



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

8. juni 2023 *

»Præjudiciel forelæggelse – Den Europæiske Unions strukturfonde – forordning (EF) nr. 1083/2006 – artikel 2, nr. 7) – begrebet »uregelmæssighed« – artikel 98, stk. 1 og 2 – medlemsstaternes finansielle korrektioner i forbindelse med de konstaterede uregelmæssigheder – kriterier, der finder anvendelse – direktiv 2004/18/EF – artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d) – begrebet »alvorlig forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af et erhverv««

I sag C-545/21,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, Italien) ved afgørelse af 4. august 2021, indgået til Domstolen den 31. august 2021, i sagen

Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS)

mod

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, K. Jürimäe, og dommerne M. Safjan, N. Piçarra (refererende dommer), N. Jääskinen og M. Gavalec,

generaladvokat: A. Rantos,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS) ved avvocati R. Bifulco, P. Pittori og E. Scotti,
- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello stato D. Di Giorgio,

* Processprog: italiensk.

– Europa-Kommissionen ved F. Moro, P. Rossi og G. Wils, som befuldmægtigede,
og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 15. december 2022,
afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1 i konventionen udarbejdet på grundlag af artikel K.3 i traktaten om Den Europæiske Union om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser, undertegnet i Bruxelles den 26. juli 1995 og vedlagt Rådets retsakt af 26. juli 1995 (EFT 1995, C 316, s. 48, herefter »konventionen om svig«), artikel 1, stk. 2, i Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95 af 18. december 1995 om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser (EFT 1995, L 312, s. 1), artikel 70, stk. 1, litra b), i Rådets forordning (EF) nr. 1083/2006 af 11. juli 2006 om generelle bestemmelser for Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, Den Europæiske Socialfond og Samhørighedsfonden og ophævelse af forordning (EF) nr. 1260/1999 (EUT 2006, L 210, s. 25), artikel 27, litra c), i Kommissionens forordning (EF) nr. 1828/2006 af 8. december 2006 om gennemførelsesbestemmelser til [forordning nr. 1083/2006] og til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1080/2006 om Den Europæiske Fond for Regionaludvikling (EUT 2006, L 371, s. 1, berigtiget i EUT 2007, L 45, s. 3), artikel 3, stk. 2, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2017/1371 af 5. juli 2017 om strafferetlig bekæmpelse af svig rettet mod Den Europæiske Unions finansielle interesser (EUT 2017, L 198, s. 29) og artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), 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).
- 2 Denne anmodning er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Azienda Nazionale Autonoma Autostrade SpA (ANAS) og Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministeriet for infrastruktur og transport, Italien) vedrørende lovligheden af sidstnævntes afgørelse om tilbagesøgning af de beløb, som ANAS havde udbetalt til gennemførelse af et operationelt program, som omfattede en kontrakt med henblik på udførelse af vejarbejder, der var medfinansieret af Den Europæiske Fond for Regionaludvikling (EFRU), godkendt ved Kommissionens afgørelse C(2007) 6318 af 7. december 2007, senest ændret ved afgørelse C(2016) 6409 af 13. oktober 2016.

EU-retten

Forordning nr. 2988/95

- 3 Artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 2988/95 bestemmer:
»Som uregelmæssighed betragtes enhver overtrædelse af en fællesskabsbestemmelse, som kan tilskrives en økonomisk beslutningstagers handling eller undladelse, der skader eller kunne skade De Europæiske Fællesskabers almindelige budget eller budgetter, der forvaltes af De Europæiske Fællesskaber, enten ved formindskelse eller bortfald af indtægter, der stammer fra de egne indtægter, der opkræves direkte for Fællesskabernes regning, eller ved afholdelse af en uretmæssig udgift.«

4 Forordningens artikel 4 har følgende ordlyd:

»1. Enhver uregelmæssighed medfører i almindelighed tilbagekaldelse af den uberettiget opnåede fordel:

– ved forpligtelse til at betale de skyldige beløb eller tilbagebetale de uberettiget oppebårne beløb

[...]

2. Anvendelsen af de i stk. 1 omhandlede foranstaltninger er begrænset til tilbagekaldelse af den opnåede fordel, eventuelt med tillæg af rente, som kan beregnes efter en fast sats.

3. Handlinger, som bevisligt har til formål at opnå en fordel, der er i modstrid med sigtet for de på området gældende fællesskabsregler, ved kunstigt at skabe de nødvendige forudsætninger for at opnå denne fordel, bevirker, alt efter tilfældet, enten at fordelene ikke indrømmes, eller at den tilbagekaldes.

