



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Niende Afdeling)

3. juni 2021 *

»Præjudiciel forelæggelse – indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter – direktiv 2014/24/EU – procedures forløb – udvælgelse af deltagere og tildeling af kontrakter – artikel 63 – tilbudsgiver, der baserer sig på en anden enheds kapaciteter for at opfylde den ordregivende myndigheds krav – artikel 57, stk. 4, 6 og 7 – falske erklæringer afgivet af denne enhed – udelukkelse af den nævnte tilbudsgiver uden at pålægge denne eller tillade denne at erstatte den nævnte enhed – proportionalitetsprincippet«

I sag C-210/20,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) ved afgørelse af 20. februar 2020, indgået til Domstolen den 30. marts 2020, i sagen

Rad Service Srl Unipersonale,

Cosmo Ambiente Srl,

Cosmo Scavi Srl

mod

Del Debbio SpA,

Gruppo Sei Srl,

Ciclat Val di Cecina Soc. Coop.,

Daf Costruzioni Stradali Srl,

procesdeltager:

Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro,

har

DOMSTOLEN (Niende Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, N. Piçarra, og dommerne D. Šváby (refererende dommer) og S. Rodin,

* Processprog: italiensk.

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl og Ciclat Val di Cecina Soc. Coop. ved avvocati A. Manzi og F. Bertini,
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocati dello Stato C. Colelli og S.L. Vitale,
- Europa-Kommissionen ved G. Gattinara, P. Ondrůšek og K. Talabér-Ritz, 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 49 TEUF og 56 TEUF samt artikel 63 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).
- 2 Denne anmodning er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem på den ene side Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl og Cosmo Scavi Srl, der er samlet i den midlertidige virksomhedssammenslutning (MVS) Rad Service (herefter »MVS Rad Service«), og på den anden side Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl og Ciclat Val di Cecina Soc. Coop. (herefter »MVS Del Debbio«) og den midlertidige virksomhedssammenslutning, der er dannet af DAF Costruzioni Stradali Srl, GARC SpA og Edil Moter Srl (herefter »MVS Daf«), vedrørende en afgørelse truffet af Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro (den lokale sundhedsmyndighed i regionen Toscana Centro, Italien) om at udelukke MVS Del Debbio fra en procedure for indgåelse af en offentlig bygge- og anlægskontrakt.

Retsforskrifter

Direktiv 2014/24

- 3 84., 101. og 102. betragtning til direktiv 2014/24 har følgende ordlyd:
 - »(84) Mange økonomiske aktører, og ikke mindst [små og mellemstore virksomheder (SMV'er)], anser administrative byrder som følge af kravet om at fremlægge et stort antal certifikater og andre dokumenter forbundet med udelukkelses- og udvælgelseskriterierne for at være en væsentlig hindring for deres deltagelse i offentlige udbud. Begrænsning af sådanne krav, eksempelvis gennem anvendelse af et fælles europæisk udbudsdokument (ESPD) bestående af en ajourført egenerklæring, kan resultere i betydelig forenkling til fordel for både ordregivende myndigheder og økonomiske aktører.

Den tilbudsgiver, som det er besluttet at tildele kontrakten, bør imidlertid fremlægge de relevante beviser, og de ordregivende myndigheder bør ikke indgå kontrakter med tilbudsgivere, der ikke kan gøre dette. Ordregivende myndigheder bør også have ret til at anmode om alle eller en del af de supplerende dokumenter, når som helst de måtte anse det for nødvendigt for at sikre, at proceduren gennemføres korrekt. Dette kan især være tilfældet i procedurer med to faser – begrænsede udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber – hvor de ordregivende myndigheder gør brug af muligheden for at begrænse antallet af ansøgere, der opfordres til at indgive tilbud. Et krav om indsendelse af supplerende dokumenter i forbindelse med udvælgelsen af ansøgere, som opfordres til at deltage, kan begrundes med, at det bør undgås, at de ordregivende myndigheder opfordrer ansøgere til at deltage, som senere viser sig ikke at være i stand til at indsende de supplerende dokumenter i tildelingsfasen, og dermed forhindrer andre i øvrigt kvalificerede ansøgere i at deltage.

Det bør udtrykkeligt præciseres, at ESPD også bør indeholde relevante oplysninger om enheder, hvis kapacitet en økonomisk aktør baserer sig på, så oplysninger om sådanne enheder kan verificeres samtidig med og på samme vilkår som verifikationen af den økonomiske hovedaktør.

[...]

- (101) Ordregivende myndigheder bør endvidere have mulighed for at udelukke økonomiske aktører, som har vist sig at være upålidelige, bl.a. som følge af overtrædelser af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede eller andre former for alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af vedkommendes erhverv, såsom overtrædelser af konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret. Det bør præciseres, at alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af et erhverv kan så tvivl om en økonomisk aktørs integritet og således gøre den økonomiske aktør uegnet til at få tildelt en offentlig kontrakt, uanset om den økonomiske aktør i øvrigt har den tekniske og økonomiske kapacitet til at gennemføre kontrakten.

