



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

2. juni 2016*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige kontrakter — direktiv 2004/18/EF — deltagelse i et udbud — mulighed for at basere sig på andre virksomheders formåen til at opfylde de nødvendige betingelser — manglende betaling af et gebyr, der ikke er udtrykkeligt fastsat — udelukkelse fra udbuddet uden mulighed for at berigtige denne undladelse«

I sag C-27/15,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager for Sicilien, Italien) ved afgørelse af 10. december 2014, indgået til Domstolen den 22. januar 2015, i sagen

Pippo Pizzo

mod

CRGT srl

procesdeltagere:

Autorità Portuale di Messina,

Messina Sud Srl,

Francesco Todaro,

Myleco Sas,

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Arabadjiev, og dommerne S. Rodin (rapporterende dommer) og E. Regan,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

* Processprog: italiensk.

efter at der er afgivet indlæg af:

— den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato C. Colelli

— Europa-Kommissionen ved L. Cappelletti og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 21. januar 2016,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om en 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 berigtigelse i EUT 2004, L 351, s. 44) samt af de EU-retlige principper inden for offentlige kontrakter.
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Pippo Pizzo, i sin egenskab af ejer af virksomheden Pizzo og mandatar for den midlertidige virksomhedssammenslutning, der er dannet med virksomheden Onofaro Antonino (herefter »Pizzo«), og CRGT Srl vedrørende udelukkelsen af en ansøger fra en udbudsprocedure om koncession på en tjenesteydelse med håndtering af affald og rester efter lastning af gods på skibe.

Retsforskrifter

EU-retten

- 3 Artikel 2 i direktiv 2004/18 bestemmer:

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«

- 4 Direktivets artikel 47, stk. 2, bestemmer:

»En økonomisk aktør kan i givet fald og for en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders kapacitet uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem den økonomiske aktør 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.«

- 5 Direktivets artikel 48, stk. 3, har følgende ordlyd:

»En økonomisk aktør kan i givet fald og for en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders kapacitet uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem den økonomiske aktør 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.«

- 6 Artikel 63, stk. 1, første og tredje afsnit, samt artikel 63, stk. 2, 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. 65-242), som den forelæggende ret har henvist til, har følgende ordlyd:

»1. 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.

[...]

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.«

Italiensk ret

- 7 Artikel 49 i lovdekret nr. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lovdekret om offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og vareindkøbskontrakter til gennemførelse af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF) (det almindelige tillæg til GURI nr. 100 af 2.5.2006), som ændret ved lovdekret nr. 152 af 11.9.2008 (det almindelige tillæg til GURI nr. 231 af 2.10.2008) (herefter »lovdekret nr. 163/2006«), med titlen »Anvendelse af tredjemands kapacitet«, gennemfører artikel 47 og 48 i direktiv 2004/18 i den italienske retsorden.

- 8 Artikel 49, stk. 1, i lovdekret nr. 163/2006 har følgende ordlyd:

»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 opfylde visse økonomiske, finansielle, tekniske og organisationsmæssige kriterier, dvs. opnå SOA-attestering, ved at basere sig på en anden enheds formåen eller en anden enheds SOA-attestering.«

- 9 Artikel 49, stk. 6, i lovdekret nr. 163/2006 bestemmer:

»Det er tilladt at benytte flere medvirkende virksomheder med forbehold for forbuddet mod, at tilbudsgiveren foretager en delvis anvendelse af de økonomisk-finansielle og teknisk-organisatoriske kriterier, der er omtalt i artikel 40, stk. 3, litra b), som lå til grund for udstedelsen af attesteringen inden for denne kategori.«

- 10 Artikel 1, stk. 67, første afsnit, i Legge finanziaria 2006 (finansloven for 2006, GURI af 29.12.2005, almindeligt tillæg nr. 211) af 23.12.2005 (herefter »lov nr. 266/2005«) bestemmer følgende:

