Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 16 mei 2018 [1]

Zaak C-124/17

Vossloh Laeis GmbH
tegen
Stadtwerke München GmbH

[verzoek van de Vergabekammer Südbayern (rechterlijke instantie in eerste aanleg in aanbestedingszaken regio Zuid-Beieren, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Procedure – Richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU – Uitsluitingsgronden – Verplichting van de marktdeelnemer om mee te werken met de aanbestedende dienst om zijn betrouwbaarheid aan te tonen vooraleer de uitsluiting ten einde loopt – Begrip ‚onderzoekende autoriteiten' – Berekening van de maximumduur van de uitsluiting"

1. Een marktdeelnemer kan tijdelijk worden uitgesloten van deelname aan aanbestedingsprocedures indien hij zich schuldig heeft gemaakt aan een van de in artikel 57 van richtlijn 2014/24/EU [2] bedoelde gedragingen. De duur van de uitsluiting kan worden ingekort wanneer hij ten aanzien van de aanbestedende dienst bewijst dat hij zich, ondanks zijn eerdere onrechtmatige gedraging, heeft kunnen rehabiliteren.

2. Volgens lid 6 van dat artikel moet de marktdeelnemer om zijn betrouwbaarheid aan te tonen onder meer „de feiten en omstandigheden [ophelderen] door actief mee te werken met de *onderzoekende autoriteiten*". [3] Een groot deel van dit geding heeft betrekking op de uitlegging van deze laatste uitdrukking.

3. Bij de omzetting van richtlijn 2014/24 heeft de Duitse wetgever bepaald dat niet alleen met de onderzoekende autoriteiten, maar ook met de aanbestedende dienst moet worden samengewerkt.

4. In dit verband stelt de Vergabekammer Südbayern (rechterlijke instantie in eerste aanleg in aanbestedingszaken regio Zuid-Beieren, Duitsland) het Hof twee nieuwe vragen, namelijk:

— of de verplichting tot medewerking (met de aanbestedende dienst) die de nationale wetgever heeft toegevoegd, verenigbaar is met het Unierecht, en

— wat de dies a quo is van de maximumduur van de uitsluiting (drie jaar) waarin artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 voorziet voor het geval waarin de duur van de uitsluiting niet bij onherroepelijk vonnis is vastgesteld en moet ingaan op de „datum van de betrokken gebeurtenis".

1 Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65, met rectificatie in PB 2015, L 184, blz. 31).

3 Cursivering van mij.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. Richtlijn 2014/24

5. In overweging 102 staat te lezen:

„Wel moeten ondernemers de mogelijkheid krijgen om maatregelen te nemen die de gevolgen van strafrechtelijke inbreuken of fouten verhelpen en herhaling van het wangedrag doeltreffend voorkomen. Met name kan het gaan om maatregelen op het gebied van personeel en organisatie, zoals het verbreken van alle banden met personen of organisaties die betrokken zijn bij het wangedrag, passende maatregelen voor de reorganisatie van het personeel, de implementatie van verslagleggings- en controlesystemen, het opzetten van een interne controlestructuur voor toezicht op de naleving, en de vaststelling van interne regels met betrekking tot aansprakelijkheid en vergoeding. Als zulke maatregelen voldoende garanties bieden, mag de ondernemer niet langer uitsluitend op deze gronden worden uitgesloten. De ondernemer moet kunnen verzoeken dat de maatregelen die met het oog op mogelijke toelating tot de aanbestedingsprocedure zijn genomen, getoetst worden. Het bepalen van de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden die in zulke gevallen van toepassing zijn, dient aan de lidstaten te worden overgelaten. Het moet de lidstaten meer bepaald vrijstaan te beslissen of zij de individuele aanbestedende diensten toelaten de desbetreffende evaluaties uit te voeren, dan wel deze taak aan andere autoriteiten op een centraal of decentraal niveau toevertrouwen."

6. Artikel 57 („Uitsluitingsgronden") bepaalt:

„1. Aanbestedende diensten sluiten een ondernemer uit van deelname aan een aanbestedingsprocedure wanneer zij hebben vastgesteld, door verificatie overeenkomstig de artikelen 59, 60 en 61, of anderszins ervan op de hoogte zijn dat deze ondernemer bij onherroepelijk vonnis veroordeeld is om een van de volgende redenen:

a) deelneming aan een criminele organisatie […];

b) omkoping […];

c) fraude […];

d) terroristische misdrijven of strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten, […] dan wel uitlokking van, medeplichtigheid aan of poging tot het plegen van een dergelijk misdrijf of strafbaar feit […];

e) witwassen van geld en financiering van terrorisme […];

f) kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel […].

