Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

7. juli 2016*

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige kontrakter — direktiv 2004/18/EF — artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led — de økonomiske aktørers tekniske formåen — direkte virkning — bevismidler — rangorden mellem den private købers attestering og tilbudsgivers ensidige erklæring — proportionalitetsprincippet — forbud mod at foretage væsentlige ændringer i de fastsatte bevisformer«

I sag C-46/15,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Tribunal Central Administrativo Sul (appeldomstol i forvaltningsretlige sager i Portugal) ved afgørelse af 29. januar 2015, indgået til Domstolen den 5. februar 2015, i sagen:

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA

mod

AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal,

procesdeltager:

Índice – ICT & Management Lda,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.L. da Cruz Vilaça, Domstolens vicepræsident A. Tizzano (refererende dommer) og dommerne F. Biltgen, A. Borg Barthet og M. Berger,

generaladvokat: M. Wathelet

justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 28. januar 2016,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA ved advogado H. Rodrigues da Silva

— den portugisiske regering ved L. Inez Fernandes og F. Batista, som befuldmægtigede

— Europa-Kommissionen ved G. Braga da Cruz og A. Tokár, som befuldmægtigede,

* Processprog: portugisisk.

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 3. marts 2016,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, 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 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA (herefter »Ambisig«) og AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (herefter »AICP«) vedrørende dette sidstnævnte organs beslutning om at udelukke Ambisigs ansøgning i en udbudsprocedure med henblik på indgåelse af en offentlig tjenesteydelseskontrakt.

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 2004/18

3 Følgende anføres i 1., 2, 4, 32. og 46. betragtning til direktiv 2004/18:

»(1) I forbindelse med de nye ændringer af Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [(EFT 1992, L 209, s. 1)], 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb [(EFT 1993, L 199, s. 1)] og 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [(EFT 1993, L 199, s. 54)], som er nødvendige for at imødekomme de krav om forenkling og modernisering, der er fremsat af både de ordregivende myndigheder og de økonomiske aktører i forbindelse med deres reaktion på den grønbog, der blev vedtaget af Kommissionen den 27. november 1996, bør direktiverne for klarhedens skyld omarbejdes til én samlet tekst. […]

(2) Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. […]

(4) Medlemsstaterne bør sørge for, at det forhold, at et offentligretligt organ afgiver tilbud i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke forårsager konkurrenceforvridning i forhold til private tilbudsgivere.

[…]

(32) For at gøre det lettere for små og mellemstore virksomheder at deltage i offentlige udbud bør der fastsættes bestemmelser om underentreprise.

[...]

(46) Tildelingen af kontrakter skal foretages på grundlag af objektive kriterier, der sikrer, at principperne om gennemsigtighed, ikke-forskelsbehandling og ligebehandling overholdes, og at tilbuddene vurderes på reelle konkurrencevilkår. […]«

4 Direktivets artikel 1, stk. 9, bestemmer:

»Som »ordregivende myndigheder« betragtes staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ:

a) der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter

b) som er en juridisk person og

c) hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

Ikke-udtømmende fortegnelser over de offentligretlige organer eller kategorier af organer, der opfylder kriterierne i andet afsnit, litra a), b) og c), findes i bilag III. Medlemsstaterne underretter jævnligt Kommissionen om ændringer, der er foretaget i deres fortegnelser over organer og sammenslutninger af organer.«

5 Direktivets artikel 48 med overskriften »Teknisk og/eller faglig formåen« bestemmer:

»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:

a) i) […]
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 privat køber, skal de være attesteret af denne eller, hvis dette ikke er muligt, blot ved en erklæring fra den økonomiske aktør

[…]«

Portugisisk ret

6 Direktiv 2004/18 blev gennemført i portugisisk ret ved Código dos Contratos Públicos (lov om offentlige kontrakter), som stadfæstet ved lovdekret nr. 18/2008 af 29. januar 2008, som ændret og offentliggjort på ny ved lovdekret nr. 287/2009 af 2. oktober 2009 (*Diário da República*, 1. serie, nr. 192 af 2.10.2009).

7 Denne lovs artikel 165 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 faktor »f« i den foregående artikels stk. 1, nr. i), må ikke være diskriminerende.«

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

8 Det fremgår af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, at AICP i sin egenskab af ordregivende myndighed den 10. december 2013 indledte et begrænset udbud med forhåndsudvælgelse vedrørende indgåelse af tjenesteydelseskontrakter om »implementering af systemer vedrørende miljø- og kvalitetsstyring og en it-platform i 13 virksomheder«.

