Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

20. december 2017 *

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige bygge- og anlægskontrakter – direktiv 2004/18/EF – artikel 45, stk. 2 og 3 – betingelser for udelukkelse fra deltagelse i et udbud – erklæring om, at tidligere administrerende direktører i det tilbudsgivende selskab ikke er blevet dømt ved en endelig straffedom – tidligere administrerende direktørs strafbare adfærd – straffedom – det tilbudsgivende selskabs fuldstændige og reelle afstandtagen fra denne administrerende direktør – bevis – den ordregivende myndigheds vurdering af kravene til denne forpligtelse«

I sag C-178/16,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) ved afgørelse af 1. december 2015, indgået til Domstolen den 24. marts 2016, i sagen

**Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA,**

**Guerrato SpA**

mod

**Provincia autonoma di Bolzano,**

**Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP),**

**Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),**

procesdeltagere:

**Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA,**

**Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali SpA,**

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, T. von Danwitz, og dommerne C. Vajda, E. Juhász (refererende dommer), K. Jürimäe og C. Lycourgos,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

* Processprog: italiensk.

justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 5. april 2017,

efter at der er afgivet indlæg af:

– Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA og Guerrato SpA ved avvocati A. Sandulli og L. Antonini,

– Provincia autonoma di Bolzano og Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) ved avvocato C. Guccione, Rechtsanwältin R. von Guggenberg og avvocati L. Fadanelli, A. Roilo og S. Bikircher,

– Società Italiana per Condotte d'acqua SPA ved avvocati A. Guarino og C. Martelli,

– den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocati dello Stato C. Pluchino og P. Grasso,

– Europa-Kommissionen ved G. Gattinara og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 21. juni 2017,

afsagt følgende

## Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra c) og g), og artikel 45, stk. 3, litra a), 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) og af visse generelle principper i EU-retten.

2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem, på den ene side, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (herefter »Mantovani«) og Guerrato SpA, idet førstnævnte optræder i eget navn og i sin egenskab af det ledende selskab i en midlertidig virksomhedssammenslutning, som ville blive stiftet sammen med Guerrato, og, på den anden side, Provincia autonoma di Bolzano (den selvstyrende provins Bolzano, Italien) (herefter »provinsen Bolzano«), Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) (agenturet for procedurer og tilsyn over offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og vareindkøbskontrakter (ACP)) og Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) (den nationale enhed til bekæmpelse af korruption (ANAC)) vedrørende udelukkelse af Mantovani fra en udbudsprocedure vedrørende tildeling af en bygge- og anlægskontrakt om finansiering, endelig og operativ projektering, opførelse og drift af det nye fængsel i Bolzano.

## *Retsforskrifter*

### *EU-retten*

3 Følgende fremgår af anden betragtning til direktiv 2004/18:

»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 Artikel 45 i direktiv 2004/18 med overskriften »Ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold« bestemmer:

»1. Fra deltagelse i en udbudsprocedure udelukkes enhver ansøger eller tilbudsgiver, mod hvem der er afsagt en endelig dom, som den ordregivende myndighed har kendskab til, af en eller flere af følgende grunde:

[…]

Med henblik på anvendelsen af dette stykke anmoder de ordregivende myndigheder, hvis det er relevant, ansøgerne eller tilbudsgiverne om at fremsende den i stk. 3 nævnte dokumentation, ligesom de, hvis de er i tvivl om ansøgernes/tilbudsgivernes personlige forhold, kan henvende sig til de kompetente myndigheder for at indhente de oplysninger om disse ansøgeres eller tilbudsgiveres personlige forhold, som de finder nødvendige. Hvis oplysningerne vedrører en ansøger eller en tilbudsgiver, der er etableret i et andet land end den ordregivende myndigheds land, kan den ordregivende myndighed anmode de kompetente myndigheder om samarbejde. Afhængigt af den nationale lovgivning i den medlemsstat, hvor ansøgerne eller tilbudsgiverne er etableret, vedrører sådanne anmodninger juridiske personer og/eller fysiske personer, herunder eventuelt virksomhedsledere eller andre med beslutnings- eller kontrolbeføjelser i en virksomhed, der er bemyndigede til at repræsentere, træffe beslutninger vedrørende eller kontrollere ansøgeren eller tilbudsgiveren.

2. Fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver økonomisk aktør:

[…]

c) som ved en retskraftig dom ifølge landets retsforskrifter er dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed

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

[…]

g) 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.

Medlemsstaterne fastsætter på grundlag af deres nationale ret og under overholdelse af fællesskabsretten gennemførelsesbestemmelserne til dette stykke.

3. De ordregivende myndigheder godkender som tilstrækkeligt bevis for, at den økonomiske aktør ikke befinder sig i nogen af de i stk. 1 og i stk. 2, litra a), b), c), e) og f), nævnte situationer:

a) i de i stk. 1 og i stk. 2, litra a), b) og c), nævnte tilfælde fremlæggelse af en straffeattest eller et tilsvarende dokument udstedt af en kompetent retslig eller administrativ myndighed i hjemlandet eller et senere opholdsland, hvoraf det fremgår, at disse krav er opfyldt

[…]«

*Italiensk ret*

5 I Italien reguleres procedurerne om indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter samlet ved Decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (lovdekret nr. 163/2006 om vedtagelsen af en lov om offentlige kontrakter vedrørende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser og indkøb til gennemførelse af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF) af 12. april 2006 (almindeligt tillæg til GURI nr. 100 af 2.5.2006), som ændret ved lovdekret nr. 70 af 13. maj 2011 (GURI nr. 110 af 13.5.2011, s. 1), der blev omdannet til lov ved lov nr. 106 af 12. juli 2011 (GURI nr. 160 af 12.7.2011, s. 1) (herefter »lovdekret nr. 163/2006«).

6 Lovdekret nr. 163/2006 indeholder i del II artikel 38, der fastsætter de generelle betingelser for deltagelse i procedurer for tildeling af offentlige koncessioner og indgåelse af offentlige bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter. Lovdekretets artikel 38, stk. 1, litra c), bestemmer:

»Følgende personer er udelukket fra deltagelse i procedurer for tildeling af offentlige koncessioner og indgåelse af offentlige bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter og kan ikke tildeles underleverandørkontrakter eller indgå kontrakter vedrørende disse kontrakter:

[…]

c) personer, der er blevet dømt ved en retskraftig dom, som har modtaget et endeligt bødeforlæg, eller som er blevet dømt ved en dom om anvendelse af straf efter begæring fra parterne i henhold til strafferetsplejelovens artikel 444 for alvorlige strafbare handlinger, der er begået til skade for staten eller Fællesskabet, og som rejser tvivl om deres faglige hæderlighed. Idømmelse af straf ved en retskraftig dom for en eller flere strafbare handlinger i form af deltagelse i en kriminel organisation, bestikkelse, svig og hvidvaskning af penge som omhandlet i de i artikel 45, stk. 1, i direktiv 2004/18 nævnte fællesskabsbestemmelser udgør under alle omstændigheder en udelukkelsesgrund. Udelukkelsen og forbuddet gælder, hvis dommen eller bødeforlægget vedrører: indehaveren eller den tekniske direktør, hvis der er tale om en enkeltmandsvirksomhed, medejere eller den tekniske direktør, hvis der er tale om et interessentskab, komplementarer eller den tekniske direktør, hvis der er tale om et kommanditselskab, administrerende direktører med repræsentationsbeføjelse, den tekniske direktør eller den enkelte selskabsdeltager, hvis denne er en fysisk person, eller majoritetsanpartshaveren i et selskab med mindre end fire anpartshavere, når der er tale om en anden type selskab eller konsortium. Udelukkelsen og forbuddet gælder under alle omstændigheder ligeledes for personer, som er fratrådt deres embede i året forud for datoen for udbudsbekendtgørelsens offentliggørelse, hvis virksomheden ikke kan bevise, at den fuldstændigt og reelt har taget afstand fra den straffede adfærd. Udelukkelsen og forbuddet gælder under alle omstændigheder ikke, når overtrædelsen er blevet afkriminaliseret, eller hvis der er indtrådt rehabilitering, dvs. når det strafbare forhold er blevet lovliggjort efter domsafsigelsen, eller såfremt dommen er blevet ophævet […]«

### *Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål*

7 Ved bekendtgørelse, som blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 27. juli 2013 (S 145-251280), indledte provinsen Bolzano en åben udbudsprocedure vedrørende tildeling af en bygge- og anlægskontrakt vedrørende finansiering, endelig og operativ projektering, opførelse og drift af det nye fængsel i Bolzano. Arbejderne var skønnet til at have en værdi af 165 400 000 EUR.

