Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 3. marts 2016[1]

Sag C-46/15

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA
mod
AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal Central Administrativo Sul (appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Portugal))

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige indkøb — direktiv 2004/18/EF — artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii) — direkte virkning — fremgangsmåder ved indgåelse af kontrakter — økonomiske aktører — teknisk og/eller faglig formåen — bevis«

I – **Indledning**

1. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgår i en tvist mellem Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA (herefter »Ambisig«) og AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (herefter »AICP«).

2. Denne anmodning vedrører fortolkningen af artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter[2].

3. Denne bestemmelse vedrører den tekniske og/eller faglige formåen, som de økonomiske aktører, der deltager i den pågældende kontrakt, er i besiddelse af. Med sine præjudicielle spørgsmål har Tribunal Central Administrativo Sul (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) forelagt Domstolen spørgsmål dels om bestemmelsens eventuelle direkte virkning, dels om de i denne bestemmelse fastsatte retningslinjer for bevisførelse.

II – **Retsforskrifter**

A – *EU-retten*

4. I afsnit II i direktiv 2004/18 fastsættes reglerne for offentlige kontrakter. Kriterierne for kvalitativ udvælgelse er fastsat i afdeling 2 i kapitel VII, der bl.a. omfatter artikel 45 og artikel 48.

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EUT L 134, s. 114.

5. I direktivets artikel 45, stk. 2, litra g), bestemmes, at enhver økonomisk aktør, »som svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kan kræves i henhold til denne afdeling, eller som har undladt at give disse oplysninger«, kan udelukkes fra deltagelse i den pågældende udbudsprocedure.

6. Artikel 48 i direktiv 2004/18 med overskriften »Teknisk og/eller faglig formåen« er affattet som følger:

»1. De økonomiske aktørers tekniske og/eller faglige formåen vurderes og efterprøves i overensstemmelse med stk. 2 og 3.

2. De økonomiske aktørers tekniske formåen kan godtgøres på en eller flere af følgende måder, afhængigt af arten, mængden eller betydningen og anvendelsen af bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne:

[...]

ii) forelæggelse af en liste over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter samt den offentlige eller private modtager. Der er belæg for leveringerne og tjenesteydelserne i følgende tilfælde:

— hvis modtageren er en ordregivende myndighed, skal de være godtgjort ved attester, der er udstedt eller påtegnet af den kompetente myndighed

— hvis modtageren er en privat køber, skal de være attesteret af denne eller, hvis dette ikke er muligt, blot ved en erklæring fra den økonomiske aktør

[...]«

B – *Portugisisk ret*

1. Lov om offentlige kontrakter

7. Direktiv 2004/18 er gennemført i portugisisk ret ved lov om offentlige kontrakter (Código dos Contratos Públicos), godkendt ved lovdekret nr. 18/2008 af 29. januar 2008 som ændret og offentliggjort igen i bilaget til lovdekret nr. 278/2009 af 2. oktober 2009 (*Diário da República*, 1. serie, nr. 192, af 2.10.2009, herefter »lov om offentlige kontrakter«).

8. Artikel 165 i lov om offentlige kontrakter har følgende ordlyd:

»1 Minimumskravene til teknisk formåen omhandlet i den foregående artikels stk. 1, litra h), skal svare til arten af de ydelser, der er genstand for den kontrakt, der skal indgås, og skal beskrive situationer, kvaliteter, karakteristika eller andre faktiske oplysninger om bl.a.:

a) ansøgernes faglige erfaring

b) de menneskelige og teknologiske ressourcer, udstyr eller andet, som ansøgerne på nogen måde benytter sig af

c) ansøgernes organisatoriske model og kapacitet, bl.a. vedrørende ledelsen og integrationen af særlige kompetencer, it-systemer og kvalitetskontrolsystemer

d) ansøgernes kapacitet til at vedtage miljøforvaltningsforanstaltninger i forbindelse med opfyldelsen af den kontrakt, der skal indgås

e) oplysningerne i databasen i Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P. vedrørende entreprenører, når der er tale om indgåelse af en kontrakt om bygge- og anlægsarbejder eller en koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder.

[...]

5 Minimumskravene til teknisk formåen opstillet i stk. 1 og den foregående artikels stk. 1, nr. i), litra f), må ikke være diskriminerende.«

2. Udbudsbekendtgørelsen

9. Udbudsbekendtgørelsens § 12 bestemmer:

»Som dokumentation for deres behørige kvalifikationer skal ansøgerne fremlægge følgende dokumenter:

[...]

c) kundeerklæring, udfærdiget på papir med påtrykt brevhoved og stempel, hvorved det bekræftes, at ansøgeren har implementeret [det i udbudsbekendtgørelsens § 8 krævede] miljø- og/eller kvalitetsstyringssystem. Denne erklæring skal være i overensstemmelse med den model til erklæring, der findes i bilag VIII til nærværende udbudsbekendtgørelse. Erklæringen skal indeholde en notars, advokats eller et andet kompetent organs bekræftelse af underskriften og af den egenskab, hvori kunden underskriver

[...]

