



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

A. RANTOS

fremSAT den 15. december 2022¹

Sag C-545/21

ANAS SpA

mod

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunale amministrativo regionale per il Lazio
(den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, Italien))

»Præjudiciel forelæggelse – strukturfonde – Den Europæiske Fond for Regionaludvikling (EFRU) – forordning (EF) nr. 1083/2006 – artikel 2, nr. 7) – begrebet »uregelmæssighed« – adfærd, der antages at favorisere en økonomisk aktør i forbindelse med en udbudsprocedure – artikel 98, stk. 1 og 2 – medlemsstaternes finansielle korrektioner – offentlige bygge- og anlægskontrakter – direktiv 2004/18/EF – artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d) – valgfrie udelukkelse – alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af et erhverv«

Indledning

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse er blevet indgivet af Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio, Italien) i forbindelse med en tvist mellem Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (herefter »ANAS«) og Ministero delle infrastrutture e trasporti (infrastruktur- og transportministeriet, herefter »MIT«, Italien) angående en afgørelse fra MIT om tilbagesøgning af beløb udbetalt til ANAS i forbindelse med et projekt om udførelse af arbejder samfinansieret af Den Europæiske Fond for Regionaludvikling (EFRU) som følge af uregelmæssigheder i tilknytning til indgåelsen af en offentlig kontrakt.

2. De af den forelæggende ret fremlagte præjudicielle spørgsmål vedrører i det væsentlige først og fremmest fortolkningen af begrebet »uregelmæssighed« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i forordning (EF) nr. 1083/2006², i forbindelse med korruption eller forsøg på korruption angående en udbudskomite i forbindelse med arbejder finansieret over Unionens almindelige budget og dernæst gennemførelsen i italiensk ret af artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv

¹ – Originalsprog: fransk.

² – Rådets forordning af 11.7.2006 om generelle bestemmelser for Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, Den Europæiske Socialfond og Samhørighedsfonden og ophævelse af forordning (EF) nr. 1260/1999 (EUT 2006, L 210, s. 25).

2004/18³ om betingelserne for udelukkelse af en tilbudsgiver fra udbudsproceduren og endelig om kriterierne for beregning af størrelsen af den finansielle korrektion, der finder anvendelse i tilfælde af en uregelmæssighed.

Retsforskrifter

EU-retten

Forordning nr. 1083/2006

3. Artikel 1 forordning nr. 1083/2006 med overskriften »Emne« bestemmer:

»Denne forordning fastsætter generelle bestemmelser for Den Europæiske Fond for Regionaludvikling (EFRU) og Den Europæiske Socialfond (ESF) (i det følgende benævnt »strukturfondene«) og Samhørighedsfonden, jf. dog de specifikke bestemmelser i forordning (EF) nr. 1080/2006⁴, (EF) nr. 1081/2006⁵ og (EF) nr. 1084/2006⁶.

Denne forordning fastlægger de mål, som strukturfondene og Samhørighedsfonden (herefter »fondene«) skal bidrage til, kriterierne for, hvornår medlemsstaterne og regionerne er berettiget til at modtage midler fra disse fonde, samt de disponible finansielle midler og kriterierne for deres fordeling.

Denne forordning fastlægger grundlaget for samhørighedspolitikken, herunder metoden til fastsættelse af Fællesskabets strategiske retningslinjer for samhørighed, den nationale strategiske referenceramme og processen vedrørende gennemgang på fællesskabsplan.

Med henblik herpå indeholder forordningen principper og bestemmelser for partnerskab, programmering, evaluering, forvaltning, herunder økonomisk forvaltning, overvågning og kontrol på grundlag af medlemsstaternes og Kommissionens delte ansvar.«

4. Følgende fremgår af forordningens artikel 2, nr. 7):

»I denne forordning forstås ved:

[...]

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

³ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU 2004, L 134, s. 114).

⁴ – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 5.7.2006 om Den Europæiske Fond for Regionaludvikling og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1783/1999 (EUT 2006, L 210, s. 1).

⁵ – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 5.7.2006 om Den Europæiske Socialfond og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1784/1999 (EUT 2006, L 210, s. 12).

⁶ – Rådets forordning af 11.7.2006 om oprettelse af Samhørighedsfonden og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1164/94 (EUT 2006, L 210, s. 79).

5. Forordningens artikel 9, stk. 5, er affattet således:

»Operationer, der finansieres af fondene, skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaten og i retsakter udstedt i henhold til denne.«

6. Forordningens artikel 70, stk. 1, litra b), har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne har ansvaret for forvaltningen af og kontrollen med de operationelle programmer, navnlig ved hjælp af følgende foranstaltninger:

[...]

b) der skal forebygge, afsløre og rette op på uregelmæssigheder og inddrive uretmæssigt udbetalte beløb, eventuelt inkl. morarenter. De giver Kommissionen meddelelse herom og holder den underrettet om udviklingen med hensyn til administrative og retlige skridt.«

7. Artikel 98 i forordning nr. 1083/2006 bestemmer:

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

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

[...]«

Direktiv 2004/18

8. Artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 bestemmer:

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

[...]

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

Italiensk ret

9. Artikel 38, stk. 1, litra c) og f), i 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 om vedtagelsen af lov om offentlige kontrakter vedrørende bygge- og anlægsarbejder,

tjenesteydelser og indkøb i medfør af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF), af 12. april 2006⁷ bestemmer:

»1. 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.

[...]

f) personer, som efter den ordregivende myndigheds begrundede vurdering har gjort sig skyldig i grov forsømmelighed eller har udvist ond tro ved udførelsen af tjenesteydelser, som de er blevet tildelt af den ordregivende myndighed, der har offentliggjort udbudsbekendtgørelsen, eller som har begået en alvorlig fejl ved udøvelsen af deres erhvervsmæssige beskæftigelse, der på grundlag af ethvert bevis er blevet konstateret af den ordregivende myndighed.«

Twisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

10. I forbindelse med det nationale operationelle program »Reti e mobilità« (netværk og mobilitet) for perioden 2007-2013, som Kommissionen har godkendt, fik ANAS bevilget finansiering til udførelse af et projekt vedrørende modernisering af en vej.

11. I løbet af 2012 tildelte ANAS efter et begrænset udbud baseret på det økonomisk mest fordelagtige bud i sin egenskab af ordregivende myndighed en offentlig kontrakt om udførelse af dette arbejde til en midlertidig sammenslutning af virksomheder bestående af Aleandri S.p.a. og CCC Società Cooperativa, og anlægsarbejdet er i mellemtiden blevet færdiggjort.

