



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tiende Afdeling)

22. oktober 2015*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige indkøb — direktiv 2004/18/EF — udelukkelsesgrunde for deltagelse i en udbudsprocedure — kontrakt under tærskelværdien i dette direktiv — EUF-traktatens grundlæggende regler — erklæring om accept af en hensigtserklæring vedrørende bekæmpelse af kriminel virksomhed — udelukkelse som følge af manglende fremlæggelse af en sådan erklæring — lovlig — proportionalitet«

I sag C-425/14,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (forvaltningsrådet for Sicilien-regionen, Italien) ved afgørelse af 9. juli 2014, indgået til Domstolen den 17. september 2014, i sagen:

Impresa Edilux Srl, som bemyndiget repræsentant for virksomhedssammenslutningen,

Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF)

mod

Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani,

Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana,

UREGA – Sezione provinciale di Trapani,

Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana,

procesdeltagere:

Icogen Srl,

har

DOMSTOLEN (Tiende Afdeling)

sammensat af formanden for Ottende Afdeling, D. Šváby, som fungerende formand for Tiende Afdeling, og dommerne E. Juhász og C. Vajda (refererende dommer),

generaladvokat: P. Cruz Villalón

justitssekretær: A. Calot Escobar,

* Processprog: italiensk.

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Impresa Edilux Srl, som bemyndiget repræsentant for virksomhedssammenslutningen, og Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF) ved advokati F. Lattanzi og S. Iacuzzo
- Icogen Srl ved avvocato C. Giurdanella
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato S. Varone
- Europa-Kommissionen ved D. Recchia og A. Tokár, som befuldmægtigede,

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

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 45 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114), som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1251/2011 af 30. november 2011 (EUT L 319, s. 43, herefter »direktiv 2004/18«).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Impresa Edilux Srl (herefter »Edilux«), som bemyndiget repræsentant for virksomhedssammenslutningen mellem Edilux selv og Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF), og sidstnævnte mod Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani (direktoratet for kulturarv og siciliansk identitet, tilsynsmyndigheden for Trapaniprovensen), Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana (direktoratet for kulturarv og siciliansk identitet), UREGA – Sezione provinciale di Trapani (UREGA, afdelingen for Trapaniprovensen) og Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana (direktoratet for infrastruktur og mobilitet i regionen Sicilien) (herefter samlet »den i hovedsagen omhandlede ordregivende myndighed«) vedrørende en af sidstnævnte truffet afgørelse om udelukkelse af Edilux og SICEF fra deltagelse i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt.

Retsforskrifter

EU-retten

- 3 Artikel 2 i direktiv 2004/18 fastsætter:
»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«
- 4 I henhold til direktivets artikel 7, litra c), gælder direktivet for offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvis anslåede værdi eksklusive merværdiafgift svarer til eller overstiger 5 000 000 EUR.

- 5 Direktivets artikel 45, som har overskriften »Ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold«, bestemmer i stk. 1 og 2:

»1. Fra deltagelse i en udbudsprocedure udelukkes enhver ansøger eller tilbudsgiver, mod hvem der er afsagt en endelig dom, som den ordregivende myndighed har kendskab til, af en eller flere af følgende grunde:

- a) deltagelse i en kriminel organisation [...]
- b) bestikkelse [...]
- c) svig [...]
- d) Hvidvaskning af penge [...]

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

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

[...]

2. Fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver økonomisk aktør:

- a) hvis bo er under konkurs, likvidation, skifte eller tvangsakkord uden for konkurs, som har indstillet sin erhvervsvirksomhed eller befinder sig i en lignende situation i henhold til en tilsvarende procedure, der er fastsat i national lovgivning
- b) hvis bo er begæret taget under konkursbehandling eller behandling med henblik på likvidation, skifte eller tvangsakkord uden for konkurs eller enhver tilsvarende behandling, der er fastsat i national lovgivning
- c) som ved en retskraftig dom ifølge landets retsfor skrifter er dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed
- d) som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret
- e) som ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til retsfor skrifterne i det land, hvor den pågældende er etableret, eller i den ordregivende myndigheds land
- f) som ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter i henhold til retsfor skrifterne i det land, hvor den pågældende er etableret, eller i den ordregivende myndigheds land
- g) som svigagtigt 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.