[…]

2. Een ondernemer wordt uitgesloten van deelname aan een aanbestedingsprocedure wanneer de aanbestedende dienst ervan op de hoogte is dat [hij] niet voldoet aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen of sociale premies en wanneer dit is vastgesteld bij een rechterlijke of administratieve beslissing die onherroepelijk en bindend is […].

Voorts mogen aanbestedende diensten een ondernemer uitsluiten, of door lidstaten worden verplicht dat te doen, van deelname aan een aanbestedingsprocedure wanneer de aanbestedende dienst met elk passend middel kan aantonen dat [hij] niet voldoet aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen.

Dit lid is niet langer van toepassing indien de ondernemer zijn verplichtingen is nagekomen door verschuldigde belastingen of socialezekerheidsbijdragen, met inbegrip van lopende rente of boeten, indien toepasselijk, te betalen of een bindende regeling tot betaling daarvan aan te gaan.

[…]

4. De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden:

a) indien de aanbestedende dienst met elk passend middel aantoont dat de in artikel 18, lid 2, genoemde toepasselijke verplichtingen zijn geschonden;

b) wanneer de ondernemer failliet is of in insolventie of liquidatie verkeert, wanneer zijn activa worden beheerd door een curator of door de rechtbank, wanneer hij een regeling met schuldeisers heeft getroffen, wanneer de werkzaamheden zijn gestaakt of wanneer de onderneming in een andere vergelijkbare toestand verkeert ingevolge een soortgelijke procedure uit hoofde van nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen;

c) wanneer de aanbestedende dienst op enige passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;

d) wanneer de aanbestedende dienst over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt om te concluderen dat de ondernemer met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging;

e) wanneer een belangenconflict in de zin van artikel 24 niet effectief kan worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen;

f) wanneer zich wegens de eerdere betrokkenheid van de onderneming bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure een vervalsing van de mededinging als bedoeld in artikel 41 heeft voorgedaan die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen;

g) wanneer de ondernemer blijk heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht met een aanbestedende instantie of een eerdere concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties;

h) wanneer de ondernemer zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting of de naleving van de selectiecriteria, of die informatie heeft achtergehouden, of niet in staat was de ondersteunende documenten die vereist zijn op grond van artikel 59 over te leggen, of

i) wanneer de ondernemer heeft getracht om het besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst onrechtmatig te beïnvloeden, om vertrouwelijke informatie te verkrijgen die hem onrechtmatige voordelen in de aanbestedingsprocedure kan bezorgen, of om nalatig misleidende informatie te verstrekken die een belangrijke invloed kan hebben op besluiten inzake uitsluiting, selectie en plaatsing.

Niettegenstaande punt b) van de eerste alinea, kunnen de lidstaten eisen of voorzien in de mogelijkheid dat de aanbestedende dienst een ondernemer niet uitsluit wanneer deze in een van de in dat punt genoemde situaties verkeert, indien de aanbestedende dienst vastgesteld heeft dat de ondernemer in kwestie in staat zal zijn de opdracht uit te voeren, rekening houdend met de toepasselijke nationale regels en voorschriften betreffende de continuïteit van de activiteit in de onder b) beschreven gevallen.

[…]

6. Elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die [hij] heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Hiertoe bewijst de ondernemer dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of fouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.

De door de ondernemers genomen maatregelen worden beoordeeld met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafrechtelijke inbreuken of de fout. Wanneer de maatregelen onvoldoende worden geacht, worden aan de ondernemer de redenen daarvoor medegedeeld.

Een ondernemer die bij onherroepelijk vonnis is uitgesloten van deelneming aan aanbestedingsprocedures of procedures voor de gunning van concessies mag gedurende de duur van de uitsluiting als gevolg van dat vonnis geen gebruik kunnen maken van de in dit lid geboden mogelijkheid in de lidstaten waar het vonnis van kracht is.