8 Den 16. december 2013 afgav Mantovani bud i sit eget navn og i egenskab af det ledende selskab i en midlertidig virksomhedssammenslutning, som skulle stiftes. Selskabet angav to oplysninger med hensyn til opfyldelsen af de generelle betingelser i artikel 38 i lovdekret nr. 163/2006. Den 4. december 2013 meddelte selskabet, at B i sin egenskab af bestyrelsesformand, generaldirektør og juridisk repræsentant ikke var blevet dømt ved en retskraftig dom, idet denne havde fratrådt sit embede den 6. marts 2013. Den 16. december 2013 afgav Mantovani på ny disse oplysninger.

9 I udbudsmødet den 9. januar 2014 godkendte den ordregivende myndighed Mantovanis deltagelse med forbehold af afventning af visse nærmere oplysninger vedrørende B. Det fremgik nemlig af en artikel i en lokal avis, som var blevet offentliggjort den 6. december 2013, at B havde været tiltalt for at have forfalsket fakturaer, og at han havde forhandlet sin straf til fængsel i et år og ti måneder.

10 Derefter indhentede den ordregivende myndighed B's straffeattest, hvoraf det fremgik, at B var blevet idømt denne straf den 5. december 2013, og at dommen fik endelig retskraft den 29. marts 2014. I udbudsmødet den 29. maj 2014 anmodede den ordregivende myndighed Mantovani om nærmere oplysninger om den nævnte dom.

11 Mantovani afgav disse oplysninger ved bl.a. at gøre gældende, at straffedommen mod B havde fået endelig retskraft, efter at selskabet havde afgivet oplysninger henholdsvis den 4. og den 16. december 2013, idet dommen af 6. december 2013 var blevet afsagt i et lukket – og således ikke offentligt – retsmøde, og eftersom den først var blevet offentliggjort den 3. februar 2014. Mantovani tilføjede, at selskabet med henblik på at godtgøre, at det fuldstændigt og reelt havde taget afstand fra B's handlinger, straks havde afskediget B fra alle dennes embeder i Mantovani-koncernen, havde omstruktureret selskabets ledelsesorganer, indløst B's aktier og anlagt sag om erstatningsansvar mod denne.

12 Efter at have fastsat en rangliste, hvor Mantovani med forbehold var placeret som nummer fem, anmodede den ordregivende myndighed ANAC om en udtalelse vedrørende lovligheden af en eventuel udelukkelse af Mantovani. ANAC besvarede i det væsentlige dette med, at selv om Mantovanis oplysninger i mangel af en endelig dom ikke kan anses for at være »urigtige oplysninger«, kan manglende rettidig meddelelse om en verserende straffesag mod en af de personer, som er nævnt i artikel 38, stk. 1, litra c), i lovdekret nr. 163/2006, udgøre en tilsidesættelse af pligten til loyalt samarbejde med den ordregivende myndighed og således modbevise, at der fuldstændigt og reelt er taget afstand fra den pågældende person.

13 Under disse omstændigheder besluttede den ordregivende myndighed under sit møde den 27. februar 2015 at udelukke Mantovani fra udbudsproceduren. Ifølge referatet fra dette møde blev det fastslået, at de generelle betingelser i artikel 38 i lovdekret nr. 163/2006 ikke var opfyldt, »idet de oplysninger, som selskabet havde afgivet med henblik på at godtgøre, at det havde taget afstand fra de strafbare handlinger, som var begået af den person, der var fratrådt sin ledende stilling, var mangelfulde og ikke var fremsat rettidigt«, at straffedommen »blev afsagt, inden selskabet afgav oplysninger under udbudsproceduren, og at Mantovani som sådan kunne have givet oplysning om denne på tidspunktet for undersøgelsen af deltagelsen«.