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

Italiensk ret

- 6 Artikel 46, stk. 1a, i lovdekret nr. 163 om vedtagelsen af lov om offentlige kontrakter vedrørende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser og indkøb i medfør af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (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) af 12. april 2006 (det almindelige tillæg til GURI nr. 100 af 2.5.2006) fastsætter:

»Den ordregivende myndighed udelukker ansøgerne eller tilbudsgiverne i tilfælde af manglende overholdelse af de forskrifter, der er fastsat i denne lov, i forordningen og i andre gældende lovbestemmelser, samt i tilfælde hvor der hersker fuldstændig usikkerhed omkring tilbuddets indhold eller oprindelse som følge af, at der mangler underskrift eller andre grundlæggende elementer, eller hvis kuverten med tilbuddet eller anmodningen om deltagelse er brudt, eller kuverten på anden måde er beskadiget således, at man ud fra konkrete omstændigheder kan antage, at der er sket en overtrædelse af princippet om, at tilbuddene skal være hemmelige. Udbudsbekendtgørelserne og opfordringerne til at afgive bud må ikke indeholde yderligere krav, som i tilfælde af manglende overholdelse medfører udelukkelse. Disse krav er under alle omstændigheder ugyldige.«

- 7 Artikel 1, stk. 17, i lov nr. 190 af 6.11.2012 om forebyggelse og bekæmpelse af korrupsion og ulovligheder i offentlige myndigheder (legge n° 190, disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) af 6. november 2012 (GURI nr. 265 af 13.11.2012, herefter »lov nr. 190/2012«) har følgende ordlyd:

»De ordregivende myndigheder kan i meddelelser om offentlige indkøb, udbudsbekendtgørelser eller opfordringer til at afgive bud fastsætte, at den manglende overholdelse af betingelserne i hensigtserklæringer eller integritetspagter udgør grund til udelukkelse fra udbuddet.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 8 Edilux og SICEF er henholdsvis den ledende bemyndigede repræsentant og fuldmagtsgiveren for en midlertidig virksomhedssammenslutning. Den 20. maj 2013 blev de af den i hovedsagen omhandlede ordregivende myndighed tildelt en offentlig bygge- og anlægskontrakt med en anslået værdi af 2 271 735 EUR vedrørende restaurering af nogle græske templer på Sicilien.
- 9 Som følge af en klage indgivet af IcoGen Srl, det selskab, der var blevet placeret som nummer to ved afslutningen af udbudsproceduren, annullerede den i hovedsagen omhandlede ordregivende myndighed den 18. juni 2013 sin afgørelse om at tildele Edilux og SICEF den omhandlede kontrakt, og kontrakten blev endeligt tildelt IcoGen Srl.
- 10 Den i hovedsagen omhandlede ordregivende myndighed begrundede annullationen og dermed udelukkelsen af Edilux og SICEF fra udbudsproceduren med, at disse selskaber i forbindelse med afgivelsen af deres bud ikke havde fremlagt en erklæring om accept af de betingelser, der fremgik af hensigtserklæringen, som de var forpligtede til at fremlægge i henhold til et skema i bilag 6 til udbudsmaterialet for den nævnte kontrakt. Under en rubrik i udbudsmaterialet med overskriften »Advarsel« var det fastsat, at denne erklæring udgjorde et væsentligt dokument, hvis manglende fremlæggelse ville medføre udelukkelse.

