



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Ottende Afdeling)

11. maj 2017*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige kontrakter — direktiv 2004/17/EF — principper for indgåelse af kontrakter — artikel 10 — princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne — ordregivernes forpligtelse til at anmode tilbudsgiverne om at ændre eller supplere deres tilbud — ordregiverens ret til at beholde bankgarantien i tilfælde af afslag — direktiv 92/13/EØF — artikel 1, stk. 3 — klageprocedurer — beslutning om tildeling af en offentlig kontrakt — udelukkelse af en tilbudsgiver — annulationssøgsmål — søgsmålsinteresse«

I sag C-131/16,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager, Polen) ved afgørelse af 19. februar 2016, indgået til Domstolen den 1. marts 2016, i sagen:

Archus sp. z o.o.,

Gama Jacek Lipik

mod

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.,

procesdeltagere:

Digital-Center sp. z o.o.,

har

DOMSTOLEN (Ottende Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras (refererende dommer), og dommerne Safjan og D. Šváby,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. ved A. Olszewska,

* Processprog: polsk.

- den polske regering ved B. Majczyna, som befuldmægtiget,
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato F. Di Matteo,
- Europa-Kommissionen ved K. Herrmann 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 10 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«) (EUT 2004, L 134, s. 1), og artikel 1, stk. 3, i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT 1992, L 76, s. 14), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT 2007, L 335, s. 31) (herefter »direktiv 92/13«).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem på den ene side Archus sp. z.o.o. og Gama Jacek Lipik (herefter samlet »Archus og Gama«) og på den anden side Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (polsk selskab, der driver virksomhed i forbindelse med udvinding af olie og gas) vedrørende sidstnævntes beslutninger om at forkaste sagsøgernes tilbud i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure og om at antage det tilbud, der blev fremsat af Digital-Center sp. z o.o.

Retsforskrifter

EU-retten

- 3 Artikel 10 i direktiv 2004/17 bestemmer:

»Ordregiverne overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af virksomheder og handler på en gennemsigtig måde.«

- 4 Artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13 bestemmer:

»Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.«

- 5 Artikel 2a, stk. 2, tredje afsnit, i direktiv 92/13 bestemmer:

»Ansøgere anses for at være berørt, hvis ordregiveren ikke har stillet oplysninger til rådighed om, at deres ansøgning er afvist inden meddelelsen om beslutningen om tildeling til de berørte tilbudsgivere.«

Polsk ret

- 6 Artikel 25 i Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015, position 2164) (lov af 29.1.2004 om offentlige kontrakter, herefter »loven«) bestemmer:

»1. I udbudsproceduren kan den ordregivende myndighed udelukkende afkræve den erhvervsdrivende erklæringer og dokumenter, der er nødvendige for procedurens gennemførelse. Erklæringer og dokumenter, der bekræfter opfyldelsen af:

- 1) betingelserne for at deltage i udbudsproceduren
- 2) de af den ordregivende myndighed fastsatte krav til de tilbudte leverancer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsydelser

skal af den ordregivende myndighed anføres i udbudsbekendtgørelsen, i udbudsspecifikationerne eller i opfordringen til at afgive tilbud.

2. Formanden for ministerrådet fastsætter ved bekendtgørelse, hvilke former for dokumenter den ordregivende myndighed kan afkræve den erhvervsdrivende, og i hvilken form dokumenterne kan indsendes [...].«

- 7 Det bestemmes i lovens artikel 26, stk. 3, at:

»Den ordregivende myndighed opfordrer de erhvervsdrivende, som ikke har fremlagt de af den ordregivende myndighed anmodede, i artikel 25, stk. 1, omhandlede erklæringer eller dokumenter inden for den fastsatte frist, eller som ikke har fremlagt fuldmagter, eller som har fremlagt de af den ordregivende myndighed anmodede, i artikel 25, stk. 1, omhandlede erklæringer og dokumenter, men hvor disse indeholder fejl, eller som har fremlagt fejlbehæftede fuldmagter, til at fremsende disse inden for en bestemt frist, medmindre den erhvervsdrivendes tilbud ville skulle afslås, eller udbudsproceduren erklæres for ugyldig, selv om dokumenterne var blevet fremlagt. De på den ordregivende myndigheds opfordring fremlagte erklæringer og dokumenter skal dokumentere, at den erhvervsdrivende opfylder kriterierne for at deltage i udbudsproceduren, og at de tilbudte leverancer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsydelser opfylder de af den ordregivende myndighed fastsatte krav, senest ved udløbet af fristen for indsendelse af ansøgninger om deltagelse i udbudsproceduren eller fristen for afgivelse af tilbud.«