12. Som følge af en strafferetlig efterforskning for korruption af henholdsvis tre funktionærer i ANAS, hvoraf to er medlemmer af udbudskomiteén, Aleandri og dets lovlige repræsentant⁸ i 2020, krævede infrastruktur- og transportministeriet de beløb, der allerede var blevet udbetalt til ANAS i form af finansiering til nævnte projekt, tilbagebetalt, og oplyste, at restbeløbet, som endnu ikke var blevet udbetalt, ikke ville blive udbetalt, med den begrundelse, at tildelingen af

⁷ – Det almindelige tillæg til GURI nr. 100 af 2.5.2006, s. 1, herefter »lovdekret nr. 163/2006«. Dette dekret, der finder anvendelse på hovedsagen, blev ophævet ved decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (lovdekret nr. 50, lov om offentlige kontrakter) af 18.4.2016 (det almindelige tillæg til GURI nr. 91 af 19.4.2016).

⁸ – I forbindelse med denne efterforskning blev en funktionær i ANAS dømt for korruption i henhold til en udenretslig aftale, mens den strafferetlige forfølgning af de øvrige implicerede personer fortsat verserede på forelæggelsestidspunktet. Nærmere bestemt kritiseres nogle funktionærer hos ANAS for at have accepteret betaling fra den virksomhed, der fik tildelt kontrakten for at fremme tildeling af kontrakten.

kontrakten var behæftet med en »uregelmæssighed« med karakter af svig som omhandlet i artikel 2, stk. 7, i forordning nr. 1083/2006 samt artikel 4 og 5 i forordning (EF, Euratom) nr. 2988/95⁹.

13. Med sit søgsmål, der er anlagt ved den forelæggende ret, har ANAS nedlagt påstand om annullation af denne afgørelse, idet det har gjort gældende, at det ikke har fået nogen dom¹⁰, at der ikke findes nogen beviser for, at Aleandri ulovligt fik den offentlige kontrakt, og at ingen svigagtige handlinger, der kan tilskrives medlemmerne af udbudskomiteén, kan tilskrives ANAS. Eftersom de pågældende arbejder er blevet udført, findes der desuden ingen forbindelse mellem uregelmæssigheden eller den formodede svindel og de udgifter, der er blevet finansieret over Unionens almindelige budget.

14. Den forelæggende ret har konstateret, at det pågældende anlægsarbejde blev anset for at være berettiget til støtte fra Unionens almindelige budget og blev fuldført regelmæssigt, og at det er uvist, om udbudsproceduren blev påvirket af den adfærd, der er genstand for ovennævnte strafferetlige efterforskning. Den ønsker derfor nærmere bestemt oplysninger om begrebet »uregelmæssighed« som omhandlet i forordning nr. 1083/2006 og om de nærmere bestemmelser om beregning af den finansielle korrektion, der skal foretages som følge af en sådan uregelmæssighed, samt om den nationale lovgivnings forenelighed med artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 om valgfri udelukkelse af en tilbudsgiver, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af erhverv.

15. Det er på denne baggrund, at Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 70, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 1083/2006, artikel 27, litra c), i forordning (EF) nr. 1828/2006^[11], artikel 1 i [den konvention, der er udarbejdet på grundlag af artikel K.3 i EU-traktaten, om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser¹²] – artikel 1, stk. 2, i forordning [...] nr. 2988/95 og artikel 3, stk. 2, litra b), i direktiv (EU) 2017/1371¹³ fortolkes således, at former for adfærd, som på et abstrakt plan kan begunstige en økonomisk aktør under en udbudsprocedure, altid er omfattet af begrebet »uregelmæssigheder« eller »svig« og derfor udgør retsgrundlaget for tilbagesøgning af støtten, selv når der ikke foreligger fuldstændige beviser på, at den konkrete adfærd reelt er blevet udvist, eller der ikke foreligger fuldstændige beviser på, at den konkrete adfærd har været afgørende ved valget af støttemodtageren?

⁹ – Rådets forordning af 18.12.1995 om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser (EFT 1995, L 312, s. 1).

¹⁰ – ANAS har desuden gjort gældende, at den dom, hvormed en af dets funktionærer blev dømt for korruption, ikke har en udenretlig virkning, idet den blev vedtaget i henhold til en udenretslig aftale.

¹¹ – Kommissionens forordning af 8.12.2006 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 1083/2006 om generelle bestemmelser for Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, Den Europæiske Socialfond og Samhørighedsfonden og til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1080/2006 om Den Europæiske Fond for Regionaludvikling (EUT 2006, L 371, s. 1 og berigtigelse – EUT 2007, L 45, s. 3).

¹² – EFT 1995, C 316, s. 48 (herefter »BFI-konventionen«).

¹³ – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 5.7.2017 om strafferetlig bekæmpelse af svig rettet mod Den Europæiske Unions finansielle interesser (EUT 2017, L 198, s. 29).

- 2) Er artikel 45, stk. 2, [første afsnit,] litra d), i direktiv 2004/18/EF til hinder for en bestemmelse som artikel 38, stk. 1, litra f), i lovdekret nr. 163/2006, hvorefter det ikke er muligt at udelukke en økonomisk aktør, som har forsøgt at påvirke den ordregivende myndigheds beslutningsproces, fra udbudsproceduren, navnlig når forsøget består i bestikkelse af visse af medlemmerne af udbudskomiteén?
- 3) Hvis et eller begge af de foregående spørgsmål besvares bekræftende, skal de nævnte bestemmelser da fortolkes således, at de under alle omstændigheder foreskriver, at medlemsstaten altid skal tilbagesøge støtten, og at Kommissionen skal foretage en finansiell korrektion på 100%, selv om støtten er blevet anvendt til det tiltænkte formål og til bygge- og anlægsarbejder, som opfylder kravene for EU-finansiering og reelt er blevet fuldført?
- 4) Såfremt spørgsmål 3 besvares benægtende, dvs. at der ikke er krav om tilbagesøgning af støtten eller en finansiell korrektion på 100%, bevirker de i spørgsmål 1 nævnte bestemmelser og overholdelsen af proportionalitetsprincippet da tilbagekaldelse af støtten og finansiell korrektion under hensyntagen til den reelt påførte økonomiske skade for Den Europæiske Unions almindelige budget? Kan nærmere bestemt de »finansielle virkninger« som omhandlet i artikel [99], stk. 3, i forordning (EF) nr. 1083/2006¹⁴ i en situation som den foreliggende fastsættes til faste beløb ved anvendelse af kriterierne i tabellen i punkt 2 i [bilaget til] Kommissionens afgørelse C(2013) 9527 af 19. december 2013¹⁵ [med titlen »Retningslinjer for fastsættelse af finansielle korrektioner, som Kommissionen skal foretage af udgifter, der finansieres af Unionen ved delt forvaltning, som følge af manglende overholdelse af reglerne om offentlige kontrakter« (herefter »retningslinjerne af 2013«)]?»