14 Mantovani indbragte afgørelsen om udelukkelse for Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (den regionale forvaltningsdomstol for Bolzano, Italien). Ved dom af 27. august 2015 bekræftede den nævnte domstol, at det var lovligt at udelukke Mantovani, idet det havde været muligt at oplyse om den mod B afsagte straffedom under udbudsproceduren, og eftersom alene tilbudsgivere, som havde afgivet oplysninger i overensstemmelse med virkeligheden uden at vildlede den ordregivende myndighed, kunne påberåbe sig fordelen ved den afstandtagen, som er omhandlet i artikel 38, stk. 1, litra c), i lovdekret nr. 163/2006.

15 Mantovani har påklaget denne dom til Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) og har bl.a. gjort gældende, at artikel 38 i lovdekret nr. 163/2006 ikke er forenelig med EU-retten, og anmodet om forelæggelse af spørgsmålet for Domstolen.

16 Under disse omstændigheder har Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er det til hinder for en korrekt anvendelse af dels artikel 45, stk. 2, litra c) og g), og artikel 45, stk. 3, litra a), i [direktiv 2004/18], dels de EU-retlige principper om beskyttelse af den berettigede forventning, retssikkerhed, ligebehandling, proportionalitet, gennemsigtighed, forbuddet mod at gøre proceduren mere bebyrdende, sikring af en så bred konkurrence som muligt på markedet for offentlige kontrakter samt princippet om, at sanktioner skal være fastlagt udtømmende og have bestemt karakter, at nationale bestemmelser, såsom artikel 38, stk. 1, litra c), i lovdekret [nr. 163/2006], bestemmer, at den i bestemmelsen fastsatte pligt til at afgive en erklæring om, at en tilbudsgiver ikke ved endelige straffedomme (herunder domme om anvendelse af straf efter begæring fra parterne) er blevet dømt for de heri angivne forbrydelser, udvides til at omfatte personer, der fratrådte embeder i virksomheden året inden offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, og fastsætter en deraf følgende grund til udelukkelse fra udbudsproceduren, såfremt virksomheden ikke beviser, at der fuldstændigt og reelt er blevet taget afstand fra disse personers strafbare adfærd, idet vurderingen om afstandtagen overlades til den ordregivende myndigheds skøn med den konsekvens, at den ordregivende myndighed i praksis kan indføre en række forpligtelser, hvis manglende opfyldelse medfører udelukkelse fra udbudsproceduren, herunder navnlig

i) oplysnings- og erklæringsforpligtelser om strafferetlige procedurer, som endnu ikke er afgjort ved endelig dom (og hvis udfald således er usikkert), der ifølge loven end ikke er fastlagt med hensyn til personer, der bestrider embeder

ii) forpligtelser til spontan afstandtagen, idet disse forpligtelser ikke er nærmere bestemt med hensyn til dels de former for adfærd, som ikke er strafbare, dels den respektive tidsramme (hvis opfyldelse kan kræves selv inden det tidspunkt, hvor straffedommen bliver endelig), dels den fase i proceduren, hvor de skal opfyldes

iii) forpligtelser til loyalt samarbejde med upræcis afgrænsning, bortset fra en henvisning til det almindelige krav om god tro?«

## *Om det præjudicielle spørgsmål*

### *Formaliteten*

17 Det er provinsen Bolzanos opfattelse, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke kan antages til realitetsbehandling. Efter provinsen Bolzanos opfattelse har Domstolen allerede i dom af 10. juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), truffet afgørelse vedrørende et spørgsmål om fortolkningen af artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18, som ligner det, der er rejst i nærværende sag.

18 I denne henseende skal det blot bemærkes, at en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkning ikke kan afvises fra realitetsbehandling alene af den grund, at den ligner et præjudicielt spørgsmål, med hensyn til hvilket Domstolen allerede har truffet afgørelse. Under alle omstændigheder vedrørte den sag, som gav anledning til den i den foregående præmis nævnte dom, en anden retlig situation, hvor en tilbudsgiver var blevet udelukket som følge af manglende betaling af bidrag til sociale sikringsordninger i forbindelse med en udbudsprocedure, hvorpå alene EUF-traktatens grundlæggende regler og generelle principper fandt anvendelse, eftersom den tærskelværdi, der er fastsat i artikel 7, litra c), i direktiv 2004/18, ikke var nået.