- 8 Lovens artikel 46, stk. 4a, har følgende ordlyd:

»Den ordregivende myndighed beholder garantien og renterne, hvis den erhvervsdrivende – som svar på den i artikel 26, stk. 3, omhandlede anmodning – af grunde, der kan tilregnes den pågældende, ikke har fremlagt de dokumenter og erklæringer, der er omhandlet i artikel 25, stk. 1, fuldmagter, listen over enheder, der tilhører samme koncern, som omhandlet i artikel 24, stk. 2, nr. 5, eller oplysninger, hvoraf fremgår, at den erhvervsdrivende ikke tilhører en koncern, eller hvis den erhvervsdrivende ikke har indvilliget i at rette en fejl som omhandlet i artikel 87, stk. 2, nr. 3, således at det ikke var muligt at vælge den pågældendes tilbud som det mest fordelagtige.«

- 9 Lovens artikel 87 bestemmer:

»1. Under undersøgelsen og vurderingen af tilbuddene kan den ordregivende myndighed opfordre de erhvervsdrivende til at præcisere indholdet af tilbuddene. Der må ikke føres forhandlinger mellem den ordregivende myndighed og den erhvervsdrivende, og indholdet af det afgivne tilbud må ikke ændres, dog med forbehold for stk. 1a og 2.

1a. Under undersøgelsen og vurderingen af tilbuddene kan den ordregivende myndighed i en konkurrencepræget dialog opfordre de erhvervsdrivende til at foretage præciseringer af indholdet af tilbuddene og finjusteringer af indholdet af tilbuddene samt til at fremlægge yderligere oplysninger, uden dog at foretage væsentlige ændringer af indholdet af tilbuddene og af kravene i udbudsspecifikationerne.

2. Den ordregivende myndighed retter i tilbuddet:

- 1) åbenbare skrivefejl
- 2) åbenbare regnefejl, idet der tages hensyn til de beregningsmæssige konsekvenser af de foretagne rettelser
- 3) andre fejl, der gør tilbuddet uforeneligt med udbudsspecifikationerne, men som ikke indebærer væsentlige ændringer af indholdet af tilbuddet, hvorved den erhvervsdrivende, hvis tilbud rettes, straks skal underrettes.«

10 Lovens artikel 179, stk. 1, fastsætter:

»Enhver erhvervsdrivende, der deltager i en konkurrence, eller andre enheder, der har eller har haft en interesse i at blive tildelt en bestemt kontrakt, og som følge af den ordregivende myndigheds overtrædelse af bestemmelserne i nærværende lov har lidt eller kan lide et tab, har adgang til de i dette afsnit anførte klagemuligheder.«

11 Lovens artikel 180, stk. 1, bestemmer:

»En klage kan udelukkende vedrøre en handling eller en undladelse under tilsidesættelse af loven, som den ordregivende myndighed har foretaget eller undladt at foretage som led i udbudsproceduren.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 12 Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo offentliggjorde den 3. juni 2015 under nummer 2015/S 105-191838 en udbudsbekendtgørelsen for et begrænset udbud i *Den Europæiske Unions Tidende* med henblik på indgåelse af en offentlig tjenesteydelseskontrakt om digitalisering af dokumenter i virksomhedens centrale geologiske arkiv samt oprettelse af dokumenter i elektronisk form, der skal være tilgængelig på virksomhedens interne netværk. Kontraktens genstand bestod i at scanne disse arkivers papirdokumenter, foretage digitaliseringen af de scannede dokumenter og indføre dem på de varige medier, der løbende anvendes, i et numerisk dataformat og i form af mikrofilm.
- 13 Udbudsspecifikationernes punkt 4.1 bestemte, at tilbudsgiverne skulle vedlægge deres tjenesteydelsestilbud to dokumenter. Det første skulle være en scannet kopi af et dokument, der var udfærdiget af den ordregivende myndighed, indført på de varige medier og udarbejdet efter en detaljeret beskrivelse i udbudsspecifikationernes punkt 4.1, litra a). Det andet dokument skulle være en prøve på en mikrofilm på 35 mm, der indeholdt det fremkaldte produkt, evalueret på grundlag af kvalitetskriteriet, i et A4-format og forstørret til A0, dvs. 16 gange arealet, ledsaget af en beskrivelse af metoden til optagelse af mikrofilmen og de tekniske egenskaber, som nærmere beskrevet i udbudsspecifikationernes punkt 4.1, litra b) (herefter »mikrofilmprøve«).
- 14 Kvaliteten af det første dokument skulle bedømmes på grundlag af kriterierne om vurdering af tilbuddene, mens kvaliteten af mikrofilmprøven skulle bedømmes efter kriteriet »tilfredsstillende/ikke tilfredsstillende«, idet det blev præciseret, at hvis prøven ikke var tilfredsstillende, ville tilbuddet blive afvist i henhold til lovens artikel 89, stk. 1, andet punktum.