»[...] tilsynsmyndigheden for offentlige bygge- og anlægsarbejder [...] fastlægger årligt dels størrelsen af de gebyrer, som myndigheden opkræver af såvel offentlige som private retssubjekter, der henhører under myndighedens tilsyn, dels de aktuelle opkrævningsmetoder. Dette omfatter 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.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 11 Autorità Portuale di Messina (havnemyndigheden i Messina, Italien) indledte i november 2012 et offentligt udbud vedrørende indgåelse af en fireårig kontrakt for håndtering af affald og rester efter lastning af gods på skibe, der anløber havne inden for havnemyndigheden i Messinas territoriale område. Denne tjeneste blev tidligere leveret af CRGT.
- 12 Den 16. maj 2013 konstaterede evalueringsudvalget for havnemyndigheden i Messina, at der var afgivet fire bud.
- 13 Den 4. juni 2013 fik CRGT, som havde underskrevet en kontrakt om anvendelse af RIAL Srl's formåen, og to andre tilbudsgivere kendskab til, at de var blevet udelukket fra denne procedure, fordi de ikke havde betalt gebyret til Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (tilsynsmyndigheden for offentlige kontrakter, herefter »AVCP«) i henhold til lov nr. 266/2005.
- 14 Kontrakten blev således indgået med Pizzo, som var den eneste tilbageværende tilbudsgiver.
- 15 CRGT anlagde sag for Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (den regionale forvaltningsdomstol for Sicilien, Italien) med påstand om annullation af denne beslutning om udelukkelse fra proceduren og om erstatning for det tab, som selskabet havde lidt som følge af denne udelukkelse.
- 16 Pizzo nedlagde som hovedintervenient en særskilt påstand om, at CRGT ligeledes burde være blevet udelukket fra udbuddet, idet det havde undladt som bevis for sin økonomiske og finansielle formåen at fremlægge to forskellige bankerklæringer.
- 17 Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (den regionale forvaltningsdomstol for Sicilien) antog CRGT's søgsmål til realitetsbehandling og gav ved dom nr. 1781/2014 selskabet medhold, idet den fastslog, at denne virksomhed med urette var blevet udelukket fra den pågældende udbudsprocedure. Retsinstansen fandt i denne forbindelse, at dokumenterne vedrørende denne procedure ikke bestemte, at de tilbudsgivende virksomheder var forpligtede til at betale et gebyr til AVCP, eftersom betalingen af et sådant gebyr, som var fastsat i lov nr. 266/2005, udtrykkeligt kun vedrørte kontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder, men ikke tjenesteydelseskontrakter. Denne retsinstans har endvidere bemærket, at den omstændighed, at de virksomheder, der ansøger om tildeling af en tjenesteydelseskontrakt, pålægges at betale dette gebyr, følger af dels AVCP's udvidende fortolkning af lov nr. 266/2005, dels af administrativ praksis, hvorefter denne betalingsforpligtelses obligatoriske karakter i medfør af mekanismen om automatisk udfyldning af mangler ved administrative retsakter indebærer, at alle de virksomheder, der ansøger om at få tildelt offentlige kontrakter, underkastes en forpligtelse til at betale dette gebyr.
- 18 Desuden forkastede Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia (den regionale forvaltningsdomstol for Sicilien) Pizzos særskilte påstand, fordi CRGT, som det havde gjort, kunne basere sig på den økonomiske og finansielle formåen hos en anden virksomhed, med hvilken selskabet havde indgået en aftale med herom.

- 19 Pizzo iværksatte en appel for den forelæggende ret.
- 20 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) Skal artikel 47 og 48 i [direktiv 2004/18] fortolkes således, at de er til hinder for nationale bestemmelser såsom de [i forelæggelseskendelsen] beskrevne [...] bestemmelser, som tillader delvis udnyttelse af andre enheders formåen, 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 udtrykkeligt er fastlagt i udbudsdokumenterne – til at betale et beløb med henblik på at deltage i denne procedure, skønt denne pligt ikke klart kan udledes af ordlyden af den gældende lov i denne medlemsstat, men 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 fortolkning – [at udfylde manglerne i de præceptive bestemmelser] i udbudsdokumenterne?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

- 21 Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt afklaret, om artikel 47 og 48 i direktiv 2004/18 fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, som tillader en økonomisk aktør at basere sig på en eller flere andre enheders formåen med henblik på at opfylde minimumskravene for at deltage i en udbudsprocedure, som denne aktør kun opfylder delvist.
- 22 I artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 bestemmes udtrykkeligt med en næsten identisk affattelse, at »[e]n økonomisk aktør kan [...] basere sig på andre enheders formåen« med henblik på at godtgøre, at han opfylder kravene til økonomisk og finansiel formåen samt teknisk og faglig formåen i forbindelse med det pågældende udbud.
- 23 Domstolen har fundet, at EU-retten ikke kræver, at en person, der ønsker at indgå en kontrakt med en ordregivende myndighed, skal være i stand til direkte at gennemføre den aftalte ydelse med sine egne midler for at kunne kvalificeres som en økonomisk aktør, der opfylder betingelserne for at deltage i et udbud (jf. i denne retning dom af 23.12.2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, præmis 41).
- 24 Domstolen har i denne sammenhæng fundet, at artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 ikke fastsatte 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 kriterier, som en ordregivende myndighed har fastsat (jf. dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 30).
- 25 Ifølge denne retspraksis indrømmes alle økonomiske aktører i henhold til disse bestemmelser en ret til for en bestemt kontrakt at basere sig på andre enheders formåen, »uanset hvilken forbindelse der er mellem den økonomiske aktør og disse enheder«, for så vidt som de over for den ordregivende myndighed fører bevis for, at tilbudsgiveren disponerer over disse enheders midler, som er nødvendige for at gennemføre kontrakten (jf. dom af 14.1.2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, præmis 23).