f) kundeerklæring, udfærdiget på papir med påtrykt brevhoved og stempel, hvorved det bekræftes, at den bydende har implementeret styringssystemer og har udviklet og implementeret en netværksbaseret it-platform, software til styringssystemer og samordningsaktiviteter [som krævet i udbudsbekendtgørelsens § 8], idet disse oplysninger ledsages af en angivelse af de respektive elementers beløbsmæssige værdi i overensstemmelse med den model til erklæring, der findes i bilag IX til nærværende udbudsbekendtgørelse. Erklæringen skal indeholde en notars, advokats eller et andet kompetent organs bekræftelse af underskriften og af den egenskab, hvori kunden underskriver [...]«

III – **De faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen**

10. Ifølge forelæggelseskendelsen besluttede AICP den 23. april 2013 at indlede en begrænset udbudsprocedure med forhåndsudvælgelse vedrørende indgåelse af en tjenesteydelseskontrakt om implementering af systemer vedrørende miljø- og kvalitetsstyring og en it-platform.

11. I henhold til udbudsbekendtgørelsens § 8, stk. 1, litra a)-c), skulle ansøgerne opfylde flere kumulative betingelser med hensyn til deres tekniske formåen.

12. Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens § 12, stk. 1, litra c) og f), at ansøgerne for at kunne blive udvalgt skulle godtgøre, at disse betingelser var opfyldt, ved hjælp af kundeerklæringer udfærdiget på papir med påtrykt brevhoved og stempel. Disse erklæringer skulle ligeledes indeholde en notars, advokats eller et andet kompetent organs bekræftelse af underskriften og af den egenskab, hvori kunden underskriver.

13. I forbindelse med dette udbud godkendte AICP's ledelse den endelige rapport om tildeling, der var udarbejdet af bedømmelsesudvalget, og hvorved selskabet Índice ICT & Management, Lda. var blevet udvalgt, mens de øvrige to ansøgere, herunder Ambisig, var blevet udelukket.

14. Af årsager, som ikke er nævnt i forelæggelsesafgørelsen, blev denne beslutning annulleret den 14. november 2013 ved dom afsagt af Tribunal Central Administrativo Sul (appeldomstol i forvaltningsretlige sager). Denne domstol pålagde endvidere AICP at træffe en ny beslutning om valg af procedure og at udstede en ny udbudsbekendtgørelse uden at begå de samme ulovligheder som dem, der var blevet konstateret, samt at gennemføre alle udbudsprocedurens efterfølgende handlinger og faser inden for en frist på 20 dage.

15. I overensstemmelse med denne dom besluttede AICP den 10. december 2013 at indlede en ny begrænset udbudsprocedure med forhåndsudvælgelse med henblik på indgåelse af en tjenesteydelseskontrakt om implementering af systemer vedrørende miljø- og kvalitetsstyring og en it-platform i 13 virksomheder.

16. Efter denne nye udvælgelsesprocedure besluttede AICP's ledelse den 27. marts 2014 at godkende den endelige rapport om tildeling, der var udarbejdet af bedømmelsesudvalget, og hvorved ansøgningen fra Índice ICT & Management, Lda. var blevet valgt, mens Ambisigs ansøgning blev udelukket.

17. Ambisig anlagde sag til prøvelse af denne beslutning ved Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (domstolen i forvaltnings- og skatteretlige sager i Leiria, Portugal), der annullerede beslutningen den 11. juni 2014. Ikke desto mindre anfægtede Ambisig denne afgørelse ved samme dommerkollegium i denne ret, idet den efter Ambisigs opfattelse med urette havde forkastet anbringenderne om bl.a. uforeneligheden mellem udbudsbekendtgørelsens § 12, stk. 1, litra c) og f), og de i artikel 48 i direktiv 2004/18 opstillede krav til bevisførelse samt principperne om konkurrence, upartiskhed og proportionalitet, der følger af lov om offentlige indkøb.

18. Ved dom af 6. august frifandt Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (domstolen i forvaltnings- og skatteretlige sager i Leiria) AICP og stadfæstede dermed sin afgørelse af 11. juni 2014. Ambisig besluttede at appellere denne dom til Tribunal Central Administrativo Sul (appeldomstol i forvaltningsretlige sager).

19. Det er under denne sag, at anmodningen om præjudiciel afgørelse er blevet fremsat. Tribunal Central Administrativo Sul (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) har således givet udtryk for nogen tvivl med hensyn til rækkevidden af de i artikel 48 i direktiv 2004/18 opstillede krav til bevisførelse og denne artikels overensstemmelse med kravene i udbudsbekendtgørelsen.

IV – **Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne ved Domstolen**

20. Ved afgørelse af 29. januar 2015 indgået til Domstolen den 5. februar 2015 har Tribunal Central Administrativo Sul (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) således besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Når der i den portugisiske lovgivning ikke er fastsat regler vedrørende det område, der er indeholdt i artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18[...], finder denne bestemmelse da direkte anvendelse [i] portugisisk ret, således at borgerne tildeles en rettighed, som de kan gøre gældende over for de ordregivende myndigheder?

2) Skal artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at der anvendes regler, som er fastlagt af den ordregivende myndighed, hvorefter det ikke er muligt for den økonomiske aktør at dokumentere leveringen af tjenesteydelser ved hjælp af en af den pågældende aktør underskrevet erklæring, medmindre aktøren godtgør, at det ikke er muligt eller er meget vanskeligt at indhente en erklæring fra den private køber?