- 15 Tilbudsgiverne var tillige forpligtede til at deponere et beløb på 20 000 polske zloty (PLN) som garanti for deres tilbud.
- 16 Der blev fremsat to tilbud inden for rammerne af denne procedure, et fælles tilbud fra Archus og Gama og et tilbud fra Digital-Center.
- 17 Den 15. oktober 2015 fremsatte Archus og Gama under påberåbelse af en ufrivillig fejl en anmodning til den ordregivende myndighed i henhold til lovens artikel 87, stk. 2, nr. 3, om indgivelse af en ny mikrofilmprøve til erstatning af den, som var vedlagt deres tilbud, og som ikke var i overensstemmelse med specifikationerne i udbudsbetingelserne.
- 18 Den 17. november 2015 besvarede den ordregivende myndighed denne anmodning, idet den tilkendegav, at den var af den opfattelse, at den nye mikrofilmprøve supplerede de fremlagte dokumenter, jf. lovens artikel 26, stk. 3. Den ordregivende myndighed tilkendegav imidlertid ligeledes over for de to virksomheder, at de ikke havde anført oplysninger vedrørende metoden til optagelse af mikrofilmen og de tekniske egenskaber, som kræves i henhold til udbudsspecifikationernes punkt 4.1, litra b), og nævnte myndighed opfordrede derfor de nævnte virksomheder til at fremlægge disse oplysninger.
- 19 Efter undersøgelsen af de to mikrofilmprøver, som Archus og Gama havde fremlagt, afslog den ordregivende myndighed i sidste ende disse virksomheders tilbud, idet det ikke var i overensstemmelse med udbudsspecifikationernes punkt 4.1, litra b). Det var den ordregivende myndigheds opfattelse, at de mikrofilmprøver, som disse selskaber havde indgivet, ikke gjorde det muligt at læse kopien af et dokument, der var optaget på mikrofilm, i A0-format med en opløsning på mindst 200 dots per inch (dpi). Den ordregivende myndighed fandt i øvrigt, at Digital-Centers tilbud var det mest fordelagtige.
- 20 Archus og Gama anlagde derefter sag ved Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager, Polen) til prøvelse af den ordregivende myndigheds beslutninger om henholdsvis at afslå deres tilbud og om at antage Digital-Centers tilbud.
- 21 Den forelæggende ret har i det væsentlige anført, at den ordregivende myndighed i henhold til de nationale bestemmelser om offentlige kontrakter kan kræve, at tilbudsgiverne fremlægger »dokumenter og erklæringer« samt prøver af produkter, der skal leveres som led i udbudsproceduren. Den ordregivende myndighed er ligeledes forpligtet til at anmode tilbudsgiverne om i givet fald at fremsende de dokumenter, der mangler, eller supplere dokumenter, som er fejlbehæftede, med henblik på, at disse dokumenter er i overensstemmelse med kravene i udbudsspecifikationerne, dog ikke i de tilfælde, hvor tilbuddet skal afslås af andre grunde, eller når det er nødvendigt at annullere udbudsproceduren.
- 22 Den forelæggende ret er i første række i tvivl om, hvorvidt den forpligtelse, der er pålagt den ordregivende myndighed, til at opfordre en tilbudsgiver til at supplere et dokument, der kræves i henhold til udbudsspecifikationerne, eller fremlægge en ny prøve i overensstemmelse med nævnte specifikationer, som i hovedsagen, er lovlig, for så vidt som denne ville kunne foranledige tilbudsgiveren til at ændre indholdet af sit tilbud, hvilket vil skade gennemsigtigheden af udbudsproceduren. Den forelæggende ret er dernæst i tvivl om, hvorvidt tilbageholdelsen af den garanti, som tilbudsgiveren har stillet, når nævnte tilbudsgiver ikke har efterkommet den ordregivende myndigheds opfordring til at supplere et sådant dokument, er lovlig. Nævnte ret er endelig i tvivl om den retlige interesse, som Archus og Gama kan have i en annulation af Digital-Centers tilbud.

