte, at sagsøgeren i hovedsagens sammenslutning skulle udelukkes fra denne procedure. Denne ret fastslog endvidere, at appellanten i hovedsagens argumenter om, at der var indtrådt force majeure, var uden betydning.
- 17 Den 8. juli 2015 har Casertana iværksat appel af dommen afsagt af Tribunale amministrativo regionale per la Campania (den regionale forvaltningsdomstol for Campanien, Italien). Appellanten i hovedsagen har i det væsentlige gjort gældende, at tilbudsgiveren, idet denne havde en forventning om, at hjælpevirksomheden havde de krævede kvalifikationer, ikke kunne holdes ansvarlig for tabet af denne kvalifikation, da denne omstændighed ikke kunne tilregnes appellanten. Det er ikke muligt at identificere en »forsømmelse«, som kan tilregnes appellanten i hovedsagen, og nævnte ret skulle følgelig have indrømmet tilbudsgiveren den mulighed for at erstatte hjælpevirksomheden, som fremgår af Domstolens praksis samt af artikel 63 i direktiv 2014/24, som udtrykkeligt nævner denne mulighed.
- 18 Under disse omstændigheder har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »Er artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18[...], som erstattet af artikel 63 i direktiv 2014/24[...], til hinder for en national lovgivning, som udelukker – eller som kan fortolkes således, at den udelukker – at den økonomiske aktør, dvs. tilbudsgiveren, kan udpege en anden virksomhed til erstatning af den virksomhed, der oprindeligt er påberåbt som »hjulpevirksomhed«, hvis den sidstnævnte helt eller delvis ikke længere opfylder kravene for deltagelse, og dermed indebærer en udelukkelse af den økonomiske aktør fra udbudsproceduren som følge af forhold, som hverken subjektivt eller objektivt kan tilregnes den pågældende?«

Om det præjudicielle spørgsmål

- 19 Med spørgsmålet ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, sammenholdt med artikel 63 i direktiv 2014/24, skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, som udelukker muligheden for, at en økonomisk aktør, der deltager i et udbud, kan erstatte en hjælpevirksomhed, der har mistet de krævede kvalifikationer efter afgivelsen af nævnte aktørs bud, hvilket fører til automatisk udelukkelse af denne aktør.

Muligheden for at anvende artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24

- 20 Den forelæggende ret har rejst spørgsmålet om, hvorvidt artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 skal fortolkes i lyset af artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24.

- 21 Det skal med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål indledningsvis bemærkes, at det direktiv, der skal anvendes, i overensstemmelse med fast retspraksis principielt er det direktiv, der er gældende på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger, hvilken procedure der skal følges, og endeligt afgør, hvorvidt der eksisterer en forpligtelse til at foretage et forudgående udbud i forbindelse med tildeling af en offentlig kontrakt. Derimod finder bestemmelserne i et direktiv, hvor gennemførelsesfristen er udløbet efter dette tidspunkt, ikke anvendelse (dom af 10.7.2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis, og af 7.4.2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 83).
- 22 I hovedsagen blev udbudsbekendtgørelsen offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 7. juni 2013 og i *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (Den Italienske Republiks officielle tidende) den 10. juni 2013, mens direktiv 2014/24 blev vedtaget den 26. februar 2014, og dets gennemførelsesfrist udløb under alle omstændigheder den 18. april 2016 i overensstemmelse med direktivets artikel 90.
- 23 På denne baggrund fandt direktiv 2014/24 ikke tidsmæssig anvendelse ved offentliggørelsen i juni 2013 af det i hovedsagen omhandlede udbud.
- 24 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 skal fortolkes under hensyntagen til indholdet af artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24, som udgør den artikel, der bl.a. svarer til nævnte artikel 48, stk. 3, skal det bemærkes, at den sidstnævnte bestemmelse er formuleret i generelle vendinger og ikke udtrykkeligt angiver de betingelser, hvorunder en økonomisk aktør kan basere sig på andre enheders formåen inden for rammerne af en offentlig udbudsprocedure (dom af 7.4.2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 87 og 88).
- 25 Derimod fastsætter artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 nu, at de økonomiske aktører kun kan basere sig på andre enheders kapacitet, »når sidstnævnte skal udføre de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, for hvilke disse kapaciteter kræves« (dom af 7.4.2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 89), og at »[d]en ordregivende myndighed skal kræve, at den økonomiske aktør erstatter en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium, eller med hensyn til hvilken der foreligger udelukkelsesgrunde«.
- 26 Selv om direktiv 2014/24, som det er anført i anden betragtning til dette direktiv, har til formål at præcisere grundlæggende begreber og koncepter med henblik på at sikre retssikkerheden og integrere visse aspekter af Domstolens faste retspraksis, forholder det sig ikke desto mindre således, at det nævnte direktivs artikel 63 indebærer væsentlige ændringer hvad angår en økonomisk aktørs ret til at basere sig på andre enheders formåen i forbindelse med en offentlig kontrakt (dom af 7.4.2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 90).
- 27 Langt fra blot at indgå som et led i artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 og præcisere rækkevidden heraf, indeholder artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 således nye betingelser, som ikke var fastsat under den tidligere retlige ordning (dom af 7.4.2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 91).
- 28 Under disse omstændigheder kan den pågældende bestemmelse i direktiv 2014/24 ikke anvendes som fortolkningsparameter for artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, da det i nærværende sag ikke drejer sig om at afklare en fortolkningsmæssig tvivl vedrørende indholdet af denne sidstnævnte bestemmelse (dom af 7.4.2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 92).

Artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18

- 29 Det følger af fast retspraksis, at artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 indrømmer enhver økonomisk aktør en ret til for en bestemt kontrakt at basere sig på andre enheders formåen, uanset karakteren af forbindelserne mellem aktøren selv og disse enheder, for så vidt som aktøren

over for den ordregivende myndighed godtgør, at han råder over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens udførelse (dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 29).

- 30 Disse bestemmelser pålægger ikke et forbud mod, at en tilbudsgiver baserer sig på en eller flere enheders formåen ud over sin egen formåen for at opfylde de kriterier, som en ordregivende myndighed har fastsat. Endvidere har Domstolen udtrykkeligt henvist til den økonomiske aktørs mulighed for at benytte ressourcer, som tilhører en eller flere andre enheder, eventuelt ud over sine egne midler, for at gennemføre en kontrakt (dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 30 og 32).
- 31 En sådan fortolkning er i overensstemmelse med formålet om at åbne de offentlige kontrakter for størst mulig konkurrence, som direktiverne på området forfølger, ikke alene til fordel for de økonomiske aktører, men ligeledes for de ordregivende myndigheder. Denne fortolkning kan ligeledes lette små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige kontrakter, hvilket ligeledes tilstræbes med direktiv 2004/18, som det fremgår af 32. betragtning hertil (dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 34).
- 32 I denne sag har Casertana anfægtet vurderingen foretaget af Tribunale amministrativo regionale per la Campania (den regionale forvaltningsdomstol for Campanien, Italien), hvorefter selskabet blev automatisk udelukket fra den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure, fordi Consorzio Stabile GAP havde mistet kvalifikationen til at være i kategorien for de pågældende ydelser.
- 33 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at ordregivende myndigheder i henhold til 46. betragtning til og artikel 2 i direktiv 2004/18 er forpligtede til at behandle de økonomiske aktører lige, uden forskelsbehandling og på en gennemsigtig måde (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 60, og af 4.5.2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, præmis 35).
- 34 For det første følger det således af ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling, at tilbudsgiverne gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres tilbud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle tilbudsgivere. For det andet har gennemsigtighedsforpligtelsen til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side. Denne forpligtelse indebærer, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, for det første således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige tilbudsgivere kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde, og for det andet således at den ordregivende myndighed behørigt kan kontrollere, om tilbudsgivernes bud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis, og af 4.5.2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, præmis 36).
- 35 Det fremgår endvidere af Domstolens praksis, at ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling ligesom gennemsigtighedsforpligtelsen er til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver inden for rammerne af en offentlig udbudsprocedure, hvilket i princippet indebærer, at et bud ikke kan ændres efter dets afgivelse, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller på tilbudsgiverens initiativ. Det følger heraf, at den ordregivende myndighed ikke må anmode en tilbudsgiver, hvis bud ifølge myndigheden er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, om supplerede oplysninger (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis, og af 4.5.2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, præmis 37).