3) Skal artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at der anvendes regler, som er fastlagt af den ordregivende myndighed, og som foreskriver, at den private købers erklæring skal være forsynet med en underskrift, der er bekræftet af en notar, advokat eller anden kompetent myndighed, idet det pågældende bud ellers udelukkes?«

21. Ambisig, den portugisiske regering og Europa-Kommissionen har indleveret skriftlige indlæg. Den portugisiske regering og Kommissionen har ligeledes afgivet mundtlige indlæg under retsmødet den 28. januar 2016.

V – **Bedømmelse**

A – *Det første præjudicielle spørgsmål*

22. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18, i tilfælde af en manglende gennemførelse i national ret, skal fortolkes således, at borgerne derved tildeles en rettighed, som de kan gøre gældende over for de ordregivende myndigheder i forbindelse med tvister indbragt for de nationale domstole. Det drejer sig således om at afgøre, om denne bestemmelse eventuelt har direkte virkning.

1. Bestemmelse af den direkte virkning af artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18

23. Betingelserne for og begrænsningerne af anerkendelsen af den direkte virkning af bestemmelserne i et direktiv er velkendte. Det følger af Domstolens faste praksis, at borgerne i alle tilfælde, hvor bestemmelser i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, ved de nationale domstole kan påberåbe sig disse bestemmelser over for staten, enten når denne ikke rettidigt har gennemført direktivet i national ret, eller når den ikke har gennemført det korrekt[3].

3 — Jf. i denne retning blandt adskillige andre domme dom Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis).

24. En EU-retlig bestemmelse er ubetinget, når den indeholder en forpligtelse, som ikke er undergivet betingelser og ej heller, i henseende til gennemførelse eller virkninger, gjort afhængig af, at institutioner i Unionen eller i medlemsstaterne udsteder retsakter i så henseende [4].

25. Artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 opfylder efter min opfattelse ovennævnte betingelser om at være ubetingede og præcise. Denne bestemmelse kræver således ingen supplerende foranstaltninger for at være gældende, idet den dels foreskriver, at de økonomiske aktørers tekniske formåen kan godtgøres ved forelæggelse af en liste over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter samt den offentlige eller private modtager, dels præciserer, at hvis modtageren er en privat køber, skal tjenesteydelsen være attesteret af denne eller, hvis dette ikke er muligt, blot ved en erklæring fra den økonomiske aktør.

26. Domstolen har endvidere allerede haft lejlighed til at fastslå, at en borger kunne gøre artikel 26 i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [5] gældende ved de nationale retter, »[d]a ingen gennemførelsesforanstaltning er nødvendig for overholdelse af [de] krav, [der er fastsat heri]« [6]. Selv om denne artikel i direktiv 71/305 udelukkende vedrørte kontrakter om bygge- og anlægsarbejder og ikke tjenesteydelseskontrakter, kan reglerne for godtgørelse af den tekniske formåen fastsat i denne bestemmelse dog med hensyn til at være ubetingede og præcise anses for at svare til bestemmelserne i artikel 48 i direktiv 2004/18.

27. Endelig vil jeg henvise til, at Domstolen generelt har fastslået, at bestemmelserne i afsnit VI i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [7] (herefter »direktiv 92/50«) ligeledes kan påberåbes af en borger for en national domstol, »i det omfang det følger af gennemgangen af hver enkelt bestemmelses ordlyd, at de er ubetingede og tilstrækkeligt klare og præcise« [8]. En af disse bestemmelser var dog artikel 32, stk. 2, der allerede bestemte, at tjenesteyderens tekniske formåen kunne godtgøres ved »forelæggelse af en liste over de betydeligste tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter samt de offentlige eller private modtagere af de leverede tjenesteydelser, [og at], hvis det [drejede] sig om ordregivende myndigheder, [skulle] godtgørelsen ske i form af attester, der er udstedt eller påtegnet af den kompetente myndighed, eller, hvis dette ikke er muligt, af tjenesteyderen erklæres at have fundet sted«.

28. Det må imidlertid konstateres, at artikel 48, stk. 2, i direktiv 2004/18 indeholder den samme bestemmelse formuleret på næsten samme måde. Nævnte bestemmelse er således efter min opfattelse ubetinget og tilstrækkelig præcis til, at den kan gøres gældende ved de nationale domstole.

2. Nødvendigheden af at kvalificere den ordregivende myndighed som »stat«

29. For at Ambisig skal kunne påberåbe sig artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 ved den nationale domstol, påhviler det dog den forelæggende ret at sikre sig, at den ordregivende myndighed i hovedsagen ikke er en »privatperson«.

4 — Jf. i denne retning domme Almos Agrárkülkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328, præmis 32) og Larentia + Minerva og Marenave Schiffahrt (C-108/14 og C-109/14, EU:C:2015:496, præmis 49).

5 — EFT L 185, s. 5.

6 — Dom Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, præmis 43).

7 — EFT L 209, s. 1.

8 — Dom Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432, præmis 47).

30. Det fremgår således af fast retspraksis, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for privatpersoner. En direktivbestemmelse kan derfor ikke som sådan påberåbes over for sådanne personer ved en national domstol [9].