11 Den nævnte erklæring, hvoraf der foreligger en kopi i de for Domstolen fremlagte sagsakter, har følgende ordlyd:

»Såfremt [deltageren i udbudsproceduren] får tildelt udbuddet, forpligter vedkommende sig udtrykkeligt til at:

- a. oplyse [...] statens ordregivende myndighed [...] om de fremskridt, der sket i forhold til arbejdet, om formålet med, beløbet og de berettigede personer i henhold til underentrepriseaftaler og derivater [...] samt om vilkår for udvælgelse af kontrahenter [...]
- b. underrette den ordregivende myndighed om ethvert forsøg på forstyrrelse, uregelmæssighed eller misforhold, der er blevet bemærket under udbudsproceduren og/eller opfyldelsen af kontrakten af enhver berørt person, enhver repræsentant eller enhver person, der let kan øve indflydelse på afgørelserne vedrørende det pågældende udbud
- c. samarbejde med politistyrken ved at anmelde ethvert forsøg på afpresning, trusler eller indflydelse af strafferetlig karakter [...]
- d. medtage de samme betingelser i underentrepriseaftalerne [...] og er bekendt med, at eventuelle tilladelser i modsat fald ikke vil blive givet.

Deltageren erklærer udtrykkeligt og højtideligt, at

- e. vedkommende ikke står i et kontrol- eller associeringsforhold (retligt og/eller faktisk) til øvrige konkurrenter, og at vedkommende ikke har indgået og ikke vil indgå aftale med øvrige deltagere i udbudsproceduren
- f. vedkommende ikke vil overdrage nogen former for opgaver til øvrige virksomheder, der deltager i udbudsproceduren [...], og at vedkommende er bekendt med, at disse underentrepriseaftaler i modsat fald ikke vil blive godkendt
- g. buddet er i overensstemmelse med principperne om ansvarlighed, integritet, uafhængighed og fortrolighed, og at vedkommende forpligter sig til at overholde loyalitetsprincippet, princippet om gennemsigtighed og princippet om integritet, og at vedkommende ikke har indgået og ikke vil indgå nogen aftale med de øvrige deltagere i udbudsproceduren for at begrænse eller undgå konkurrencen
- h. vedkommende i tilfælde af tildeling af kontrakten forpligter sig til at underrette den ordregivende myndighed om ethvert forsøg på forstyrrelse, uregelmæssighed eller misforhold, der er blevet bemærket under udbudsproceduren og/eller opfyldelsen af kontrakten af enhver berørt person, enhver repræsentant eller enhver person, der let kan øve indflydelse på afgørelserne vedrørende det pågældende udbud
- i. vedkommende forpligter sig til at samarbejde med politistyrken ved at anmelde ethvert forsøg på afpresning, trusler eller indflydelse af strafferetlig karakter [...]
- j. vedkommende forpligter sig til at medtage de samme betingelser i underentrepriseaftalerne [...], og at vedkommende er bekendt med, at eventuelle tilladelser i modsat fald ikke vil blive givet
- k. [...] vedkommende er bekendt med, at de ovenfor nævnte erklæringer og forpligtelser er betingelser, der skal være opfyldt for at deltage i udbudsproceduren, således at virksomheden udelukkes, såfremt den ordregivende myndighed under udbudsproceduren og på baggrund af alvorlige, klare og overensstemmende indikationer fastslår, at der består en de facto forbindelse.«