- 23 Under disse omstændigheder har Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Skal artikel 10 i [direktiv 2004/17] fortolkes således, at den ordregivende myndighed kan være forpligtet til at opfordre de økonomiske aktører, som ikke inden for en fastsat frist (dvs. fristen for afgivelse af tilbud) har fremlagt de af den ordregivende myndighed krævede »erklæringer eller dokumenter«, der bekræfter, at de tilbudte leverancer, tjenesteydelser eller arbejder opfylder de af den ordregivende myndighed fastsatte krav (idet begrebet »erklæringer eller dokumentation« også omfatter prøver af kontraktens genstand), eller som har indsendt de krævede »erklæringer eller dokumenter« behæftet med fejl, til at fremlægge de manglende eller berigtigede »erklæringer eller dokumenter« (prøver) inden for en fastsat yderligere frist, uden at forbyde, at de supplerende »erklæringer eller dokumenter« (prøver) ændrer indholdet af tilbuddet?
 - 2) Skal artikel 10 i [direktiv 2004/17] fortolkes således, at den ordregivende myndighed må beholde den økonomiske aktørs sikkerhedsstilling, når denne efter opfordring fra den ordregivende myndighed ikke har fremlagt de »erklæringer eller dokumenter« (prøver), der bekræfter, at de tilbudte leverancer, tjenesteydelser eller arbejder opfylder de af den ordregivende myndighed definerede krav, såfremt en sådan supplerende ville føre til en ændring af tilbuddets indhold[,] eller den økonomiske aktør ikke var enig i den ordregivende myndigheds rettelse af tilbuddet, hvilket havde til følge, at den økonomiske aktørs tilbud ikke kunne vælges som det mest fordelagtige tilbud?
 - 3) Skal artikel 1, stk. 3, i [direktiv 92/13] fortolkes således, at der ved en »bestemt kontrakt«, som indgår i denne bestemmelse i passagen »interesse i at opnå en bestemt kontrakt«, skal forstås en »bestemt procedure for tildeling af en offentlig kontrakt« (her: offentliggjort ved bekendtgørelse af 3.6.2015), eller således, at der herved skal forstås en »bestemt kontraktgenstand« (her: tjenesteydelse bestående i digitalisering af [dokumenter] fra den ordregivende myndigheds arkiv), uanset om den ordregivende myndighed som følge af, at en klage tages til følge, vil være forpligtet til at annullere den igangværende procedure for tildeling af en offentlig kontrakt og eventuelt iværksætte en ny procedure for tildeling af en offentlig kontrakt?»

Det første spørgsmål

- 24 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om princippet om ligebehandling af erhvervsdrivende, som er fastsat i artikel 10 i direktiv 2004/17, skal fortolkes således, at det er til hinder for, at den ordregivende myndighed som led i en udbudsprocedure opfordrer tilbudsgiverne til at fremlægge de krævede erklæringer eller dokumenter, som ikke er blevet fremlagt af disse tilbudsgivere inden for den frist, der er fremsat for afgivelsen af tilbud, eller til at rette disse erklæringer eller dokumenter i tilfælde af fejl, uden at denne ordregivende myndighed i øvrigt er forpligtet til at præcisere over for nævnte tilbudsgivere, at de ikke må ændre indholdet af de afgivne tilbud.
- 25 I denne henseende skal det indledningsvis bemærkes, at princippet om ligebehandling af tilbudsgivere, der har til formål at begunstige udviklingen af en sund og effektiv konkurrence mellem de virksomheder, der deltager i en procedure vedrørende indgåelse af en offentlig kontrakt (jf. bl.a. dom af 29.4.2004, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, præmis 110, og af 12.3.2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 33), og som følger af hovedformålet med EU-bestemmelserne om indgåelse af offentlige kontrakter (jf. bl.a. dom af 22.6.1993, Kommissionen mod Danmark, C-243/89, EU:C:1993:257, præmis 33, af 25.4.1996, Kommissionen mod Belgien, C-87/94, EU:C:1996:161, præmis 51, og af 18.10.2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, præmis 33), bl.a. indebærer, at tilbudsgiverne skal behandles lige, både når de udarbejder deres tilbud,

og når den ordregivende myndighed vurderer tilbuddene (jf. dom af 16.12.2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, præmis 45, og af 24.5.2016, *MT Højgaard og Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, præmis 37).