31. Mens de bestemmelser i et direktiv, der har direkte virkning, således kun kan gøres gældende over for en stat, er det uden betydning, i hvilken egenskab staten har handlet [10].

32. Det fremgår således af fast retspraksis, at »[b]landt de organer, over for hvilke bestemmelser i et direktiv, som kan have direkte virkning, kan gøres gældende, hører ifølge fast retspraksis således et organ, som – uanset sin retlige organisationsform – ved en retsakt udstedt af en offentlig myndighed har fået til opgave at levere en offentlig tjenesteydelse under den offentlige myndigheds tilsyn, og som med henblik herpå har fået tillagt særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne« [11].

33. Det ser ud til at følge af den i hovedsagen omhandlede ordregivende myndigheds navn, at der er tale om en rent privat sammenslutning af virksomheder, der ikke leverer tjenesteydelser af almen interesse og under alle omstændigheder ikke har særlige beføjelser til at udføre sine opgaver.

34. Som svar på Domstolens spørgsmål under retsmødet den 28. januar 2016 bekræftede repræsentanten for den portugisiske regering, at AICP var en privatretlig sammenslutning, der ikke leverede og ikke var blevet betroet levering af public service-ydelser. Ifølge repræsentantens forklaringer ville kun en for størstedelens vedkommende offentlig finansiering af AICP's aktiviteter medføre anvendelse af lovgivningen om offentlige kontrakter [12].

35. Når dette er sagt, tilkommer det Tribunal Central Administrativo Sul (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) at efterprøve, om AICP på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen var et organ, som under en offentlig myndigheds tilsyn fik til opgave at levere en offentlig tjenesteydelse, og om denne sammenslutning af virksomheder i denne henseende havde særlige beføjelser [13].

36. Ellers kan artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 ikke gøres gældende. I dette tilfælde påhviler det dog den forelæggende ret ved anvendelsen af nationale retsforskrifter i videst muligt omfang at fortolke dem i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål, for at det med direktivet tilsigtede resultat fremkaldes, og for dermed at handle i overensstemmelse med artikel 288, stk. 3, TEUF [14].

9 — Jf. i denne retning domme Marshall (152/84, EU:C:1986:84, præmis 48), Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, præmis 20) og Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, præmis 22).

10 — Jf. i denne retning dom Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, præmis 23).

11 — Dom Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis).

12 — I henhold til artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18.

13 — Jf. i denne retning dom Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, præmis 31).

14 — Jf. i denne retning dom Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis). Domstolen har i forbindelse med den sag, der gav anledning til dom Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200), udtrykkeligt bekræftet rangordningen af de løsninger, der kan anvendes i en tvist mellem private: »hvis den nationale ret ikke kan fortolkes i overensstemmelse med [det pågældende] direktiv – hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve – kan dette direktivs [relevante] artikel [...] ikke påberåbes i en tvist mellem private [...] med henblik på at sikre den fulde virkning af [den] ret [den stadfæster] og med henblik på, at enhver modstridende bestemmelse i national ret ikke anvendes. I et sådant tilfælde vil den part, der har lidt skade som følge af den nationale lovgivnings uoverensstemmelse med EU-retten, i øvrigt ikke desto mindre kunne påberåbe sig den retspraksis [vedrørende medlemsstaternes ansvar uden for kontrakt for tilsidesættelse af EU-retten], der følger af dom Francovich m.fl. (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428) med henblik på, i givet fald, at opnå erstatning for det lidte tab (jf. dom Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 43)« (præmis 48). Hvis den nationale domstol i en tvist mellem private med andre ord ikke kan fortolke national ret i overensstemmelse med det gældende direktiv, kan den ikke anvende dette direktiv, men kan heller ikke se bort fra anvendelsen af den nationale ret, der er i strid med direktivet. I dette tilfælde er den eneste mulighed for den privatperson, der har lidt skade, at gøre medlemsstatens ansvar for tilsidesættelse af EU-retten gældende.

B – *Det andet præjudicielle spørgsmål*

37. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 er til hinder for, at der anvendes regler, som er fastlagt af den ordregivende myndighed, hvorefter det ikke er muligt for den økonomiske aktør at godtgøre sin tekniske formåen ved hjælp af en af den pågældende aktør underskrevet erklæring, medmindre aktøren godtgør, at det ikke er muligt eller er meget vanskeligt at indhente en erklæring fra den private køber.

38. Den forelæggende ret har således bedt Domstolen belyse den eventuelle rangordning af de bevisformer, der er tilladte i henhold til artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18.

39. Artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), i direktiv 2004/18 bestemmer, at de økonomiske aktørers tekniske formåen kan godtgøres ved forelæggelse af en liste over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste tre år. Hvis modtageren er en privat køber, er der opstillet to bevisformer i denne bestemmelses andet led med henblik på godtgørelse af, at de pågældende operationer rent faktisk er blevet udført (leveringer eller tjenesteydelser). Det kan enten være »attesteret af [køberen] eller, *hvis dette ikke er muligt*, blot ved en erklæring fra den økonomiske aktør« [15].

40. Ifølge Domstolens faste praksis skal der ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse ikke blot tages hensyn til dennes ordlyd, men også til den sammenhæng, hvori den indgår, og til de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af [16].