4. Foranstaltningerne i denne artikel betragtes ikke som sanktioner.«

5 I nævnte forordnings artikel 5 opregnes de administrative sanktioner, der kan anvendes i tilfælde af forsætlige eller uagtsomme uregelmæssigheder.

Forordning nr. 1083/2006

6 Forordning nr. 1083/2006 blev ophævet med virkning fra den 1. januar 2014 ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1303/2013 af 17. december 2013 om fælles bestemmelser for Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, Den Europæiske Socialfond, Samhørighedsfonden, Den Europæiske Landbrugsfond for Udvikling af Landdistrikterne og Den Europæiske Hav- og Fiskerifond og om generelle bestemmelser for Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, Den Europæiske Socialfond, Samhørighedsfonden og Den Europæiske Hav- og Fiskerifond og om ophævelse af Rådets forordning (EF) nr. 1083/2006 (EUT 2013, L 347, s. 320), men henset til tidspunktet for de omhandlede faktiske omstændigheder er tvisten i hovedsagen fortsat reguleret ved forordning nr. 1083/2006. Denne forordnings artikel 2, nr. 4) og 7), foreskrev:

»I denne forordning forstås ved:

[...]

4) »støttemodtager«: en operatør, et organ eller en virksomhed, i offentligt eller privat regi, der har ansvaret for at iværksætte eller iværksætte og gennemføre operationer. [...]

[...]

7) »uregelmæssighed«: enhver overtrædelse af en fællesskabsbestemmelse, som kan tilskrives en økonomisk aktørs handling eller undladelse, der skader eller vil kunne skade Den Europæiske Unions almindelige budget ved afholdelse af en uretmæssig udgift over det almindelige budget.«

7 Forordningens artikel 60, litra a), pålagde forvaltningsmyndigheden »at sikre, at operationer udvælges til finansiering i overensstemmelse med de kriterier, der gælder for det operationelle program, og at de er i overensstemmelse med de relevante fællesskabsregler og nationale regler i hele deres gennemførelsesperiode«.

8 Nævnte forordnings artikel 98 med overskriften »Medlemsstaternes finansielle korrektioner« bestemte:

»1. Medlemsstaterne har i første række ansvaret for at undersøge uregelmæssigheder, idet de handler på grundlag af beviser for større ændringer, som berører arten af eller betingelserne for gennemførelse af eller kontrol med operationerne eller de operationelle programmer, og foretager de nødvendige finansielle korrektioner.

2. Medlemsstaten foretager de nødvendige finansielle korrektioner i forbindelse med enkeltstående eller systembetingede uregelmæssigheder, som konstateres i forbindelse med operationer eller operationelle programmer. De korrektioner, der foretages af en medlemsstat, består i helt eller delvis at annullere det offentlige bidrag fra det operationelle program. Medlemsstaten tager hensyn til uregelmæssighedernes art og betydning og det økonomiske tab for fondene.

[...]«

Forordning nr. 1828/2006

9 I artikel 27, litra a), i forordning nr. 1828/2006 defineres en »økonomisk operatør« som »en fysisk eller juridisk person eller anden enhed, der deltager i implementeringen af støtte fra fondene, med undtagelse af en medlemsstat, som udøver sine beføjelser som offentlig myndighed«. I denne bestemmelses litra c) defineres »mistanke om svig« som »en uregelmæssighed, der giver anledning til, at der indledes en administrativ eller retslig procedure på nationalt plan med henblik på at fastslå, om der foreligger en forsætlig adfærd, navnlig svig omfattet af artikel 1, stk. 1, litra a), i konventionen om [svig]«.

Direktiv 2004/18

10 Artikel 2 i direktiv 2004/18 med overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter« bestemmer:

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

11 Direktivets artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), har følgende ordlyd:

»Fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver økonomisk aktør:

[...]

d) som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret.«

2013-retningslinjerne

- 12 Artikel 2 i Kommissionens afgørelse C(2013) 9527 final af 19. december 2013 om fastlæggelse og godkendelse af retningslinjerne for fastsættelse af finansielle korrektioner, som Kommissionen skal foretage af udgifter, der finansieres af Unionen ved delt forvaltning, som følge af manglende overholdelse af reglerne om offentlige kontrakter (herefter »retningslinjerne af 2013«), bestemmer, at denne institution »anvender retningslinjerne fastlagt i bilaget, når den foretager finansielle korrektioner vedrørende uregelmæssigheder opdaget efter datoen for vedtagelse af denne afgørelse«.

- 13 I 2013-retningslinjernes punkt 1.3 anføres følgende:

»I disse retningslinjer fastsættes en række korrektioner (5%, 10%, 25% og 100%), som anvendes på udgifter i forbindelse med en kontrakt. Der tages hensyn til uregelmæssighedens grovhed og proportionalitetsprincippet. Korrektionssatserne anvendes, når de finansielle konsekvenser ikke kan opgøres præcist for den pågældende kontrakt.

