

Foreløbig udgave

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

4. maj 2017(*)

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – direktiv 2004/18/EF – ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet – de økonomiske aktørers tekniske og/eller faglige formåen – artikel 48, stk. 3 – mulighed for at basere sig på andre aktørers formåen – artikel 51 – mulighed for at supplere bud – artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra g) – udelukkelse fra deltagelse i et offentligt udbud som følge af en alvorlig fejl«

I sag C-387/14,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager, Polen) ved afgørelse af 25. juli 2014, indgået til Domstolen den 14. august 2014, i sagen

Esaprojekt sp. z o.o.

mod

Województwo Łódzkie,

procesdeltagere:

Konsultant Komputer sp. z o.o.,

DOMSTOLEN (Femte Afdeling),

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

generaladvokat: M. Bobek,

justitssekretær: fuldmægtig X. Lopez Bancalari,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 21. september 2016,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Województwo Łódzkie ved radcy prawni M. Popielarczyk og A. Faliszek-Rosiak samt ved P. Krystynowicz og M. Kaczmarczyk, som befuldmægtigede,
- den polske regering ved B. Majczyna og D. Lutostańska, som befuldmægtigede,

– den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato C. Colelli,

– Europa-Kommissionen ved J. Hottiaux og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 24. november 2016,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af 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 (EUT 2004, L 134, s. 114).

2 Denne anmodning er forelagt som led i en tvist mellem Esaprojekt sp. z o.o. og Województwo Łódzkie (Voïvodie i Łódź, Polen) (herefter »den ordregivende myndighed«) vedrørende betingelserne for at vælge et bud indgivet af den økonomiske operatør Konsultant Komputer sp. z o.o. inden for rammerne af en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt for levering af informationssystemer til sygehuse i Polen.

Retsforskrifter

EU-retten

3 Følgende fremgår af 46. betragtning til direktiv 2004/18:

»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. Derfor bør der kun tillades anvendelse af to tildelingskriterier, nemlig »den laveste pris« og »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

For at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling ved tildelingen af kontrakter bør der indføres pligt – i overensstemmelse med retspraksis – til at fastholde den nødvendige gennemsigtighed, for at alle tilbudsgivere kan være rimeligt informeret om de kriterier og regler, der anvendes til afdækning af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. [...]«

4 Direktivets artikel 1, stk. 2, litra a), har følgende ordlyd:

»Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.«

5 Dette direktivs artikel 2, der har overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter«, fastsætter følgende:

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

6 Artikel 44 i direktiv 2004/18 med overskriften »Egnethedsundersøgelse og udvælgelse af deltagere, tildeling af kontrakter« har følgende ordlyd:

»1. Kontrakter tildeles på grundlag af kriterierne i artikel 53 og 55 under hensyn til artikel 24, efter at de ordregivende myndigheder har undersøgt, om de økonomiske aktører, der ikke er udelukket i henhold til artikel 45 og 46, er egnede; en sådan egnethedsundersøgelse udføres i overensstemmelse med kriterierne om økonomisk og finansiell formåen, faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i artikel 47-52 og om nødvendigt i overensstemmelse med de ikke-diskriminerende regler og kriterier, der er nævnt i stk. 3.

2. De ordregivende myndigheder kan kræve minimumskriterier for egnethed, som ansøgere og tilbudsgivere i overensstemmelse med artikel 47 og 48 skal opfylde.

Omfanget af de i artikel 47 og 48 omhandlede oplysninger samt de minimumskriterier for egnethed, der kræves i forbindelse med en bestemt kontrakt, skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand.

Disse minimumskriterier anføres i udbudsbetingelserne.

[...]

7 Direktivets artikel 45, som har overskriften »Ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold«, bestemmer i stk. 2:

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

[...]

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.«

8 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) [...]

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. [...]

[...]

3. En økonomisk aktør kan i givet fald og for en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders formåen uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem aktøren selv og disse enheder. Den skal i så fald godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han råder over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens udførelse, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders tilsagn om at stille de nødvendige ressourcer til rådighed for den økonomiske aktør.

4. En sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i artikel 4 kan på samme vilkår basere sig på sammenslutningens deltagers formåen eller andre enheders formåen.

[...]

9 Artikel 51 i direktiv 2004/18 med overskriften »Supplerende dokumenter og oplysninger« er affattet således:

»Den ordregivende myndighed kan anmode de økonomiske aktører om at supplere eller uddybe den i medfør af artikel 45-50 forelagte dokumentation.«

Polsk ret

10 Direktiv 2004/18 blev gennemført i den polske retsorden ved l'a Ustawa Prawo zamówień publicznych (lov om offentlige kontrakter, konsolideret udgave, Dz. U. af 2013, afsnit 907, 984, 1047 og 1473 samt Dz. U. af 2014, afsnit 423, herefter »lov om offentlige kontrakter«).

11 Artikel 24, stk. 2, nr. 3 og 4, i lov om offentlige kontrakter har følgende ordlyd:

»Fra udbudsproceduren udelukkes ligeledes økonomiske aktører, som:

3) har afgivet urigtige oplysninger, som har eller kan have indflydelse på resultatet af den igangværende procedure [...]

4) ikke har dokumenteret, at de opfylder kriterierne for at deltage i proceduren.«

12 Lovens artikel 26, stk. 2b og 4, bestemmer:

»2b. En økonomisk aktør kan basere sig på andre enheders viden og erfaring, tekniske formåen, deres kvalificerede personale til at udføre ordren eller deres finansielle formåen, uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem aktøren selv og disse enheder. Aktøren skal i så fald godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han råder over de nødvendige ressourcer til at udføre kontrakten, bl.a. ved at fremlægge skriftlige tilsagn fra disse enheder om, at de vil stille de nødvendige ressourcer til rådighed for ham under udførelsen af kontrakten [...]