- 26 Nævnte princippet kræver navnlig, at samtlige tilbudsgivere gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres tilbud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle konkurrenterne (jf. dom af 25.4.1996, *Kommissionen mod Belgien*, C-87/94, EU:C:1996:161, præmis 54, af 12.12.2002, *Universale-Bau m.fl.*, C-470/99, EU:C:2002:746, præmis 93, og af 12.3.2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 33).
- 27 Ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen er ligeledes 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 tilbud ikke kan ændres efter dets afgivelse, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller tilbudsgiverens initiativ (jf. i denne retning dom af 29.3.2012, *SAG ELV Slovensko m.fl.*, C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 36, og af 10.10.2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 31).
- 28 At give den ordregivende myndighed mulighed for at anmode en ansøger, hvis tilbud ifølge myndigheden er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, om supplerede oplysninger på dette punkt risikerer således at få denne ordregivende myndighed, hvis ansøgerens bud ender med at blive antaget, til at fremstå, som om den har forhandlet buddet fortroligt – til skade for de andre ansøgere og i strid med ligebehandlingsprincippet (dom af 29.3.2012, *SAG ELV Slovensko m.fl.*, C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 37).
- 29 Domstolen har imidlertid haft lejlighed til at fastslå, at ligebehandlingsprincippet ikke er til hinder for, at tilbuddet i enkelttilfælde kan berigtiges eller suppleres, når det er indlysende, at tilbuddet kræver en præcisering, eller når det drejer sig om at bringe åbenbare indholdsmæssige fejl til ophør, dog med forbehold for, at en række krav overholdes (jf. i denne retning i forbindelse med procedurer om begrænsede udbud, der henhører under Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114), dom af 29.3.2012, *SAG ELV Slovensko m.fl.*, C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 35-45, for så vidt angår den fase, hvor tilbuddene bedømmes, og af 10.10.2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 30-39, for så vidt angår prækvalifikation af tilbudsgivere).
- 30 For det første skal en anmodning om præcisering af et tilbud, som først kan fremsættes efter, at den ordregivende myndighed har fået kendskab til alle tilbuddene, i princippet rettes mod alle virksomheder i samme situation og skal omfatte alle de punkter i tilbuddet, der skal præciseres (jf. dom af 29.3.2012, *SAG ELV Slovensko m.fl.*, C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 42-44, og af 10.10.2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 34 og 35).
- 31 Anmodningen må desuden ikke føre til, at tilbudsgiver i virkeligheden fremsætter et nyt tilbud (jf. dom af 29.3.2012, *SAG ELV Slovensko m.fl.*, C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 40, og af 10.10.2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 36).
- 32 Endelig påhviler det generelt den ordregivende myndighed under udøvelsen af dens skøn, for så vidt angår muligheden for at anmode ansøgerne om at præcisere deres tilbud, at behandle ansøgerne ens og rimeligt, således at en anmodning om præcisering ikke efter afslutningen af proceduren for udvælgelse af tilbuddene og i lyset af resultatet heraf kan fremstå som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere, som har været genstand for denne anmodning (jf. dom af 29.3.2012, *SAG ELV Slovensko m.fl.*, C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 41, og af 10.10.2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 37).