Grovheden af en uregelmæssighed, der vedrører den manglende overholdelse af reglerne om offentlige kontrakter og den tilknyttede finansielle indvirkning på Unionens budget, vurderes under hensyntagen til følgende faktorer: konkurrenceniveauet, gennemsigtighed og ligebehandling. Når den pågældende manglende overholdelse har en afskrækkende virkning på potentielle tilbudsgivere, eller den manglende overholdelse bevirker, at kontrakten tildes en anden tilbudsgiver end den, der burde have fået tildelt kontrakten, er det et klart tegn på, at uregelmæssigheden er grov.

[...]

Der kan anvendes en finansiell korrektion på 100% i de mest alvorlige tilfælde, hvor uregelmæssigheden begunstiger en eller flere tilbudsgivere/ansøgere, eller hvis uregelmæssigheden skyldes svig, der er konstateret af et kompetent retsligt eller administrativt organ.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 14 Ved afgørelse C(2007) 6318 af 7. december 2007 godkendte Europa-Kommissionen det nationale operationelle program »Netværk og mobilitet« for perioden 2007-2013. ANAS fik som støttemodtager under dette program som omhandlet i artikel 2, nr. 4), i forordning nr. 1083/2006 bevilget finansiering til udførelse af navnlig et projekt vedrørende bygge- og anlægsarbejder med modernisering af en vej.
- 15 Med henblik herpå iværksatte ANAS som ordregivende myndighed en begrænset udbudsprocedure, idet den anførte, at den offentlige bygge- og anlægskontrakt ville blive tildelt i henhold til kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ved afslutningen af denne procedure blev kontrakten ved afgørelse af 8. august 2012 tildelt en midlertidig sammenslutning af virksomheder, som omfattede Aleandri SpA. Anlægsarbejdet blev afsluttet, og vejen blev åbnet for trafik.

- 16 Ministeriet for infrastruktur og transport har, efter at det fik kendskab til en strafferetlig efterforskning, som afslørede et potentielt bestikkelsessystem, der involverede visse af ANAS' tjenestemænd, ved afgørelse af 10. juni 2020 anordnet tilbagesøgning af de beløb, som denne allerede havde fået udbetalt i medfør af nævnte program. Ministeriet fastslog endvidere, at det beløb, der endnu ikke var blevet udbetalt, ikke ville forfalde, eftersom den pågældende kontrakt blev anset for at være behæftet med svigagtig uregelmæssighed som omhandlet i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006 samt artikel 4 og 5 i forordning nr. 2988/95.
- 17 Denne afgørelse blev bl.a. støttet på, at der var rejst tiltale mod tre tjenestemænd i ANAS, hvoraf to var medlemmer af udbudskomiteén, der havde fem medlemmer. De var tiltalt for at have modtaget penge fra Aleandri til gengæld for at blive favoriseret under udbudsproceduren. Der verserer fortsat strafferetlig forfølgning for bestikkelse af Aleandris retlige repræsentant og dette selskab som sådan.
- 18 ANAS har anlagt et søgsmål med påstand om annulation af nævnte afgørelse ved Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, Italien), som er den forelæggende ret. Myndigheden har gjort gældende, at den ikke er blevet dømt, og at den ikke kan foreholdes nogen af komitémedlemmernes culpøse handlinger. Der er endvidere ingen forbindelse mellem uregelmæssigheden eller det formodede svig og de afholdte udgifter, eftersom det bygge- og anlægsarbejde, der er blevet finansieret over Unionens almindelige budget, er blevet gennemført faktisk og korrekt. Det er heller ikke bevist, at Aleandri fik tildelt den pågældende kontrakt ulovligt.
- 19 Den forelæggende ret har fremhævet, at den eneste uregelmæssighed, som er begået under den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure, og som er delvist bevist, består i Aleandris retlige repræsentants adfærd med henblik på at påvirke udfaldet af denne procedure, som henhører under forseelsen aktiv bestikkelse. Den forelæggende ret har præciseret, at den strafferetlige procedure fortsat verserer i forhold til denne repræsentant. Med hensyn til ANAS har dennes leder anmodet to tjenestemænd, der var medlemmer af udbudskomiteén, hvoraf en var formand herfor, om at favorisere Aleandri. Den strafferetlige procedure har imidlertid hverken gjort det muligt at fastslå, om disse tjenestemænd rent faktisk favoriserede denne tilbudsgiver, eller om kontrakten uden et sådant indgreb ville være blevet tildelt en af Aleandris konkurrenter.
- 20 Det er således den forelæggende rets opfattelse, at den til trods for denne mistanke selv ikke indirekte kan fastslå, at kontrakten blev tildelt Aleandri ulovligt som følge af dette selskabs repræsentants adfærd, og at afviklingen af udbudsproceduren hindrer den i at fastslå, at Aleandris tekniske forslag ikke fortjente den opnåede karakter, eller at udbudskomiteén anvendte andre kriterier end dem, der var nævnt i udbudsbekendtgørelsen. Den forelæggende ret har præciseret, at det udbud, der blev iværksat i løbet af 2012, var reguleret ved lovdekret nr. 163/2006, hvis artikel 38, stk. 1, litra c) og f), ikke foreskrev nogen udelukkelsesgrund i forhold til en økonomisk aktør, der har forsøgt at påvirke udfaldet af en sådan procedure.
- 21 På denne baggrund har Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
 - »1) Skal artikel 70, stk. 1, litra b), i forordning [...] nr. 1083/2006, artikel 27, litra c), i forordning [...] nr. 1828/2006, artikel 1 i [konventionen om svig], artikel 1, stk. 2, i forordning [...] nr. 2988/95 og artikel 3, stk. 2, litra b), i direktiv [...] 2017/1371 fortolkes således, at former for adfærd, som på et abstrakt plan kan begunstige en økonomisk aktør under en