- 12 Da Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (den regionale forvaltningsdomstol for Sicilien) havde frifundet den i hovedsagen ordregivende myndighed i den sag, som Edilux og SICEF havde anlagt til prøvelse af denne myndigheds afgørelse af 18. juni 2013, iværksatte disse selskaber appel ved Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (regionen Siciliens øverste forvaltningsdomstol).
- 13 Den forelæggende ret har anført, at indførelsen af hensigtserklæringer i den italienske retsorden har til formål at forebygge og bekæmpe den skadelige infiltration som den organiserede kriminalitet, der er godt forankret i visse regioner i det sydlige Italien, foretager, navnlig på området for tildeling af offentlige kontrakter. Disse erklæringer er ligeledes afgørende for beskyttelsen af de grundlæggende principper om konkurrence og gennemsigtighed, der ligger til grund for de italienske og EU-retlige bestemmelser på området for tildeling af offentlige kontrakter.
- 14 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at artikel 1, stk. 17, i lov nr. 190/2012 betyder, at de ordregivende myndigheder kan opstille krav om, at accepten af disse hensigtserklæringer, som tillægger betingelserne i disse erklæringer en forpligtende karakter, skal finde sted på forhånd, og manglende overholdelse heraf medfører udelukkelse. Såfremt det kun var den manglende overholdelse af disse betingelser under selve kontraktens udførelse, der kunne sanktioneres, ville den ønskede og erklærede præventive virkning med hensyn til beskyttelse og afskrækkelse forsvinde. En sådan udelukkelsesgrund er desuden lovlig i henhold til artikel 46, stk. 1a, i lovdekret nr. 163, hvorefter der kan ske udelukkelse fra en udbudsprocedure på baggrund af gældende bestemmelser, herunder den nævnte bestemmelse i lov nr. 190/2012.
- 15 Den forelæggende ret nærer dog tvivl om, hvorvidt en sådan udelukkelsesgrund er forenelig med EU-retten. I denne forbindelse har den forelæggende ret anført, at artikel 45 i direktiv 2004/18, der i stk. 1, første afsnit, og stk. 2, første afsnit, opstiller en udtømmende liste af udelukkelsesgrunde, ikke indeholder en sådan bestemmelse. Retten er derimod af den opfattelse, at artikel 1, stk. 17, i lov nr. 190/2012 kan være i overensstemmelse med direktivets artikel 45, stk. 1, tredje afsnit, der ifølge den forelæggende ret fastsætter en udtømmende undtagelse til udelukkelsesgrundene ud fra bydende hensyn til almenvellet, såsom hensynet til den offentlige orden og til kriminalitetsforebyggelse.
- 16 Den forelæggende ret har endvidere anført, at selv om værdien af den omtvistede offentlige bygge- og anlægskontrakt ligger under den tærskelværdi, der gælder for anvendelsen af direktiv 2004/18, finder de EU-retlige principper ikke desto mindre anvendelse. I denne forbindelse bemærker den forelæggende ret, at kontrakten frembyder en klar grænseoverskridende interesse, idet bestemmelser i den specifikke lovgivning for tildeling af denne kontrakt vedrører deltagelse af andre virksomheder end dem, der er etableret i Italien.
- 17 Under disse omstændigheder har Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (forvaltningsrådet for Sicilien-regionen, Italien) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Er EU-retten, og navnlig artikel 45 i direktiv 2004/18, til hinder for en bestemmelse, såsom artikel 1, stk. 17, i lov nr. 190/2012, hvorefter de ordregivende myndigheder kan anse de deltagende virksomheders manglende accept eller manglende fremlæggelse af bevis for accept af forpligtelserne i de såkaldte »hensigtserklæringer« og mere generelt i aftaler mellem de ordregivende myndigheder og de deltagende virksomheder, som lovlig grund til udelukkelse fra en offentlig udbudsprocedure, der har til formål at bekæmpe den organiserede kriminalitets infiltration på området for tildeling af offentlige kontrakter?

- 2) Kan den eventuelle fastlæggelse i en medlemsstats retsorden af de i det foregående spørgsmål omhandlede beføjelser til udelukkelse som omhandlet i artikel 45 i direktiv 2004/18 betragtes som en fravigelse af princippet om, at udelukkelsesgrundene er udtømmende, idet fravigelsen er begrundet i det tvingende hensyn til at bekæmpe den organiserede kriminalitets forsøg på infiltration på området for tildeling af offentlige kontrakter?»