4. Den ordregivende myndighed opfordrer desuden til at indsende forklaringer til de af artikel 25, stk. 1, omhandlede erklæringer og dokumenter inden for en af myndigheden fastsat frist.«

13 Denne lovs artikel 93, stk. 1, nr. 7, bestemmer:

»Den ordregivende myndighed erklærer proceduren med henblik på tildeling af en kontrakt for ugyldig, når den [...] er behæftet med en uoprettelig uregelmæssighed, der udelukker indgåelse af en offentlig kontrakt, som ikke er behæftet med en annullationsgrund.«

14 Artikel 1, stk. 6, i Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (forordning fra ministerrådets præsident af 19. februar 2013 om den type dokumentation, der af den ordregivende myndighed kan afkræves en økonomisk operatør, og den måde, hvorpå denne dokumentation skal fremlægges (Dz. U. af 2013, afsnit 231)) har følgende ordlyd:

»Hvis en økonomisk aktør for at godtgøre, at han opfylder betingelserne i lovens artikel 22, stk. 1, baserer sig på andre enheders ressourcer i henhold til bestemmelserne i [lov om offentlige kontraktens] artikel 26, stk. 2b, kan den ordregivende myndighed, når den bedømmer, om en økonomisk aktør råder over andre enheders ressourcer i det til en korrekt gennemførelse af kontrakten nødvendige omfang, eller om forbindelserne mellem den økonomiske aktør og disse enheder rent faktisk sikrer en adgang til disse ressourcer, kræve:

- 1) for betingelserne i artikel 22, stk. 1, nr. 4, i [lov om offentlige kontrakter], de bilag, der er opregnet i artikel 22, stk. 1, nr. 9-11, og andre bilag om økonomisk og finansiel formåen som fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne
- 2) bilag vedrørende bl.a.:
 - a) omfanget af en anden enheds ressourcer, som en økonomisk aktør kan få adgang til
 - b) måden, hvorpå den økonomiske aktør vil anvende en anden enheds ressourcer til at gennemføre kontrakten
 - c) karakteren af forbindelsen mellem en operatør og en anden enhed, og
 - d) omfanget og varigheden af en anden enheds deltagelse i kontraktens gennemførelse.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

15 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at den ordregivende myndighed indledte en udbudsprocedure vedrørende »modernisering af de eksisterende og indførelse af nye informationssystemer på sygehuse underlagt provinsen Województwo Łódzkie (Polen) inden for det regionale medicinske informationssystem (RMI)«. Denne udbudsbekendtgørelse blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 29. november 2013 under nr. 2013/S 232-402292.

16 Med henblik på at indgå denne kontrakt valgte den ordregivende myndighed at afholde et offentligt udbud og inddelte genstanden for kontrakten i flere dele, der dækkede forskellige sygehuse. Den gav således de interesserede økonomiske aktører mulighed for at fremsætte bud for ikke alene hele kontrakten, men ligeledes for en del af denne.

17 Tvisten i hovedsagen vedrører særligt tildelingen af del 3 vedrørende indkøb og levering af et integreret sygehussystem til administration af det administrative (grå) og det medicinske (hvide) område på provinssygehuset Nikolaus Kopernikus i Piotrków Trybunalski (Polen). Kontrakten vedrører en standardsoftware, som den økonomiske operatør skal levere, installere og konfigurere som led i gennemførelsen af kontrakten.

18 I henhold til udbudsbetingelsernes punkt 6.1 og underafsnit 6.1.2 skulle hver tilbudsgivende ansøger, der fremsatte et bud på del 3, for at godtgøre sin erfaring bl.a. bevise at have udført mindst to kontrakter, som hver omhandlede levering, installation, konfiguration og indførelse af et integreret sygehussystem (HIS) inden for det hvide og det grå område på et sygehus med mindst 200 sengepladser til en værdi af mindst 450 000 polske zloty (PLN) (ca. 101 676,08 EUR) inklusive merværdiafgift (moms).

19 Med henblik herpå påhvilede det hver økonomisk aktør bl.a. at fremlægge en liste over de vigtigste leveringer, denne havde foretaget i de tre år forud for udløbet af fristen for fremsættelse af bud, eller i givet fald, såfremt der var tale om en periode med mindre aktivitet, at præcisere genstanden, værdien, datoen for gennemførelse og de enheder, for hvilke disse leveringer blev foretaget, og ved at vedlægge beviser for den faktiske gennemførelse heraf.

20 Den økonomiske aktør, Konsultant Komputer, fremlagde i sit bud en liste med to rubrikker om leveringen, installationen, konfigurationen og indførelsen af to integrerede sygehussystemer, som var gennemført for henholdsvis specialsygehuset J. Korczak i Słupsk (Polen) og specialsygehuset J. Śniadecki i Nowy Sącz (Polen) af et konsortium bestående af Konsultant IT sp. z o.o. og Konsultant Komputer.

21 Den ordregivende myndighed valgte Konsultant Komputers bud, idet den fandt, at det var det økonomisk mest fordelagtige for del 3.

22 Som ansøger, der blev udelukket som led i denne procedure, indledte Esaprojekt et søgsmål for Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager, Polen) til prøvelse af den ordregivende myndigheds beslutning om at vælge Konsultant Komputers bud. Esaprojekt foreholdt i det væsentlige den ordregivende myndighed, at den ikke havde fastslået, at det pågældende bud var støttet på urigtige oplysninger og ikke opfyldte betingelserne fastsat i udbudsbetingelsernes underafsnit 6.1.2. Dette bud skulle følgelig have været afvist i henhold til artikel 24, stk. 2, nr. 3, i lov om offentlige kontrakter.