7. De lidstaten bepalen bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel. Zij bepalen met name de maximumduur van de uitsluiting als de ondernemer geen in lid 6 omschreven maatregelen heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Wanneer de duur van de uitsluiting niet is vastgesteld bij onherroepelijk vonnis, mag deze niet langer zijn dan vijf jaar vanaf de datum van de veroordeling bij onherroepelijk vonnis in de gevallen bedoeld in lid 1, en drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis in de gevallen bedoeld in lid 4."

2. Richtlijn 2014/25/EU

7. Artikel 77 („Erkenningssystemen") van richtlijn 2014/25/EU[4] bepaalt:

„1. Aanbestedende instanties kunnen desgewenst een regeling voor de erkenning van ondernemers invoeren en beheren.

4 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (PB 2014, L 94, blz. 243).

Aanbestedende instanties die een erkenningsregeling invoeren of beheren, zorgen ervoor dat ondernemers te allen tijde een erkenning kunnen aanvragen.

2. De in lid 1 bedoelde regeling kan verschillende fasen van erkenning van geschiktheid omvatten.

Aanbestedende instanties voorzien in objectieve regels en criteria voor de uitsluiting en selectie van ondernemers die erkenning aanvragen alsmede objectieve regels en criteria voor het beheer van de erkenningsregeling met betrekking tot aangelegenheden als de inschrijving in de regeling, eventuele periodieke bijwerking van de erkenningen en de looptijd van de regeling.

Wanneer deze criteria en regels technische specificaties bevatten, zijn de artikelen 60 tot en met 62 van toepassing. Deze criteria en regels inzake erkenning kunnen zo nodig worden bijgewerkt.

[…].”

8. In artikel 80 („Gebruik van uitsluitingsgronden en selectiecriteria als bedoeld in richtlijn 2014/24/EU”) is het volgende bepaald:

„1. De objectieve regels en criteria voor uitsluiting en selectie van ondernemers die erkenning in een erkenningsregeling aanvragen, en de objectieve regels en criteria voor uitsluiting en selectie van gegadigden en inschrijvers in openbare of niet-openbare procedures, onderhandelingsprocedures, concurrentiegerichte dialogen of innovatiepartnerschappen kunnen de in artikel 57 van richtlijn 2014/24/EU bedoelde uitsluitingsgronden inhouden volgens de daarin bepaalde voorwaarden.

Wanneer de aanbestedende instantie een aanbestedende dienst is, omvatten deze regels en criteria de in artikel 57, leden 1 en 2, van richtlijn 2014/24/EU bedoelde uitsluitingsgronden volgens de in dat artikel bedoelde voorwaarden.

Op verzoek van de lidstaten, omvatten deze regels en criteria de in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU bedoelde uitsluitingsgronden volgens de in dat artikel bedoelde voorwaarden.

[…].”

B. Nationaal recht - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

9. § 124 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [5] (Duitse mededingingswet) bepaalt:

„(1) Aanbestedende diensten kunnen met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel een onderneming steeds uitsluiten van deelname aan een aanbestedingsprocedure wanneer:

[…]

3. de onderneming zich in de uitoefening van haar activiteiten schuldig heeft gemaakt aan een ernstige en bewezen fout die haar integriteit ter discussie stelt; […]

4. de aanbestedende dienst over voldoende aannemelijke gegevens beschikt om te concluderen dat de onderneming overeenkomsten heeft gesloten met andere ondernemingen die tot doel of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt belemmerd, beperkt of vervalst.

[…].”

5 In de versie van 26 juni 2013 (BGBl. I, blz. 3245), laatstelijk gewijzigd bij de wet van 13 oktober 2016 (BGBl. I, blz. 2258) (hierna: „GWB”).

10. In § 125 is bepaald:

„(1) Aanbestedende diensten sluiten een onderneming waarvoor een van de uitsluitingsgronden van § 123 of § 124 geldt, niet uit van deelname aan een aanbestedingsprocedure indien die onderneming heeft bewezen dat zij:

1. een vergoeding heeft betaald voor de schade die het gevolg is van de strafrechtelijke inbreuk of de fout, of heeft toegezegd die schade te vergoeden,

2. de feiten en omstandigheden volledig heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en de aanbestedende dienst, en

3. concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om een verdere strafrechtelijke inbreuk of fout te voorkomen.