udbudsprocedure, altid er omfattet af begrebet »uregelmæssigheder« eller »svig« og derfor udgør retsgrundlaget for tilbagesøgning af støtten, selv når der ikke foreligger fuldstændige beviser på, at den konkrete adfærd reelt er blevet udvist, eller der ikke foreligger fuldstændige beviser på, at den konkrete adfærd har været afgørende ved valget af støttemodtageren?

- 2) Er artikel 45, stk. 2, litra d), i direktiv [2004/18] til hinder for en bestemmelse som artikel 38, stk. 1, litra f), i lovdekret nr. 163/2006, hvorefter det ikke er muligt at udelukke en økonomisk aktør, som har forsøgt at påvirke den ordregivende myndigheds beslutningsproces, fra udbudsproceduren, navnlig når forsøget består i bestikkelse af visse af medlemmerne af udbudskomiteén?
- 3) Hvis et eller begge af de foregående spørgsmål besvares bekræftende, skal de nævnte bestemmelser da fortolkes således, at de under alle omstændigheder foreskriver, at medlemsstaten altid skal tilbagesøge støtten, og at Kommissionen skal foretage en finansiel korrektion på 100%, selv om støtten er blevet anvendt til det tiltænkte formål og til bygge- og anlægsarbejder, som opfylder kravene for EU-finansiering og reelt er blevet fuldført?
- 4) Såfremt [det tredje spørgsmål] besvares benægtende, dvs. at der ikke er krav om tilbagesøgning af støtten eller en finansiel korrektion på 100%, bevirker de i [det første spørgsmål] nævnte bestemmelser og overholdelsen af proportionalitetsprincippet da tilbagekaldelse af støtten og finansiel korrektion under hensyntagen til den reelt påførte økonomiske skade for Den Europæiske Unions almindelige budget? Kan nærmere bestemt de »finansielle virkninger« som omhandlet i artikel 9[9], stk. 3, i forordning [...] nr. 1083/2006 i en situation som den foreliggende fastsættes til faste beløb ved anvendelse af kriterierne i tabellen i punkt 2 i [bilaget til 2013-retningslinjerne]?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

- 22 Det skal indledningsvis for det første bemærkes, at Domstolen med henblik på at give den forelæggende ret et formålstjenligt svar kan inddrage EU-retlige regler, som den forelæggende ret ikke har henvist til i spørgsmålet, navnlig ved af forelæggelsesafgørelsens præmisser at udlede de EU-retlige elementer, som det under hensyn til sagens genstand er nødvendigt at fortolke (jf. i denne retning dom af 12.12.1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, præmis 8, af 27.6.2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, præmis 36, og af 2.3.2023, Åklagarmyndigheten, C-666/21, EU:C:2023:149, præmis 22).
- 23 Det skal for det andet fastslås, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke indeholder nogen oplysning, som gør det muligt at anse det for bevist, at der foreligger svig. Eftersom strafforfølgningen fortsat verserer med henblik på at bedømme, om de i hovedsagen omhandlede faktiske omstændigheder kan kvalificeres som »bestikkelse«, kan denne strafforfølgning på dette trin kun udgøre en »mistanke om svig« som omhandlet i artikel 27, litra c), i forordning nr. 1828/2006, dvs. en uregelmæssighed, der har givet anledning til, at der indledes en administrativ eller retslig procedure på nationalt plan med henblik på at fastslå, om der foreligger en forsætlig adfærd.