23 Ved afgørelse af 7. april 2014 pålagde Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager) den ordregivende myndighed at annullere valget af det økonomisk mest fordelagtige bud for del 3 og at anmode Konsultant Komputer om i henhold til artikel 26, stk. 4, i lov om offentlige kontrakter at fremlægge præciseringer om de kontrakter, som denne havde omtalt i sit bud. Den ordregivende myndighed annullerede således sin afgørelse og anmodede Konsultant Komputer om at supplere dokumenterne med henblik på at godtgøre, at den i udbudsbetingelsernes underafsnit 6.1.2 fastsatte betingelse om viden og erfaring for at være ansøger var opfyldt.

24 Som svar på denne anmodning anførte Konsultant Komputer ved skrivelse af 29. april 2014, dels at den kontrakt, virksomheden havde omtalt, vedrørte de funktioner, som den ordregivende myndighed havde defineret som det grå område, dels at den liste over leveringer, der var vedlagt dens bud, vedrørte gennemførelsen af to kontrakter, nemlig kontrakt nr. 51/2/2010 af 5. oktober 2010 og kontrakt nr. 62/2010 af 6. december 2010.

25 Det fremgik imidlertid af de oplysninger, som Konsultant Komputer fremlagde, at ydelserne for det regionale specialsygehus J. Korczak i Słupsk i virkeligheden blev gennemført som led i to forskellige kontrakter, hvoraf den ene ikke indeholdt det hvide område, og den anden ikke indeholdt det grå område.

26 I betragtning af disse afklaringer fandt den ordregivende myndighed, at de ydelser, der var udført for det regionale specialsygehus J. Korczak i Słupsk, ikke opfyldte den i udbudsbetingelsernes underafsnit 6.1.2 fastsatte betingelse, hvorefter hver kontrakt skulle fremvise alle de forhold, som nævnes heri, navnlig levering, installation, konfiguration og indførelse af et integreret sygehusystem (HIS) på det hvide og grå område. Følgelig anmodede den ordregivende myndighed Konsultant Komputer om at supplere sit materiale i denne henseende.

27 Med henblik herpå fremlagde Konsultant Komputer en ny liste over leveringer, hvori virksomheden baserede sig på en anden enheds erfaring, Medinet Systemy Informatyczne sp. z o.o., vedrørende to leveringer, nemlig for det første for det offentlige sygehus i Janów Lubelski og for det andet for det regionale jernbanehospital i Lublin (Polen). Konsultant Komputer fremlagde ligeledes et tilsagn fra Medinet Systemy Informatyczne om som rådgiver og konsulent at stille de nødvendige midler til rådighed for gennemførelsen af kontrakten og anførte atter den levering, der var foretaget til specialsygehuset J. Śniadecki i Nowy Sącz.

28 Eftersom den ordregivende myndighed var tilfreds med dette svar, valgte den atter Konsultant Komputers bud, idet den fandt, at det var det økonomisk mest fordelagtige for del 3.

29 Esaprojekt anlagde sag for Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager, Polen) med påstand om annullation af den ordregivende myndigheds beslutning samt om en ny vurdering af buddene og om udelukkelse af Konsultant Komputer, fordi sidstnævnte havde fremlagt urigtige oplysninger og ikke havde godtgjort, at virksomheden opfyldte betingelserne for at deltage i proceduren, navnlig de i udbudsbetingelsernes underafsnit 6.1.2 fastsatte.

30 Ifølge Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager) rejser tvisten i hovedsagen for det første spørgsmål om, hvorvidt artikel 2 og 51 i direktiv 2004/18 er til hinder for, at en økonomisk aktør, når han supplerer dokumenterne på den ordregivende myndigheds anmodning, kan påberåbe sig andre ydelser end dem, han havde anført i sit oprindelige bud, og om han i denne forbindelse kan påberåbe sig ydelser udført af en anden enhed, hvis ressourcer han ikke havde baseret sig på i sit oprindelige bud.

31 For det andet har den forelæggende ret rejst tvivl om muligheden for, at en økonomisk aktør under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede kan påberåbe sig den i artikel 48, stk. 3 i direktiv 2004/18 fastsatte ret til at basere sig på tredjeparters formåen, når han ikke selv opfylder minimumskravene for at deltage i en udbudsprocedure af en offentlig tjenesteydelseskontrakt.

32 Indledningsvis har Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager, Polen) ligeledes rejst spørgsmålet om, under hvilke omstændigheder en økonomisk aktør kan holdes ansvarlig for en alvorlig fejl og således kan udelukkes fra et offentligt udbud som omhandlet i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra g), i direktiv 2004/18.

33 Under disse omstændigheder har Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Tillader artikel 51, sammenholdt med [de principper], der er opstillet i artikel 2 i [direktiv 2004/18] om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling af økonomiske aktører og gennemsigtighedsprincippet, at en økonomisk aktør i forbindelse med forklaringen eller suppleringen af bilag anfører andre udførte kontrakter (dvs. udførte leverancer) end dem, som han har anført på den liste over leverancer, som var vedlagt tilbuddet; må han navnlig henvise til kontrakter, som er udført af en anden økonomisk aktør, hvis han ikke har nævnt i tilbuddet, at han kan råde over denne aktørs formåen?

2) Henset til [dom af 10. oktober 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647)], hvoraf det fremgår, at »ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i en udbudsforretning anmoder en ansøger om fremsendelse af dokumenter, som beskriver denne ansøgers situation, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres fandtes forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud, for så vidt som udbudsmaterialet ikke udtrykkeligt krævede fremsendelse af disse oplysninger, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet«, skal artikel 51 i direktiv [2004/18] fortolkes således, at supplerings af bilag kun er tilladt, hvis den vedrører bilag, som det objektivt kan kontrolleres fandtes forud for udløbet af fristen for at afgive tilbud eller fremsende anmodning om deltagelse i et udbud, eller således, at Domstolen kun har nævnt en af mulighederne, og at supplerings af bilag også er tilladt i andre tilfælde, f.eks. ved efterfølgende indsendelse af bilag, som ikke fandtes før udløbet af denne frist, men som objektivt kan bekræfte, at en forudsætning for deltagelse er opfyldt?