19 Provinsen Bolzano er endvidere af den opfattelse, at det præjudicielle spørgsmål savner forbindelse med realiteten i hovedsagen, idet udelukkelsen udgjorde en sanktion for, at Mantovani ikke fuldstændigt og reelt havde taget afstand fra den adfærd, som selskabets forhenværende administrerende direktør, B, havde udvist, og ikke for en tilsidesættelse af oplysnings- eller erklæringsforpligtelser. Desuden er henvisningen til udelukkelsesgrunden angående urigtige oplysninger, som er indeholdt i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra g), og artikel 45, stk. 3, i direktiv 2004/18, hverken relevant eller afgørende.

20 Det bemærkes i denne henseende, at der foreligger en formodning for, at spørgsmål om EU-retten er relevante. Domstolen kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en sagligt korrekt besvarelse af de forelagte spørgsmål (dom af 8.9.2015, Taricco m.fl., C-105/14, EU:C:2015:555, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).

21 I det foreliggende tilfælde har den forelæggende ret anført, at de oplysninger, som Mantovani afgav den 4. og den 16. december 2013, hvorefter der ikke forelå nogen dom med endelig retskraft, ikke kan anses for at være »urigtige oplysninger« som omhandlet i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra g), i direktiv 2004/18. Den forelæggende ret har endvidere præciseret, at den ikke desto mindre står over for spørgsmålet om, hvorvidt det i henhold til EU-retten er tilladt at tage hensyn til manglende oplysning om straffesager mod forhenværende administrerende direktører i en tilbudsgivende virksomhed, når der endnu ikke foreligger en endelig dom.

22 Under disse omstændigheder fremgår det ikke klart, at det præjudicielle spørgsmål savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand.

23 Heraf følger, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

*Realiteten*

24 Med spørgsmålet ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 2004/18, herunder navnlig artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra c) og g), og artikel 45, stk. 3, litra a), heri, og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, retssikkerhedsprincippet, ligebehandlingsprincippet, proportionalitetsprincippet samt princippet om gennemsigtighed skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, der gør det muligt for en ordregivende myndighed i henhold til betingelser, som denne selv har fastsat, at tage hensyn til en straffedom, hvorved den administrerende direktør i en tilbudsgivende virksomhed er blevet dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om virksomhedens faglige hæderlighed, når den administrerende direktør er fratrådt sin stilling året inden offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, og at udelukke denne virksomhed fra deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure med den begrundelse, at virksomheden – idet den har undladt at oplyse om denne endnu ikke endelige straffedom – ikke fuldstændigt og reelt har taget afstand fra den administrerende direktørs adfærd.

25 Det skal indledningsvis bemærkes, at den forelæggende ret i formuleringen af det præjudicielle spørgsmål henviser til udelukkelsesgrundene i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra c) og g), i direktiv 2004/18 om udelukkelse af henholdsvis en tilbudsgiver, som ved en retskraftig dom ifølge landets retsforskrifter er dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed, og en tilbudsgiver, som svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kan kræves i henhold til afdeling 2 i direktivets kapital VII, eller som har undladt at give disse oplysninger.

26 Som det fremgår af oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen, blev Mantovani udelukket fra udbudsproceduren med den begrundelse, at de oplysninger, som selskabet havde meddelt for at bevise, at det havde taget afstand fra den administrerende direktørs adfærd, var ufuldstændige og fremlagt for sent. Selskabet blev bl.a. foreholdt, at det i sine erklæringer af 4. og 16. december 2013 ikke havde oplyst, at dets forhenværende administrerende direktør var genstand for en straffesag, der ledte til en dom om anvendelse af straf efter begæring fra parterne i det lukkede retsmøde den 6. december 2013.

27 Således som Europa-Kommissionen har bekræftet, kan det derfor antages, at de faktiske omstændigheder i hovedsagen kan være omfattet af udelukkelsesgrunden i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18, hvorefter en tilbudsgiver, som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret, kan udelukkes.