- 33 En anmodning om præcisering kan imidlertid ikke afhjælpe fraværet af et dokument eller en oplysning, som skulle være fremsendt eller meddelt i medfør af udbudsmaterialet, idet det påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat (jf. i denne retning dom af 10.10.2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, præmis 40).
- 34 I det foreliggende tilfælde har den forelæggende ret i anmodningen om en præjudiciel afgørelse præciseret, at tilbudsgiverne skulle vedlægge deres tilbud prøver på digitaliserede arkivdokumenter, som skulle være oprettet efter de anvisninger, der er fastsat i udbudsspecifikationernes punkt 4.1, og angive digitaliseringsmetoden og kvaliteten af digitaliseringen.
- 35 Under omstændighederne i hovedsagen er det Archus og Gama i deres egenskab af tilbudsgivere, der har anmodet den ordregivende myndighed om en korrektion af deres tilbud, idet de har støttet sig på lovens artikel 87, stk. 2, nr. 3, med henblik på indgivelse af en ny mikrofilmprøve til erstatning af den, som var vedlagt deres tilbud, og som ikke var i overensstemmelse med specifikationerne i udbudsbetingelserne.
- 36 I overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 29, kan en opfordring fra den ordregivende myndighed til en tilbudsgiver om at fremlægge de krævede erklæringer og dokumenter imidlertid i princippet kun have til formål at præcisere nævnte tilbudsgivers tilbud eller at berigtige en åbenbar fejl, som dette tilbud er behæftet med. En sådan opfordring kan dermed ikke generelt gøre det muligt for en tilbudsgiver at fremlægge erklæringer og dokumenter, som skulle fremsendes i medfør af udbudsspecifikationerne, og som ikke blev fremsendt inden for den frist, der var fastsat for afgivelsen af tilbuddene. Den kan i overensstemmelse med den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 31, heller ikke føre til, at en tilbudsgiver kan fremlægge dokumenter, der indeholder ændringer af en sådan karakter, at de reelt udgør et nyt tilbud.
- 37 Under alle omstændigheder kan en forpligtelse, der pålægges en ordregivende myndighed til i medfør af national ret at opfordre tilbudsgiverne til at fremlægge de krævede erklæringer og dokumenter, som de ikke har fremsendt inden for den frist, der er fastsat for at afgive tilbuddene, eller til at rette disse erklæringer og disse dokumenter i tilfælde af fejl, kun tillades i det omfang de suppleringer eller rettelser, der foretages i det oprindelige tilbud, ikke fører til en væsentlig ændring af tilbuddet. Det fremgår således af præmis 40 i dom af 29. marts 2012, SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191), at det oprindelige tilbud kun undtagelsesvis kan rettes for at bringe åbenbare indholdsmæssige fejl til ophør, og forudsat at ændringen ikke fører til, at der i virkeligheden fremsættes et nyt tilbud.
- 38 Det påhviler den forelæggende ret at afgøre, om den af Archus og Gama foretagne udskiftning under omstændighederne i hovedsagen holder sig inden for den grænse, der består i berigtigelsen af en åbenbar fejl, som deres tilbud var behæftet med.
- 39 Det første spørgsmål skal dermed besvares med, at princippet om ligebehandling af erhvervsdrivende, som er fastsat i artikel 10 i direktiv 2004/17, skal fortolkes således, at det er til hinder for, at den ordregivende myndighed som led i en offentlig udbudsprocedure opfordrer en tilbudsgiver til at fremlægge erklæringer eller dokumenter, som skulle fremsendes i medfør af udbudsspecifikationerne, og som ikke blev fremsendt inden for den frist, der var fastsat for afgivelsen af tilbuddene. Derimod er denne artikel ikke til hinder for, at den ordregivende myndighed opfordrer en tilbudsgiver til at præcisere sit tilbud eller til at berigtige en åbenbar materiel fejl, som er indeholdt i tilbuddet, dog med det forbehold, at en sådan opfordring rettes til alle tilbudsgivere, der befinder sig i samme situation, at alle tilbudsgiverne behandles ens og rimeligt, og at denne præcisering eller berigtigelse ikke kan sidestilles med afgivelsen af et nyt tilbud, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

Det andet spørgsmål

- 40 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 10 i direktiv 2004/17 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for, at den ordregivende myndighed under sådanne omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede beholder den sikkerhed, som en tilbudsgiver har stillet i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure, når denne enten ikke har fremlagt de dokumenter, der bekræfter, at den pågældendes tilbud var i overensstemmelse med de krav, der af den ordregivende myndighed var fastsat i udbudsspecifikationerne, fordi indholdet i nævnte tilbud var blevet ændret, eller den pågældende tilbudsgiver ikke var indforstået med, at den ordregivende myndighed rettede tilbuddet med den følge, at nævnte tilbudsgivers tilbud ikke kunne vælges.
- 41 Ifølge fast retspraksis er proceduren efter artikel 267 TEUF et middel til samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, som giver Domstolen mulighed for at forsyne de nationale retter med de elementer vedrørende fortolkningen af EU-retten, som er nødvendige for, at de kan afgøre den for dem verserende tvist (jf. bl.a. dom af 12.6.2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, præmis 30, af 15.9.2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, præmis 16, og af 19.6.2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, præmis 31).
- 42 Inden for rammerne af dette samarbejde foreligger der en formodning for, at spørgsmål om EU-retten er relevante. Domstolen kan kun afvise en anmodning fra en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en sagligt korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (jf. bl.a. dom af 21.1.2003, Bacardi-Martini og Cellier des Dauphins, C-318/00, EU:C:2003:41, præmis 43, af 15.9.2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, præmis 17, og af 19.6.2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, præmis 32).
- 43 Den opgave, Domstolen er blevet overdraget ved den præjudicielle procedure, er at bidrage til justitsforvaltningen i medlemsstaterne, men ikke at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål (jf. bl.a. dom af 12.6.2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, præmis 32, og af 15.9.2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, præmis 18).
- 44 Det må fastslås, som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at omstændighederne i hovedsagen åbenbart ikke svarer til et af de to tilfælde, som den forelæggende har nævnt i forbindelse med det andet præjudicielle spørgsmål.
- 45 Tvisten i hovedsagen omhandler således i det væsentlige – således som det fremgår af behandlingen af det første spørgsmål – spørgsmålet, om den ordregivende myndighed uden at tilsidesætte ligebehandlingsprincippet i artikel 10 i direktiv 2004/17 kan acceptere, at en tilbudsgiver efter afgivelsen af sit tilbud kan erstatte et dokument, som ifølge udbudsspecifikationerne skulle være fremlagt, i det foreliggende tilfælde en mikrofilmprøve, for så vidt som den fremsendte prøve angiveligt havde været fejlbehæftet. Det fremgår på ingen måde af forelæggelsesafgørelsen, at Archus og Gama har undladt at fremlægge de dokumenter, der kræves i henhold til udbudsspecifikationerne, eller endog nægtet at indvillige i, at den ordregivende myndighed retter deres tilbud. Det må herefter fastslås, at det problem, som den forelæggende ret har rejst i forbindelse med det andet spørgsmål, er hypotetisk.
- 46 Den forelæggende rets andet spørgsmål skal under disse omstændigheder afvises.