41. Når dette er sagt, fremhævede generaladvokat Trstenjak i punkt 37 i sit forslag til afgørelse Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99), at »en bestemmelses ordlyd efter de traditionelle fortolkningsprincipper altid er *udgangspunktet* og samtidig grænsen for enhver fortolkning« [17]. Jeg er i øvrigt enig i generaladvokat Légers præcisering, hvorefter andre fortolkninger end den, der fremgår af en bestemmelses ordlyd, ikke er nødvendige, når den pågældende tekst er helt klar og entydig. »I så fald er [EU-]rettens bestemmelser tilstrækkelige i sig selv« [18].

42. I den foreliggende sag må det imidlertid konstateres, at artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), i direktiv 2004/18 frembyder den krævede klarhed og entydighed i alle sprogudgaver.

43. Udtrykket »hvis dette ikke er muligt«, der anvendes i denne bestemmelse, betyder således »hvis der ikke findes« [19], »i stedet for« eller »i mangel af noget« [20]. Det kan således ikke fortolkes på anden måde, end som en rangordning af udtrykkene. Rent konkret er den bevisform, der følger udtrykket »hvis dette ikke er muligt« – dvs. den økonomiske aktørs erklæring – således nødvendigvis subsidiær i forhold til den foregående bevisform, dvs. køberens attestering.

15 — Min fremhævelse.

16 — Jf. bl.a. domme Yaesu Europe (C-433/08, EU:C:2009:750, præmis 24), Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, præmis 13), Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862, præmis 34) samt Lanigan (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, præmis 35).

17 — Min fremhævelse.

18 — Jf. generaladvokat Légers forslag til afgørelse Schulte (C-350/03, EU:C:2004:568, præmis 88). Jf. ligeledes modsætningsslutningen i dom Tecom Mican og Arias Domínguez (C-223/14, EU:C:2015:744, præmis 35).

19 — I henhold til definitionen i Le Petit Robert, 2014.

20 — I henhold til definitionerne i Larousse.fr

44. Nogle sprogudgaver er endnu klarere, da de ikke nøjes med et udtryk svarende til »hvis dette ikke er muligt«, men ganske enkelt ikke tillader en simpel erklæring fra aktøren, undtagen i det udtrykkelige tilfælde, hvor den føromtalte attestering fra køberen ikke foreligger [21].

45. Såfremt den økonomiske aktør frit kunne vælge bevisformen blandt de bevisformer, der er tilladt i henhold til artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18, ville udtrykket »hvis dette ikke er muligt« i øvrigt ikke give nogen mening. Det ville således altid være lettere for den økonomiske aktør selv at udarbejde en erklæring frem for at anmode om en attestering fra en tredjepart.

46. Erklæringen fra den økonomiske aktør udgør således en subsidiær bevisform, når det ikke har været muligt at indhente en attestering fra køberen. I dette tilfælde tilkommer det den økonomiske aktør at påvise, at det ikke har været muligt at opnå den nævnte attestering.

47. Da artikel 45, stk. 2, litra g), i direktiv 2004/18 tillader, at enhver økonomisk aktør, »som svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kan kræves i henhold til denne afdeling, eller som har undladt at give disse oplysninger«, kan udelukkes fra udbuddet, skal den ordregivende myndighed kunne kontrollere rigtigheden af disse oplysninger eller årsagen til, at de mangler.

48. Denne mulighed for den ordregivende myndigheds kontrol er så meget desto vigtigere, som Domstolen allerede har fastslået, at i henhold til ligebehandlingsprincippet og den forpligtelse til gennemsigtighed, som følger deraf, og som de ordregivende myndigheder er undergivet i henhold til artikel 2 i direktiv 2004/18, påhviler det dem »strengt at overholde de kriterier, [de] selv har fastsat, således at [de] er forpligtet til fra udbuddet at udelukke en økonomisk aktør, som ikke har fremsendt et dokument eller en oplysning, som var påkrævet, idet aktøren ellers ville blive udelukket fra udbuddet« [22].

49. Som Kommissionen har fremhævet i sit skriftlige indlæg, skal dette ekstra krav dog være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

50. Dette betyder dels, at anvendelsen af en erklæring fra den økonomiske aktør ikke kan begrænses til tilfælde, hvor det er helt umuligt at opnå en attestering fra køberen (som f.eks. i forbindelse med konkurs). En hindring for at opnå en sådan attestering som f.eks. blot et ikke underbygget afslag fra køberen eller et krav fra denne om en økonomisk modydelse vil kunne være tilstrækkeligt. Dels skal beviset for denne umulighed bedømmes rent konkret. Mens indgivelse af et officielt dokument kan kræves i tilfælde af konkurs, vil en simpel brevveksling eller et manglende svar (skal bevises f.eks. ved hjælp af adskillige rykkere) kunne være tilstrækkelig til at påvise køberens manglende vilje.

51. Afslutningsvis er jeg af den opfattelse, at artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 ikke er til hinder for, at der anvendes regler, som er fastlagt af den ordregivende myndighed, hvorefter det ikke er muligt for den økonomiske aktør at godtgøre sin tekniske formåen ved hjælp af en af den pågældende aktør underskrevet erklæring, medmindre aktøren godtgør, at det ikke er muligt eller er meget vanskeligt at indhente en erklæring fra den private køber.