28 Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at den omstændighed, at den forelæggende ret har udformet det præjudicielle spørgsmål under henvisning til bestemte EU-retlige bestemmelser, ikke er til hinder for, at Domstolen oplyser denne ret om alle de fortolkningsmomenter, der kan være til nytte ved afgørelsen af den sag, som verserer for denne, uanset om den henviser til dem i sine spørgsmål. Det tilkommer herved Domstolen fra samtlige de oplysninger, der er fremlagt af den nationale ret, navnlig af forelæggelsesafgørelsens præmisser, at udlede de EU-retlige elementer, som det under hensyn til sagens genstand er nødvendigt at fortolke (jf. bl.a. dom af 22.10.2015, Impresa Edilux og SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

29 Under disse omstændigheder må det antages, at det præjudicielle spørgsmål ligeledes vedrører fortolkningen af den fakultative udelukkelsesgrund i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18.

30 For så vidt angår de fakultative udelukkelsesgrunde skal det indledningsvis fastslås, at det i henhold til artikel 45, stk. 2, sidste afsnit, i direktiv 2004/18 tilkommer medlemsstaterne under overholdelse af fællesskabsretten at fastsætte »gennemførelsesbestemmelserne« til dette stykke.

31 I henhold til fast retspraksis tilsigter artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18 ikke en ensartet anvendelse af de i bestemmelsen nævnte udelukkelsesgrunde på EU-plan, for så vidt som medlemsstaterne har mulighed for at undlade at anvende disse udelukkelsesgrunde eller at integrere dem i større eller mindre grad i den nationale lovgivning, på baggrund af retlige, økonomiske eller sociale overvejelser på nationalt plan. Herefter har medlemsstaterne kompetence til at lempe kriterierne i bestemmelsen eller gøre dem mere fleksible (dom af 14.12.2016, Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).

32 Medlemsstaterne råder således over en vis skønsbeføjelse i forbindelse med fastsættelsen af betingelserne for gennemførelse af de fakultative udelukkelsesgrunde i artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18.

33 For så vidt angår den fakultative udelukkelsesgrund i direktivets artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra c), hvorefter den ordregivende myndighed kan udelukke en tilbudsgiver, som ved en retskraftig dom ifølge landets retsforskrifter er dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om tilbudsgiverens faglige hæderlighed, fra deltagelse i en udbudsprocedure, skal det indledningsvis bemærkes, at bestemmelsen ikke nærmere præciserer, hvordan strafbare handlinger, som ledere af eller administrerende direktører i en juridisk person har begået, kan føre til udelukkelse af den juridiske person i henhold til bestemmelsen.

34 Således som generaladvokaten har anført i punkt 54-58 i forslaget til afgørelse, tager EU-retten imidlertid udgangspunkt i den forudsætning, at juridiske personer optræder igennem deres repræsentanter. Adfærd udvist af en repræsentant, som strider mod faglig hæderlighed, kan således være af betydning ved vurderingen af en virksomheds faglige hæderlighed. Medlemsstaterne kan således under udøvelsen af deres kompetence til at fastsætte betingelserne for gennemførelse af de fakultative udelukkelsesgrunde bestemme, at adfærd, der er udøvet af en tilbudsgivende virksomheds administrerende direktør, og som strider mod faglig hæderlighed, skal udgøre et af de forhold, som kan være af betydning ved vurderingen af virksomhedens integritet.

35 I denne henseende kan der i henhold til artikel 45, stk. 1, in fine, i direktiv 2004/18 i den nationale lovgivning med hensyn til udelukkelsesgrundende tages hensyn til, om administrerende direktører i den juridiske person har udvist strafbar adfærd. Der er således intet til hinder for, at medlemsstaterne, når disse anvender udelukkelsesgrunden i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra c), i direktiv 2004/18, finder, at adfærd, som er udvist af en administrerende direktør, der repræsenterer en tilbudsgivende virksomhed, kan tilregnes virksomheden.