- 24 For det tredje skal der, for så vidt som den forelæggende ret skal vurdere lovligheden af afgørelsen om tilbagesøgning af de beløb, der er udbetalt til ANAS som »støttemodtager« som omhandlet i artikel 2, nr. 4), i forordning nr. 1083/2006, fra det program, som er medfinansieret af EFRU, foretages en fortolkning af denne forordnings artikel 2, nr. 7), vedrørende begrebet »uregelmæssighed«, som denne afgørelse bl.a. er støttet på.
- 25 Et sådant begreb omfatter, således som generaladvokaten har anført i punkt 18 i forslaget til afgørelse, det mere snævre begreb »mistanke om svig«, der er omhandlet i artikel 27, stk. 1, litra c), i forordning nr. 1828/2006.
- 26 Det skal følgelig fastslås, at den forelæggende ret med det første spørgsmål nærmere bestemt ønsker oplyst, om begrebet »uregelmæssighed« som omhandlet i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006 skal fortolkes således, at dette begreb omfatter adfærd, som kan kvalificeres som »bestikkelse«, der er udøvet som led i en udbudsprocedure, hvis formål er at gennemføre bygge- og anlægsarbejde, som medfinansieres af en af Unionens strukturfonde, og for hvilken adfærd der er indledt en administrativ eller retslig procedure, herunder når det ikke er bevist, at denne adfærd har haft en reel indvirkning på proceduren for udvælgelse af tilbudsgiveren, og der ikke er fastslået et faktisk tab for Unionens budget.
- 27 Begrebet »uregelmæssighed« defineres i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006 og med en tilsvarende ordlyd i bl.a. artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 2988/95 som enhver overtrædelse af en EU-retlig bestemmelse, som kan tilskrives en økonomisk aktørs handling eller undladelse, der skader eller vil kunne skade Unionens almindelige budget ved afholdelse af en uretmæssig udgift over dette budget.
- 28 Eftersom begrebet indgår i en ordning, der har til formål at sikre den forsvarlige forvaltning af EU-midler og beskyttelsen af Unionens finansielle interesser, skal det fortolkes ensartet og udvidende i overensstemmelse med det formål, der forfølges med forordning nr. 1083/2006, som består i at sikre den retmæssige og effektive anvendelse af midlerne for at beskytte Unionens finansielle interesser (jf. i denne retning dom af 1.10.2020, Elme Messer Metalurgs, C-743/18, EU:C:2020:767, præmis 59 og 63 og den deri nævnte retspraksis).
- 29 Eksistensen af en »uregelmæssighed« som omhandlet i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006 forudsætter, at tre betingelser er opfyldt, nemlig at en EU-retlig bestemmelse er tilsidesat, at denne tilsidesættelse skyldes en økonomisk aktørs handling eller undladelse, og at der foreligger en aktuel eller potentiel skade for Unionens budget (jf. i denne retning dom af 1.10.2020, Elme Messer Metalurgs, C-743/18, EU:C:2020:767, præmis 51).
- 30 Hvad angår den første betingelse tages der ikke alene sigte på tilsidesættelser af en bestemmelse i EU-retten som sådan, men ligeledes tilsidesættelser af bestemmelser i den nationale lovgivning, der finder anvendelse på de operationer, der støttes af Unionens strukturfonde, og således bidrager til at sikre gennemførelsen af EU-retten om forvaltningen af de projekter, der finansieres af disse fonde. I henhold til artikel 60, litra a), i forordning nr. 1083/2006 påhviler det således den kompetente forvaltningsmyndighed at sikre, at operationer, der udvælges til finansiering, er i overensstemmelse med de relevante EU-regler og nationale regler i hele deres gennemførelsesperiode (jf. i denne retning dom af 1.10.2020, Elme Messer Metalurgs, C-743/18, EU:C:2020:767, præmis 52 og 53 og den deri nævnte retspraksis).