16. ANAS, den italienske regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Domstolen har besluttet at træffe afgørelse uden mundtlig forhandling i overensstemmelse med artikel 76, stk. 2, i Domstolens procesreglement.

Bedømmelse

Det første præjudicielle spørgsmål

17. Med sit første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 70, stk. 1, litra b), i forordning nr. 1083/2006, artikel 27, litra c), i forordning nr. 1828/2006, BFI-konventionens artikel 1, artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 2988/95 og artikel 3, stk. 2, litra b), i direktiv 2017/1371 skal fortolkes således, at en adfærd, der vil kunne favorisere en økonomisk aktør ved tildelingen af en offentlig kontrakt, er omfattet af begreberne »uregelmæssighed« eller »svig« og dermed udgør et retsgrundlag for at trække bidraget tilbage, selv når denne adfærd eller dens indvirkning på udvælgelsesproceduren ikke er blevet godtgjort fuldt ud.

18. Indledningsvis skal bedømmelsen, selv om den forelæggende ret har nævnt begreberne »uregelmæssighed« og »svig«, efter min opfattelse, og som Kommissionen har gjort gældende, fokusere på spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende adfærd er omfattet af begrebet

¹⁴ – Den forelæggende ret har fejlagtigt nævnt denne forordnings artikel 98, stk. 3. Jf. også fodnote 41 i nærværende forslag til afgørelse.

¹⁵ – Afgørelse om fastlæggelse og godkendelse af retningslinjerne for fastsættelse af finansielle korrektioner, som Kommissionen skal foretage af udgifter, der finansieres af Unionen ved delt forvaltning, som følge af manglende overholdelse af reglerne om offentlige kontrakter.

»uregelmæssighed«, der omfatter det mere snævre begreb »svig«¹⁶. Det første præjudicielle spørgsmål skal desuden undersøges ikke blot i lyset af artikel 70, stk. 1, litra b), i forordning nr. 1083/2006 og artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 2988/95, som den forelæggende ret har anført, men også først og fremmest i lyset af denne forordnings artikel 2, nr. 7), om begrebet »uregelmæssighed«¹⁷.

19. Efter denne præcisering skal det fremhæves, at der i artikel 1 i forordning nr. 1083/2006 navnlig fastsættes regler for forvaltning, opfølgning og kontrol med operationer, der modtager økonomisk støtte fra fondene på grundlag af delt ansvar mellem medlemsstaterne og Kommissionen¹⁸. I henhold til nævnte forordnings artikel 70, stk. 1, litra b), har medlemsstaterne desuden ansvaret for forvaltningen af og kontrollen med de operationelle programmer, navnlig ved at forebygge, afsløre og rette op på »uregelmæssigheder« samt inddrive uretmæssigt udbetalte beløb.

20. Med henblik herpå omfatter begrebet »uregelmæssighed« i henhold til nævnte forordnings artikel 2, nr. 7), navnlig inden for rammerne af EFRU enhver overtrædelse af en EU-bestemmelse, som kan tilskrives en økonomisk aktørs handling eller undladelse, der skader eller vil kunne skade Den Europæiske Unions almindelige budget ved afholdelse af en uretmæssig udgift over dette¹⁹. Domstolen har nærmere bestemt præciseret, at eksistensen af en sådan uregelmæssighed forudsætter, at tre betingelser er opfyldt, nemlig for det første, at en EU-retlig bestemmelse er tilsidesat, for det andet, at denne tilsidesættelse skyldes en økonomisk aktørs handling eller undladelse, og for det tredje, at der foreligger et aktuelt eller potentielt tab for Unionens budget²⁰.

21. Hvad angår i denne henseende for det første eksistensen af en *tilsidesættelse af EU-retten* i henhold til artikel 9, stk. 5, i forordning nr. 1083/2006, skal EU via sine fonde kun finansiere handlinger, som gennemføres i fuldstændig overensstemmelse med EU-retten, herunder de gældende regler inden for offentlige kontrakter²¹. Desuden har Domstolen fastslået, at artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006 ikke alene vedrører tilsidesættelser af en bestemmelse i EU-retten som sådan, men ligeledes tilsidesættelser af bestemmelser i den nationale lovgivning,

¹⁶ – Efter min opfattelse indebærer begrebet »uregelmæssighed« således en form for tilsidesættelse af EU-reglerne og de nationale regler (jf. punkt 21 i nærværende forslag til afgørelse), herunder reglerne om begrebet »svig«. Desuden kræver dette sidstnævnte begreb, at handlingen eller udeladelsen er overlagt og skal fastslås i en straffesag, hvilket ikke fremgår af de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag, således som den forelæggende ret har fremlagt dem.

¹⁷ – Derimod er de øvrige bestemmelser, som den forelæggende ret har anført, nemlig artikel 27, litra c), i forordning nr. 1828/2006, BFI-konventionens artikel 1 og artikel 3, stk. 2, litra b), i direktiv 2017/1371, ikke relevante i denne henseende, da de kun vedrører begrebet »svig«.

¹⁸ – Jf. i denne henseende dom af 1.10.2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis). I 65. betragtning til forordning nr. 1083/2006 præciseres det, at medlemsstaterne i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet og proportionalitetsprincippet bør have hovedansvaret for gennemførelsen af og kontrollen med interventionerne.

¹⁹ – På tilsvarende vis fastslås det i artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 2988/95 i det væsentlige, at som uregelmæssighed betragtes enhver overtrædelse af en fællesskabsbestemmelse, som kan tilskrives en økonomisk beslutningstagers handling eller undladelse, der skader eller kunne skade De Europæiske Fællesskabers almindelige budget eller budgetter, der forvaltes af De Europæiske Fællesskaber, enten ved formindskelse eller bortfald af indtægter, der stammer fra de egne indtægter, der opkræves direkte for Fællesskabernes regning, eller ved afholdelse af en uretmæssig udgift. Det skal præciseres, at forordning nr. 2988/95, som det fremgår af Domstolens praksis, kun indeholder generelle bestemmelser for udøvelse af kontrol og iværksættelse af sanktioner med det formål at beskytte Unionens finansielle interesser, og at tilbagesøgning af beløb, der ikke er anvendt korrekt, skal ske på grundlag af sektorspecifikke bestemmelser (jf. i denne retning dom af 26.5.2016, Județul Neamț og Județul Bacău, C-260/14 og C-261/14, EU:C:2016:360, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis). Selv om begrebet »uregelmæssighed« som omhandlet i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006 og artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 2988/95 således skal fortolkes ensartet, idet de to pågældende forordninger indgår i den samme foranstaltning, idet de sikrer den forsvarlige forvaltning af EU-midler og beskyttelsen af Unionens finansielle interesser (jf. i denne retning dom af 26.5.2016, Județul Neamț og Județul Bacău, C-260/14 og C-261/14, EU:C:2016:360, præmis 34), skal dette begreb dog hovedsageligt fortolkes på grundlag af forordning nr. 1083/2006.