36 Den omstændighed, at der i forbindelse med udelukkelsesgrunden i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra c), i direktiv 2004/18 tages hensyn til adfærd, som er udvist af den administrerende direktør i en tilbudsgiver, der er stiftet som en juridisk person, kan således ikke anses for at være en »udvidelse« af anvendelsesområdet for denne udelukkelsesgrund, men udgør en gennemførelse af dette, hvorved den nævnte udelukkelsesgrunds effektive virkning opretholdes.

37 Dernæst kan det forhold, at de faktiske omstændigheder, der kan medføre udelukkelse af tilbudsgiveren, angår adfærd, som er udvist af en administrerende direktør, der er fratrådt sin stilling på datoen for udbudsbekendtgørelsens offentliggørelse, heller ikke være til hinder for anvendelsen af denne udelukkelsesgrund.

38 Denne udelukkelsesgrund omfatter utvivlsomt en økonomisk aktørs culpøse adfærd, der er udvist inden udbudsproceduren. Det tilkommer medlemsstaten under hensyntagen til proportionalitetsprincippet at fastsætte den dato, hvorfra en sådan adfærd kan begrunde udelukkelse af tilbudsgiveren.

39 Hvad endvidere angår spørgsmålet om, hvorvidt en strafbar handling har rejst tvivl om en tilbudsgivende virksomheds faglige hæderlighed, skal det konstateres, at en selskabsdirektørs deltagelse i udstedelse af falske fakturaer kan anses for at være en strafbar handling, der rejser tvivl om den faglige hæderlighed.

40 Hvad endelig angår betingelsen om, at dommen skal være retskraftig, skal det bemærkes, at denne betingelse er opfyldt i hovedsagen, eftersom afgørelsen om udelukkelse blev vedtaget efter, at dommen over B havde fået endelig retskraft.

41 I overensstemmelse med den i nærværende doms præmis 31 anførte retspraksis kan medlemsstaterne lempe betingelserne for gennemførelse af de fakultative udelukkelsesgrunde og således undlade at anvende en udelukkelsesgrund, hvor en tilbudsgivende virksomhed har taget afstand fra den strafbare handling. I et sådant tilfælde kan medlemsstaten ligeledes fastsætte betingelser for denne afstandtagen

og – som det er gjort i den italienske lovgivning – stille krav om, at den tilbudsgivende virksomhed oplyser den ordregivende myndighed om, at virksomhedens administrerende direktør er blevet dømt, selv om dommen endnu ikke er endelig.

42 Den tilbudsgivende virksomhed, som skal opfylde disse betingelser, kan fremlægge alle de beviser, som efter dennes opfattelse godtgør en sådan afstandtagen.

43 Såfremt den ordregivende myndighed ikke finder det bevist, at virksomheden har taget afstand fra den strafbare handling, må udelukkelsesgrunden nødvendigvis finde anvendelse.

44 Henset til det i nærværende doms præmis 27 anførte kan artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 finde anvendelse i en situation, hvor den dom, hvorved det fastslås, at der er begået en strafbar handling, som rejser tvivl om den administrerende direktør i en tilbudsgivende virksomheds faglige hæderlighed, endnu ikke er endelig. I henhold til denne bestemmelse kan der ske udelukkelse af en tilbudsgiver, som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret.

45 I denne henseende skal det konstateres, at de betragtninger, som er anført i nærværende doms præmis 34-43, gælder og finder tilsvarende anvendelse for så vidt angår alvorlige fejl, som begås i forbindelse med udøvelsen af et erhverv.

46 En af forskellene i forhold til anvendelsen af artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra c), i direktiv 2004/18 er den omstændighed, at den ordregivende myndighed »bevisligt« kan konstatere, at der foreligger en sådan alvorlig fejl.

47 I denne forbindelse kan en retsafgørelse – om end den endnu ikke er blevet endelig – alt efter afgørelsens genstand udgøre et bevis for, at der er begået en alvorlig fejl i udøvelsen af et erhverv, idet myndighedens afgørelse under alle omstændigheder kan underlægges domstolskontrol.