9 Udbudsbekendtgørelsens artikel 12, stk. l, litra c) og f), fastsatte følgende:

»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 miljø- og/eller kvalitetsstyringssystemet. 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, 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 […]«

10 Ved afgørelse af 27. marts 2014 godkendte AICP den endelige rapport, der var udarbejdet af bedømmelsesudvalget, som for fasen for indgivelse af tilbud udvalgte Índice ICT & Management Lda og udelukkede bl.a. Ambisigs ansøgning med den begrundelse dels, at dette selskab ikke havde dokumenteret opfyldelsen af betingelserne vedrørende selskabets tekniske formåen ved en erklæring fra en privat køber, der var blevet attesteret i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsens artikel 12, dels at selskabet hverken havde godtgjort eller gjort gældende, at det ikke var muligt eller meget vanskeligt for selskabet at fremlægge en sådan erklæring.

11 I forbindelse med den sag, der blev anlagt af Ambisig til prøvelse af denne afgørelse, tog Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (domstolen i forvaltnings- og skatteretlige sager i Leiria, Portugal) ved dom af 11. juni 2014 de af selskabet påberåbte anbringender delvist til følge, annullerede AICP's afgørelse og pålagde sidstnævnte at udstede en ny udbudsbekendtgørelse inden for en frist på 20 dage.

12 Ambisig anfægtede denne afgørelse ved den pågældende rets dommerkollegium med den begrundelse, at det var med urette, at denne ret havde forkastet anbringenderne om bl.a. uforeneligheden af de regler, der var blevet fastsat af den ordregivende myndighed vedrørende bevis for ansøgernes tekniske formåen, med de i artikel 48 i direktiv 2004/18 opstillede krav.

13 Idet dommerkollegiet ved Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (domstolen i forvaltnings- og skatteretlige sager i Leiria) frifandt AICP ved dom af 6. august 2014, indbragte Ambisig sagen for den forelæggende ret med den begrundelse, at denne dom heller ikke fastslog, at de regler, der var blevet fastsat af den ordregivende myndighed vedrørende måden, hvorpå beviser for ansøgernes tekniske formåen skulle håndteres, på baggrund af artikel 48 i direktiv 2004/18 var ulovlige.

14 Det er på denne baggrund, at Tribunal Central Administrativo Sul (appeldomstol i forvaltningsretlige sager, Portugal) har 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?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

15 Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at når der ikke er foretaget en gennemførelse af denne bestemmelse i national ret, opfylder direktivet betingelserne for at skabe rettigheder for privatpersoner, som disse kan påberåbe sig i forhold til den ordregivende myndighed for de nationale domstole.

16 Indledningsvis bemærkes, at det følger af Domstolens faste praksis, at når medlemsstaten ikke rettidigt har gennemført direktivet i national ret, eller når den ikke har gennemført det korrekt, kan borgerne ved de nationale domstole kun påberåbe sig disse bestemmelser over for staten, såfremt de ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise (jf. i denne retning dom af 12.12.2013, Portgás, C-425/12, EU:C:2013:829, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis, af 14.1.2014, Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, præmis 31, og af 15.5.2014, Almos Agrárkülkereskedelmi, C-337/13, EU:C:2014:328, præmis 31).

17 Det skal, som anført af generaladvokaten i punkt 25 i forslaget til afgørelse, bemærkes, at artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 opfylder disse kriterier, eftersom den for det første fastætter en pligt, som hverken er ledsaget af et supplerende krav eller forudsætter vedtagelse af en retsakt fra EU-institutionerne eller medlemsstaterne, og for det andet, at den klart og fuldstændigt angiver de oplysninger, der kan kræves af de økonomiske aktører for at dokumentere deres tekniske formåen ved indgåelse af offentlige kontrakter.

18 Domstolen har i øvrigt allerede fastslået dette for så vidt angår direktiv 92/50, som er ophævet og erstattet af direktiv 2004/18.

19 I præmis 46 og 47 i dom af 24. september 1998, Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432) fastslog Domstolen, at bestemmelserne i afsnit VI i direktiv 92/50 kan have direkte virkning, herunder bl.a. direktivets artikel 32, stk. 2, hvis indhold artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, gengiver i næsten identiske vendinger.