Om de præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

- 18 Den forelæggende rets spørgsmål vedrører fortolkningen af artikel 45 i direktiv 2004/18. Den forelæggende ret konstaterer imidlertid i sin anmodning om præjudiciel forelæggelse, at den i hovedsagen omhandlede offentlige bygge- og anlægskontrakt har en værdi, der er lavere end den tærskelværdi, der gælder for anvendelsen af dette direktiv, hvilken værdi er fastsat i direktivets artikel 7, litra c).
- 19 Det skal bemærkes, at de særlige og strenge procedurer, der er fastsat i EU-direktiverne om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige kontrakter, kun finder anvendelse på kontrakter, hvis værdi overskrider en bestemt tærskel, der udtrykkeligt er fastsat i hvert enkelt af de pågældende direktiver. Bestemmelserne i disse direktiver gælder således ikke for kontrakter med en lavere værdi end den i direktiverne fastsatte beløbsgrænse (jf. dom *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, præmis 15 og den deri nævnte retspraksis). Artikel 45 i direktiv 2004/18 finder følgelig ikke anvendelse inden for rammerne af tvisten i hovedsagen.
- 20 Det fremgår imidlertid af Domstolens faste praksis, at den omstændighed, at den forelæggende ret har udformet det præjudicielle spørgsmål under henvisning til bestemte EU-retlige bestemmelser, ikke er til hinder for, at Domstolen oplyser denne ret om alle de fortolkningsmomenter, der kan være til nytte ved afgørelsen af den sag, som verserer for denne, uanset om den henviser til dem i sine spørgsmål. Det tilkommer herved Domstolen ud fra samtlige de oplysninger, der er fremlagt af den nationale ret, navnlig af forelæggelsesafgørelsens præmisser, at udlede de EU-retlige elementer, som det under hensyn til sagens genstand er nødvendigt at fortolke (jf. bl.a. dom *Ville d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* m.fl., C-225/13, EU:C:2014:245, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).
- 21 Ifølge en ligeledes fast retspraksis er kontrakter, som, henset til deres værdi, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for EU-direktiver om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige kontrakter, ikke desto mindre underlagt EUF-traktatens grundlæggende regler og generelle principper, herunder ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet samt det gennemsigtighedskrav, som følger heraf, for så vidt som disse kontrakter frembyder en klar grænseoverskridende interesse, henset til visse objektive kriterier (jf. i denne retning dom *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis).
- 22 I denne henseende har den forelæggende ret fastslået, at de EU-retlige principper gælder for den sag, som den er blevet forelagt, og den har i denne forbindelse konstateret, at der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, idet bestemmelser i den specifikke lovgivning for tildeling af den kontrakt, der er genstand for sagen, vedrører deltagelse af andre virksomheder end dem, der er etableret i Italien.
- 23 Under disse omstændigheder må det fastslås, at det første spørgsmål vedrører fortolkningen af grundlæggende regler og generelle principper i traktaten, som er nævnt i denne doms præmis 21.

24 Derimod er det uforholdende at besvare det andet spørgsmål. Således som det fremgår af forelæggelsesafgørelsens begrundelse, vedrører dette spørgsmål specifikt artikel 45, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 2004/18, hvorefter der ud fra bydende hensyn til almenvellet kan fastsættes en undtagelse fra pligten i stk. 1, første afsnit, hvorefter en ordregivende myndighed skal udelukke enhver ansøger eller tilbudsgiver, mod hvem der er afsagt en endelig dom af en eller flere af de i bestemmelsen opregnede grunde.

Det første spørgsmål

25 Det første spørgsmål skal følgelig forstås således, at det nærmere bestemt ønskes oplyst, om de grundlæggende regler og generelle principper i traktaten, navnlig ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling samt det gennemsigtighedskrav, der udspringer heraf, skal fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter en ordregivende myndighed kan udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra en udbudsprocedure vedrørende en offentlig kontrakt med den begrundelse, at denne i forbindelse med afgivelsen af sit bud ikke har fremlagt en skriftlig accept af de forpligtelser og erklæringer, der fremgår af en hensigtserklæring som den i hovedsagen omhandlede, med hvilken formålet er at bekæmpe den organiserede kriminalitets infiltration på området for tildeling af offentlige kontrakter.