I betragtning af at den ordregivende myndighed vil være ansvarlig for konsekvenserne af sine eventuelle fejlagtige afgørelser, bør ordregivende myndigheder også fortsat frit kunne afgøre, om der er begået en alvorlig forsømmelse, når de, før der er truffet en endelig og bindende afgørelse på grundlag af obligatoriske udelukkelsesgrunde, på tilstrækkelig vis kan påvise, at den økonomiske aktør har misligholdt sine forpligtelser, herunder forpligtelser med relation til betaling af skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger, medmindre andet er fastsat i national lovgivning. De bør desuden have mulighed for at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, hvis gennemførelse af tidligere offentlige kontrakter har været forbundet med store mangler med hensyn til væsentlige krav, f.eks. manglende levering eller udførelse, væsentlige mangler ved den leverede vare eller tjenesteydelse, som har gjort den ubrugelig til det påtænkte formål, eller ukorrekt adfærd, som har sæt alvorlig tvivl om den økonomiske aktørs pålidelighed. Der bør fastsættes en maksimumsvarighed for sådanne udelukkelses i national lovgivning.

Anvendes der fakultative udelukkelsesgrunde, bør de ordregivende myndigheder lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet. Mindre uregelmæssigheder bør kun under ekstraordinære omstændigheder føre til udelukkelse af en økonomisk aktør. Gentagne tilfælde af mindre uregelmæssigheder bør dog give anledning til tvivl om en økonomisk aktørs troværdighed, hvilket kan berettige til udelukkelse.

- (102) Der bør imidlertid tages hensyn til muligheden for, at økonomiske aktører kan iværksætte overensstemmelsesforanstaltninger med henblik på at afhjælpe konsekvenserne af eventuelle strafbare handlinger eller forsømmelser og effektivt forebygge yderligere forekomster af den ukorrekte adfærd. Dette kan især omfatte personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, f.eks. afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den ukorrekte adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af rapporterings- og

kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation. Hvor sådanne foranstaltninger yder tilstrækkelig garanti, bør den pågældende økonomiske aktør ikke længere udelukkes alene på dette grundlag. Økonomiske aktører bør have mulighed for at anmode om, at overensstemmelsesforanstaltninger, der er truffet med henblik på mulig adgang til udbudsproceduren, gennemgås. Det bør dog være op til medlemsstaterne at fastlægge de nøjagtige proceduremæssige og indholdsmæssige betingelser, der finder anvendelse i sådanne tilfælde. Det bør navnlig stå dem frit for at beslutte, om de ønsker at tillade de enkelte ordregivende myndigheder at udføre de relevante vurderinger eller overdrage denne opgave til andre myndigheder på centralt eller decentralt plan.«

- 4 Dette direktivs artikel 18, der har overskriften »Udbudsprincipper«, bestemmer i stk. 1, første afsnit, følgende:

»De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.«

- 5 Det nævnte direktivs artikel 57, der har overskriften »Udelukkelsesgrunde«, bestemmer i stk. 4-7 følgende:

»4. De ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:

[...]

- c) hvis den ordregivende myndighed med ethvert passende middel kan vise, at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om dennes integritet

[...]

- h) hvis den økonomiske aktør har givet groft urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kræves til verifikation af, at der ikke er grundlag for udelukkelse, eller af at udvælgelseskriterierne er opfyldt, har tilbageholdt sådanne oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter i henhold til artikel 59 eller

- i) hvis den økonomiske aktør [...] uagtsomt [har] givet vildledende oplysninger, der kan have væsentlig indflydelse på beslutninger vedrørende udelukkelse, udvælgelse eller tildeling.

[...]

5. [...]

De ordregivende myndigheder kan når som helst i løbet af proceduren udelukke eller af medlemsstaterne blive anmodet om at udelukke en økonomisk aktør, hvis det viser sig, at den økonomiske aktør i lyset af handlinger begået eller undladt enten før eller under proceduren, befinder sig i en af de situationer, der nævnes i stk. 4.

6. En økonomisk aktør, som er i en af de i stk. 1 og 4 omhandlede situationer, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, udelukkes den pågældende økonomiske aktør ikke fra udbudsproceduren.

Med henblik herpå skal den økonomiske aktør bevise, at denne har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen, har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller forsømmelse.

De foranstaltninger, der er truffet af de økonomiske aktører, skal vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen. Hvis foranstaltningerne anses for at være utilstrækkelige, modtager den økonomiske aktør en begrundelse for denne afgørelse.

En økonomisk aktør, som ved en endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer eller koncessionstildelingsprocedurer, er ikke berettiget til at gøre brug af den mulighed, der fastsættes i dette stykke, under den udelukkelsesperiode, der følger af dommen i de medlemsstater, hvor dommen har virkning.