20 Det skal imidlertid også med henblik på at give et brugbart svar på det første spørgsmål præciseres, om artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 kan gøres gældende mod ethvert organ, der kan kvalificeres som en »ordregivende myndighed« som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 9.

21 I denne forbindelse bemærkes, at det følger af Domstolens faste praksis, at selv om et direktiv i overensstemmelse med fast retspraksis ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer (jf. bl.a. dom af 24.1.2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis, og af 15.1.2015, Ryanair, C-30/14, EU:C:2015:10, præmis 30), kan borgerne, når de ikke i forhold til en borger, men i forhold til en stat kan støtte ret på et direktiv, påberåbe sig dette, uanset i hvilken egenskab staten har handlet. Det er nemlig væsentligt at hindre, at staten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme EU-retten (jf. i denne retning dom af 24.1.2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis, og af 12.12.2013, Portgás, C-425/12, EU:C:2013:829, præmis 23).

22 Det er således ikke kun over for en offentlig enhed, at bestemmelser i et direktiv, som kan have direkte virkning, kan gøres gældende, men ligeledes over for 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 (dom af 12.12.2013, Portgás, C-425/12, EU:C:2013:829, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis).

23 I det foreliggende tilfælde synes det for så vidt angår AICP's situation at fremgå af de præciseringer, som den portugisiske regering har givet under retsmødet for Domstolen, at dette organ samtidigt med at henhøre under begrebet »ordregivende myndighed« som omhandlet i artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18 udgør en privatretlig virksomhedssammenslutning, som ikke opfylder de ovennævnte betingelser for, at direktivets bestemmelser kan gøres gældende mod dette organ, idet det ikke leverer nogen tjenesteydelse af almen interesse under statens tilsyn og ikke råder over særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne, hvilket det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

24 I et sådant tilfælde påhviler det de nationale retter i videst muligt omfang at fortolke national ret i lyset af ordlyden af og formålet med direktiv 2004/18, for at det med artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, tilsigtede resultat fremkaldes og for dermed at handle i overensstemmelse med artikel 288, stk. 3, TEUF (jf. i denne retning dom af 24.1.2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis, og af 19.4.2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, præmis 31).

25 I denne forbindelse bemærkes, at de nationale retters forpligtelse til at henholde sig til indholdet af et direktiv, når de fortolker og anvender de relevante nationale retsregler, begrænses af generelle retsprincipper og kan ikke tjene som grundlag for en fortolkning contra legem af national ret (jf. i denne retning dom af 24.1.2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis, og af 19.4.2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, præmis 32).

26 Såfremt en fortolkning af national ret, der er i overensstemmelse med direktiv 2004/18, ikke er mulig, kan den part, der har lidt skade som følge af denne rets manglende overensstemmelse med EU-retten, påberåbe sig den retspraksis, der blev fastslået i dom af 19. november 1991, 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. i denne retning dom af 26.3.2015, Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

27 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at bestemmelsen opfylder betingelserne for i mangel af en gennemførelse i national lovgivning at tildele borgerne rettigheder, som de kan gøre gældende ved de nationale domstole over for en ordregivende myndighed, for så vidt som denne er et offentligt organ eller 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.

Det andet spørgsmål

28 Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt 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 dokumentere sin tekniske formåen ved hjælp af en ensidig erklæring, medmindre aktøren godtgør, at det ikke er muligt eller er meget vanskeligt at indhente en erklæring fra den private køber?

29 I denne forbindelse bemærkes indledningsvis, at 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 inden offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen.

30 I det tilfælde, at modtageren af disse ydelser er en privat køber, bestemmer bestemmelsens andet led, at bevis for disse leveringer og tjenesteydelser kan føres på to forskellige måder, nemlig hvis de er »attesteret af denne eller, hvis dette ikke er muligt, blot ved en erklæring fra den økonomiske aktør«.