- 26 Det skal således fastslås, at direktiv 2004/18 giver mulighed for at kumulere flere økonomiske aktørers formåen med henblik på at opfylde de minimumskrav for formåen, som den ordregivende myndighed har fastsat, for så vidt som det over for denne 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 (jf. dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 33).
- 27 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 (jf. i denne retning dom af 23.12.2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis). 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 (jf. dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 34).
- 28 Domstolen har ikke desto mindre bemærket, at det ikke kan udelukkes, 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. Domstolen har således anerkendt, at den ordregivende myndighed i et sådant tilfælde kan kræve, at en enkelt eller et begrænset antal økonomiske aktører skal opfylde minimumsniveauet for den pågældende formåen, eftersom dette krav er forbundet med og afpasset efter den pågældende kontrakts genstand. Domstolen har ikke desto mindre præciseret, at eftersom dette tilfælde er en undtagelse, kan de nævnte krav ikke opstilles som en hovedregel ved national ret (jf. i denne retning dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 35 og 36).
- 29 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at CRGT ifølge Pizzo ikke kunne basere sig på en anden operatørs formåen for at opfylde kriterier for tildeling af den i hovedsagen omhandlede kontrakt. Det følger af artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, at de udtrykkeligt foreskriver en tilbudsgivers mulighed for at basere sig på andre enheders formåen. Det tilkommer imidlertid den forelæggende ret at kontrollere, om udbuddet og udbudsbetingelserne for den pågældende kontrakt udtrykkeligt bestemte, at en enkelt økonomisk aktør, henset til de særlige kendetegn ved de ydelser, der var genstand for denne kontrakt, skulle opfylde et minimumsniveau for formåen.
- 30 Hvad angår Pizzos argument om, at CRGT burde have ført bevis for sin økonomiske og finansielle formåen ved at fremlægge attesteringer fra i hvert fald to banker, skal det bemærkes, at såfremt en virksomhed, som har baseret sig på en anden virksomheds formåen, fratages muligheden for at benytte sidstnævntes bankattestering, vil dette åbenbart lede til en ophævelse af den effektive virkning af den i artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 fastsatte mulighed for at basere sig på tredjemands formåen. Disse bestemmelser skal følgelig fortolkes således, at økonomiske aktører for en bestemt kontrakt kan basere sig på andre enheders formåen, herunder ved at benytte deres bankattesteringer.
- 31 Den forelæggende ret overvejer ligeledes, om artikel 63, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 63, stk. 2, i direktiv 2014/24 fastsætter grænser for muligheden for at basere sig på andre virksomheders formåen. Det skal imidlertid bemærkes, at medlemsstaterne i henhold til dette direktivs artikel 90 skal efterkomme bestemmelserne heri senest den 18. april 2016. Bestemmelserne i dette direktiv finder således ikke tidsmæssig anvendelse på tvisten i hovedsagen.
- 32 Selv om Domstolens praksis pålægger medlemsstaterne, mens fristen for gennemførelse af et direktiv løber, at afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare (jf. dom af 18.12.1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, EU:C:1997:628, præmis 45), giver denne retspraksis ikke mulighed for, at en tilbudsgiver, inden denne frist er udløbet, pålægges byrder, der ikke følger af EU-retten, som fortolket ved Domstolens praksis.