26 Domstolen har allerede fastslået, at medlemsstaterne skal indrømme en vis skønsbeføjelse med henblik på vedtagelse af foranstaltninger, der sikrer overholdelsen af ligebehandlingsprincippet og kravet om gennemsigtighed, som er bindende for de ordregivende myndigheder i forbindelse med enhver sådan offentlig udbudsprocedure. Hver enkelt medlemsstat er nemlig bedst i stand til i lyset af dens særlige historiske, retlige, økonomiske eller sociale forhold at identificere situationer, der fremmer adfærd, som kan indebære brud på dette princip og dette krav (jf. i denne retning dom Serrantoni og Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, præmis 31 og 32 samt den deri nævnte retspraksis).

27 Ifølge den forelæggende ret er formålet med en hensigtserklæring som den i hovedsagen omhandlede at forebygge og bekæmpe den infiltration, som den organiserede kriminalitet, der er godt forankret i visse regioner i det sydlige Italien, foretager, og navnlig på området for tildeling af offentlige kontrakter. Hensigtserklæringen tjener ligeledes det formål at beskytte de konkurrence- og gennemsigtighedsprincipper, der ligger til grund for de italienske og EU-retlige bestemmelser på området for tildeling af offentlige kontrakter.

28 Det må fastslås, at en foranstaltning såsom pligten til at erklære sin accept af denne form for hensigtserklæringer med henblik på at modarbejde kriminelle handlinger og konkurrenceforvridning på området for tildeling af offentlige kontrakter forekommer egnet til at fremme ligebehandling og gennemsigtighed i forbindelse med offentlige udbud. For så vidt som denne pligt påhviler enhver ansøger eller tilbudsgiver, uden at der gøres forskel, kommer denne pligt ikke i konflikt med princippet om forbud mod forskelsbehandling.

29 Imidlertid må en sådan foranstaltning, som medlemsstaterne har vedtaget, i henhold til proportionalitetsprincippet, der hører til EU-rettens almindelige grundsætninger, ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå formålet (jf. i denne retning dom Serrantoni og Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

30 I denne forbindelse kan det af Edilux og SICEF anførte argument, hvorefter en erklæring om accept af visse forpligtelser er et utilstrækkeligt middel til bekæmpelse af den organiserede kriminalitets infiltration, idet opfyldelsen af disse forpligtelser først kan efterprøves efter tilkendelsen af den pågældende kontrakt, for det første ikke tiltrædes.