3) Dersom spørgsmål 2 skulle blive besvaret således, at også andre bilag end de i [dom af 10. oktober 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647)], nævnte kan suppleres, kan der da eftersendes bilag, som stammer fra den økonomiske aktør, fra underleverandører eller fra andre økonomiske aktører, hvis formåen den økonomiske aktør baserer sig på, hvis disse ikke er blevet indgivet i forbindelse med tilbuddet?

4) Tillader artikel 44, sammenholdt med artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 i direktiv [2004/18] opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, at en økonomisk aktør kan basere sig på en anden økonomisk aktørs formåen som omhandlet i [direktivets] artikel 48, stk. 3, på en sådan måde, at viden og erfaring hos to økonomiske aktører, som hver især ikke råder over den viden og erfaring, som kræves af den ordregivende myndighed, lægges sammen, hvis denne erfaring er udelelig (dvs. hvis betingelsen for at deltage i proceduren skal være fuldstændigt opfyldt af en økonomisk aktør), og udførelsen af kontrakten er udelelig (udgør en helhed)?

5) Tillader artikel 44, sammenholdt med artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 i direktiv [2004/18] opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, at en økonomisk aktør kan basere sig på erfaringen hos en gruppe af økonomiske aktører på en sådan måde, at en økonomisk aktør, som har udført en kontrakt som medlem af en gruppe af økonomiske aktører, kan

basere sig på udførelsen ved denne gruppe uafhængigt af, hvordan hans andel af udførelsen af denne kontrakt var, eller kan han kun basere sig på sin egen, faktisk erhvervede erfaring, som han har erhvervet ved udførelsen af den del af kontrakten, som var blevet tildelt ham inden for gruppen?

6) Kan artikel 45, stk. 2, [første afsnit,] litra g), i direktiv [2004/18], hvorefter en økonomisk aktør, som svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af oplysninger, eller som har undladt at give oplysninger, kan udelukkes fra at deltage i udbudsproceduren, fortolkes således, at en økonomisk aktør udelukkes fra proceduren, hvis han har givet urigtige oplysninger, som har haft eller kunne have indvirkning på procedurens resultat, ud fra den antagelse, at den pågældende vildledning alene skyldes afgivelsen af urigtige oplysninger til den ordregivende myndighed, som har indflydelse på den ordregivende myndigheds beslutning om at udelukke den økonomiske aktør (og afvise hans tilbud), uanset om den økonomiske aktør handlede forsætligt og bevidst eller uforsætligt, groft uagtsomt, uagtsomt eller under manglende iagttagelse af den nødvendige omhu? Er det kun for en økonomisk aktør, som har afgivet urigtige oplysninger (som ikke er i overensstemmelse med de faktiske forhold), at det kan antages, at han »svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af oplysninger [...] eller [...] har undladt at give [...] oplysninger«, eller gælder dette også for en økonomisk aktør, som ganske vist har afgivet rigtige oplysninger, men har gjort dette på en måde, som havde til formål at overbevise den ordregivende myndighed om, at den økonomiske aktør opfyldte de krav, som den ordregivende myndighed havde stillet, selv om dette ikke var korrekt?

7) Tillader artikel 44, sammenholdt med artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 i direktiv [2004/18] opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, at en økonomisk aktør kan basere sig på sin erfaring på den måde, at den økonomiske aktør baserer sig på to eller flere kontrakter tilsammen som én kontrakt, selv om den ordregivende myndighed ikke har givet denne mulighed hverken i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første til det tredje præjudicielle spørgsmål

34 Med det første til det tredje spørgsmål, som skal undersøges sammen, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 51, sammenholdt med artikel 2, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en økonomisk aktør efter fristen for at afgive bud i et offentligt udbud med henblik på at godtgøre, at han opfylder alle betingelserne for at deltage en offentlig udbudsprocedure, kan forelægge den ordregivende myndighed dokumenter, der ikke fremgik af hans oprindelige bud, såsom en kontrakt gennemført af tredjemand samt dennes tilsagn om at stille sin formåen og de ressourcer, der er nødvendige for at gennemføre den pågældende kontrakt, til rådighed for denne aktør.

35 For at besvare disse spørgsmål skal det bemærkes, at ordregivende myndigheder i henhold til 46. betragtning til og artikel 2 i direktiv 2004/18 er forpligtet til at overholde principperne om ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling af økonomiske aktører på en gennemsigtig måde (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 60).

36 For det første følger det således af ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling, at tilbudsgiverne gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres

tilbud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle tilbudsgivere. For det andet har gennemsigtighedsforpligtelsen til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side. Denne forpligtelse indebærer, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, for det første således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige tilbudsgivere kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde, og for det andet således at den ordregivende myndighed behørigt kan kontrollere, om tilbudsgivernes bud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis)

37 Det fremgår endvidere allerede af retspraksis, at ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling ligesom gennemsigtighedsforpligtelsen er til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver inden for rammerne af en offentlig udbudsprocedure, hvilket i princippet indebærer, at et bud ikke kan ændres efter dets afgivelse, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller tilbudsgiverens initiativ. Det følger heraf, at den ordregivende myndighed ikke må anmode en tilbudsgiver, hvis bud ifølge myndigheden er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, om supplerende oplysninger (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis)

38 Domstolen har imidlertid præciseret, at artikel 2 i direktiv 2004/18 ikke er til hinder for, at oplysningerne vedrørende tilbuddet i enkelttilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis)

39 Det påhviler med henblik herpå den ordregivende myndighed bl.a. at sikre sig, at en anmodning om supplerende tilbudsoplysninger ikke fører til, at tilbudsgiver i virkeligheden fremsætter et nyt tilbud (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis).