²⁰ – Jf. dom af 1.10.2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, præmis 51).

²¹ – Jf. dom af 6.12.2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

der finder anvendelse på de operationer, der støttes af strukturfondene, og således bidrager til at sikre den rette anvendelse af EU-retten om forvaltningen af de projekter, der finansieres af disse fonde²².

22. Hvad angår i denne henseende for det første påvisning af de tilsidesatte bestemmelser, skal det fremhæves, at i henhold til artikel 2 i direktiv 2004/18 og de tilsvarende nationale regler, overholder de ordregivende myndigheder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde. Det fremgår desuden også af Domstolens faste praksis, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at overholde princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne²³.

23. Som Kommissionen har anført, er en adfærd som den, visse funktionærer hos ANAS kritiseres for, der består i at have accepteret betalinger fra den virksomhed, der fik tildelt kontrakten for at fremme tildeling af kontrakten, i det mindste en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet i kontrakttildelingsproceduren²⁴, uanset den omstændighed, at den rent faktisk har forstyrret den pågældende udbudsprocedure²⁵.

24. Desuden kan den ordregivende myndighed i henhold til artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 fra deltagelse i en udbudsprocedure udelukke enhver økonomisk aktør, som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl. Efter min opfattelse indebærer en sådan udelukkelsesgrund, der er valgfri, men som er gennemført i italiensk ret ved artikel 38, stk. 1, litra f), i lovdekret nr. 163/2006, hvis den bekræftes af den forelæggende ret²⁶, ligeledes en tilsidesættelse som omhandlet i den i punkt 21 i dette forslag til afgørelse omhandlede retspraksis.

25. For det andet har den forelæggende ret givet udtryk for tvivl med hensyn de beviser, der kræves med henblik på at godtgøre eksistensen af en tilsidesættelse og dermed en uregelmæssighed, idet den har understreget, at der mangler fuldstændige beviser på, at den anfægtede adfærd er blevet udvist, og på dens indvirkninger på tildelingen af kontrakten.

26. I denne henseende er det tilstrækkeligt at konstatere, at det som følge af den manglende EU-lovgivning på området tilkommer hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at fastsætte de nærmere processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne, herunder det bevisniveau, der kræves for at fastslå en uregelmæssighed, for så vidt som disse regler overholder ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet²⁷.

²² – Jf. dom af 1.10.2020, Elme Messer Metalurges (C-743/18, EU:C:2020:767, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

²³ – Jf. dom af 29.4.2004, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, præmis 108 og den deri nævnte retspraksis).

²⁴ – Jf. artikel 2 i direktiv 2004/18 med overskriften »Prinsipper for indgåelse af kontrakter«, i henhold til hvilken de ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde, og retspraksis, i henhold til hvilken den ordregivende myndighed skal overholde princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne (jf. bl.a. dom af 29.4.2004, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, præmis 108 og den deri nævnte retspraksis).

²⁵ – Desuden skal det foregribende anføres, at påvisning af en forsætlig eller uagtsom handling fra modtagerens side ikke er nødvendig for, at der kan foreligge en »uregelmæssighed«, som omhandlet i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006, eftersom det er muligt at tillægge ANAS et »objektivt« ansvar baseret på dets funktionærers ansvar, således som jeg vil redegøre for i punkt 30 og fodnote 32 i dette forslag til afgørelse.

²⁶ – For så vidt som artikel 38, stk. 1, litra f), i lovdekret nr. 163/2006 finder anvendelse i den foreliggende sag, hvilket efter min opfattelse ikke er indlysende (jf. i denne retning bedømmelsen af det andet præjudicielle spørgsmål).

²⁷ – Jf. analogt dom af 22.11.2012, Cuadrench Moré (C-139/11, EU:C:2012:741, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

27. Selv om dette er tilfældet med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, der er nævnt i punkt 22 i dette forslag til afgørelse, anerkender artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18, hvis det antages, at denne bestemmelse er relevant i den foreliggende sag²⁸, udtrykkeligt dette princip, når den tillader den ordregivende myndighed at udelukke fra deltagelse i udbuddet enhver økonomisk aktør, som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, hvilket de ordregivende myndigheder »bevisligt« har konstateret²⁹.

28. I den foreliggende sag skal det blot anføres, således som Kommissionen med rette har gjort, at udelukkelse på grund af en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af et erhverv skal baseres på den ordregivende myndigheds uafhængige konstatering af, at der er tale om en sådan uprofessionel adfærd, på grundlag af alle bevismidler og i givet fald på grundlag af detaljer, der følger af en strafferetlig procedure, men uden at det sker automatisk. I denne forbindelse har Domstolen præciseret, at en retsafgørelse – om end den endnu ikke er blevet endelig – alt efter afgørelsens genstand kan udgøre et bevis for, at der er begået en alvorlig fejl i udøvelsen af et erhverv, idet den ordregivende myndigheds afgørelse under alle omstændigheder kan underlægges domstolskontrol³⁰. De samme overvejelser gælder efter min opfattelse for så vidt angår ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, der er nævnt i punkt 22 i dette forslag til afgørelse.

29. For det andet sættes der ikke i den foreliggende sag spørgsmålstejn ved den omstændighed, at en sådan tilsidesættelse af EU-retten eller af gældende national ret skal have sit udspring i *en økonomisk aktørs handling eller undladelse*.

30. Under alle omstændigheder skal det anføres, at ANAS er en »økonomisk aktør«³¹, og at udtrykket »handling eller undladelse« i denne betydning ikke kræver et subjektivt element. Domstolen har således præciseret, at selv om den definition af begrebet »uregelmæssighed«, der fremgår af artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006, ikke indeholder en præcisering af, at den pågældende støttemodtagers adfærd skal være af forsætlig eller uagtsom karakter, kan en sådan karakter ikke anses for at være et ufravigeligt element for, at der kan konstateres en uregelmæssighed som omhandlet i denne bestemmelse³².

²⁸ – Som nævnt i fodnote 26 i dette forslag til afgørelse tvivler jeg på, at denne bestemmelse [eller nærmere bestemt den nationale gennemførelsesbestemmelse, dvs. artikel 38, stk. 1, litra f), i lovdekret nr. 163/2006] finder anvendelse i den foreliggende sag.