21 — Jf. bl.a. den spanske udgave, i hvilken artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), i direktiv 2004/18 er formuleret således: »cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, *a falta de este certificado* [i mangel af denne attestering], simplemente mediante una declaración del operador económico« (min fremhævelse). I den italienske udgave tales der ligeledes om »in mancaza di tale attestazione«. Endelig er der i den tyske udgave tale om en situation, hvor »falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist«. Den græske udgave er endnu tydeligere, idet den omhandler en situation, hvor det er »umuligt« at opnå en attestering fra køberen: »εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, *εάν τούτο δεν είναι δυνατόν* [hvis det ikke er muligt], με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα« (min fremhævelse).

22 — Dom Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, præmis 42). Jf. ligeledes denne doms præmis 43 med hensyn til henvisningen til principperne om lighed og gennemsigtighed samt artikel 2 i direktiv 2004/18.

C – *Det tredje præjudicielle spørgsmål*

52. Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 er til hinder for, at der anvendes regler, som er fastlagt af en ordregivende myndighed, og som foreskriver, at den private købers erklæring skal være forsynet med en underskrift, der er bekræftet af en notar, advokat eller anden kompetent myndighed, idet det pågældende bud ellers udelukkes.

53. Den forelæggende rets tvivl skyldes formuleringen af artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 i den portugisiske sprogudgave. I denne udgave tales der således om en »declaração *reconhecida* do adquirente«[23], dvs. en »anerkendt« eller »attesteret« erklæring. I de øvrige sprogudgaver af nævnte direktiv findes der imidlertid ikke et sådant adjektiv i nævnte direktivs artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led.

54. Ifølge Domstolens faste praksis kan den formulering, der er anvendt i en af sprogversionerne af en EU-retlig bestemmelse, ikke tjene som eneste grundlag for bestemmelsens fortolkning eller tillægges større betydning end de øvrige sprogudgaver. De EU-retlige bestemmelser skal nemlig fortolkes og anvendes ensartet i lyset af de udgaver, der er udfærdiget på alle Den Europæiske Unions sprog. I tilfælde af uoverensstemmelse mellem de forskellige sprogudgaver af en EU-retlig tekst skal den pågældende bestemmelse fortolkes på baggrund af den almindelige opbygning af og formålet med den ordning, som den er et led i[24].

55. Dette princip om sproglig ækvivalens eller lighed forhindrer dog ikke Domstolen i at se bort fra en sprogudgave af en tekst, der er i strid med den gængse betydning i de øvrige sprogudgaver, idet den baserer sig på en kontekstbestemt og/eller teleologisk fortolkning af denne tekst[25].

56. I den foreliggende sag gør den gængse betydning af det udtryk, som er anvendt i de øvrige sprogudgaver, det uden tvivl ikke i sig selv muligt at besvare det præjudicielle spørgsmål ordentligt. Den sammenhæng, hvori artikel 48 i direktiv 2004/18 indgår, samt udviklingen og den teleologiske fortolkning af den foranlediger mig imidlertid til at vælge den fortolkning, hvorefter artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 ikke kræver, at den attest, der fremlægges fra den private køber, er forsynet med en underskrift, der er bekræftet af en notar, advokat eller anden kompetent myndighed.

1. Ordlyden af artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18

57. Det fremgår af en sammenligning af de forskellige sprogudgaver af artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18, at mens betegnelsen »reconhecida« (»anerkendt« eller »attesteret«) udelukkende findes i den portugisiske udgave, er det ligeledes den eneste udgave, der anvender den samme term for de to mulige bevisformer.

58. I de øvrige sprogudgaver er ordet »erklæring« forbeholdt den anden mulighed (den økonomiske aktørs erklæring), mens den første mulighed vedrører køberens »attestering« af leveringerne og tjenesteydelserne. I den spanske, den tyske, den engelske eller den franske sprogudgave findes således begreberne »certificado« og »declaración«, »Bescheinigung« og »Erklärung«, »certification« og »declaration«, »certification« og »déclaration«[26].

23 — Min fremhævelse.

24 — Jf. i denne retning dom Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

25 — Jf. i denne retning K. Lenaerts og J.A. Guttiérrez-Fons, »To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice«, *Columbia Journal of European Law*, 2014, 20th Anniversary Issue, s. 3-61, navnlig s. 14 og forfatterne nævnt i fodnote 78.

26 — Det skal bemærkes, at den slovakiske udgave anvender begreberne »potvrdením«, der kan oversættes med »bekræftelse« snarere end »attestering« og »vyhlásením«.

59. Anvendelsen af to forskellige begreber for hver af de i artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 omhandlede to hypoteser, kan være et udtryk for EU-lovgivers ønske om at sondre mellem de bevisbyrder, der er forbundet med hver af disse. Modsætningen mellem begreberne »attestering« og »erklæring« giver den opfattelse, at der er tale om mere formel løsning i det førstnævnte tilfælde. Denne fortolkning bekræftes af bestemmelsens ordlyd i den portugisiske udgave, der anvender begrebet »erklæring« i begge tilfælde, men med tilføjelsen af adjektivet »anerkendt« eller »attesteret« alene i det første tilfælde.