40 Desuden påhviler det den ordregivende myndighed under udøvelsen af sit skøn for så vidt angår muligheden for at anmode ansøgerne om at præcisere deres bud at behandle ansøgerne ens og rimeligt, således at en anmodning om supplerende oplysninger ikke efter afslutningen af proceduren for udvælgelse af buddene og i lyset af resultatet heraf kan fremstå som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere, som har været genstand for denne anmodning (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis).

41 I denne sag forelagde Konsultant Komputer efter fristen for at afgive bud i den pågældende offentlige udbudsprocedure den ordregivende myndighed dokumenter, som ikke fremgik af virksomhedens oprindelige bud. Som bemærket i denne doms præmis 27 nævnte denne aktør især en kontrakt, der var gennemført af tredjemand, samt dennes tilsagn om at stille de nødvendige ressourcer med henblik på gennemførelsen af den i hovedsagen omhandlede kontrakt til rådighed for denne aktør.

42 Sådanne præciseringer udgør langt fra en præcisering i enkelttilfælde eller en berigtigelse af åbenlyse indholdsmæssige fejl som omhandlet i den i denne doms præmis 38 omtalte retspraksis, men udgør i virkeligheden en indholdsmæssig og væsentlig ændring af det oprindelige bud, som snarere svarer til fremsættelsen af et nyt bud.

43 Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 30 i sit forslag til afgørelse, påvirker en sådan meddelelse således direkte grundlæggende forhold i den offentlige udbudsprocedure, nemlig selve identiteten på den økonomiske aktør, der eventuelt vinder det pågældende offentlige udbud, samt kontrollen af denne aktørs formåen og således dennes egnethed til at gennemføre den pågældende kontrakt som omhandlet i artikel 44, stk. 1, i direktiv 2004/18.

44 På denne baggrund har den ordregivende myndighed ved at tillade den pågældende økonomiske aktør at fremlægge de omhandlede dokumenter med henblik på at supplere sit bud givet denne aktør en uberettiget fordelagtig behandling i forhold til de andre tilbudsgivere og har herved tilsidesat ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling af økonomiske aktører samt den heraf afledte gennemsigtighedsforpligtelse, som de ordregivende myndigheder er underlagt i medfør af artikel 2 i direktiv 2004/18.

45 I betragtning af det ovenstående skal det første til det tredje spørgsmål besvares med, at artikel 51, sammenholdt med artikel 2, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en økonomisk aktør efter fristen for at afgive bud i et offentligt udbud med henblik på at godtgøre, at han opfylder alle betingelserne for at deltage i en offentlig udbudsprocedure, kan forelægge den ordregivende myndighed dokumenter, der ikke fremgik af hans oprindelige bud, såsom en kontrakt gennemført af tredjemand samt dennes tilsagn om at stille sin formåen og de ressourcer, der er nødvendige for at gennemføre den pågældende kontrakt, til rådighed for denne aktør.

Det fjerde spørgsmål

46 Med sit fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 44 i direktiv 2004/18, sammenholdt med dette direktivs artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 heri opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, skal fortolkes således, at den tillader en økonomisk aktør at basere sig på en anden økonomisk aktørs formåen som omhandlet i direktivets artikel 48, stk. 3, på en sådan måde, at viden og erfaring hos to økonomiske aktører, som hver især ikke råder over den viden og erfaring, som kræves for at gennemføre en bestemt kontrakt, lægges sammen, hvis den ordregivende myndighed finder, at den pågældende kontrakt er udelelig og således skal gennemføres af en enkelt aktør.

47 Det skal med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål indledningsvis bemærkes, at alle økonomiske aktører i henhold til artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 indrømmes en ret til for en bestemt kontrakt at påberåbe sig andre enheders formåen, uanset hvilken forbindelse der er mellem den økonomiske aktør og disse enheder, for så vidt som de over for den ordregivende myndighed fører bevis for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren rent faktisk har de nødvendige midler til at gennemføre kontrakten (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

48 Domstolen har imidlertid allerede fastslået, at bestemmelserne i direktiv 2004/18 ikke er til hinder for, at udøvelsen af den ret, som er fastsat i dette direktivs artikel 47, stk. 2, og artikel 48,

stk. 3, i undtagelsestilfælde begrænses (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

49 Det kan således ikke udelukkes, at bygge- og anlægsarbejder har særlige kendetegn, der medfører et behov for en vis formåen, som ikke kan opnås ved at samle ringere formåen fra flere økonomiske aktører. I et sådant tilfælde kan den ordregivende myndighed således kræve, at en enkelt økonomisk aktør skal opfylde minimumsniveaet for den pågældende formåen, eller i givet fald at et begrænset antal økonomiske aktører opfylder disse i henhold til artikel 44, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/18, eftersom dette krav er forbundet med og afpasset efter den pågældende kontrakts genstand (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

50 I nærværende sag krævede specifikationerne i det i hovedsagen omhandlede udbud som nævnt i denne doms præmis 18, at tilbudsgiverne fremlagde i hvert fald to kontrakter, der var gennemført inden for et bestemt område.

51 På den ordregivende myndigheds anmodning har Konsultant Komputer med henblik på at godtgøre, at virksomheden har den tilstrækkelige formåen til at gennemføre den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt, baseret sig på en anden enheds erfaring, der som anført i denne doms præmis 27 består i to leveringer foretaget af Medinet Systemy Informatyczne.

52 Som generaladvokaten har anført i punkt 46 i sit forslag til afgørelse, er det præjudicielle spørgsmål støttet på den af den forelæggende ret efterprøvede forudsætning om, at den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt er en udelelig kontrakt, hvorfor en enkelt aktør skal opfylde de pågældende minimumskrav til formåen, og dette ikke kan gøres ved at anvende flere økonomiske aktørers formåen. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, har Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager, Polen) fundet, at udelukkelsen af muligheden for at basere sig på flere økonomiske aktørers erfaring er forbundet med og står i forhold til genstanden for den pågældende kontrakt.