31 Det spørgsmål, der er rejst af den forelæggende ret, vedrører netop forholdet mellem disse to former for bevis, for så vidt som det tilsigter at få fastslået, om de er ligestillede, derved at aktøren frit kan dokumentere sin tekniske formåen enten ved en attestering fra den private køber eller blot ved en erklæring, der er udfærdiget af aktøren selv, eller om EU-lovgiver tværtimod har fastsat en rangordning mellem de pågældende bevisformer, hvorved en aktørs anvendelse af en sådan ensidig erklæring kun er begrænset til tilfælde, hvor aktøren ikke er i stand til at indhente den pågældende attestering.

32 I denne forbindelse skal det konstateres, at artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 er affattet i vendinger, der ikke efter deres normale mening i sædvanlig sprogbrug giver anledning til nogen rimelig tvivl.

33 Som fremhævet af generaladvokaten i punkt 43 i forslaget til afgørelse henviser udtrykket »hvis dette ikke er muligt«, der er anvendt i den pågældende bestemmelse, ifølge den almindelige betydning til et forhold, der ikke foreskriver ækvivalens mellem, men en rangorden for de omhandlede bevisformer.

34 Det følger heraf, at artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 efter en ordlydsfortolkning skal forstås således, at en økonomisk operatør kun af de ordregivende myndigheder kan tillades at godtgøre sin tekniske formåen ved hjælp af en ensidig erklæring, såfremt denne ikke er i stand til at indhente en attestering fra den private køber.

35 En sådan fortolkning understøttes endvidere af den generelle sammenhæng, hvori artiklens begreber anvendes, og de mål, der forfølges med direktiv 2004/18 (jf. i denne retning dom af 22.3.2012, GENESIS, C-190/10, EU:C:2012:157, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

36 Hvad for det første angår den sammenhæng, hvori indgår artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18, følger det af Domstolens praksis, at bestemmelsen indfører en lukket ordning, der begrænser de fremgangsmåder for vurdering og undersøgelse af den tekniske formåen, som de pågældende myndigheder råder over (jf. i denne retning dom af 18.10.2012, Édukövízig og Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, præmis 28). Det følger heraf, at eftersom nye bevisformer ikke af de pågældende myndigheder kan fastsættes på området, kan disse heller ikke begrænse rækkevidden af de allerede fastsatte bevisformer.

37 Ordlydsfortolkningen af artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18, som den fremgår af denne doms præmis 34, er imidlertid den eneste, der er forenelig med denne sammenhæng. Det er imidlertid ubestridt, at en alternativ fortolkning af denne bestemmelse, hvorefter de ordregivende myndigheder skal give enhver økonomisk aktør mulighed for frit at vælge mellem den ene eller den anden af de omhandlede bevisformer, indebærer, at den effektive virkning skades, og følgelig skades selve rækkevidden af det bevis, der er støttet på attesteringen fra den private køber, for så vidt som det er sandsynligt, at hver aktør i alle tilfælde alene vil fremlægge en ensidig erklæring med henblik på at overholde bestemmelsen.

38 Hvad for det andet angår de formål, der forfølges med direktiv 2004/18, bemærkes, at den ordning, der indføres med direktivet, som det fremgår af 2., 4. og 46. betragtning til direktivet, bl.a. tilsigter at hindre konkurrencefordrejning mellem de private tilbudsgivere og at sikre overholdelse af gennemsigtighedsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling samt ligebehandlingsprincippet.

39 En ordlydsfortolkning af artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18, som den fremgår af denne doms præmis 34, og som giver prioritet til den bevisform, der er støttet på en attestering fra den berørte økonomiske aktørs private køber, er ligeledes sammenhængende med forfølgelsen af de i ovenstående præmis i denne dom anførte formål, for så vidt som den for det første sikrer større gennemsigtighed og retssikkerhed med hensyn til denne aktørs reelle tekniske formåen og for det andet muliggør en efterfølgende prøvelse af de erklæringer, der afgives af enhver økonomiske aktør, som den ordregivende myndighed har pligt til at foretage i henhold til artikel 44, stk. 1, og artikel 45, stk. 2, litra g), i direktiv 2004/18.

40 De regler, der indføres af de ordregivende myndigheder vedrørende iværksættelsen af de bevisformer, der er fastsat i artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18, må i henhold til proportionalitetsprincippet, der hører til EU-rettens almindelige grundsætninger, ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå formålet med dette direktiv (jf. i denne retning dom af 22.10.2015, Impresa Edilux og SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).