- 33 Det skal endvidere fremhæves, at de konkrete bestemmelser, som den forelæggende ret har henvist til, fastsætter den ordregivende myndigheds mulighed for at kræve, at den enhed, som en tilbudsgiver baserer sig på for at opfylde kravene inden for økonomisk og finansiel formåen, hæfter solidarisk (artikel 63, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 2014/24), eller at visse centrale opgaver i bestemte typer kontrakt udføres direkte af tilbudsgiveren (direktivets artikel 63, stk. 2). Disse bestemmelser fastsætter således ikke specifikke grænser for muligheden for delvist at basere sig på andre enheders formåen, og sådanne grænser skulle under alle omstændigheder have været udtrykkeligt fastsat i udbuddet af den pågældende kontrakt, hvilket ikke er tilfældet i hovedsagen.
- 34 I betragtning af det ovenstående skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 47 og 48 i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning, som tillader en økonomisk aktør at basere sig på en eller flere andre økonomiske aktørers formåen med henblik på at opfylde minimumskravene for at deltage i en udbudsprocedure, som denne aktør kun opfylder delvist.

Det andet spørgsmål

- 35 Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en økonomisk aktør udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure, såfremt den ikke overholder en forpligtelse, der ikke udtrykkeligt fremgår af udbudsdokumenterne eller af den gældende nationale lov, men af en fortolkning af denne lov samt af en udfyldning af mangler, som nævnte dokumenter frembyder, foretaget af de nationale administrative myndigheder eller retsinstanser.
- 36 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det for det første følger af ligebehandlingsprincippet, at tilbudsgiverne gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle tilbudsgivere. For det andet har gennemsigtighedsforpligtelsen, som er en logisk følge heraf, 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 (jf. i denne retning dom af 6.11.2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis).
- 37 Domstolen har ligeledes fastslået, at princippet om gennemsigtighed og ligebehandlingsprincippet, som finder anvendelse på alle offentlige udbudsprocedurer, kræver, at de materielle og processuelle betingelser vedrørende deltagelse i et udbud skal være klart definerede på forhånd og offentliggjort, navnlig de forpligtelser, der påhviler tilbudsgiverne, for at disse kan have et nøjagtigt kendskab til procedurens krav og være sikre på, at samme krav gælder for alle ansøgere (jf. i denne retning dom af 9.2.2006, *La Cascina m.fl.*, C-226/04 og C-228/04, EU:C:2006:94, præmis 32).
- 38 Endvidere fremgår det af bilag VII A om oplysninger, der skal fremgå af udbudsbekendtgørelser, til direktiv 2004/18, i punkt 17 i afsnittet »Udbudsbekendtgørelse«, at »[u]dvælgelseskriterier vedrørende de økonomiske aktørers personlige forhold, som kan føre til deres udelukkelse« fra den pågældende udbudsprocedure, skal være anført i udbudsbekendtgørelsen.
- 39 Ifølge Domstolens faste praksis påhviler det således i henhold til artikel 2 i direktiv 2004/18 den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, som den selv har fastsat (jf. bl.a. dom af 10.10.2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 40, og af 6.11.2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 42 og 43).