²⁹ – I denne henseende har Domstolen præciseret, at der ikke kræves en retskraftig dom for at konstatere en faglig fejl som omhandlet i artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 (jf. i denne retning dom af 13.12.2012, Forposta og ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, præmis 28, og af 20.12.2017, Impresa di Costruzioni Ing.E. Mantovani og Guerrato, C-178/16, EU:C:2017:1000, præmis 44).

³⁰ – Jf. dom af 20.12.2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani og Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, præmis 47).

³¹ – I artikel 27, litra a), i forordning nr. 1828/2006 defineres en »økonomisk aktør« således som en fysisk eller juridisk person eller anden enhed, der deltager i implementeringen af støtte fra fondene, med undtagelse af en medlemsstat, som udøver sine beføjelser som offentlig myndighed.

³² – Jf. i denne retning dom af 1.10.2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767), i hvilken Domstolen efter dels en kontekstbaseret fortolkning af artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006 (præmis 59-62) dels en formålsfortolkning af denne forordning (præmis 63), og efter at have præciseret, at forpligtelsen til at tilbagebetale en ved en uregelmæssighed uberettiget opnået fordel ikke er en sanktion, men blot en konsekvens af, at det er fastslået, at de nødvendige betingelser for at drage fordel af de EU-retlige bestemmelser ikke er blevet overholdt, hvilket gør den opnåede fordel uretmæssig (præmis 64 og den deri nævnte retspraksis), i det væsentlige konkluderede, at det med henblik på eksistensen af en sådan »uregelmæssighed« som omhandlet i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006 ikke er nødvendigt at bevise, at støttemodtageren har handlet forsætligt eller uagtsomt (præmis 65). Hvad angår derudover et eventuelt objektivt ansvar, der pålægges ANAS på grundlag af dets funktionærers ansvar, har Domstolen ligeledes præciseret, at EU-retten tager udgangspunkt i den forudsætning, at juridiske personer optræder igennem deres repræsentanter, og at bl.a. en adfærd udvist af en repræsentant, som strider mod faglig hæderlighed, således kan være af betydning ved vurderingen af en virksomheds faglige hæderlighed (jf. dom af 20.12.2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani og Guerrato, C-178/16, EU:C:2017:1000, præmis 34).

31. Hvad for det tredje angår eksistensen af en *skade, der påføres Unionens budget* som følge af en sådan undladelse, fremgår det af artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006, at en tilsidesættelse af EU-retten eller gældende national lovgivning, der finder anvendelse på de operationer, der støttes af fondene, udgør en »uregelmæssighed« som omhandlet i denne bestemmelse, hvis den skader eller vil kunne skade Unionens almindelige budget ved afholdelse af en uretmæssig udgift over det almindelige budget.

32. Den forelæggende ret har påpeget, at det i den foreliggende sag ikke er blevet godtgjort, at Unionens budget er blevet påført skade.

33. Domstolen har imidlertid fortolket denne bestemmelse således, at en tilsidesættelse af reglerne for indgåelse af offentlige kontrakter udgør en uregelmæssighed som omhandlet i denne bestemmelse, for så vidt som muligheden for, at denne manglende overholdelse har haft en indvirkning på den berørte fonds budget, ikke kan udelukkes, uden at der kræves påvisning af, at der består en bestemt finansiell indvirkning³³.

34. I den foreliggende sag er jeg af den opfattelse, at en adfærd som den, som den forelæggende ret har anført, der i det mindste medfører en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, ulovligt vil kunne forstyrre den pågældende udbudsprocedure ved at favorisere den valgte tilbudsgiver. Når det ikke er nødvendigt at påvise eksistensen af et reelt økonomisk tab, kan det ikke udelukkes, at udbuddet, hvis denne adfærd ikke havde fundet sted, ville være blevet tildelt en anden tilbudsgiver, eller på betingelser, der er mere gunstige for Unionens budget, hvilket i henhold til den i det foregående punkt nævnte retspraksis omfatter den tredje betingelse, der er nævnt i den i punkt 20 i dette forslag til afgørelse anførte retspraksis.

35. Sammenfattende foreslår jeg, at det første præjudicielle spørgsmål besvares således, at artikel 2, nr. 7), og artikel 70, stk. 1, litra b), i forordning nr. 1083/2006 skal fortolkes således, at en adfærd, der ifølge de kompetente myndigheder viser sig at kunne favorisere en økonomisk aktør under en tildelingsprocedure, er omfattet af begrebet »uregelmæssighed« og generelt medfører en tilbagetrækning af den uretmæssigt opnåede fordel, for så vidt som muligheden for, at denne adfærd har haft en indvirkning på den berørte fonds budget, ikke kan udelukkes.

Det andet præjudicielle spørgsmål

36. Med sit andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 er til hinder for en bestemmelse som artikel 38, stk. 1, litra f), i lovdekret nr. 163/2006, hvorefter det ikke er muligt at udelukke en økonomisk aktør, som har forsøgt at påvirke den ordregivende myndigheds beslutningsproces, fra udbudsproceduren. navnlig når forsøget består i bestikkelse af visse af medlemmerne af udbudskomiteén.

37. Artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 vedrører grundene til udelukkelse af en tilbudsgiver fra udbudsproceduren og bestemmer, at fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver økonomisk aktør, som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret.

³³ – Jf. i denne retning dom af 14.7.2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, præmis 44 og 45 og den deri nævnte retspraksis), af 6.12.2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, præmis 60 og 61), og af 1.10.2020, Elme Messer Metalurgs (C-743/18, EU:C:2020:767, præmis 67).

38. Med gennemførelsen af en sådan bestemmelse i italiensk ret udelukker artikel 38, stk. 1, litra f), i lovdekret nr. 163/2006 navnlig enhver deltagelse i procedurer for tildeling af offentlige koncessioner og indgåelse af offentlige bygge-, anlægs- og vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter af personer, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af deres erhverv, hvilket den ordregivende myndighed bevisligt har konstateret.

39. Selv om den forelæggende ret fortolker denne bestemmelse således, at den ikke tillader udelukkelse fra udbudsproceduren af en økonomisk aktør, der har forsøgt at påvirke den ordregivende myndigheds beslutningsproces, navnlig ved forsøg på korruption, ser den italienske regering og Kommissionen derimod ud til at være af den opfattelse, at nævnte bestemmelse i henhold til retspraksis og italiensk forvaltningspraksis gør det muligt at medtage forsøg på at påvirke den ordregivende myndigheds beslutningsproces i begrebet »alvorlig fejl«³⁴.