41 Som anført af generaladvokaten i punkt 50 i forslaget til afgørelse og af Kommissionen i dens skriftlige indlæg følger det heraf, at regler i en udbudsbekendtgørelse, som kun tillader en økonomiske aktør at fremlægge en ensidig erklæring for at påvise sin tekniske formåen, såfremt denne godtgør, at det ikke er muligt at indhente en attestering fra den private køber, er uforholdsmæssige. Sådanne regler udgør for den økonomiske aktør en urimelig byrde i forhold til, hvad der er nødvendigt for at undgå, at konkurrencen fordrejes og for at overholde gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet på området for offentlige kontrakter.

42 Derimod forekommer regler – der figurerer i en udbudsbekendtgørelse, i henhold til hvilke en økonomisk aktør er berettiget til at påberåbe sig en sådan ensidig erklæring i det tilfælde, hvor han ved hjælp af objektive elementer, der skal efterprøves fra sag til sag, godtgør, at der foreligger betydelige vanskeligheder, som forhindrer denne i at indhente en sådan attestering, som eksempelvis skyldes den pågældende købers manglende vilje – i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, for så vidt som disse regler ikke pålægger den omhandlede operatør en urimelig bevisbyrde, som er uforholdsmæssig i forhold til forfølgelsen af de samme formål.

43 Dette synes med forbehold for den efterprøvelse, den forelæggende ret skal foretage, at være tilfældet med de regler, der figurerer i den udbudsbekendtgørelse, som AICP har udfærdiget, og som er anfægtet i hovedsagen.

44 På baggrund af ovenstående betragtninger skal det andet spørgsmål besvares med, at artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, skal fortolkes således, at bestemmelsen ikke er til hinder for, at der anvendes regler, som er fastlagt af den ordregivende myndighed, såsom de i hovedsagen omhandlede, hvorefter det ikke er muligt for en økonomisk aktør at dokumentere sin tekniske formåen ved hjælp af en ensidig erklæring, medmindre aktøren godtgør, at det ikke er muligt eller er meget vanskeligt at indhente en attestering fra den private køber.

Det tredje spørgsmål

45 Med sit tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt 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, og som foreskriver, at den private købers attestering skal være forsynet med en underskrift, der er bekræftet af en notar, advokat eller anden kompetent myndighed, idet tilbudsgiverens ansøgning ellers udelukkes.

46 I denne forbindelse skal det bemærkes, at udtrykket »attesteret af denne«, der figurerer i artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 i den portugisiske version lyder »*declaração reconhecida do adquirente*« (»erklæring, der er attesteret af køberen«), hvilket lader formode, at erklæringen fra køberen for at være gyldig skal indeholde en bekræftet underskrift.

47 Som understreget af alle de parter, der har indgivet skriftlige indlæg, er ordlyden i størstedelen af de øvrige sprogversioner imidlertid affattet forskelligt, hvilket synes at skulle føre til en mindre restriktiv fortolkning af rækkevidden af et sådant bevismiddel. Det fremgår nemlig bl.a. af den tyske (»*vom Erwerber ausgestellte Bescheinigung*«), spanske (»*certificado del comprador*«), italienske (»*attestazione dell'acquirente*«) og engelske (»*purchaser's certification*«) sprogversion, at udtrykket »købers erklæring« skal forstås således, at det tillades den økonomiske operatør at dokumentere sin tekniske formåen ved hjælp af et simpelt dokument, der er affattet uden nogen særlige formaliteter af en eller flere af aktørens private købere, som attesterer de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste tre år med angivelse af beløb og tidspunkt for disse ydelser.

48 Det skal i forhold til denne sproglige divergens bemærkes, at det følger af Domstolens faste praksis, at den formulering, der er anvendt i en af sprogversionerne af en EU-retlig bestemmelse, ikke kan tjene som eneste grundlag for bestemmelsens fortolkning eller tillægges større betydning end de øvrige sprogversioner. EU-bestemmelserne skal nemlig fortolkes og anvendes ensartet i lyset af de versioner, der er udfærdiget på alle Unionens sprog. I tilfælde af uoverensstemmelse mellem de forskellige sprogversioner af en EU-retlig bestemmelse skal den pågældende bestemmelse fortolkes på baggrund af den almindelige opbygning af og formålet med den ordning, som den er led i (jf. dom af 15.10.2015, Grupo Itevelesa m.fl., C-168/14, EU:C:2015:685, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

49 Hvad angår den generelle opbygning af artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 indfører den, som anført i denne doms præmis 36, en lukket ordning, der begrænser de ordregivende myndigheders mulighed for at fastsætte nye bevisformer eller ekstra krav, som indebærer væsentlige ændringer for så vidt angår karakteren af og betingelserne for fremlæggelse af de allerede fastsatte bevisformer.