60. Jeg kan dog ikke se helt bort fra den omstændighed, at artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 tillader bevis for levering af de tjenesteydelser, som den økonomiske aktør har gjort gældende via *køberens* attestering uden henvisning til hverken et officielt dokument eller en tredjeparts intervention. Uden en sådan præcisering er den gængse betydning af ordet »attestering« imidlertid blot den omstændighed, at noget godtgøres skriftligt [27].

61. Jeg må derfor fastslå, at en analyse af ordlyden af den pågældende bestemmelse ikke alene gør det muligt at anlægge en fortolkning med den krævede sikkerhed.

2. Systematisk fortolkning af artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18

62. Det fremgår for det første af Domstolens faste praksis, at der med artikel 48 i direktiv 2004/18 indføres en lukket ordning, der begrænser de fremgangsmåder for vurdering og undersøgelse, som de pågældende myndigheder råder over, og dermed *disses muligheder for at stille krav* [28].

63. Domstolen har endvidere præciseret, at selv i forbindelse med en åben ordning (som den, der er omhandlet i artikel 47, stk. 4, i direktiv 2004/18 vedrørende ansøgernes økonomiske og finansielle formåen) havde de ordregivende myndigheder ikke ubegrænset valgfrihed, og at de valgte elementer skulle være »objektivt egnede til at oplyse om denne formåen hos den økonomiske aktør [...] uden dog at gå ud over, hvad der med rimelighed er nødvendigt med henblik herpå« [29].

64. Det kan så meget desto mere ikke forholde sig anderledes med de i den lukkede bevisordning i artikel 48 i direktiv 2004/18 fastsatte krav. Et krav om en bekræftet underskrift fra den private køber, der attesterer, at den økonomiske aktør, der er kandidat, har foretaget en levering eller leveret en tjenesteydelse, går dog efter min opfattelse ud over, hvad der er nødvendigt med henblik på at godtgøre den pågældende aktørs tekniske formåen, og er overdrevent formelt i forhold til en simpel erklæring fra den økonomiske aktør, der er et subsidiært bevismiddel i henhold til artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18.

65. Er den ordregivende myndighed i tvivl om rigtigheden af det dokument, den har fået forelagt, kan denne efter min opfattelse ligeledes anmode om supplerende oplysninger, der kan godtgøre rigtigheden af den fremsendte attestering. I forbindelse med analysen af sammenhængen må man således ikke glemme, at artikel 45, stk. 2, litra g), i direktiv 2004/18 tillader udelukkelse fra deltagelse i udbuddet af en økonomisk aktør, »som svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger«.

66. Udviklingen i den gældende lovgivning taler endvidere for en uformel fortolkning af den krævede attestering.

27 — I henhold til Le Petit Robert, 2014, er attestering først og fremmest et juridisk begreb, der betyder en »skriftlig garanti«. På spansk henviser ordet »certificado« ifølge onlineordbogen Real Academia Española til begrebet »certificación«, der kan defineres som et dokument, hvorved en omstændigheds rigtighed garanteres.

28 — Jf. i denne retning dom Édukövízig og Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, præmis 28).

29 — Dom Édukövízig og Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, præmis 29).

67. Den tanke, der ligger bag artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18, blev allerede præsenteret i direktiv 92/50, men med en lidt anden formulering. Ifølge artikel 32, stk. 2, litra b), andet led, i direktiv 92/50, skulle den ydelse, som den økonomiske aktør gør gældende med henblik på at godtgøre sin tekniske formåen »attesteres *af køberen*« [30].

68. Mens tanken om en »attestering« kan genfindes i verbet »attestere«, fremgik fraværet af enhver institutionel tredjeparts intervention derimod med endnu større tydelighed, idet vægten helt klart blev lagt på køberens handling, idet ydelsen skulle attesteres *af* denne.

69. Det kan endvidere konstateres, at den portugisiske sprogudgave af direktiv 92/50 allerede anvendte begrebet »declaração« i forbindelse med de to bevisformer, men uden at anvende noget adjektiv i det første tilfælde.

70. Ordlyden af artikel 32, stk. 2, i direktiv 92/50 var oprindeligt ikke blevet ændret i forslaget til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (KOM/2000/0275 endelig udg.) [31], der mundede ud i artikel 48, stk. 2, i direktiv 2004/18.

71. Det var først efter indarbejdelsen af Europa-Parlamentets ændringsforslag om dels deltagelse af sammenslutninger af økonomiske aktører, dels hensynet til miljø og arbejdstagernes sundhed og sikkerhed, at artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 fik sin nuværende ordlyd [32].

72. Ændringen af den omtvistede bestemmelses ordlyd kan således ikke danne grundlag for nogen argumenter, eftersom de overvejelser, der førte til denne ændring, ikke havde noget at gøre med lovgivers ønske om at øge formaliteten med hensyn til bevisførelsen i tilknytning til køberens attestering af de tjenesteydelser, som den økonomiske aktør har udført.

73. Tværtimod går Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF [33] (herefter »direktiv 2014/24«) endog endnu længere i retning af en nedbringelse af formaliteterne i forbindelse med bevisførelsen, idet enhver henvisning til en eller anden form for attestering fra køberen er fjernet.

74. Fremover bestemmer dette direktivs artikel 60, stk. 4 – der erstatter artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 – ganske enkelt, at »[d]e økonomiske aktørers tekniske formåen kan godtgøres på en eller flere af de i bilag XII, del II, anførte måder, i overensstemmelse med arten, mængden eller betydningen og anvendelsen af bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne«.