- 31 Den forelæggende ret har præciseret, at for at betingelserne i hensigtserklæringerne kan tillægges en forpligtende karakter, skal de accepteres på forhånd som et adgangskrav for deltagelse i udbudsproceduren, og såfremt det kun var den manglende overholdelse af disse betingelser under selve kontraktens udførelse, der kunne sanktioneres, ville den ønskede og erklærede præventive virkning med hensyn til beskyttelse og afskrækkelse forsvinde. Under disse omstændigheder kan det, henset til den skønsbeføjelse, som medlemsstaterne er indrømmet, og som er nævnt i denne doms præmis 26, ikke antages, at pligten til at erklære sin accept af forpligtelserne i en hensigtserklæring ved påbegyndelsen af deltagelsen i et udbud med henblik på tildeling af en kontrakt går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå de formål, der forfølges.
- 32 Med hensyn til indholdet af den omhandlede hensigtserklæring bemærkes for det andet, at de forpligtelser, som ansøgerne eller tilbudsgiverne skal påtage sig i henhold til litra a)-d) heri, i det væsentligste består i at angive, hvilke fremskridt der er sket i forhold til arbejdet, formålet med, beløbet og de berettigede personer i henhold til underentreprisaftaler og derivater samt vilkårene for udvælgelse af kontrahenter, at meddele ethvert forsøg på forstyrrelse, uregelmæssighed eller misforhold under udbudsproceduren eller opfyldelsen af kontrakten, at samarbejde med politistyrken ved at anmelde ethvert forsøg på afpresning, trusler eller indflydelse af strafferetlig karakter samt at medtage de samme betingelser i underentreprisaftalerne. Disse forpligtelser overlapper erklæringerne i hensigtserklæringens litra h)-j).
- 33 Hvad angår en erklæring som den, der fremgår af litra g) i den i hovedsagen omhandlede hensigtserklæring, hvorefter deltageren erklærer, at vedkommende ikke har indgået og ikke vil indgå nogen aftale med de øvrige deltagere i udbudsproceduren for at begrænse eller undgå konkurrencen, er denne afgrænset til målet om at beskytte konkurrence- og gennemsigtighedsprincipperne i forbindelse med udbudsprocedurerne.
- 34 Sådanne forpligtelser og erklæringer vedrører ansøgerens eller tilbudsgiverens loyale adfærd over for den i hovedsagen omhandlede ordregivende myndighed og samarbejdet med ordensmagten. De går således ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at bekæmpe den organiserede kriminalitets infiltration på området for tildeling af offentlige kontrakter.
- 35 Litra e) i den i hovedsagen omhandlede hensigtserklæring indeholder imidlertid en erklæring, i henhold til hvilken deltageren erklærer ikke at stå i et kontrol- eller associeringsforhold til øvrige konkurrenter.
- 36 Som Europa-Kommissionen har anført i sit skriftlige indlæg, følger det imidlertid af Domstolens praksis, at en automatisk udelukkelse af ansøgere eller tilbudsgivere, der står i et sådant forhold til andre ansøgere eller tilbudsgivere, går videre end nødvendigt for at opfylde formålet om at sikre anvendelsen af ligebehandlingsprincippet og overholdelsen af kravet om gennemsigtighed. En sådan automatisk udelukkelse udgør en uigendrivelig formodning om gensidig indflydelse i forbindelse med de pågældende bud på den samme kontrakt for virksomheder, der er indbyrdes tilknyttet i et kontrol- eller associeringsforhold. En automatisk udelukkelse fratager således disse ansøgere og tilbudsgivere muligheden for at godtgøre, at deres bud er uafhængige, og er således i strid med EU's interesse i at sikre, at det størst mulige antal bydende kan deltage i en udbudsprocedure (jf. i denne retning domme Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, præmis 28-30, samt Serrantoni og Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, præmis 39 og 40).
- 37 I nævnte litra e) fremgår ligeledes en erklæring, hvorefter deltageren erklærer ikke at have indgået og ikke vil indgå aftale med andre deltagere i udbudsproceduren. Ved på denne måde at udelukke enhver aftale mellem deltagerne, herunder aftaler, der ikke kan begrænse konkurrencen, går denne erklæring ud over, hvad der er nødvendigt for at beskytte konkurrenceprincippet på området for offentlige kontrakter. Som følge heraf adskiller en sådan erklæring sig fra den i litra g) i den i hovedsagen omhandlede hensigtserklæring.