50 Det skal imidlertid konstateres, at den omstændighed, at det kræves, at en underskrift på den private købers attestering skal bekræftes, indfører en formalitet, som udgør en sådan væsentlig ændring af den første af de to bevisformer, der er omhandlet i artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18, hvorved de skridt, som den økonomiske aktør skal foretage med henblik på at opfylde kravene til sin bevisbyrde, gøres tungere, hvilket er i strid med denne artikels generelle opbygning.

51 Hvad angår formålet med direktiv 2004/18 skal det bemærkes, at dette, som det fremgår af første og anden betragtning til direktivet, indfører regler om samordning, som bl.a. har til formål at forenkle og modernisere de nationale procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter med henblik på at lette den frie bevægelighed for varer, den frie etableringsret og den fri bevægelighed for tjenesteydelser samt udbud af sådanne kontrakter.

52 Som det fremgår af Domstolens praksis, tilsigter dette direktiv særligt at lette små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige kontrakter, som anført i 32. betragtning til direktivet (jf. i denne retning dom af 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 og Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, præmis 34, og af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 34).

53 Som anført af generaladvokaten i punkt 80 og 81 i forslaget til afgørelse indfører den omstændighed, at beviskraften af den private købers attestering betinges af, at underskriften er bekræftet af en tredjemand, en formalitet, der kan indebære at offentlige udbud ikke medfører den størst mulige konkurrence, men at deltagelsen af økonomiske aktører, navnlig udenlandske, i sådanne kontrakter indskrænkes og begrænses.

54 Det er nemlig som følge af de korte frister, der normalt er fastsat til at indgive ansøgningerne i udbudsbekendtgørelserne, samt af de forskelle, der foreligger mellem de forskellige nationale lovgivninger med hensyn til bekræftelsen af underskrevne dokumenter, ikke udelukket, at flere aktører, særligt udenlandske aktører, kan afholde sig fra at indgive deres tilbud på grund af praktiske vanskeligheder med i den medlemsstat, der er omfattet af indgåelsen af kontrakten, at fremlægge en attestering, som er blevet forskriftsmæssigt bekræftet.

55 Følgelig fører den generelle opbygning af og formålet med direktiv 2004/18 til, at der skal anvendes en fortolkning, hvorefter den private købers »attestering« i lighed med den »attesterede erklæring«, der figurerer i den portugisiske version af dette direktivs artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, udelukkende foreskriver fremlæggelse af attestering fra denne køber og kan ikke af de ordregivende myndigheder undergives nogen anden formalitet, såsom en bekræftelse fra et kompetent organ af den pågældende købers underskrift.

56 Henset til de ovenstående betragtninger skal det tredje spørgsmål besvares med, at artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at der anvendes regler, som er fastlagt af den ordregivende myndighed, såsom de i hovedsagen omhandlede, 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 tilbudsgiverens ansøgning ellers udelukkes.

Sagens omkostninger

57 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Femte Afdeling) for ret:

1) Artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at bestemmelsen opfylder betingelserne for i mangel af en gennemførelse i national lovgivning at tildele borgerne rettigheder, som de kan gøre gældende ved de nationale domstole over for en ordregivende myndighed, for så vidt som denne er et offentligt organ eller 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.

2) Artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at bestemmelsen ikke er til hinder for, at der anvendes regler, som er fastlagt af den ordregivende myndighed, såsom de i hovedsagen omhandlede, hvorefter det ikke er muligt for en økonomisk aktør at dokumentere sin tekniske formåen ved hjælp af en ensidig erklæring, medmindre aktøren godtgør, at det ikke er muligt eller er meget vanskeligt at indhente en erklæring fra den private køber.

3) Artikel 48, stk. 2, litra a), nr. ii), andet led, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for, at der anvendes regler, som er fastlagt af den ordregivende myndighed, såsom de i hovedsagen omhandlede, 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 tilbudsgiverens ansøgning ellers udelukkes.

Underskrifter