- 36 Domstolen har imidlertid præciseret, at artikel 2 i direktiv 2004/18 ikke er 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 (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis, og af 4.5.2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, præmis 38).
- 37 Hvad angår ændringen af de tilslagsmodtagende enheder har Domstolen tidligere fastslået, at beslutningen om tilladelse til ændringen i sammensætningen af den sammenslutning, der har fået tildelt kontrakten, indebærer en ændring i forhold til tildelingsbeslutningen, som kan anses for væsentlig, hvis den i lyset af de særlige forhold, som kendetegner den pågældende udbudsprocedure, vedrører et af de grundlæggende elementer, som har været afgørende for vedtagelsen af tildelingsbeslutningen. I så fald skal de relevante foranstaltninger, der er fastsat i national ret, anvendes med henblik på at rette op på denne uregelmæssige situation, hvilket kan indebære, at der tilrettelægges en ny tildelingsprocedure (dom af 8.5.2014, Idrodinamica Spurgo Velox m.fl., C-161/13, EU:C:2014:307, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).
- 38 På området for koncessionskontrakter har Domstolen fastslået, at udskiftning af en underleverandør, selv når muligheden herfor er fastsat i kontrakten, i særlige tilfælde kan udgøre en sådan ændring af et af de grundlæggende elementer i koncessionskontrakten, når anvendelsen af én underleverandør i stedet for en anden – under hensyntagen til de særlige kendetegn ved den pågældende ydelse – har været et afgørende element for indgåelsen af kontrakten (dom af 13.4.2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, præmis 39).
- 39 Som generaladvokaten har bemærket i punkt 47 i sit forslag til afgørelse, udgør den mulighed, der på uforudsigelig vis alene indrømmes virksomhedssammenslutninger, for at erstatte en tredjemandsvirksomhed, som er en del af sammenslutningen, og som har mistet en krævet kvalifikation, hvilket medfører udelukkelse, en væsentlig ændring af sammenslutningens bud og selve dens identitet. En sådan ændring af budet ville nemlig forpligte den ordregivende myndighed til at foretage nye kontroller, samtidig med at denne sammenslutning indrømmes en konkurrencefordel, hvilken sammenslutning kunne søge at forbedre sit bud med henblik på at imødegå sine konkurrenters bud i den pågældende udbudsprocedure.
- 40 En sådan situation ville være i strid med ligebehandlingsprincippet, som foreskriver, at tilbudsgiverne gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og indebærer, at disse bud er undergivet de samme betingelser for alle tilbudsgivere, og den ville udgøre en fordrejning af den sunde og effektive konkurrence mellem virksomheder, der deltager i et offentligt udbud.
- 41 Hvad endelig angår det af Casertana påberåbte argument om force majeure skal det fastslås, at selv om direktiv 2004/18, som det er bemærket i denne doms præmis 30 og 31, giver en tilbudsgiver mulighed for at basere sig på flere andre enheders formåen ud over sin egen formåen med henblik på at opfylde de kriterier, der er fastsat af en ordregivende myndighed, forbliver denne tilbudsgiver som leder af en virksomhedssammenslutning ansvarlig for, at disse enheder overholder de forpligtelser og betingelser for deltagelse i udbuddet, som den ordregivende myndighed har fastsat i dokumenterne vedrørende proceduren for indgåelse af den pågældende kontrakt.
- 42 På baggrund af det ovenstående skal det fremsatte spørgsmål besvares med, at artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning, som udelukker muligheden for, at en økonomisk aktør, der deltager i et udbud, kan erstatte en hjælpevirksomhed, der har mistet de krævede kvalifikationer efter afgivelsen af nævnte aktørs bud, hvilket fører til automatisk udelukkelse af denne aktør.

Sagsomkostninger

- 43 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parter udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Første Afdeling) for ret:

Artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 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 en national lovgivning, som udelukker muligheden for, at en økonomisk aktør, der deltager i et udbud, kan erstatte en hjælpevirksomhed, der har mistet de krævede kvalifikationer efter afgivelsen af nævnte aktørs bud, hvilket fører til automatisk udelukkelse af denne aktør.

Underskrifter