[…]"

11. § 126 luidt:

„Indien een onderneming waarvoor een uitsluitingsgrond geldt, geen of ontoereikende zelfreinigingsmaatregelen in de zin van § 125 GWB heeft getroffen, kan zij

1. in geval van de in § 123 bepaalde uitsluitingsgrond, maximaal vijf jaar vanaf de datum van de veroordeling bij onherroepelijk vonnis worden uitgesloten van deelname aan aanbestedingsprocedures,

2. in geval van de in § 124 bepaalde uitsluitingsgrond, maximaal drie jaar vanaf de datum van de betrokken gebeurtenis worden uitgesloten van deelname aan aanbestedingsprocedures."

II. Feiten

12. Stadtwerke München GmbH (hierna: „Stadtwerke München" of „aanbestedende dienst") voerde in 2011 een „erkenningssysteem" in als bedoeld in artikel 77 van richtlijn 2014/25 met het doel ondernemingen te selecteren voor de levering van spooronderdelen aan haar. [6]

13. Op 4 november 2016 werd de onderneming Vossloh Laeis GmbH van dat systeem uitgesloten, aangezien zij op 9 maart 2016 door het Bundeskartellamt (Duitse mededingingsautoriteit) was beboet omdat zij gedurende een aantal jaren had deelgenomen aan een kartel, dat tot de lente van 2011 had bestaan.

14. Omdat Stadtwerke München zelf een van de benadeelden van de heimelijke afspraken tussen de karteldeelnemers was, leidde zij een civiele procedure in tegen Vossloh Laeis, waarbij zij schadevergoeding vorderde.

15. Volgens de verwijzingsbeslissing had Vossloh Laeis niet meegewerkt met de aanbestedende dienst om de inbreuken op de regels inzake mededingingsbeperkende praktijken op te helderen. In het bijzonder:

— had Vossloh Laeis zich, nadat het bestaan van het kartel in 2011 aan het licht was gekomen, niet tot de aanbestedende dienst gericht en had zij evenmin initiatief genomen om de feiten volledig op te helderen;

6 Nadien, bij besluit van 28 december 2016, is het betrokken erkenningssysteem stopgezet.

— ontkende Vossloh Laeis pas in 2016 niet langer ten aanzien van de aanbestedende dienst dat zij had deelgenomen aan de betrokken heimelijke afspraken, maar verklaarde zij bezwaar te hebben ingediend tegen het besluit tot oplegging van een sanctie. Daarbij beschreef zij de organisatorische en personeelsmaatregelen die zij had genomen om de feiten op te helderen en te vermijden dat zij zich opnieuw zouden voordoen. Verder verklaarde zij dat zij de schade als gevolg van haar wangedrag zou vergoeden.

16. Vossloh Laeis weigerde echter het besluit tot oplegging van een sanctie te bezorgen aan de aanbestedende dienst om hem in staat te stellen dit te onderzoeken. Zij wilde ook niet meewerken met deze dienst om de gepleegde inbreuk op te helderen, aangezien zij meende dat haar medewerking met de mededingingsautoriteit voldoende was.

17. De verwijzende rechter betwist niet dat Vossloh Laeis tijdens de procedure bij de Duitse mededingingsautoriteit voortdurend en zonder enige beperking met deze laatste had meegewerkt, zoals in het besluit tot oplegging van een sanctie zelf is vastgesteld.

18. De aanbestedende dienst meende dat uit de toelichtingen van Vossloh Laeis niet bleek dat zij voldoende zelfreinigingsmaatregelen in de zin van § 125 GWB had getroffen. Daarom deelde hij haar op 4 november 2016 uiteindelijk mee dat zij met onmiddellijke ingang van het erkenningssysteem werd uitgesloten.

19. Vossloh Laeis stelde tegen dat besluit beroep in bij de Vergabekammer Südbayern, die het Hof verzoekt om een prejudiciële beslissing.

III. Prejudiciële vragen

20. De prejudiciële vragen luiden als volgt:

„1) Is een regeling van een lidstaat op grond waarvan een marktdeelnemer voor een succesvolle zelfreiniging de feiten en omstandigheden met betrekking tot een strafrechtelijke inbreuk of fout en de daardoor veroorzaakte schade moet ophelderen door niet alleen actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten, maar ook met de aanbestedende dienst, verenigbaar met artikel 80 van richtlijn 2014/25/EU juncto artikel 57, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU?