7. Medlemsstaterne skal ved hjælp af love eller administrative bestemmelser og under hensyntagen til EU-retten fastlægge gennemførelsesbestemmelser for denne artikel. De skal især fastlægge den maksimale udelukkelsesperiode, hvis den økonomiske aktør ikke har truffet nogen foranstaltninger som angivet i stk. 6 for at vise sin pålidelighed. Når udelukkelsesperioden ikke er fastsat ved endelig dom, må perioden højst være fem år fra datoen for den endelige dom i de i stk. 1 nævnte tilfælde, og tre år fra datoen for den relevante hændelse i de i stk. 4 nævnte tilfælde.«

6 Samme direktivs artikel 59 med overskriften »Fælles europæisk udbudsdokument« har følgende ordlyd:

»1. På tidspunktet for indsendelse af ansøgninger om deltagelse eller af tilbud accepterer de ordregivende myndigheder [ESPD], der består af en ajourført egenerklæring som foreløbigt bevis i stedet for certifikater, der er udstedt af offentlige myndigheder eller tredjemand, til bekræftelse af, at den relevante økonomiske aktør opfylder en af de følgende betingelser:

- a) der er ikke tale om en af de i artikel 57 omhandlede situationer, hvor økonomiske aktører vil eller kan blive udelukket
- b) aktøren opfylder de relevante udvælgelseskriterier, som er opstillet i henhold til artikel 58
- c) aktøren opfylder, hvor det er relevant, de objektive regler og kriterier, som er opstillet i henhold til artikel 65.

Såfremt en økonomisk aktør baserer sig på andre enheders kapacitet i medfør af artikel 63, skal ESPD også indeholde de oplysninger, der er nævnt i nærværende stykkes første afsnit vedrørende disse enheder.

ESPD består af en formel erklæring fra den økonomiske aktør om, at den relevante udelukkelsesgrund ikke gælder, og/eller at udvælgelseskriteriet er opfyldt, og giver relevante oplysninger som krævet af den ordregivende myndighed. ESPD angiver derudover den offentlige myndighed eller tredjemand, der er ansvarlig for at udarbejde det supplerende dokument, og de indeholder en formel erklæring med den hensigt, at den økonomiske aktør på anmodning herom og straks kan fremlægge disse supplerende dokumenter.

Såfremt den ordregivende myndighed kan skaffe de supplerende dokumenter direkte gennem adgang til en database i henhold til stk. 5, indeholder ESPD ligeledes de oplysninger, der kræves til dette formål, såsom databasens internetadresse, enhver form for identifikationsoplysninger og, hvor det er relevant, den nødvendige samtykkeerklæring.

[...]

4. En ordregivende myndighed kan når som helst i løbet af proceduren anmode tilbudsgiverne og ansøgerne om at fremlægge hele eller en del af de krævede supplerende dokumenter, hvis dette er nødvendigt for at sikre, at proceduren gennemføres korrekt.

Før tildelingen af kontrakten kræver den ordregivende myndighed, bortset fra i forbindelse med kontrakter, der er baseret på rammeaftaler, og sådanne kontrakter er indgået i overensstemmelse med artikel 33, stk. 3, eller artikel 33, stk. 4, litra a), at den tilbudsgiver, som myndigheden har besluttet at tildele kontrakten, fremlægger ajourførte supplerende dokumenter i henhold til artikel 60 og hvis relevant artikel 62. Den ordregivende myndighed kan anmode økonomiske aktører om at supplere eller uddybe de i medfør af artikel 60 og 62 modtagne certifikater.

5. Uanset stk. 4 er økonomiske aktører ikke forpligtede til at fremlægge supplerende dokumenter eller anden dokumentation, hvis og i det omfang den ordregivende myndighed har mulighed for at skaffe certifikaterne eller de relevante oplysninger direkte gennem adgang til en national database i en hvilken som helst medlemsstat, der stilles til rådighed vederlagsfrit, såsom et nationalt udbudsregister, et virtuelt virksomhedsdossier, et elektronisk dokumentlagringssystem eller et prækvalifikationssystem.

[...]«

7 Artikel 60 i direktiv 2014/24, der har overskriften »Dokumentation«, fastsætter følgende:

»1. De ordregivende myndigheder kan kræve at få forelagt de certifikater, attester, erklæringer og anden dokumentation, der henvises til i stk. 2, 3 og 4 i denne artikel og bilag XII, som bevis på, at der ikke er grundlag for udelukkelse, jf. artikel 57, og for at udvælgelseskriterierne er opfyldt i henhold til artikel 58.

De ordregivende myndigheder må ikke kræve andre former for dokumentation end dem, der er nævnt i denne artikel og i artikel 62. Hvad angår artikel 63, kan økonomiske aktører gøre brug af alle passende metoder til over for den ordregivende myndighed at godtgøre, at de råder over de nødvendige ressourcer.

2. De ordregivende myndigheder godtager følgende som tilstrækkelig dokumentation for, at ingen af de i artikel 57 anførte tilfælde gælder for den økonomiske aktør:

- a) i det i stk. 1 i nævnte artikel nævnte tilfælde fremlæggelse af et uddrag fra det relevante register, f.eks. en straffeattest eller et tilsvarende dokument udstedt af en kompetent retslig eller administrativ myndighed i den økonomiske aktørs medlemsstat eller hjemland eller i det land, hvor den økonomiske aktør er etableret, hvoraf det fremgår, at disse krav er opfyldt
- b) i de i stk. 2 og stk. 4, litra b), i nævnte artikel nævnte tilfælde et certifikat udstedt af den kompetente myndighed i den pågældende medlemsstat eller det pågældende land.