Det tredje spørgsmål

- 47 Den forelæggende ret ønsker med det tredje spørgsmål i det væsentlige oplyst, om artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13 skal fortolkes således, at begrebet »bestemt kontrakt« som omhandlet i denne bestemmelse, vedrører en bestemt procedure for tildeling af en offentlig kontrakt eller selve genstanden for den kontrakt, som skal tildeles ved afslutningen af en offentlig udbudsprocedure, i det tilfælde, hvor der kun er afgivet to tilbud, og hvor den tilbudsgiver, hvis tilbud er blevet forkastet, kan have en interesse i, at den anden tilbudsgivers tilbud forkastes, og at der som følge heraf iværksættes en ny offentlig udbudsprocedure.
- 48 Den forelæggende ret har i denne henseende præciseret, at en erhvervsdrivende, der har afgivet et tilbud i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure, ikke har en interesse i at anfægte beslutningen om tildeling af en offentlig kontrakt, når denne erhvervsdrivendes tilbud er blevet forkastet. Heraf følger, at selv om tilbudsgivere som Archus og Gama med sikkerhed har en interesse i at anfægte en beslutning, hvormed den pågældendes tilbud er blevet forkastet, for så vidt som denne tilbudsgiver i dette tilfælde bevarer en chance for at få tildelt kontrakten, har den pågældende derimod ingen interesse i udbudsprocedurens videre forløb, så snart dennes tilbud er blevet endeligt forkastet, i hvert fald i det tilfælde, hvor flere tilbud er blevet afgivet og udvalgt.
- 49 Det er i denne sammenhæng, at den forelæggende ret har rejst spørgsmålet, om begrebet »bestemt kontrakt« som omhandlet artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13, omhandler en eventuel iværksættelse af en ny offentlig udbudsprocedure.
- 50 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13 fastsætter, at medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.
- 51 Domstolen har i forbindelse med, at den har haft anledning til at fortolke de tilsvarende bestemmelser i artikel 1, stk. 3, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 1989, L 395, s. 33) allerede fastslået, at tilbudsgiverne i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure har en tilsvarende interesse i udelukkelsen af andre tilbud med henblik på at opnå en kontrakt (jf. i denne retning dom af 4.7.2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, præmis 33, af 5.4.2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 27, og af 21.12.2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, præmis 29), uanset antallet af deltagere i proceduren og antallet af deltagere, der har indgivet en klage (jf. i denne retning dom af 5.4.2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 29).
- 52 For det første kan udelukkelsen af en tilbudsgiver nemlig føre til, at den anden opnår kontrakten direkte inden for rammerne af samme klageprocedure. For det andet vil hver af tilbudsgiverne kunne deltage heri og således indirekte opnå kontrakten i tilfælde af udelukkelse af de to tilbudsgivere og en ny offentlig udbudsprocedure (jf. dom af 5.4.2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 27).
- 53 Det i retspraksis udviklede princip, der følger af dom af 4. juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), og af 5. april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), finder anvendelse på den i hovedsagen omhandlede situation.
- 54 Den forelæggende ret skal således i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure, der har givet anledning til afgivelse af to tilbud og til vedtagelsen af to samtidige beslutninger fra den ordregivende myndighed om henholdsvis at forkaste en af tilbudsgivernes tilbud og om at tildele kontrakten til den anden tilbudsgiver, tage stilling til et søgsmål, som den fravalgte tilbudsgiver har anlagt til prøvelse af

disse to beslutninger. I forbindelse med dette søgsmål har den fravalgte tilbudsgiver gjort gældende, at den valgte tilbudsgivers tilbud skal udelukkes, da det ikke er i overensstemmelse med specifikationerne i udbudsbetingelserne.