- 31 Unionen har via sine fonde således kun til hensigt at finansiere handlinger, som gennemføres i fuldstændig overensstemmelse med EU-retten, herunder principperne og reglerne for indgåelse af offentlige kontrakter (jf. i denne retning dom af 14.7.2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, præmis 43, og af 6.12.2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere, C-408/16, EU:C:2017:940, præmis 57), navnlig princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne og gennemsigtighedsprincippet, som er sikret ved artikel 2 i direktiv 2004/18.
- 32 Princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne kræver, at erhvervsdrivende, der er interesseret i en offentlig kontrakt, skal gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres tilbud og kunne have et nøjagtigt kendskab til procedurens krav og være sikre på, at samme krav gælder for alle ansøgere (dom af 14.12.2016, Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis). Desuden skal tilbudsgiverne behandles lige, både når de udarbejder deres tilbud, og når den ordregivende myndighed vurderer tilbuddene (jf. i denne retning dom af 16.12.2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).
- 33 Gennemsigtighedsprincippet har i det væsentlige til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side (jf. i denne retning dom af 3.10.2019, Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, præmis 55).
- 34 Med forbehold af den efterprøvelse, som det påhviler den forelæggende ret at foretage, fremgår det af oplysningerne for Domstolen, at det i tvisten i hovedsagen, henset til tiltalen for bestikkelse med henblik på at påvirke beslutningsprocessen for tildelingen af den pågældende offentlige kontrakt, ikke kan udelukkes, at visse medlemmer af ANAS' udbudskomite har favoriseret en af tilbudsgiverne og forskelsbehandlet konkurrenterne, hvorved gennemsigtighedsprincippet og princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, som er sikret ved artikel 2 i direktiv 2004/18, er blevet tilsidesat.
- 35 Med hensyn til den anden betingelse, der skal opfyldes, for at der foreligger en »uregelmæssighed« som omhandlet i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006, dvs. at en sådan uregelmæssighed udspringer af en økonomisk aktørs handling eller undladelse, definerer artikel 27, litra a), i forordning nr. 1828/2006 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 1083/2006 en »økonomisk aktør« som en fysisk eller juridisk person eller anden enhed, der deltager i implementeringen af støtte fra fondene, med undtagelse af en medlemsstat, som udøver sine beføjelser som offentlig myndighed.
- 36 I lyset af denne definition er der ikke videre tvivl om, at ANAS, der havde iværksat udbudsproceduren i sin egenskab af »støttemodtager« fra den pågældende fond som omhandlet i artikel 2, nr. 4), i forordning nr. 1083/2006 som ordregivende myndighed, er en økonomisk aktør.
- 37 Det skal i denne henseende præciseres, at det, for at en handling eller undladelse, der udgør en tilsidesættelse af EU-retten, kan anses for at være en »uregelmæssighed« som omhandlet i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006, ikke er nødvendigt at bevise, at den økonomiske aktør har handlet forsætligt eller uagtsomt (jf. i denne retning dom af 1.10.2020, Elme Messer Metalurgis, C-743/18, EU:C:2020:767, præmis 65).
- 38 Hvad angår den tredje betingelse, der skal være opfyldt, for at der kan konstateres en »uregelmæssighed« som omhandlet i denne artikel 2, nr. 7), nemlig at den økonomiske aktørs tilsidesættelse af EU-retten eller national ret skader eller vil kunne skade Unionens almindelige

budget, skal det fremhæves, således som det bl.a. fremgår af udtrykket »vil kunne skade«, at denne betingelse ikke forudsætter en påvisning af, at der består en bestemt finansiell indvirkning på Unionens budget. En manglende overholdelse af de gældende regler udgør nemlig en uregelmæssighed i denne bestemmelses forstand, for så vidt som muligheden for, at denne manglende overholdelse har haft en indvirkning på den berørte fonds budget, ikke kan udelukkes (jf. i denne retning dom af 6.12.2017, *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, C-408/16, EU:C:2017:940, præmis 60 og 61 og den deri nævnte retspraksis).

- 39 Det skal således fastslås, at adfærd, der kan kvalificeres som »bestikkelse udøvet inden for rammerne af en udbudsprocedure«, efter selve sin art kan påvirke tildelingen af kontrakten. Det kan derfor ikke udelukkes, at denne adfærd kan have indvirkning på den berørte fonds budget.
- 40 Henset til ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006 skal fortolkes således, at begrebet »uregelmæssighed« som omhandlet i denne bestemmelse omfatter adfærd, som kan kvalificeres som »bestikkelse«, der er udøvet som led i en udbudsprocedure, hvis formål er at gennemføre bygge- og anlægsarbejde, som medfinansieres af en af Unionens strukturfonde, og for hvilken adfærd der er indledt en administrativ eller retslig procedure, herunder når det ikke er bevist, at denne adfærd har haft en reel indvirkning på proceduren for udvælgelse af tilbudsgiveren, og der ikke er fastslået et faktisk tab for Unionens budget.