40. I denne henseende skal det dels fremhæves, at Domstolens praksis giver den nationale lovgiver et spillerum med hensyn til de nærmere bestemmelser til gennemførelse af artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18³⁵.

41. Dels er artikel 38, stk. 1, litra f), i lovdekret nr. 163/2006 ligesom artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 formuleret bredt og oversætter i det væsentlige udtrykket »alvorlig fejl begået i forbindelse med udøvelsen af et erhverv« til det tilsvarende udtryk »en alvorlig fejl ved udøvelsen af deres erhvervsmæssige beskæftigelse, der på grundlag af ethvert bevis er blevet konstateret«³⁶, uden at nævne, at den pågældende nationale bestemmelse på grund af dens brede formulering nemt kan fortolkes i overensstemmelse med den bestemmelse, som den gennemfører³⁷, som Kommissionen har anført.

42. Uden at ville tilegne mig den forelæggende rets kompetence til at fortolke national ret, er formuleringen af gennemførelsesbestemmelsen efter min opfattelse i overensstemmelse med den gennemførte bestemmelse³⁸.

³⁴ – Kommissionen er af den opfattelse, at den retspraksis fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien), som den forelæggende ret har nævnt (dom nr. 5704 af 4.12.2017), ikke fører til den konklusion, som den mener. Den italienske regering har til støtte for sin fortolkning nævnt en anden retspraksis fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) (dom nr. 5299 af 20.11.2015), samt en afgørelse og retningslinjer fra den nationale enhed til bekæmpelse af korruption, der er i strid med den fortolkning, som den forelæggende ret har foreslået.

³⁵ – Ifølge denne retspraksis tilsligter artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 ikke en ensartet anvendelse af de i bestemmelsen nævnte udelukkelsesgrunde inden for EU, 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 (jf. dom af 14.12.2016, Connexxion Taxi Services, C-171/15, EU:C:2016:948, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).

³⁶ – Det skal anføres, at artikel 38, stk. 1, litra f), i lovdekret nr. 163/2006 anvender det samme begreb (»alvorlig fejl«), som anvendes i den italienske version af artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18, mens denne bestemmelse i andre sprogversioner anvender et andet begreb, der henviser til begrebet »fejl« (f.eks. »faute grave« i den franske version eller »grave professional misconduct« i den engelske version).

³⁷ – Kravet om en overensstemmende fortolkning af national ret begrænses således af en fortolkning contra legem af national ret (jf. bl.a. dom af 28.4.2022, Phoenix Contact, C-44/21, EU:C:2022:309, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis), som omfatter forpligtelsen for de nationale domstole til i givet fald at ændre en fast retspraksis, såfremt denne er baseret på en fortolkning af national ret, som er uforenelig med formålene med et direktiv (jf. i denne retning dom af 28.4.2022, Phoenix Contact, C-44/21, EU:C:2022:309, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

³⁸ – Denne betragtning berører ikke princippet om, at rækkevidden af en bestemmelse i national ret skal fastlægges i overensstemmelse med de nationale retsinstitters fortolkning heraf (jf. bl.a. i denne retning dom af 12.11.2009, Kommissionen mod Spanien, C-154/08, ikke trykt i Sml., EU:C:2009:695, præmis 125), hvilket det påhviler den forelæggende ret at efterprøve under hensyntagen til den i fodnoten på foregående side nævnte retspraksis. Domstolen har desuden i denne henseende i det væsentlige præciseret, at der ikke skal tages hensyn til isolerede retsafgørelser, til afgørelser, der er kraftigt i mindretal i forhold til en klar retspraksis i en anden retning, eller til en fortolkning, der er afkræftet af den højeste nationale domstol. Dette gælder ikke en væsentlig retspraksis, som den højeste domstol ikke har afkræftet, eller endog bekræftet (jf. i denne retning dom af 9.12.2003, Kommissionen mod Italien, C-129/00, EU:C:2003:656, præmis 31 og 32).

43. Desuden er det ikke indlysende, at det af den nationale ret forelagte spørgsmål er relevant, eftersom det ikke fremgår klart af de sagsakter, som Domstolen er i besiddelse af, at den »uregelmæssighed«, som de kompetente myndigheder har påvist i den foreliggende sag, hænger sammen med en tilsidesættelse af artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18, således som gennemført ved artikel 38, stk. 1, litra f), i lovdekret nr. 163/2006, der burde have foranlediget den ordregivende myndighed til at udelukke den tilbudsgiver, der efterfølgende blev tilslagsmodtager, fra udbudsproceduren³⁹. Som Kommissionen har fremhævet, er det i den foreliggende sag vanskeligt at forestille sig, at ANAS skulle have begået en »uregelmæssighed« ved ikke at udelukke den pågældende bydende fra proceduren med begrundelse i en alvorlig fejl begået i forbindelse med udøvelsen af et erhverv, som blev påvist lang tid efter tildelingen af kontrakten.

44. Det fremgår af fast retspraksis, at der er en formodning for, at de spørgsmål om EU-rettens fortolkning, som den nationale ret har forelagt på baggrund af de retlige og faktiske omstændigheder, som den har ansvaret for at fastlægge – og hvis rigtighed det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve – er relevante⁴⁰, og at det i den foreliggende sag ikke fremgår klart, at den ønskede fortolkning af den pågældende bestemmelse i EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand.

45. Jeg foreslår derfor, at det andet præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at bestemmelsen i princippet og henset til forpligtelsen til at fortolke national ret i overensstemmelse med denne bestemmelses formål ikke er til hinder for en national lovgivning, der udelukker enhver deltagelse i procedurer for tildeling af offentlige koncessioner og indgåelse af offentlige bygge-, anlægs- og vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter af personer, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af deres erhverv, hvilket den ordregivende myndighed bevisligt har konstateret.

Det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål

46. Med det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål, der bør behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om de bestemmelser, der er nævnt i det første og det andet spørgsmål, i tilfælde af en »uregelmæssighed« skal fortolkes således, at de altid pålægger medlemsstaten at anvende en finansiell korrektionssats på 100%, og såfremt dette spørgsmål besvares benægtende, hvilke kriterier der skal ligge til grund for fastsættelse af denne korrektionssats, henset til disse regler og til proportionalitetsprincippet.

47. Denne ret er nærmere bestemt i tvivl om foreneligheden af anvendelsen af en finansiell korrektionssats på 100% med de nævnte regler og principper, eftersom de pågældende bidrag er blevet anvendt til arbejder, der var berettigede til finansiering med EU-midler og er blevet udført. Den ønsker oplyst, om denne finansielle korrektion ikke snarere skal fastsættes under

³⁹ – Det ser derimod ud til, at en sådan uregelmæssighed snarere vedrører tilsidesættelsen af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet (jf. punkt 21-24 i dette forslag til afgørelse).