- 38 Det følger heraf, at en pligt, som en deltager i en offentlig udbudsprocedure er underlagt til at erklære, dels at vedkommende ikke står i et kontrol- eller associeringsforhold til andre konkurrenter, dels at vedkommende ikke har indgået eller vil indgå aftale med de øvrige deltagere i udbudsproceduren, med den følge, at vedkommende automatisk udelukkes fra denne procedure, såfremt disse erklæringer ikke afgives, tilsidesætter proportionalitetsprincippet.
- 39 Tilsvarende betragtninger gør sig gældende med hensyn til erklæringen i litra f) i den i hovedsagen omhandlede hensigtserklæring, hvorefter deltageren erklærer, at vedkommende ikke vil overdrage nogen former for opgaver til øvrige virksomheder, der deltager i udbudsproceduren, og at vedkommende er bekendt med, at disse underentrepriseaftaler i modsat fald ikke vil blive godkendt. En sådan erklæring indebærer en uafkræftelig formodning om, at en eventuel underleverandøraftale, der indgås efter tildeling af kontrakten mellem tilslagsmodtageren og en anden deltager i den samme udbudsprocedure, ville være en følge af en hemmelig aftale mellem de pågældende to virksomheder, uden at disse ville have mulighed for at bevise det modsatte. En sådan erklæring går således ud over, hvad der er nødvendigt for at forebygge, at der indgås hemmelige aftaler.
- 40 Henset til målet om at forebygge og bekæmpe den infiltration, som den organiserede kriminalitet foretager, skal enhver eventuel tvang udøvet over for den tilbudsgiver, hvis tilbud er blevet antaget, af en anden virksomhed, der har deltaget i udbuddet, med henblik på, at sidstnævnte får givet opfyldelsen af denne kontrakt i underentreprise, desuden meddeles den ordregivende myndighed eller, efter omstændighederne, anmeldes til politiet i henhold til litra b), c), g), h) og i) i den i hovedsagen omhandlede hensigtserklæring.
- 41 Henset til det ovenstående skal det første spørgsmål besvares med, at de grundlæggende regler og generelle principper i traktaten, navnlig ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling samt det gennemsigtighedskrav, der udspringer heraf, skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter en ordregivende myndighed kan udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra en udbudsprocedure vedrørende en offentlig kontrakt med den begrundelse, at denne ansøger eller tilbudsgiver i forbindelse med afgivelsen af sit bud ikke har fremlagt en skriftlig accept af de forpligtelser og erklæringer, der fremgår af en hensigtserklæring såsom den i hovedsagen omhandlede, der har til formål at bekæmpe den organiserede kriminalitets infiltration på området for tildeling af offentlige kontrakter. I det omfang hensigtserklæringen indeholder erklæringer, hvorefter ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke må stå i et kontrol- eller associeringsforhold til andre konkurrenter, ikke må have indgået eller vil indgå aftale med de øvrige deltagere i udbudsproceduren og ikke vil overdrage nogen former for opgaver til de øvrige virksomheder, der deltager i udbudsproceduren, kan det forhold, at sådanne erklæringer ikke afgives, imidlertid ikke medføre, at ansøgeren eller tilbudsgiveren automatisk udelukkes fra denne procedure.

Sagens omkostninger

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

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

De grundlæggende regler og generelle principper i EUF-traktaten, navnlig ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling samt det gennemsigtighedskrav, der udspringer heraf, skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter en ordregivende myndighed kan udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra en udbudsprocedure vedrørende en offentlig kontrakt med den begrundelse, at denne ansøger eller tilbudsgiver i forbindelse med afgivelsen af sit bud ikke har fremlagt en

skriftlig accept af de forpligtelser og erklæringer, der fremgår af en hensigtserklæring såsom den i hovedsagen omhandlede, der har til formål at bekæmpe den organiserede kriminalitets infiltration på området for tildeling af offentlige kontrakter. I det omfang hensigtserklæringen indeholder erklæringer, hvorefter ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke må stå i et kontrol- eller associeringsforhold til andre konkurrenter, ikke må have indgået eller vil indgå aftale med de øvrige deltagere i udbudsproceduren og ikke vil overdrage nogen former for opgaver til de øvrige virksomheder, der deltager i udbudsproceduren, kan det forhold, at sådanne erklæringer ikke afgives, imidlertid ikke medføre, at ansøgeren eller tilbudsgiveren automatisk udelukkes fra denne procedure.

Underskrifter