Det tredje og det fjerde spørgsmål

- 41 Med det tredje og det fjerde spørgsmål, som skal behandles samlet som det næste, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 98, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1083/2006 skal fortolkes således, at medlemsstaterne, såfremt der foreligger en uregelmæssighed som defineret i denne forordnings artikel 2, nr. 7), har pligt til automatisk at anvende en finansiell korrektion på 100%, eller om de med henblik på at fastlægge den finansielle korrektion, der finder anvendelse, skal foretage en bedømmelse i hvert enkelt tilfælde, bl.a. i lyset af proportionalitetsprincippet.
- 42 I henhold til artikel 98, stk. 1, i forordning nr. 1083/2006, som konkret vedrører medlemsstaternes finansielle korrektioner, har medlemsstaterne i første række ansvaret for at undersøge uregelmæssigheder, idet de handler på grundlag af beviser for større ændringer, som berører arten af eller betingelserne for gennemførelse af eller kontrol med operationerne eller de operationelle programmer, og foretager de nødvendige finansielle korrektioner. I denne artikels stk. 2 præciseres for det første, at medlemsstaterne foretager disse korrektioner i forbindelse med enkeltstående eller systembetingede uregelmæssigheder, som konstateres i forbindelse med operationer eller operationelle programmer, og for det andet, at nævnte korrektioner består i helt eller delvis at annullere det offentlige bidrag fra det operationelle program, henset til uregelmæssighedernes art og betydning og det økonomiske tab for fondene.
- 43 Disse kriterier er udtryk for proportionalitetsprincippet, der hører til EU-rettens almindelige grundsætninger (dom af 18.11.1987, *Maizena m.fl.*, 137/85, EU:C:1987:493, præmis 15, af 10.7.2003, *Kommissionen mod ECB*, C-11/00, EU:C:2003:395, præmis 156, og af 11.1.2017, *Spanien mod Rådet*, C-128/15, EU:C:2017:3, præmis 71).
- 44 Det følger heraf, at en fortolkning af artikel 98, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1083/2006, hvorefter denne bestemmelse systematisk pålægger medlemsstaterne, når der konstateres en uregelmæssighed som omhandlet i forordningens artikel 2, nr. 7), at tilbagekalde hele den

godkendte finansiering og tilbagesøge de allerede udbetalte beløb – også når denne finansiering er blevet anvendt til de foreskrevne formål og til bygge- og anlægsarbejder, der er berettiget til EU-finansiering og faktisk er blevet gennemført – ikke finder støtte i disse bestemmelsers ordlyd og endvidere ville bevirke, at der automatisk indføres en finansiel korrektion på 100%, hvilket er i strid med de kriterier, der er fastsat i denne artikel 98, stk. 2, og med proportionalitetsprincippet.

- 45 I denne sammenhæng kan der tages hensyn til 2013-retningslinjerne, som den forelæggende ret har henvist til, hvori fastsættes skalaen over de finansielle korrektioner, som finder anvendelse i henhold til bl.a. artikel 99 i forordning nr. 1083/2006 vedrørende kriterierne for Kommissionens finansielle korrektioner, med henblik på at præcisere kriterierne i denne forordnings artikel 98, stk. 2, dvs. de kriterier, der finder anvendelse på medlemsstaternes finansielle korrektioner. Selv om disse retningslinjer ikke er bindende for medlemsstaterne, anbefales de imidlertid i medfør af retningslinjernes punkt 1.1 nemlig at »overholde de samme kriterier og satser, når de [bl.a. i henhold til nævnte forordnings artikel 98] korrigerer uregelmæssigheder, som deres egne tjenestegrene har afsløret«.
- 46 Det fremgår af nævnte retningslinjers punkt 1.3, første afsnit, om »kriterier, som skal tages i betragtning med henblik på at fastsætte den korrektion, der finder anvendelse«, at når den pågældende kontrakts finansielle konsekvenser ikke kan opgøres præcist, skal anvendelsen af en korrektion på 5%, 10%, 25% eller 100% tage hensyn til uregelmæssighedens grovhed og proportionalitetsprincippet.
- 47 I henhold til dette punkt 1.3, andet afsnit, anses en uregelmæssighed for at være grov, når den manglende overholdelse af den lovgivning, der finder anvendelse på en offentlig kontrakt, herunder gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, bevirker, at en kontrakt tildeles en anden tilbudsgiver end den, der burde have fået tildelt kontrakten. Det fremgår endvidere bl.a. af sidste afsnit i nævnte punkt 1.3, at når uregelmæssigheden favoriserer en eller flere tilbudsgivere, kan en finansiel korrektion på 100% anvendes.
- 48 I det foreliggende tilfælde har den forelæggende ret konstateret, at den uregelmæssighed, der er blevet opdaget under den pågældende udbudsprocedure, gav anledning til indledning af administrative og retslige procedurer på nationalt plan med henblik på at fastlægge en svigagtig adfærd, der henhører under lovovertrædelsen bestikkelse. Med forbehold for den efterprøvelse, som den forelæggende ret skal foretage i denne henseende i henhold til artikel 27, stk. 1, litra c), i forordning nr. 1828/2006, kan en sådan uregelmæssighed henhøre under begrebet »mistanke om svig« og dermed kvalificeres som »grov« i overensstemmelse med 2013- retningslinjernes punkt 1.3, andet afsnit.
- 49 Henset til det ovenfor anførte skal det tredje og det fjerde spørgsmål besvares med, at artikel 98, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1083/2006 skal fortolkes således, at denne bestemmelse, såfremt der foreligger en uregelmæssighed som defineret i denne forordnings artikel 2, nr. 7), forpligter medlemsstaterne til med henblik på at fastlægge den finansielle korrektion, der finder anvendelse, under overholdelse af proportionalitetsprincippet samt under hensyntagen til bl.a. de konstaterede uregelmæssigheders art og grovhed og deres økonomiske påvirkning af den berørte fond, at foretage en bedømmelse i hvert enkelt tilfælde.