⁴⁰ – Jf. bl.a. dom af 1.8.2022, Vyriausioji tarnybinės etikos komisija (C-184/20, EU:C:2022:601, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

hensyntagen til den økonomiske skade, der påføres Unionens almindelige budget, og om de finansielle følgevirkninger af de konstaterede mangler⁴¹ kan fastsættes på forhånd ved at anvende de kriterier, der er opstillet i tabellen i afsnit 2 i retningslinjerne af 2013⁴².

48. I henhold til artikel 98, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1083/2006 påhviler det medlemsstaterne, når der er blevet konstateret en uregelmæssighed, at foretage de nødvendige finansielle korrektioner, der består i helt eller delvist at annullere det offentlige bidrag til det operationelle program og fastsætte størrelsen af den korrektion, der skal anvendes under hensyntagen til tre kriterier, nemlig uregelmæssighedernes art og betydning og det økonomiske tab for fondene. Når der endvidere er tale om en punktuell og ikke en systemisk uregelmæssighed, præciseres det i Domstolens praksis, at sidstnævnte krav nødvendigvis indebærer en konkret undersøgelse af hvert enkelt tilfælde, idet der tages hensyn til alle relevante omstændigheder i hver enkelt sag på baggrund af et af disse tre kriterier⁴³.

49. Hvad angår for det første spørgsmålet om, hvorvidt enhver uregelmæssighed udløser en forpligtelse til at anvende en finansiell korrektionssats på 100%, er jeg af den opfattelse, at en sådan fortolkning er klart i strid med de i det foregående punkt nævnte principper og retspraksis, der pålægger medlemsstaterne, når de pålægger en finansiell korrektion som følge af en uregelmæssighed, tager hensyn til alle omstændighederne i sagen, herunder uregelmæssighedens konsekvenser for tildelingen af bidrag og udførelsen af arbejder, der er berettigede til støtte⁴⁴.

50. Denne konklusion indebærer dog ikke efter min opfattelse en forpligtelse til under alle omstændigheder at begrænse den finansielle korrektion til det finansielle tab, som den berørte fond har lidt. Der findes således situationer, i hvilke risikoen for – når der konstateres uregelmæssigheder – at lide et tab, der er begrænset til den del, der vedrører uregelmæssigheden, ikke har en afskrækkende virkning. I sådanne situationer kan en tilbagesøgning af hele

⁴¹ – Det skal præciseres, at den pågældende ret både nævner artikel 98 i forordning nr. 1083/2006, der vedrører *medlemsstaternes* finansielle korrektioner, og henviser til de finansielle virkninger af »de mangler, der er konstateret ved det pågældende operationelle program«, anført i denne forordnings artikel 99, stk. 3, der vedrører *Kommissionens* finansielle korrektioner, mens ovennævnte artikel 98 i stk. 2 henviser til »det økonomiske tab for fondene«.

⁴² – Afgørelse C(2013) 9527 fastlægger, som det præciseres i artikel 1, i bilaget retningslinjerne for fastsættelse af de finansielle korrektioner, som skal foretages af udgifter, der finansieres af Unionen ved delt forvaltning, som følge af manglende overholdelse af reglerne om offentlige kontrakter i forbindelse med programmeringsperioderne 2007-2013 og 2014-2020. I artikel 2 tilføjes det, at Kommissionen anvender disse retningslinjer, der træder i stedet for de foregående retningslinjer for programmeringsperioderne 2000-2006 og 2007-2013, når den foretager finansielle korrektioner vedrørende uregelmæssigheder opdaget efter datoen for vedtagelse af denne afgørelse.

⁴³ – Jf. i denne retning dom af 14.7.2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, præmis 48).

⁴⁴ – Endvidere fungerer en sådan forpligtelse til »automatisk« at tilbagesøge hele bidraget, de facto, som en sanktion, hvilket er i strid med den i fodnote 32 i dette forslag til afgørelse nævnte retspraksis, i henhold til hvilken forpligtelsen til at tilbagebetale en ved en uregelmæssighed uberettiget opnået fordel ikke er en sanktion.

finansieringen være uforholdsmæssig, uanset enhver påvisning af, at den berørte fond har lidt et tilsvarende tab⁴⁵, og uden at den omstændighed, at det støttede projekt er blevet afsluttet, er afgørende i denne henseende⁴⁶.

51. I den foreliggende sag er jeg af den opfattelse, at korruption eller forsøg på korruption, der omfatter medlemmer af udbudskomiteén, vil kunne udgøre en særlig alvorlig og angribelig lovovertrædelse⁴⁷, uanset om det kan bevises, at de har økonomiske indvirkninger på Unionens budget, således at en sådan adfærd principielt vil kunne udløse en korrektion på 100% af bidraget, hvilket det tilkommer den kompetente nationale forvaltning under den forelæggende rets kontrol at vurdere og begrunde i lyset af sagens omstændigheder og under overholdelse af proportionalitetsprincippet.

52. Hvad angår for det andet beregningen af den finansielle korrektion skal det påpeges, at retningslinjerne fra 2013, som den forelæggende ret har gjort gældende, også, samtidig med at de fastsætter de finansielle korrektioner, som Kommissionen anvender på udgifter, der er blevet finansieret af Unionen ved delt forvaltning i tilfælde af manglende overholdelse af reglerne på udbudsområdet, kan fungere som indikationer, når medlemsstaterne selv korrigerer uregelmæssigheder, selv om de ikke er bindende for medlemsstaterne⁴⁸. Navnlig i dette bilags punkt 1.3 om de kriterier, der skal tages i betragtning ved afgørelsen af, hvilken korrektionssats der skal anvendes, nævnes i første afsnit en række korrektioner (på 5%, 10%, 25% og 100%), som anvendes på udgifter under en kontrakt afhængigt af uregelmæssighedens grovhed og proportionalitetsprincippet, når det ikke er muligt præcist at kvantificere de finansielle konsekvenser for den pågældende kontrakt. I dette punkts andet afsnit præciseres det, at grovheden af en uregelmæssighed i forbindelse med manglende overholdelse af reglerne om offentlige kontrakter og de dermed forbundne finansielle konsekvenser for Unionens budget vurderes under hensyntagen til konkurrenceniveauet, gennemsigtighed og ligebehandling, idet uregelmæssigheden betragtes som alvorlig, når den pågældende manglende overholdelse virker afskrækkende på potentielle tilbudsgivere eller medfører tildeling af en kontrakt til en anden tilbudsgiver end den, der skulle have vundet udbuddet. Efterfølgende fastslås det i dette punkt, at der ikke anvendes nogen korrektion, hvis uregelmæssigheden kun er af formel karakter og ikke har faktiske eller potentielle finansielle konsekvenser (tredje afsnit), mens der kan anvendes en finansiell korrektion på 100% i de groveste tilfælde, hvor uregelmæssigheden begunstiger visse tilbudsgiver(e)/ansøger(e), eller hvis uregelmæssigheden skyldes svig, der er konstateret af et kompetent retsligt eller forvaltningsmæssigt organ (sjette afsnit).