2) Indien de eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord, moet artikel 57, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU in deze context dan aldus worden uitgelegd dat de betrokken marktdeelnemer voor een succesvolle zelfreiniging de feiten ten aanzien van de aanbestedende dienst in ieder geval in die mate moet ophelderen dat die dienst in staat is te beoordelen of de getroffen zelfreinigingsmaatregelen (technische, organisatorische en personeelsmaatregelen en schadevergoeding) geschikt en voldoende zijn?

3) Voor de in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU neergelegde facultatieve uitsluitingsgronden bedraagt de maximumduur van of termijn voor uitsluiting volgens artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24/EU drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis. Moet onder de betrokken gebeurtenis worden verstaan de verwezenlijking van de in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU bedoelde uitsluitingsgronden of het ogenblik waarop de aanbestedende dienst over zekere en betrouwbare informatie beschikt dat er een uitsluitingsgrond bestaat?

4) Is dienovereenkomstig de betrokken gebeurtenis in de zin van artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24/EU ingeval de voorwaarden voor toepassing van de uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24/EU zijn vervuld door deelname van een marktdeelnemer aan een kartel, de beëindiging van de deelname aan het kartel dan wel het verkrijgen van zekere en betrouwbare informatie door de aanbestedende dienst over de deelname aan het kartel?”

IV. Procedure bij het Hof en argumenten van partijen

21. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is bij het Hof ingekomen op 10 maart 2017.

22. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Vossloh Laeis, Stadtwerke München, de Duitse, de Griekse, de Hongaarse en de Poolse regering, alsook door de Commissie, die – met uitzondering van Stadtwerke München en de Poolse regering – alle hebben deelgenomen aan de mondelinge behandeling op 21 februari 2018.

V. Analyse

23. Hoewel geen van de partijen de kwalificatie van de Vergabekammer Südbayern als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU heeft betwist, zij er om te beginnen toch aan herinnerd dat het Hof deze kwalificatie in het arrest van 27 oktober 2016, Hörmann Reisen [7], heeft erkend.

24. De vier vragen in deze procedure kunnen in twee groepen worden ingedeeld. Volgens de eerste en de tweede vraag moet worden onderzocht of de in artikel 57, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 vereiste medewerking (van een marktdeelnemer voor wie een van de uitsluitingsgronden van de leden 1 en 4 van die bepaling geldt, om aan te tonen dat hij opnieuw betrouwbaar is) enkel aan de „onderzoekende autoriteiten" moet worden verleend of ook aan de aanbestedende dienst, wanneer de nationale regeling van een lidstaat in dit laatste voorziet.

25. De twee andere vragen hebben betrekking op de duur van de uitsluiting van een marktdeelnemer die de in artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 bedoelde zelfreinigingsmaatregelen niet heeft genomen. Met name moet worden verduidelijkt wat de „betrokken gebeurtenis" is die in lid 7 van die bepaling wordt aangeduid als startpunt van de termijn voor uitsluiting.

A. Begrip „onderzoekende autoriteiten" in de zin van artikel 57, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 (eerste en tweede vraag)

1. Samenvatting van de argumenten van partijen

26. Doordat de Duitse wetgeving vereist dat wordt meegewerkt met de aanbestedende dienst, heeft deze wetgeving volgens Vossloh Laeis een extra voorwaarde opgelegd voor de zelfreiniging, terwijl artikel 57, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 enkel verwijst naar actieve medewerking met de onderzoekende autoriteiten.

27. Vossloh Laeis is van mening dat met de woorden „aanbestedende dienst" en „onderzoekende autoriteit" in het Unierecht verschillende instanties worden bedoeld, met uiteenlopende taken: terwijl de eerste overheidsopdrachten gunt, moet de laatste strafrechtelijke inbreuken of, in het algemeen, eventuele fouten onderzoeken.

28. Zij voert aan dat artikel 57 van richtlijn 2014/24 een onderscheid maakt tussen, enerzijds, de zelfreinigingsmaatregelen van de marktdeelnemer en, anderzijds, het bewijs van de doeltreffendheid ervan. De logica achter die bepaling is dat de marktdeelnemer de nodige zelfreinigingsmaatregelen moet nemen en vervolgens, als hij deelneemt aan een aanbestedingsprocedure (ongeacht of het een

7 Zaak C-292/15, EU:C:2016:817, punt 29.

gunnings- of een prekwalificatieprocedure betreft), ten aanzien van de aanbestedende dienst moet bewijzen dat die maatregelen het beoogde resultaat hebben opgeleverd. De Duitse wetgever is van dit schema afgeweken door het medewerkingsvereiste op te splitsen en heeft aldus richtlijn 2014/24 geschonden.