[...]«

8 Dette direktivs artikel 63, der har overskriften »Udnyttelse af andre enheders kapacitet«, er affattet således:

»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. Med hensyn til kriterier vedrørende de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer, jf. bilag XII, del II, litra f), eller vedrørende den

relevante faglige erfaring, kan økonomiske aktører dog kun basere sig på andre enheders kapacitet, når sidstnævnte skal udføre de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, for hvilke disse kapaciteter kræves. Hvis en økonomisk aktør ønsker at basere sig på andre enheders kapaciteter, skal den godtgøre over for den ordregivende myndighed, at den råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge et tilsagn fra disse enheder i denne forbindelse.

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

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

En sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i artikel 19, stk. 2, kan på samme vilkår basere sig på sammenslutningens deltageres formåen eller andre enheders deltageres formåen.

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

- 9 Artikel 32, stk. 7, i decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (lovdekret nr. 50 om offentlige kontrakter) af 18. april 2016 (almindeligt tillæg til GURI nr. 91 af 19.4.2016, herefter »lov om offentlige kontrakter«) er affattet således:

»Tildelingen får virkning, når det er kontrolleret, at kriterierne er opfyldt.«

- 10 Artikel 80, stk. 5, litra fa), i lov om offentlige kontrakter bestemmer følgende:

»De ordregivende myndigheder udelukker en økonomisk aktør, der befinder sig i en af de følgende situationer, fra deltagelse i en udbudsprocedure, herunder når denne situation angår en af den økonomiske aktørs underleverandører i de tilfælde, der er omhandlet i artikel 105, stk. 6: [...] fa) den økonomiske aktør fremlægger falske dokumenter eller falske erklæringer i en igangværende udbudsprocedure og i forbindelse med udnyttelse af andre enheders kapacitet.«

- 11 Denne lovs artikel 89 bestemmer følgende:

»1. [...]

En økonomisk aktør, der ønsker at basere sig på andre enheders kapaciteter, vedlægger [...] en erklæring underskrevet af [hjelpevirksomheden] om, at den opfylder de generelle kriterier, der er angivet i artikel 80, såvel som de tekniske kriterier, og at den råder over de ressourcer, der er genstand for udnyttelsen af dens kapaciteter.

Den økonomiske aktør dokumenterer over for den ordregivende myndighed, at vedkommende kommer til at råde over de nødvendige midler, ved at fremlægge en erklæring underskrevet af hjælpevirksomheden, hvori denne sidstnævnte forpligter sig over for tilbudsgiveren og den ordregivende myndighed til under hele kontraktens varighed at stille de nødvendige ressourcer til rådighed, som tilbudsgiveren ikke har.

I tilfælde af falske erklæringer udelukker den ordregivende myndighed tilbudsgiveren og iværksætter garantien over for underskriverne af de nævnte erklæringer, uden at dette berører anvendelsen af artikel 80, stk. 12.

[...]

3. Den ordregivende myndighed kontrollerer i henhold til artikel 85, 86 og 88, om de enheder, hvis kapaciteter den økonomiske aktør ønsker at basere sig på, opfylder de relevante udvælgelseskriterier, eller om der foreligger udelukkelsesgrunde som omhandlet i artikel 80.

Den ordregivende myndighed pålægger den økonomiske aktør at udskifte de enheder, der ikke opfylder et af de relevante udvælgelseskriterier, eller i forhold til hvilke der foreligger obligatoriske udelukkelsesgrunde.

I udbudsbekendtgørelsen kan ligeledes angives de tilfælde, hvor den økonomiske aktør er forpligtet til at udskifte en enhed, der er omfattet af ikkeobligatoriske udelukkelsesgrunde, forudsat at der er tale om tekniske kriterier.«

Twisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

- 12 Ved en udbudsbekendtgørelse af 3. januar 2018 iværksatte den lokale sundhedsmyndighed i Toscana Centro en procedure for tildeling af et arbejde vedrørende selektiv og mekanisk nedrivning af bygningerne til det tidligere hospital *Misericordia e Dolce* i Prato (Italien) for et grundbeløb på 5 673 030,73 EUR.
- 13 I forbindelse med afgivelsen af sit tilbud henviste MVS Del Debbio til en hjælpevirksomheds tekniske og faglige kapaciteter.
- 14 Til trods for at de lå på de to første pladser i den foreløbige rangfølge, blev MVS Daf og MVS Del Debbio udelukket fra proceduren af den ordregivende myndighed. Som følge heraf blev MVS Rad Service den første i denne rangfølge.
- 15 Udelukkelsen af MVS Del Debbio blev begrundet med, at hjælpevirksomheden havde fremlagt en erklæring, som ikke omtalte en *patteggiamento*, dvs. en endelig dom om en straf som led i en udenretslig aftale mellem parterne, der var blevet afsagt over virksomhedens indehaver og retlige repræsentant den 14. juni 2013 og havde fået endelig retskraft den 11. september 2013. I italiensk ret sidestilles en *patteggiamento*, under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende, imidlertid udtrykkeligt med en strafferetlig dom for uagtsom legemsbeskadigelse, der er begået ved overtrædelse af lovgivningen om sundhedsbeskyttelse og om sikkerhed på arbejdspladsen.
- 16 Den ordregivende myndighed var af den opfattelse, at hjælpevirksomheden havde afgivet en urigtig og falsk erklæring til det spørgsmål, der indgik i ESPD og gik på, hvorvidt denne virksomhed havde gjort dig skyldig i alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af vedkommendes erhverv som omhandlet i artikel 80, stk. 5, litra c), i lov om offentlige kontrakter. Som følge heraf vurderede den ordregivende myndighed, at MVS Del Debbio automatisk skulle udelukkes fra proceduren i henhold til denne lovs artikel 80, stk. 5, litra fa), og artikel 89, stk. 1.

- 17 Efter at Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (den regionale forvaltningsdomstol for Toscana, Italien) ved to domme annullerede udelukkelse af MVS Del Debbio og MVS Daf, har MVS RAD Service iværksat appel til prøvelse af disse domme ved den forelæggende ret, dvs. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien).
- 18 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at den urigtige erklæring, som hjælpevirksomhedens retlige repræsentant har afgivet i forbindelse med udbudsproceduren, i medfør af artikel 89, stk. 1, fjerde afsnit, i lov om offentlige kontrakter automatisk medfører en forpligtelse for den ordregivende myndighed til at udelukke tilbudsgiveren, som har henvist til hjælpevirksomhedens kapaciteter, uden at tilbudsgiveren kan foretage en udskiftning af denne hjælpevirksomhed. Følgelig finder den korrektionsprocedure, der er fastsat i denne lovs artikel 89, stk. 3, ikke anvendelse, således at den økonomiske aktør ikke kan udskifte hjælpevirksomheden.
- 19 Den forelæggende ret er dog i tvivl om denne bestemmelses forenelighed med de principper og regler, der er omtalt i artikel 63 i direktiv 2014/24, og med artikel 49 TEUF og 56 TEUF. Artikel 63, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2014/24 har således navnlig til formål at sikre, at ydelserne leveres af aktører med passende kapaciteter og moral, og bestemmelsen pålægger derfor den ordregivende myndighed at indvillige i udskiftningen af en hjælpevirksomhed, som ikke opfylder kriterierne, eller i forhold til hvilken der foreligger en udelukkelsesgrund.
- 20 Ved at foreskrive en automatisk udelukkelse af en tilbudsgiver som følge af falske erklæringer fra en virksomhed, hvis kapaciteter tilbudsgiveren agter at basere sig på, forbyder artikel 89, stk. 1, fjerde afsnit, i lov om offentlige kontrakter imidlertid en udskiftning af en hjælpevirksomhed og følgelig den korrigerende løsning, som imidlertid er fastsat i lovens artikel 89, stk. 3, for alle de øvrige obligatoriske udelukkelsesgrunde.
- 21 Artikel 63 i direktiv 2014/24 opstiller imidlertid ikke nogen forskellige ordninger, og bestemmelsen kræver en udskiftning af en hjælpevirksomhed hver gang, den er omfattet af obligatoriske udelukkelsesgrunde, uanset hvilke.
- 22 Endvidere er en tilbudsgiver ude af stand til at kontrollere pålideligheden og rigtigheden af de erklæringer, der afgives af de virksomheder, hvis kapaciteter vedkommende agter at basere sig på. Tilbudsgiveren må således stole på de erklæringer eller den dokumentation, der afgives af sådanne virksomheder. MVS Del Debbio har i øvrigt gjort gældende, at det i den foreliggende sag var umuligt for denne virksomhed at få kendskab til den strafferetlige dom over hjælpevirksomhedens indehaver, eftersom denne dom ikke fremgår af den straffeattest, som andre private enheder end den pågældende selv kan få adgang til.
- 23 Endelig finder den forelæggende ret, at de eventuelle nationale begrænsninger af en tilbudsgivers udøvelse af sin ret til at benytte sig af andre enheders kapaciteter skal vurderes strengt i lyset af ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling.
- 24 På denne baggrund har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er artikel 63 i [direktiv 2014/24], der vedrører adgangen til udnyttelse af andre enheders kapacitet, sammenholdt med princippet om etableringsfriheden og princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser i artikel 49 [TEUF] og 56 [TEUF] til hinder for anvendelsen af den italienske lovgivning om udnyttelse af andre enheders kapacitet og udelukkelse fra udbudsprocedurer, der findes i artikel 89, stk. 1, fjerde afsnit, i lov[...] om offentlige kontrakter [...], hvorefter den ordregivende myndighed altid skal udelukke tilbudsgiveren fra en udbudsprocedure, hvis dennes hjælpevirksomhed indgiver urigtige erklæringer angående eksistensen af endelige straffedomme, som potentielt kan udgøre en indikation på en alvorlig forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, uden at tilbudsgiveren pålægges eller gives mulighed for at udpege en anden egnet hjælpevirksomhed, som

erstatte den førstnævnte, sådan som det derimod er fastsat for de øvrige tilfælde, hvor de enheder, hvis kapacitet tilbudsgiveren agter at basere sig på, ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium, eller med hensyn til hvilke der foreligger obligatoriske udelukkelsesgrunde?»