53 På denne baggrund og i betragtning af den ovenfor i præmis 48 og 49 nævnte retspraksis kunne den pågældende økonomiske aktør ikke basere sig på tredjemands formåen for at godtgøre, at han har rådighed over de ressourcer, der kræves for at gennemføre den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt.

54 Følgelig skal det fjerde spørgsmål besvares med, at artikel 44 i direktiv 2004/18, sammenholdt med dette direktivs artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 heri opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, skal fortolkes således, at den ikke tillader en økonomisk aktør at basere sig på en anden økonomisk aktørs formåen som omhandlet i nævnte direktivs artikel 48, stk. 3, på en sådan måde, at viden og erfaring hos to økonomiske aktører, som hver især ikke råder over den viden og erfaring, som kræves for at gennemføre en bestemt kontrakt, lægges sammen, hvis den ordregivende myndighed finder, at den pågældende kontrakt er udelelig, således at den skal gennemføres af en enkelt aktør, og at en sådan udelukkelse af muligheden for at basere sig på flere økonomiske aktørers erfaring er forbundet med og står i forhold til genstanden for den pågældende kontrakt, som således skal gennemføres af en enkelt aktør.

Det femte spørgsmål

55 Med sit femte spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 44 i direktiv 2004/18, sammenholdt med dette direktivs artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 heri opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, skal fortolkes således, at den tillader en økonomisk aktør, som deltager individuelt i et udbud, at basere sig på erfaringen hos en gruppe af virksomheder, som han har været en del af som led i et andet udbud, uafhængigt af arten af hans deltagelse i udførelsen af denne kontrakt.

56 Dette spørgsmål vedrører den i denne doms præmis 20 nævnte omstændighed, at leveringen af de integrerede hospitalssystemer til det pågældende sygehus i hovedsagen blev foretaget af en gruppe, der bestod af to virksomheder, nemlig Konsultant Komputer og Konsultant IT.

57 For at besvare dette spørgsmål skal det bemærkes, at det i henhold til artikel 44, stk. 1, i direktiv 2004/18 påhviler den ordregivende myndighed at udføre en egnethedsundersøgelse af ansøgerne eller tilbudsgiverne i overensstemmelse med kriterierne fastsat i dette direktivs artikel 47-52.

58 Desuden fremgår det af det nævnte direktivs artikel 44, stk. 2, at en ordregivende myndighed kan kræve, at de økonomiske aktører skal opfylde minimumskriterier for økonomisk og finansiell formåen samt teknisk og faglig formåen i overensstemmelse med samme direktivs artikel 47 og 48.

59 Navnlig bestemmer artikel 48, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18, at de økonomiske aktørers tekniske og/eller faglige formåen kan godtgøres under hensyn til bl.a. arten og betydningen af de gennemførte ydelser ved forelæggelse af en liste over de arbejder, der er udført i løbet af de seneste fem år, samt ved forelæggelse af en liste over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste tre år.

60 I medfør af den i denne doms præmis 47 nævnte retspraksis giver dette direktivs artikel 48, stk. 3, en økonomisk aktør mulighed for med henblik på en bestemt kontrakt at basere sig på formåen hos en anden enhed, såsom en gruppe af virksomheder, som han har været en del af, forudsat at der over for den ordregivende myndighed føres bevis for, at denne operatør rent faktisk får rådighed over denne enheds ressourcer, der er nødvendige for at gennemføre denne kontrakt.

61 I denne sammenhæng udgør den erfaring, som en økonomisk aktør har erhvervet, et særligt vigtigt kriterium til kvalitativ udvælgelse af denne aktør, idet det giver den ordregivende myndighed mulighed for i overensstemmelse med artikel 44, stk. 1, i direktiv 2004/18 at undersøge ansøgernes eller tilbudsgivernes egnethed til at gennemføre en bestemt kontrakt.

62 Når en økonomisk aktør baserer sig på erfaringen hos en gruppe af virksomheder, som han har været en del af, skal denne erfaring således vurderes i forhold til denne aktørs konkrete deltagelse og dermed hans effektive bidrag til gennemførelsen af den virksomhed, som kræves af denne gruppe som led i en bestemt offentlig kontrakt.

63 Som den polske regering med føje har anført i sine skriftlige bemærkninger, erhverver en økonomisk aktør nemlig ikke reelt erfaring ved blot at være medlem af en gruppe af virksomheder og uafhængigt af hans bidrag til denne, men alene ved direkte at deltage i gennemførelsen af i hvert fald en del af den kontrakt, hvis samlede gennemførelse påhviler denne gruppe.

64 Det følger heraf, at en økonomisk aktør ikke hvad angår den erfaring, den ordregivende myndighed kræver, kan påberåbe sig de ydelser, som er udført af andre medlemmer af en gruppe af virksomheder, og som han ikke reelt og konkret har deltaget i gennemførelsen af.

65 Følgelig skal det femte spørgsmål besvares med, at artikel 44 i direktiv 2004/18, sammenholdt med dette direktivs artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 heri opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, skal fortolkes således, at den ikke tillader en økonomisk aktør, som deltager individuelt i et udbud, at basere sig på erfaringen hos en gruppe af virksomheder, som han har været en del af som led i et andet udbud, uafhængigt af arten af hans deltagelse i udførelsen af denne kontrakt.

Det sjette spørgsmål

66 Med sit sjette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra g), i direktiv 2004/18, som tillader at udelukke en økonomisk aktør fra deltagelse i et udbud, bl.a. hvis han svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, den ordregivende myndighed havde anmodet om, skal fortolkes således, at den også kan anvendes, når disse oplysninger kan påvirke udbuddets resultat, uafhængigt af om denne økonomiske aktør har handlet forsætligt.