- 40 Det fremgår af de sagsakter, som er forelagt Domstolen, at dokumenterne vedrørende den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure ikke udtrykkeligt fastsatte en forpligtelse for tilbudsgiverne for ikke at udløse en sanktion i form af udelukkelse fra proceduren at betale et gebyr til AVCP.
- 41 Som den forelæggende ret har bemærket, kan denne forpligtelse udledes af AVCP's udvidende fortolkning af lov nr. 266/2005 og national administrativ praksis. Den har præciseret, at det er AVCP's opfattelse, at manglende betaling af gebyret medfører udelukkelse af tilbudsgiveren fra en offentlig udbudsprocedure, uanset hvilken type kontrakt der er genstand for udbuddet. Den forelæggende ret har ligeledes anført, at det følger af national administrativ praksis, at en virksomhed kan udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure, såfremt den ikke fører bevis for, at den opfylder en betingelse, der ikke er udtrykkeligt påkrævet i henhold til udbudslovgivningen, såfremt denne betingelses obligatoriske karakter følger af »mekanismen til automatisk udfyldning af mangler ved administrative retsakter«.
- 42 Som bemærket i denne doms præmis 39, er den ordregivende myndighed forpligtet til strengt at overholde de kriterier, som den selv har fastsat. Denne betragtning gælder så meget desto mere, når der er risiko for udelukkelse fra proceduren.
- 43 Det skal bemærkes, at mens artikel 27, stk. 1, i direktiv 2004/18 ikke kræver, at udbudsbetingelserne fastsætter alle forpligtelser vedrørende skatter og afgifter, miljøbeskyttelse og forpligtelser i henhold til gældende bestemmelser med hensyn til beskyttelse på arbejdspladsen og arbejdsforhold i medlemsstaten i detaljer, medfører disse forpligtelser i modsætning til det i hovedsagen omhandlede gebyr ikke automatisk udelukkelse fra proceduren hvad angår muligheden for at antage budet.
- 44 Nævnte artikel 27 kan ikke fortolkes således, at den giver de ordregivende myndigheder mulighed for at fravige den strenge forpligtelse til at overholde de kriterier, som de selv har fastsat, under hensyn til ligebehandlingsprincippet og den forpligtelse til gennemsigtighed, som følger deraf, som disse sidstnævnte er undergivet i henhold til artikel 2 i direktiv 2004/18.
- 45 I hovedsagen kan den angivelige forpligtelse til at betale et gebyr til AVCP kun identificeres ved samspillet mellem finansloven af 2006, AVCP's beslutningspraksis og italiensk administrativ praksis ved anvendelse og fortolkning af lov nr. 266/2005.
- 46 Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 65 i sit forslag til afgørelse, er en betingelse for retten til at deltage i et offentligt udbud, som følger af en fortolkning af national ret og af en myndigheds praksis som den i hovedsagen omhandlede, særligt skadelig for tilbudsgivere i andre medlemsstater, idet deres kendskab til den nationale ret og dens fortolkning samt de nationale myndigheders praksis ikke kan sammenlignes med de nationale tilbudsgiveres kendskab.
- 47 Hvad angår argumentet om, at CRGT tidligere allerede havde leveret de tjenesteydelser, der var genstand for udbuddet, og dermed kunne have kendskab til det i hovedsagen omhandlede gebyrs eksistens, skal det blot fastslås, at ligebehandlingsprincippet og den forpligtelse til gennemsigtighed, som er en følge heraf, åbenbart ikke overholdes, såfremt en sådan operatør underkastes kriterier, der ikke er fastsat i udbuddet, og som ikke gælder for nye operatører.
- 48 Det fremgår endvidere af forelæggelseskendelsen, at denne forpligtelse til at betale et gebyr ikke er undergivet en mulighed for afhjælpning.
- 49 Ifølge præmis 46 i Domstolens dom af 6. november 2014, *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345), kan den ordregivende myndighed ikke tillade nogen som helst afhjælpning af undladelser, som i henhold til udbudsmaterialets udtrykkelige bestemmelser skal føre til udelukkelse fra dette udbud. Domstolen fremhævede i denne doms præmis 48, at den omhandlede forpligtelse var klart påkrævet i henhold til udbuddets udbudsmateriale, idet aktøren ellers ville blive udelukket.

- 50 Såfremt en betingelse for at deltage i et udbud, hvis tilsidesættelse medfører udelukkelse herfra, således som det er tilfældet i hovedsagen, ikke er udtrykkeligt fastsat i udbudsmaterialet, og denne betingelse kun kan identificeres ved en fortolkning af national retspraksis, kan den ordregivende myndighed give den udelukkede tilbudsgiver en tilstrækkelig frist til at afhjælpe sin undladelse.
- 51 I betragtning heraf skal det andet spørgsmål besvares med, at ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en økonomisk aktør udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure, såfremt den ikke overholder en forpligtelse, der ikke udtrykkeligt fremgår af udbudsdokumenterne eller af den gældende nationale lov, men af en fortolkning af denne lov samt af en udfyldning af mangler, som nævnte dokumenter frembyder, foretaget af de nationale administrative myndigheder eller retsinstanser. På den baggrund skal ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet fortolkes således, at de ikke er til hinder for, at der gives en økonomisk aktør mulighed for at afhjælpe situationen og opfylde denne forpligtelse inden for en frist, der fastsættes af den ordregivende myndighed.

Sagens omkostninger

- 52 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 (Sjette Afdeling) for ret:

- 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 en national lovgivning, som tillader en økonomisk aktør at basere sig på en eller flere andre økonomiske aktørers formåen med henblik på at opfylde minimumskravene for at deltage i en udbudsprocedure, som denne aktør kun opfylder delvist.**
- 2) **Ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en økonomisk aktør udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure, såfremt den ikke overholder en forpligtelse, der ikke udtrykkeligt fremgår af udbudsdokumenterne eller af den gældende nationale lov, men af en fortolkning af denne lov samt af en udfyldning af mangler, som nævnte dokumenter frembyder, foretaget af de nationale administrative myndigheder eller retsinstanser. På den baggrund skal ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet fortolkes således, at de ikke er til hinder for, at der gives en økonomisk aktør mulighed for at afhjælpe situationen og opfylde denne forpligtelse inden for en frist, der fastsættes af den ordregivende myndighed.**

Underskrifter