⁴⁵ – Eksempelvis konkluderede Domstolen i en sag vedrørende finansiering af en investering inden for rammerne af Den Europæiske Udviklings- og Garantifond for Landbruget (EUGFL), i hvilken kun en del (nemlig 28%) af investeringen var behæftet med en uregelmæssighed som følge af afgivelse af falske oplysninger, at den afskrækkende virkning, der var nødvendig for at sikre en hensigtsmæssig forvaltning af EUGFL's midler, kun kunne opnås, såfremt der var mulighed for at sanktionere en uregelmæssighed ved en fuldstændig ophævelse af støtten og ikke blot en nedsættelse med det beløb, som uregelmæssigheden vedrører (jf. dom af 24.1.2002, *Conserve Italia mod Kommissionen*, C-500/99 P, EU:C:2002:45, præmis 101). I samme sag præciserede generaladvokaten, at det ville være en opfordring til misbrug, såfremt en støttemodtager, der handler retsstridigt, alene risikerede at miste støtten i det omfang, uregelmæssighederne beror på fejl fra hans side (generaladvokat Albers forslag til afgørelse *Conserve Italia mod Kommissionen*, C-500/99 P, EU:C:2001:415, punkt 94 og 97).

⁴⁶ – Som det fremgår af Rettens retspraksis, berettiger den omstændighed, at modtageren af en finansiering ikke opfylder alle sine forpligtelser generelt til en revision af EU-bidraget, uden at den omstændighed alene, at projektet allerede er blevet gennemført, er tilstrækkeligt til at berettigg udbetalingen af dette bidrag (jf. i denne henseende Rettens dom af 13.7.2011, *Grækenland mod Kommissionen*, T-81/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:366, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis, der blev bekræftet ved Domstolens kendelse af 10.10.2012, *Grækenland mod Kommissionen*, C-497/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2012:625).

⁴⁷ – Den omstændighed, at en økonomisk aktør, der uberettiget er blevet favoriseret, har modtaget europæiske midler, har i alvorlig grad skadet Unionens finansielle interesser, for så vidt som det har bragt princippet om fri konkurrence og princippet om ligebehandling ved tildeling af en kontrakt i fare.

⁴⁸ – I punkt 1.1, sidste afsnit, i retningslinjerne fra 2013 anbefales de kompetente myndigheder i medlemsstaterne at anvende de samme kriterier og satser, når de korrigerer uregelmæssigheder opdaget af deres egne tjenester, medmindre de anvender strengere standarder.

53. Disse retningslinjer giver således den forelæggende ret relevante kriterier, som den kan anvende ved beregningen af den finansielle korrektions størrelse, så denne korrektion kan fastsættes under hensyntagen til de finansielle tab, der er påført Unionens almindelige budget, jf. artikel 98, stk. 2, i forordning nr. 1083/2006⁴⁹.

54. Sammenfattende foreslår jeg, at det tredje og det fjerde præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 98 i forordning nr. 1083/2006 skal fortolkes således, at hvis en uregelmæssighed som fastsat i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006 systematisk pålægger de kompetente nationale myndigheder at foretage en finansiell korrektion, skal størrelsen af den korrektion, der skal anvendes, fastlægges under overholdelse af proportionalitetsprincippet under hensyntagen til alle de relevante konkrete omstændigheder, dvs. uregelmæssighedens art og grovhed samt det økonomiske tab for den berørte fond, uden at disse myndigheder dog forpligtes til under alle omstændigheder at begrænse den finansielle korrektion til det finansielle tab, som denne fond har lidt, således at en særligt alvorlig og angribelig overtrædelse principielt vil kunne udløse en korrektion på 100% af bidraget, uanset beviserne for enhver økonomisk indvirkning på Unionens budget.

Forslag til afgørelse

55. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen, at den besvarer de af Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) forelagte præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

- »1) Artikel 2, nr. 7), og artikel 70, stk. 1, litra b), i Rådets forordning (EF) nr. 1083/2006 af 11. juli 2006 om generelle bestemmelser for Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, Den Europæiske Socialfond og Samhørighedsfonden og ophævelse af forordning (EF) nr. 1260/1999

skal fortolkes således, at

en adfærd, der ifølge de kompetente myndigheder viser sig at kunne favorisere en økonomisk aktør under en tildelingsprocedure, er omfattet af begrebet »uregelmæssighed« og medfører generelt en tilbagetrækning af den uretmæssigt opnåede fordel, for så vidt som muligheden for, at denne adfærd har haft en indvirkning på den berørte fonds budget, ikke kan udelukkes.

- 2) Artikel 45, stk. 2, første afsnit, litra d), 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

bestemmelsen i princippet, og henset til forpligtelsen til at fortolke national ret i overensstemmelse med denne bestemmelses formål, ikke er til hinder for en national lovgivning, der udelukker enhver deltagelse i procedurer for tildeling af offentlige koncessioner og indgåelse af offentlige bygge- og anlægs- og vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter af personer, der har begået en alvorlig fejl i forbindelse med udøvelsen af deres erhverv, hvilket den ordregivende myndighed bevisligt har konstateret.

⁴⁹ – Den forelæggende ret har fejlagtigt nævnt denne forordnings artikel 98, stk. 3.

3) Artikel 98 i forordning nr. 1083/2006

skal fortolkes således, at

hvis en uregelmæssighed som fastsat i artikel 2, nr. 7), i forordning nr. 1083/2006 systematisk pålægger de kompetente nationale myndigheder at foretage en finansiel korrektion, skal størrelsen af den korrektion, der skal anvendes, fastlægges under overholdelse af proportionalitetsprincippet under hensyntagen til alle de relevante konkrete omstændigheder, dvs. uregelmæssighedens art og grovhed samt det økonomiske tab for den berørte fond, uden at disse myndigheder dog forpligtes til under alle omstændigheder at begrænse den finansielle korrektion til det finansielle tab, som denne fond har lidt, således at en særligt alvorlig og angribelig overtrædelse principielt vil kunne udløse en korrektion på 100% af bidraget, uanset beviserne for enhver økonomisk indvirkning på Unionens budget.«