- 25 I øvrigt har den forelæggende ret anmodet om anvendelse af den fremskyndede procedure i henhold til artikel 105, stk. 1, i Domstolens procesreglement med den begrundelse, at den foreliggende sag rejser et principielt spørgsmål, at den angår udførelsen af et uopsætteligt arbejde vedrørende hospitalsbygninger, som hverken bør udskydes eller stilles i bero, og som repræsenterer en betydelig værdi, og at den i hovedsagen omhandlede nationale bestemmelse er genstand for en omfattende tvist.
- 26 Denne anmodning om den fremskyndede procedure er blevet afslået ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 7. juli 2020.

Om det præjudicielle spørgsmål

- 27 Indledningsvis skal det bemærkes, at det med det forelagte spørgsmål antydes, at en national lovgivning, der foreskriver en automatisk udelukkelse af en tilbudsgiver, når en enhed, hvis kapaciteter tilbudsgiveren agter at basere sig på, har fremsendt urigtige oplysninger, kan komme i konflikt med princippet om forbud mod forskelsbehandling, eftersom det er tilladt at udskifte en sådan enhed, når denne enhed ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium, eller når der foreligger obligatoriske udelukkelsesgrunde i forhold til denne enhed.
- 28 Medlemsstaterne råder imidlertid over en vis skønsmagt i forbindelse med fastsættelsen af betingelserne for gennemførelse af de fakultative udelukkelsesgrunde i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24 (jf. i denne retning dom af 10.7.2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, præmis 36, af 28.3.2019, *Idi*, C-101/18, EU:C:2019:267, præmis 45, og af 30.1.2020, *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, præmis 34). Det følger således af artikel 57, stk. 4 og 7, i direktiv 2014/24, at medlemsstaterne har mulighed for ikke at anvende de fakultative udelukkelsesgrunde, der er angivet i disse bestemmelser, eller for at integrere dem i den nationale lovgivning med en grad af strengthed, der kan variere alt efter tilfældet og ud fra juridiske, økonomiske eller sociale overvejelser, som gør sig gældende på nationalt niveau.
- 29 Under disse omstændigheder skal det forelagte spørgsmål omformuleres, og det må lægges til grund, at den forelæggende ret med dette spørgsmål nærmere bestemt ønsker oplyst, om artikel 63 i direktiv 2014/24 – sammenholdt med dette direktivs artikel 57, stk. 4, litra h), og artikel 57, stk. 6, og i lyset af proportionalitetsprincippet – skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en ordregivende myndighed automatisk skal udelukke en tilbudsgiver fra en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, når en hjælpevirksomhed, hvis kapaciteter tilbudsgiveren agter at basere sig på, har afgivet en falsk erklæring med hensyn til, om der foreligger straffedomme med endelig retskraft, uden i et sådant tilfælde at kunne pålægge eller i det mindste tillade denne tilbudsgiver at udskifte den nævnte enhed, i modsætning til, hvad der er fastsat i de øvrige tilfælde, hvor de enheder, hvis kapaciteter tilbudsgiveren har henvist til, ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium, eller i forhold til hvilke der foreligger obligatoriske udelukkelsesgrunde.
- 30 Det skal i denne forbindelse påpeges, at artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 fastsætter en ret for en økonomisk aktør til i forbindelse med en bestemt kontrakt at basere sig på andre enheders kapaciteter, uanset den retlige karakter af forbindelserne med disse enheder, med henblik på at opfylde såvel kriterierne vedrørende økonomisk og finansiel formåen i henhold til dette direktivs artikel 58, stk. 3, som kriterierne vedrørende teknisk og faglig formåen i henhold til det nævnte direktivs artikel 58, stk. 4 (jf. i denne retning dom af 10.10.2013, *Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 29 og 33, af 7.4.2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 33, 35, 39, 49 og 51, og af 2.6.2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, præmis 25).