75. Ifølge dette bilag XII, del II, litra a), nr. ii), til direktiv 2014/24 er midler, der beviser de økonomiske aktørers tekniske formåen, »en liste over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser, der er udført i løbet af højst de seneste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter samt den offentlige eller private modtager. Hvis det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence, kan de ordregivende myndigheder angive, at der vil blive taget hensyn til dokumentation for relevante leveringer eller tjenesteydelser, der er leveret eller udført mere end tre år tidligere«. Kravet om, at den pågældende liste skal ledsages af køberens attestering, er således forsvundet.

30 — Min fremhævelse.

31 — EFT 2001, C 29 E, s. 11. Jf. artikel 49, stk. 3, i forslaget til direktiv.

32 — Jf. ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (KOM/2002/0236 endelig udg.), EFT 2002, C 203 E, s. 210, særlig s. 223 og 224.

33 — EUT L 94, s. 65.

76. Selv om direktiv 2014/24 ikke finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, er dette nye direktiv, hvorved direktiv 2014/18 ophæves, nyttigt, idet det er et udtryk for EU-lovgivers nuværende ønsker. Dette direktiv kan således bidrage til at give en tilsvarende tidligere bestemmelse en aktuel betydning, dog forudsat, at der ikke anlægges en fortolkning contra legem.

77. I den foreliggende sag er det efter min opfattelse ikke i strid med den gældende bestemmelses ordlyd, at direktiv 92/50 og direktiv 2014/24 bekræfter EU-lovgivers fortsatte ønske om ikke at underlægge godtgørelsen af den økonomiske aktørs tekniske formåen nogen særlige formaliteter.

78. Med andre ord kræver artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18, set i dens rette sammenhæng og i et historisk perspektiv blot, at køberen garanterer eller bekræfter, at den tjenesteydelse, som den økonomiske aktør har gjort gældende med henblik på at opnå kontrakten, er i overensstemmelse med virkeligheden.

3. Teleologisk fortolkning af artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18

79. Endelig er en sådan fortolkning ligeledes i overensstemmelse med målet med direktiv 2004/18, som går ud på at fremme fri bevægelighed for varer, etableringsfrihed og fri bevægelighed for tjenesteydelser og mere generelt at garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter [34].

80. Gøres accepten af køberens attestering betinget af, at den er bekræftet af en notar, advokat eller anden kompetent myndighed, kan dette dog efter min opfattelse gå imod dette mål.

81. Et sådant krav kan således afskrække nogle potentielle ansøgere, der, når de (f.eks. på grund af de stramme frister fastsat i udbudsbekendtgørelsen) støder på praktiske vanskeligheder med at opfylde dette ekstra krav, afstår fra at afgive bud.

4. Konklusion vedrørende det tredje præjudicielle spørgsmål

82. Afslutningsvis er jeg af den opfattelse, at den kontekstbestemte og teleologiske fortolkning af artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 bekræfter den gængse betydning af begrebet »attesteret« heri, og at der ikke er nogen grund til at drage nogen særlige konsekvenser af tilføjelsen af ordet »reconhecida« i den portugisiske sprogudgave.

83. Den sammenhæng, hvori artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 indgår, og udviklingen af denne samt den teleologiske fortolkning fører til en fortolkning, hvorefter begrebet »attestering« eller begrebet »attesteret erklæring«, der anvendes i den portugisiske sprogudgave, ikke kræver nogen særlige formaliteter.

84. Artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 er således efter min opfattelse til hinder for, at der anvendes regler, som er fastlagt af den ordregivende myndighed, og som foreskriver, at den private købers erklæring skal være forsynet med en underskrift, der er bekræftet af en notar, advokat eller anden kompetent myndighed, idet det pågældende bud ellers udelukkes.

34 — Jf. anden betragtning til direktiv 2004/18.

VI – **Forslag til afgørelse**

85. Henset til det ovenstående foreslår jeg Domstolen, at den besvarer de af Tribunal Central Administrativo Sul (appeldomstol i forvaltningsretlige sager) forelagte spørgsmål således:

»1) Artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at der, når der ikke er sket gennemførelse i national ret, tildeles borgerne en rettighed, som de kan gøre gældende over for de ordregivende myndigheder i forbindelse med tvister indbragt for de nationale domstole, forudsat at den pågældende ordregivende myndighed er omfattet af begrebet stat som omhandlet i Domstolens retspraksis.

2) Artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 er ikke til hinder for, at der anvendes regler, som er fastlagt af den ordregivende myndighed, hvorefter det ikke er muligt for den økonomiske aktør at godtgøre sin tekniske formåen ved hjælp af en af den pågældende aktør underskrevet erklæring, medmindre aktøren godtgør, at det ikke er muligt eller er meget vanskeligt at indhente en attestering fra den private køber.

3) Artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 er til hinder for, at der anvendes regler, som er fastlagt af den ordregivende myndighed, og som foreskriver, at den private købers erklæring skal være forsynet med en underskrift, der er bekræftet af en notar, advokat eller anden kompetent myndighed, idet det pågældende bud ellers udelukkes.«