Det andet spørgsmål

- 50 Med det andet spørgsmål, som skal undersøges til sidst, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, hvorefter det ikke er muligt at udelukke en økonomisk aktør, som har forsøgt at påvirke resultatet af en udbudsprocedure, fra denne udbudsprocedure, navnlig når forsøget består i bestikkelse af medlemmer af udbudskomiteén.
- 51 I henhold til artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 kan enhver økonomisk aktør udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure, når vedkommende i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret.
- 52 Begrebet »alvorlig fejl« i forbindelse med udøvelsen af et erhverv skal i almindelighed anses for at henvise til enhver adfærd hos en økonomisk aktør, som indebærer forsæt eller uagtsomhed af en vis alvor hos denne. En sådan fejl kan konstateres, uden at der kræves en dom med retskraft (dom af 13.12.2012, Forposta og ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 27, 28 og 30).
- 53 For at denne fejl kan føre til, at den økonomiske aktør, der har begået fejlen, udelukkes fra udbudsproceduren, skal den imidlertid nødvendigvis fastslås inden afslutningen af denne procedure (jf. analogt dom af 20.12.2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani og Guerrato, C-178/16, EU:C:2017:1000, præmis 38).
- 54 I det foreliggende tilfælde fremgår det af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at ANAS først blev underrettet om et potentielt bestikkelsessystem, som involverede visse af dens tjenestemænd, da der flere år efter tildelingen af den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt blev indledt en strafferetlig efterforskning af udbudsproceduren vedrørende denne offentlige kontrakt. Eftersom ANAS således ikke havde kendskab til, at Aleandris retlige repræsentant eventuelt havde bestukket visse af ANAS' tjenestemænd, kunne den ikke foreholde en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af et erhverv for denne adfærd og dermed udelukke den midlertidige sammenslutning af virksomheder, som denne virksomhed tilhørte, fra den pågældende procedure.
- 55 På denne baggrund er det ufornuddent at behandle spørgsmålet om, hvorvidt artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at denne bestemmelse er til hinder for en national lovgivning, hvorefter det ikke er muligt at udelukke en økonomisk aktør, som har forsøgt at påvirke resultatet af en udbudsprocedure, fra denne udbudsprocedure, navnlig når forsøget består i bestikkelse af medlemmer af udbudskomiteén.

Sagsomkostninger

- 56 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 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 (Tredje Afdeling) for ret:

- 1) Artikel 2, nr. 7), i Rådets forordning (EF) nr. 1083/2006 af 11. juli 2006 om generelle bestemmelser for Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, Den Europæiske Socialfond og Samhørighedsfonden og ophævelse af forordning (EF) nr. 1260/1999

skal fortolkes således, at

begrebet »uregelmæssighed« som omhandlet i denne bestemmelse omfatter adfærd, som kan kvalificeres som »bestikkelse«, der er udøvet som led i en udbudsprocedure, hvis formål er at gennemføre bygge- og anlægsarbejde, som medfinansieres af en af Den Europæiske Unions strukturfonde, og for hvilken adfærd der er indledt en administrativ eller retslig procedure, herunder når det ikke er bevist, at denne adfærd har haft en reel indvirkning på proceduren for udvælgelse af tilbudsgiveren, og der ikke er fastslået et faktisk tab for Unionens budget.

- 2) Artikel 98, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1083/2006

skal fortolkes således, at

denne bestemmelse, såfremt der foreligger en »uregelmæssighed« som defineret i denne forordnings artikel 2, nr. 7), forpligter medlemsstaterne til med henblik på at fastlægge den finansielle korrektion, der finder anvendelse, under overholdelse af proportionalitetsprincippet samt under hensyntagen til bl.a. de konstaterede uregelmæssigheders art og grovhed og deres økonomiske påvirkning af den berørte fond, at foretage en bedømmelse i hvert enkelt tilfælde.

Underskrifter