- 31 Den økonomiske aktør, der ønsker at benytte sig af denne ret, skal i medfør af artikel 59, stk. 1, andet og tredje afsnit, i direktiv 2014/24, sammenholdt med 84. betragtning, tredje afsnit, til dette direktiv, ved afgivelsen af sin ansøgning om deltagelse eller sit tilbud tilsende den ordregivende myndighed en ESPD, hvorved denne aktør erklærer, at hverken aktøren selv eller de enheder, hvis kapaciteter vedkommende agter at benytte sig af, befinder sig i en af de situationer, der er angivet i dette direktivs artikel 57, som skal eller kan medføre udelukkelse af en økonomisk aktør.
- 32 I medfør af artikel 63, stk. 1, andet afsnit, i direktiv 2014/24 tilkommer det herefter den ordregivende myndighed at kontrollere, dels i henhold til direktivets artikel 59-61 om de enheder, hvis kapacitet den økonomiske aktør agter at basere sig på, opfylder de relevante udvælgelseskriterier, dels om der foreligger udelukkelsesgrunde som omhandlet i dette direktivs artikel 57, og det for så vidt angår såvel denne økonomiske aktør selv som disse enheder.
- 33 I medfør af artikel 63, stk. 1, andet afsnit, tredje punktum, i direktiv 2014/24 kan den ordregivende myndighed kræve – eller den kan blive pålagt af den medlemsstat, som den henhører under, at kræve – at den pågældende økonomiske aktør udskifter en enhed, hvis kapaciteter den agter at basere sig på, men med hensyn til hvilken der foreligger ikkeobligatoriske udelukkelsesgrunde. Det fremgår således klart af ordlyden af dette sidste punktum, at mens medlemsstaterne kan bestemme, at den ordregivende myndighed i et sådant tilfælde er forpligtet til at pålægge denne økonomiske aktør en sådan udskiftning, kan de derimod ikke fratage denne ordregivende myndighed dens adgang til på eget initiativ at kræve en sådan udskiftning. Medlemsstaterne har således alene en mulighed for at erstatte denne adgang med en forpligtelse for den ordregivende myndighed til at foretage en sådan udskiftning.
- 34 En sådan fortolkning af artikel 63, stk. 1, andet afsnit, tredje punktum, i direktiv 2014/24 bidrager desuden til at sikre de ordregivende myndigheders overholdelse af proportionalitetsprincippet i overensstemmelse med dette direktivs artikel 18, stk. 1. Det følger således af dette princip, der hører til EU-rettens almindelige grundsætninger, at de regler, som medlemsstaterne eller de ordregivende myndigheder har vedtaget i forbindelse med gennemførelsen af direktivets bestemmelser, ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de mål, som forfølges med det nævnte direktiv (jf. i denne retning dom af 16.12.2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, præmis 48, og af 30.1.2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, præmis 45).
- 35 For det første er formålet med artikel 57 i direktiv 2014/24 – som tillige er det formål, der forfølges med direktivets artikel 63 – imidlertid at give den ordregivende myndighed mulighed for at sikre sig hver af tilbudsgivernes integritet og pålidelighed, og følgelig at tillidsforholdet til den pågældende økonomiske aktør ikke brydes (jf. i denne retning dom af 19.6.2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, præmis 29, og af 3.10.2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, præmis 26). Det er i dette perspektiv, at artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24, sammenholdt med 102. betragtning til direktivet, principielt sikrer en ret for enhver økonomisk aktør, der befinder sig i en af de situationer, der er angivet i direktivets artikel 57, stk. 1 og 4, til at føre bevis for, at de af vedkommende truffene foranstaltninger er tilstrækkelige til at godtgøre dennes pålidelighed, selv om der foreligger en relevant udelukkelsesgrund.
- 36 Under disse omstændigheder forholder det sig således, at før det overhovedet kræves af en tilbudsgiver at udskifte en enhed, hvis kapaciteter vedkommende agter at benytte, fordi denne enhed befinder sig i en af de situationer, der er angivet i artikel 57, stk. 1 og 4, i direktiv 2014/24, forudsætter dette direktivs artikel 63, at den ordregivende myndighed giver denne tilbudsgiver og/eller denne enhed mulighed for at præsentere den ordregivende myndighed for de korrigerende foranstaltninger, som vedkommende eventuelt har truffet for at afhjælpe den konstaterede uregelmæssighed, og dermed mulighed for at dokumentere, at vedkommende igen kan anses for en pålidelig enhed (jf. i denne retning dom af 3.10.2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, præmis 37).