- 55 I en sådan situation har den tilbudsgiver, som har anlagt sagen, en legitim interesse i udelukkelsen af den valgte tilbudsgivers tilbud, hvilket efter omstændighederne kan føre til, at det er umuligt for den ordregivende myndighed at udvælge et foreneligt tilbud (jf. i denne retning dom af 4.7.2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, præmis 33, og af 5.4.2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 24).
- 56 Denne fortolkning bekræftes af bestemmelserne i artikel 2a, stk. 1, og 2, i direktiv 92/13, som udtrykkeligt foreskriver, at tilbudsgivere, der ikke er blevet endeligt udelukket, skal have en ret til bl.a. at klage over ordregiveres tildelingsbeslutninger.
- 57 Domstolen har ganske vist i den sag, der gav anledning til dom af 21. december 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988, præmis 13-16, 31 og 36), fastslået, at en tilbudsgiver, hvis tilbud af den ordregivende myndighed var blevet udelukket fra en offentlig udbudsprocedure, kunne nægtes adgang til at klage over beslutningen om tildeling af den pågældende offentlige kontrakt. Beslutningen om at udelukke den nævnte tilbudsgiver var i nævnte sag imidlertid blevet opretholdt ved en beslutning, der havde opnået retskraft, inden den ret, der påkendte klagen over tildelingsbeslutningen, traf afgørelse, således at nævnte tilbudsgiver kunne anses for endeligt udelukket fra den omhandlede offentlige udbudsprocedure.
- 58 I hovedsagen har Archus og Gama derimod anfægtet en beslutning, der udelukker deres tilbud, og en beslutning om tildeling af kontrakten, der er vedtaget samtidigt, og de to virksomheder kan dermed ikke anses for endeligt udelukket fra den offentlige udbudsprocedure. I en sådan situation kan begrebet »bestemt kontrakt« som omhandlet i artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13 efter omstændighederne omhandle en eventuel iværksættelse af en ny offentlig udbudsprocedure.
- 59 Det følger af det ovenstående, at direktiv 92/13 skal fortolkes således, at i en sådan situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor en offentlig udbudsprocedure har givet anledning til afgivelse af to tilbud og til vedtagelse af to samtidige beslutninger fra den ordregivende myndighed om henholdsvis at forkaste en af tilbudsgivernes tilbud og om at tildele kontrakten til den anden tilbudsgiver, skal den fravalgte tilbudsgiver, der har anlagt sag til prøvelse af disse to beslutninger, have mulighed for at nedlægge påstand om udelukkelse af den valgte tilbudsgivers tilbud, således at begrebet »bestemt kontrakt« som omhandlet i artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13 efter omstændighederne kan omhandle en eventuel iværksættelse af en ny offentlig udbudsprocedure.

Sagens omkostninger

- 60 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 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 (Ottende Afdeling) for ret:

- 1) **Princippet om ligebehandling af erhvervsdrivende, som er fastsat i artikel 10 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«), skal fortolkes således, at det er til hinder for, at den ordregivende myndighed som led i en offentlig udbudsprocedure opfordrer en tilbudsgiver til at fremlægge erklæringer eller dokumenter, som skulle**

fremsendes i medfør af udbudsspecifikationerne, og som ikke blev fremsendt inden for den frist, der var fastsat for afgivelsen af tilbuddene. Derimod er denne artikel ikke til hinder for, at den ordregivende myndighed opfordrer en tilbudsgiver til at præcisere sit tilbud eller til at berigtige en åbenbar materiel fejl, som er indeholdt i tilbuddet, dog med det forbehold, at en sådan opfordring rettes til alle tilbudsgivere, der befinder sig i samme situation, at alle tilbudsgiverne behandles ens og rimeligt, og at denne præcisering eller berigtigelse ikke kan sidestilles med afgivelsen af et nyt tilbud, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

- 2) Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007, skal fortolkes således, at i en sådan situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor en offentlig udbudsprocedure har givet anledning til afgivelse af to tilbud og til vedtagelse af to samtidige beslutninger fra den ordregivende myndighed om henholdsvis at forkaste en af tilbudsgivernes tilbud og om at tildele kontrakten til den anden tilbudsgiver, skal den fravalgte tilbudsgiver, der har anlagt sag til prøvelse af disse to beslutninger, have mulighed for at nedlægge påstand om udelukkelse af den valgte tilbudsgivers tilbud, således at begrebet »bestemt kontrakt« som omhandlet i artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13, som ændret ved direktiv 2007/66, efter omstændighederne kan omhandle en eventuel iværksættelse af en ny offentlig udbudsprocedure.

Underskrifter