29. Het standpunt van de Griekse regering stemt in essentie overeen met dat van Vossloh Laeis.

30. Volgens Stadtwerke München en de Duitse en de Hongaarse regering is het daarentegen geen probleem dat artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 niet letterlijk in Duits recht is omgezet. Door de verwijzing naar de aanbestedende dienst toe te voegen is ermee rekening gehouden dat in het Duitse recht het begrip „onderzoekende autoriteiten" aldus kan worden uitgelegd dat het enkel betrekking heeft op autoriteiten die belast zijn met de vervolging van strafbare feiten. Om een ontoereikende omzetting te vermijden moest dat begrip in de ruimste betekenis ervan worden gebruikt. Daarom heeft de nationale wetgever gepreciseerd dat de marktdeelnemer verplicht is om niet alleen met de „onderzoekende autoriteiten" in strikte zin mee te werken, maar ook met de aanbestedende dienst als „onderzoekende autoriteit" in ruimere zin. De aanbestedende dienst „onderzoekt" ook wanneer hij in overeenstemming met artikel 57, leden 5 en 6, van richtlijn 2014/24 nagaat of voor een inschrijver een facultatieve uitsluitingsgrond geldt, dan wel controleert of laatstgenoemde aan de vereisten inzake zelfreinigingsmaatregelen voldoet.

31. Ter terechtzitting nuanceerde de vertegenwoordiger van de Duitse regering echter het oorspronkelijke standpunt van deze laatste in die zin dat de gezamenlijke verwijzing naar de onderzoekende autoriteiten en de aanbestedende dienst in de nationale regeling niet tot doel had dezelfde verplichting tweemaal op te leggen.

32. Zelfs al valt de verruiming van de verplichting om mee te werken buiten artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24, volgens Stadtwerke München verzet het Unierecht zich er niet tegen dat de lidstaten in dit verband strengere maatregelen vaststellen. Dat vloeit voort uit de geest, het doel en de functie van de uitsluitingsgronden in het kader van het plaatsen van overheidsopdrachten.

33. In dit verband wijst zij erop dat de oplossing van de nationale wetgever transparant en niet discriminerend is. Bovendien verbiedt de richtlijn niet uitdrukkelijk dat strengere maatregelen worden vastgesteld. Ten slotte is de deelname van de aanbestedende diensten aan het zelfreinigingsproces ook nodig, aangezien zij moeten nagaan of marktdeelnemers moeten worden uitgesloten van de procedure en, in voorkomend geval, de zelfreinigingsmaatregelen moeten controleren die laatstgenoemden hebben genomen.

34. De Commissie is van mening dat het begrip „onderzoekende autoriteit", anders dan het begrip „aanbestedende dienst" van artikel 2, lid 1, van richtlijn 2014/24, noch door deze laatste richtlijn, noch door richtlijn 2014/25 is gedefinieerd. Dezelfde autoriteit kan weliswaar tegelijkertijd als aanbestedende dienst en als onderzoekende autoriteit optreden, maar het lijkt niet zo te zijn dat met de vermelding van deze laatste in artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 de aanbestedende dienst wordt bedoeld.

35. Volgens de Commissie vloeit uit de systematische uitlegging van de betrokken bepaling voort dat naast de medewerking met de onderzoekende autoriteiten ook een verplichting bestaat om mee te werken met de aanbestedende dienst, die echter van een andere aard is. In ieder geval mag de samenwerking met de beide autoriteiten niet tot overlapping tussen of herhaling van dezelfde verplichtingen leiden.

36. De Commissie meent ook dat de vereiste medewerking met elk van beide autoriteiten eigen kenmerken heeft, dit wil zeggen niet dezelfde is. Het doel van de onderzoekende autoriteiten bij het uitvoeren van hun procedures (inbreuken opsporen) verschilt van dat van het onderzoek van de aanbestedende diensten (de betrouwbaarheid van een marktdeelnemer nagaan). In het eerste geval gaat het erom te bepalen of de betrokkenen schuld treft met betrekking tot feiten uit het verleden. In het tweede geval betreft het een onderzoek naar de risico's die de gunning van een overheidsopdracht aan een bepaalde inschrijver in de toekomst kan inhouden.