67 Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål skal det bemærkes, at artikel 45, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/18 fastsætter en række henholdsvis bindende og fakultative grunde vedrørende tilbudsgivers personlige situation til at udelukke denne fra at deltage i et udbud.

68 Navnlig kan en økonomisk aktør i henhold til dette direktivs artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra g), udelukkes fra deltagelse i et udbud, hvis han »svigagtigt« har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, den ordregivende myndighed har krævet, eller har undladt at give disse oplysninger.

69 Med sit spørgsmål ønsker Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager, Polen) afklaret, om det for at anvende denne bestemmelse kræves, at tilbudsgiveren har handlet forsætligt, og at de oplysninger, som er meddelt den ordregivende myndighed, har eller kunne have påvirket udbuddets resultat.

70 Det skal i denne forbindelse for det første bemærkes, at affattelsen af artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra g), i direktiv 2004/18 ikke indeholder en henvisning til, at den økonomiske aktør skal handle forsætligt. Som følge heraf kan konstateringen af en sådan adfærd ikke anses for at være et forhold, der er nødvendigt for at udelukke en sådan økonomisk aktør fra at deltage i et udbud.

71 For at finde, at tilbudsgiveren har handlet »svigagtigt« som omhandlet i denne bestemmelse og dermed udelukke ham fra et udbud, er det derimod tilstrækkeligt, at han har udvist en vis form for grad af uagtsomhed, dvs. en uagtsomhed, der kan have afgørende indflydelse på beslutningerne om udelukkelse, udvælgelse eller tildeling af den offentlige kontrakt.

72 Følgelig er den ordregivende myndighed med henblik på at sanktionere en økonomisk aktør, der har givet urigtige oplysninger, med udelukkelse fra hans deltagelse i et udbud, i modsætning til hvad bl.a. den polske regering og Europa-Kommissionen har anført, ikke forpligtet til at føre bevis for, at der foreligger en forsætlig fejl hos denne økonomiske aktør.

73 For det andet skal det bemærkes, at det følger af artikel 45, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/18, at medlemsstaterne på grundlag af deres nationale ret og under overholdelse af fællesskabsretten fastsætter gennemførelsesbestemmelserne til dette stykke.

74 Det følger heraf, at begreberne i denne artikel 45, stk. 2, første afsnit, herunder begrebet »svigagtigt«, kan præciseres og tydeliggøres i national ret – dog under overholdelse af EU-retten (jf. i denne retning dom af 13.12.2012, Forposta og ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 26).

75 I denne sag foreskriver artikel 24, stk. 2, nr. 3, i lov om offentlige kontrakter muligheden for at udelukke økonomiske aktører, som har afgivet urigtige oplysninger, der har eller kan have indflydelse på resultatet af den igangværende procedure, fra udbudsproceduren.

76 Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, havde erklæringer og oplysninger, som den pågældende økonomiske aktør gav, rent faktisk indflydelse på den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure. Ifølge Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager, Polen) var det nemlig netop på grundlag af disse erklæringer og oplysninger, at Konsultant Komputer vandt udbuddet.

77 Det skal på denne baggrund konkluderes, at den pågældende økonomiske aktør ved at give sådanne erklæringer og oplysninger gjorde sig skyldig i en uagtsom handling, der havde en afgørende indflydelse på beslutningen om udelukkelse, udvælgelse og tildeling af den omhandlede offentlige kontrakt, hvorfor denne aktør kan anses for at have handlet »svigagtigt« som omhandlet i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra g), i direktiv 2004/18. Følgelig kan en sådan indstilling begrunde den ordregivende myndigheds beslutning om at udelukke denne økonomiske aktør fra det pågældende udbud.

78 På denne baggrund skal det sjette spørgsmål besvares med, at artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra g), i direktiv 2004/18, som tillader at udelukke en økonomisk aktør fra deltagelse i et udbud, bl.a. hvis han »svigagtigt« har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, den ordregivende myndighed havde anmodet om, skal fortolkes således, at den også kan anvendes, når han har udvist uagtsomhed af en vis grovhed, dvs. en uagtsomhed, der kan have afgørende indflydelse på beslutningerne om udelukkelse, udvælgelse eller tildeling af den offentlige kontrakt, uafhængigt af om der konstateres en forsætlig fejl hos denne aktør.

Det syvende spørgsmål

79 Med sit syvende spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 44 i direktiv 2004/18, sammenholdt med dette direktivs artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 heri opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, tillader, at en økonomisk aktør kan basere sig på sin erfaring på den måde, at den økonomiske aktør baserer sig på to eller flere kontrakter tilsammen som én kontrakt, selv om den ordregivende myndighed hverken har givet denne mulighed i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne.

80 For at besvare dette spørgsmål skal det indledningsvis bemærkes, at det som anført i denne doms præmis 57 i henhold til artikel 44, stk. 1, i direktiv 2004/18 påhviler den ordregivende myndighed at undersøge, om ansøgerne eller tilbudsgiverne er egnede til at gennemføre den pågældende kontrakt i overensstemmelse med kriterierne fastsat i dette direktivs artikel 47-52.

81 For deres vedkommende skal ansøgerne eller tilbudsgiverne for den ordregivende myndighed føre bevis for, at de rent faktisk råder over eller vil råde over den nødvendige formåen til at sikre, at den pågældende offentlige kontrakt gennemføres korrekt.

82 I denne forbindelse kan den ordregivende myndighed udtrykkeligt, i princippet i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, angive de krav, der skal opfyldes vedrørende bestemt formåen, og de konkrete måder, hvorpå ansøgeren eller tilbudsgiveren skal godtgøre, at han er egnet til at få tildelt og til at gennemføre den pågældende kontrakt. På samme måde kan den ordregivende myndighed under særlige omstændigheder og under hensyntagen til arten af de pågældende bygge- og anlægsarbejder samt til kontraktens genstand og formål fastsætte begrænsninger, bl.a. hvad angår at basere sig på et begrænset antal økonomiske aktører i henhold til artikel 44, stk. 2, i direktiv 2004/18 (jf. i denne retning dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 39-41, og af 5.4.2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, præmis 90 og den deri nævnte retspraksis).