- 37 Det er derfor kun subsidært, og hvis den enhed, der anses for at være omfattet af en udelukkelsesgrund som omhandlet i artikel 57, stk. 1 og 4, i direktiv 2014/24, ikke har truffet nogen korrigerende foranstaltning, eller hvis den ordregivende myndighed anser de af enheden truffede foranstaltninger for utilstrækkelige, at den ordregivende myndighed kan eller, hvis dennes nationale lovgivning forpligter den dertil, skal kræve af tilbudsgiveren, at denne foretager en udskiftning af den nævnte enhed.
- 38 Det skal i denne henseende præciseres, at det følger af artikel 57, stk. 6, fjerde afsnit, i direktiv 2014/24, at en økonomisk aktør, som ved en endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer eller koncessionstildelingsprocedurer, ganske vist i den udelukkelsesperiode, der følger af dommen i de medlemsstater, hvor dommen har virkning, ikke er berettiget til at påberåbe sig de korrigerende foranstaltninger, som vedkommende har truffet efter denne dom, og dermed at undgå udelukkelsen, såfremt disse beviser findes tilstrækkelige. Når en enhed, hvis kapaciteter en tilbudsgiver agter at benytte sig af, ved en endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer eller koncessionstildelingsprocedurer, skal tilbudsgiveren imidlertid i dette tilfælde kunne gives mulighed af den ordregivende myndighed for at udskifte denne enhed.
- 39 For det andet fremgår relevansen, i forhold til proportionalitetsprincippet, af den fortolkning af artikel 63, stk. 1, andet afsnit, tredje punktum, i direktiv 2014/24, der er anført i denne doms præmis 33, tillige af 101. betragtning, tredje afsnit, til dette direktiv, hvorefter de ordregivende myndigheder bør lægge særlig vægt på proportionalitetsprincippet, når de anvender fakultative udelukkelsesgrunde. Denne vægt skal imidlertid være endnu større, hvis den i den nationale lovgivning fastsatte udelukkelse ikke rammer tilbudsgiveren for en tilsidesættelse, som kan tilregnes denne, men for en tilsidesættelse, som er blevet begået af en enhed, hvis kapaciteter tilbudsgiveren agter at benytte sig af, og som denne ikke har nogen kontrolbeføjelse over for (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, præmis 48).
- 40 Proportionalitetsprincippet indebærer således en pligt for den ordregivende myndighed til at foretage en konkret og individuel vurdering af den pågældende enheds holdning på grundlag af alle relevante elementer (jf. analogt dom af 13.12.2012, Forposta og ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 31, og af 3.10.2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, præmis 29). I denne forbindelse skal den ordregivende myndighed tage hensyn til de midler, som tilbudsgiveren havde til rådighed for at kontrollere, om der forelå en tilsidesættelse hos den enhed, hvis kapaciteter tilbudsgiveren agtede at basere sig på (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, præmis 52).
- 41 Såfremt den forelæggende ret får bekræftet MVS Del Debbios udsagn om, at den strafferetlige dom over lederen af den hjælpevirksomhed, hvis kapaciteter MVS Del Debbio ville basere sig på, ikke fremgik af den straffeattest, som private enheder kunne få adgang til, således at den italienske lovgivning ikke gjorde det muligt for MVS Del Debbio at få kendskab til denne dom, kan det ikke i den konkrete sag foreholdes denne virksomhed ikke at have udvist omhu. Under sådanne omstændigheder ville det derfor være i strid med proportionalitetsprincippet, der er angivet i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24, at forhindre en udskiftning af den enhed, der rammes af en udelukkelsesgrund.
- 42 Det skal yderligere præciseres, at når en ordregivende myndighed er forpligtet efter sin nationale lovgivning til at kræve af en tilbudsgiver, at vedkommende udskifter en enhed, hvis kapaciteter denne agter at basere sig på, skal denne myndighed i medfør af gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, der er angivet i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24, påse, at udskiftningen af den pågældende enhed ikke fører til en væsentlig ændring af denne tilbudsgivers tilbud.
- 43 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 – hvilket er selve hovedformålet med EU-bestemmelserne om indgåelse af

offentlige kontrakter – indebærer således navnlig, at tilbudsgiverne skal behandles lige, både når de udarbejder deres tilbud, og når den ordregivende myndighed vurderer tilbuddene. Ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen er således 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 11.5.2017, Archus og Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, præmis 25 og 27 og den deri nævnte retspraksis).

- 44 Det følger heraf, at en ordregivende myndigheds krav om udskiftning af en enhed, hvis kapaciteter en tilbudsgiver agter at basere sig på, i lighed med en anmodning om afklaring af et tilbud ikke må føre til, at der sker en så væsentlig ændring af det oprindelige tilbud, at tilbudsgiveren i virkeligheden fremsætter et nyt tilbud (jf. i denne retning dom af 29.3.2012, SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 40, af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 64, og af 11.5.2017, Archus og Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, præmis 31 og 37).
- 45 Henset til ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 63 i direktiv 2014/24 – sammenholdt med dette direktivs artikel 57, stk. 4, litra h), og i lyset af proportionalitetsprincippet – skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en ordregivende myndighed automatisk skal udelukke en tilbudsgiver fra en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, når en hjælpevirksomhed, hvis kapaciteter tilbudsgiveren agter at basere sig på, har afgivet en falsk erklæring med hensyn til, om der foreligger straffedomme med endelig retskraft, uden i et sådant tilfælde at kunne pålægge eller i det mindste tillade denne tilbudsgiver at udskifte den nævnte enhed.

Sagsomkostninger

- 46 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra de 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 (Niende Afdeling) for ret:

Artikel 63 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF – sammenholdt med dette direktivs artikel 57, stk. 4, litra h), og i lyset af proportionalitetsprincippet – skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, hvorefter en ordregivende myndighed automatisk skal udelukke en tilbudsgiver fra en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, når en hjælpevirksomhed, hvis kapaciteter tilbudsgiveren agter at basere sig på, har afgivet en falsk erklæring med hensyn til, om der foreligger straffedomme med endelig retskraft, uden i et sådant tilfælde at kunne pålægge eller i det mindste tillade denne tilbudsgiver at udskifte den nævnte enhed.

Underskrifter