48 Det skal hertil bemærkes, at en tilbudsgiver kan udelukkes i henhold til artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra g), i direktiv 2004/18, såfremt denne svigagtigt har givet urigtige oplysninger eller har undladt at give de oplysninger, der kan kræves i henhold til direktivets afsnit II, kapital VII, afdeling 2, dvs. vedrørende »kriterier[ne] for kvalitativ udvælgelse«. Den omstændighed, at det undlades at oplyse den ordregivende myndighed om den forhenværende administrerende direktørs strafbare handlinger, kan ligeledes begrunde, at en tilbudsgiver i henhold til denne bestemmelse udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure.

49 For så vidt angår direktivets artikel 45, stk. 3, første afsnit, litra a), skal det blot bemærkes, at den forelæggende ret ikke har redegjort for, hvorfor der, henset til sagens faktiske omstændigheder, er behov for en fortolkning af denne bestemmelse.

50 I det præjudicielle spørgsmål henviser den forelæggende ret endvidere til en række principper – hvoraf kun visse har status af EU-retlige principper – uden nærmere at angive, hvorfor disse principper, henset til sagens faktiske omstændigheder, kan være af betydning og i strid med den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning.

51 For så vidt angår ligebehandlingsprincippet skal det under disse omstændigheder blot bemærkes, at en situation, hvori en tilbudsgivende virksomheds administrerende direktør har begået en strafbar handling, som rejser tvivl om virksomhedens faglige hæderlighed, eller en alvorlig fejl i udøvelsen af sit erhverv, henset til, at målet med den nationale lovgivning er at beskytte udbudsproceduren i sin helhed, ikke er sammenlignelig med en situation, hvori en tilbudsgivende virksomheds administrerende direktør ikke har gjort sig skyldig i handlinger.

52 For så vidt angår retssikkerhedsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og princippet om gennemsigtighed fremgår det ikke af anmodningen om præjudiciel forelæggelse, hvorfor der er behov for en fortolkning af disse principper i forhold til hovedsagen.

53 Hvad angår proportionalitetsprincippet skal det undersøges, hvorvidt dette kan finde anvendelse, henset til betydningen af den dato, hvorfra den administrerende direktørs culpøse adfærd kan antages at medføre udelukkelse af den tilbudsgivende virksomhed. Såfremt den tidsmæssige afstand er for stor, indskrænker den nationale lovgivning muligvis anvendelsesområdet for EU-direktiverne om udbud.

54 I denne henseende synes det ikke uforholdsmæssigt at tage hensyn til culpøs adfærd, som er udvist i året inden offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, for så vidt som den i hovedsagen omhandlede lovgivning foreskriver, at virksomheden kan bevise, at den fuldstændigt og reelt har taget afstand fra den administrerende direktørs handlinger.

55 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at direktiv 2004/18 – navnlig artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra c), d) og g) – samt ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning, der gør det muligt for en ordregivende myndighed

– i henhold til betingelser, som myndigheden selv har fastsat, at tage hensyn til en straffedom – selv om denne endnu ikke er blevet endelig – hvorved den administrerende direktør i en tilbudsgivende virksomhed er blevet dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om virksomhedens faglige hæderlighed, når den administrerende direktør er fratrådt sin stilling året inden offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, og

– at udelukke denne virksomhed fra deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure med den begrundelse, at virksomheden – idet den har undladt at oplyse om den endnu ikke endelige straffedom – ikke fuldstændigt og reelt har taget afstand fra den administrerende direktørs adfærd.

***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 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 (Fjerde Afdeling) for ret:

**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 – navnlig artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra c), d) og g) – samt ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning, som gør det muligt for en ordregivende myndighed**

– **i henhold til betingelser, som myndigheden selv har fastsat, at tage hensyn til en straffedom – selv om denne endnu ikke er blevet endelig – hvorved den administrerende direktør i en tilbudsgivende virksomhed er blevet dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om virksomhedens faglige hæderlighed, når den administrerende direktør er fratrådt sin stilling året inden offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, og**

– **at udelukke denne virksomhed fra deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure med den begrundelse, at virksomheden – idet den har undladt at oplyse om den endnu ikke endelige straffedom – ikke fuldstændigt og reelt har taget afstand fra den administrerende direktørs adfærd.**

Underskrifter