83 Når en ordregivende myndighed beslutter at anvende denne mulighed, påhviler det den imidlertid at sikre sig, at de præcise regler, som fastsættes, er forbundet med og afpasset efter den nævnte kontrakts formål (jf. i denne retning dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 40 og 56).

84 Selv om det er korrekt, at den ordregivende myndighed ikke udtrykkeligt i udbudsdokumenterne fastsatte mulighed for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren kan basere sig på to eller flere kontrakter som én kontrakt, følger det ikke desto mindre heraf, som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at en sådan mulighed heller ikke blev udtrykkeligt udelukket i hverken udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne.

85 På denne baggrund kan det ikke umiddelbart udelukkes, at den nødvendige erfaring for at gennemføre den pågældende kontrakt, som en økonomisk aktør har erhvervet som led i ikke én, men to eller flere forskellige kontrakter, af den ordregivende myndighed kan anses for at være tilstrækkelig og således giver denne aktør mulighed for at få tildelt den pågældende kontrakt.

86 Som generaladvokaten har anført i punkt 62 i sit forslag til afgørelse, ville det, såfremt betingelserne til et bestemt udbud i princippet kan opfyldes ved at forene flere aktørers formåen og erfaring, være så meget desto mere ulogisk principielt at udelukke muligheden for at forene formåen og erfaring, som den samme aktør rent faktisk har opnået i forbindelse med forskellige kontrakter.

87 Følgelig, og for så vidt som muligheden for at basere sig på flere erfaringer opnået som led i flere kontrakter, som i hovedsagen hverken er blevet udelukket i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, påhviler det den ordregivende myndighed under de kompetente nationale retsinstitutters prøvelsesret at undersøge, om den forenede erfaring fra to eller flere kontrakter under hensyntagen til de pågældende bygge- og anlægsarbejders art samt til den pågældende kontrakts genstand og formål giver mulighed for at sikre, at denne kontrakt gennemføres korrekt.

88 I betragtning af det ovenstående skal det syvende spørgsmål besvares med, at artikel 44 i direktiv 2004/18, sammenholdt med dette direktivs artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 heri opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, skal fortolkes således, at den tillader, at en økonomisk aktør kan basere sig på sin erfaring på den måde, at den økonomiske aktør

baserer sig på to eller flere kontrakter tilsammen som én kontrakt, medmindre den ordregivende myndighed har udelukket denne mulighed i medfør af de krav, der er forbundet med og afpasset efter den pågældende offentlige kontrakts genstand og formål.

Sagsomkostninger

89 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 (Femte Afdeling) for ret:

- 1) **Artikel 51, sammenholdt med artikel 2, 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 den er til hinder for, at en økonomisk aktør efter fristen for at afgive bud i et offentligt udbud med henblik på at godtgøre, at han opfylder alle betingelserne for at deltage en offentlig udbudsprocedure, kan forelægge den ordregivende myndighed dokumenter, der ikke fremgik af hans oprindelige bud, såsom en kontrakt gennemført af tredjemand samt dennes tilsagn om at stille sin formåen og de ressourcer, der er nødvendige for at gennemføre den pågældende kontrakt, til rådighed for denne aktør.**
- 2) **Artikel 44 i direktiv 2004/18, sammenholdt med dette direktivs artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 heri opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, skal fortolkes således, at den ikke tillader en økonomisk aktør at basere sig på en anden økonomisk aktørs formåen som omhandlet i nævnte direktivs artikel 48, stk. 3, på en sådan måde, at viden og erfaring hos to økonomiske aktører, som hver især ikke råder over den viden og erfaring, som kræves for at gennemføre en bestemt kontrakt, lægges sammen, hvis den ordregivende myndighed finder, at den pågældende kontrakt er udelelig, således at den skal gennemføres af en enkelt aktør, og at en sådan udelukkelse af muligheden for at basere sig på flere økonomiske aktørers erfaring er forbundet med og står i forhold til genstanden for den pågældende kontrakt, som skal gennemføres af en enkelt aktør.**
- 3) **Artikel 44 i direktiv 2004/18, sammenholdt med dette direktivs artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 heri opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, skal fortolkes således, at den ikke tillader en økonomisk aktør, som deltager individuelt i et udbud, at basere sig på erfaringen hos en gruppe af virksomheder, som han har været en del af som led i et andet udbud, uafhængigt af arten af hans deltagelse i udførelsen af denne kontrakt.**
- 4) **Artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra g), i direktiv 2004/18, som tillader at udelukke en økonomisk aktør fra deltagelse i et udbud, bl.a. hvis han »svigagtigt« har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, den ordregivende myndighed havde anmodet om, skal fortolkes således, at den også kan anvendes, når han har udvist uagtsomhed af en vis grovhed, dvs. en uagtsomhed, der kan have afgørende indflydelse på beslutningerne om udelukkelse, udvælgelse eller tildeling af den offentlige kontrakt, uafhængigt af, om der konstateres en forsætlig fejl hos denne aktør.**

5) Artikel 44 i direktiv 2004/18, sammenholdt med dette direktivs artikel 48, stk. 2, litra a), samt det i artikel 2 heri opstillede princip om ligebehandling af de økonomiske aktører, skal fortolkes således, at den tillader, at en økonomisk aktør kan basere sig på sin erfaring på den måde, at den økonomiske aktør baserer sig på to eller flere kontrakter tilsammen som én kontrakt, medmindre den ordregivende myndighed har udelukket denne mulighed i medfør af de krav, der er forbundet med og afpasset efter den pågældende offentlige kontrakts genstand og formål.

Underskrifter

* Processprog: polsk.