2. Beoordeling

37. Artikel 57 van richtlijn 2014/24 bevat een aantal gronden voor de uitsluiting van marktdeelnemers van deelname aan aanbestedingsprocedures. Lid 1 vermeldt de dwingende gronden („aanbestedende diensten *sluiten* […] *uit*"), terwijl lid 4 de facultatieve gronden („aanbestedende diensten *kunnen* […] *uitsluiten*") opsomt.

38. Onder de facultatieve gronden bevinden zich de heimelijke afspraken waarvan sprake is onder d): „wanneer de aanbestedende dienst over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt om te concluderen dat de ondernemer met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging", kan hij die ondernemer uitsluiten van deelname aan een van die procedures.

39. Tenzij deze uitsluiting bij onherroepelijk vonnis is opgelegd – in welk geval deze zolang duurt als in de rechterlijke beslissing is bepaald –, kan de getroffen marktdeelnemer gebruikmaken van de in artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 bedoelde mogelijkheid, te weten een einde maken aan de *normale* termijn van uitsluiting[8] vooraleer deze volledig is verstreken.

40. Om van die mogelijkheid te kunnen gebruikmaken moet de betrokken marktdeelnemer bewijzen dat „ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond" (artikel 57, lid 6, eerste alinea, van richtlijn 2014/24) zijn latere gedrag hem „betrouwbaar" heeft gemaakt. Om „zijn betrouwbaarheid aan te tonen" (ibid.) „mag [hij] bewijzen dat de maatregelen die [hij daartoe] heeft genomen voldoende zijn" (ibid.).

41. De betrouwbaarheid waarnaar die bepaling verwijst, is een hoedanigheid die de aanbestedende dienst moet beoordelen volgens de richtsnoeren die in de tweede alinea van datzelfde lid 6 worden vermeld. Die betrouwbaarheid kan enkel bewezen worden geacht als de marktdeelnemer: a) de schade als gevolg van de inbreuk die tot zijn uitsluiting heeft geleid, heeft betaald of heeft toegezegd deze te vergoeden; b) de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd, en c) concrete (technische, organisatorische en personeelsmaatregelen) heeft genomen die geschikt zijn om verdere inbreuken te voorkomen.

42. De twijfels van de verwijzende rechter hebben uitsluitend betrekking op de tweede van deze voorwaarden en zijn gebaseerd op het gebrek aan overeenstemming tussen artikel 57, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 (volgens welke de marktdeelnemer moet bewijzen „dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten") en § 125, lid 1, punt 2, GWB (op grond waarvan actief moet worden meegewerkt met „de onderzoekende autoriteiten en [met] de aanbestedende dienst").

43. Stadtwerke München meent dat de verwijzing naar de „aanbestedende dienst" is toegevoegd aan die welke de Uniewetgever maakt naar de „onderzoekende autoriteiten", om een beperkende uitlegging van artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 te vermijden in die zin dat de marktdeelnemer enkel moet meewerken met de „onderzoekende autoriteiten" in strikte zin (te weten de instanties die

8 Wanneer de maximumduur van de uitsluiting niet is vastgesteld bij onherroepelijk vonnis bedraagt deze volgens artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 vijf of drie jaar, afhankelijk van de in die bepaling vermelde gevallen.

strafrechtelijke inbreuken of fouten opsporen), waarbij wordt vergeten dat, in ruime zin, de aanbestedende dienst ook *onderzoekt*, wanneer hij nagaat of voor een marktdeelnemer een uitsluitingsgrond geldt, of controleert of laatstgenoemde ondanks deze uitsluitingsgrond zijn betrouwbaarheid heeft bewezen.

44. Op basis van de verschillende taalversies meen ik echter niet dat er een risico bestaat op een misverstand als gevolg van de vermeende onnauwkeurigheid van artikel 57, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2014/24.

45. De Duitse taalversie gebruikt de uitdrukking „Ermittlungsbehörden", die exact overeenstemt met de uitdrukking die wordt gehanteerd in andere taalversies, zoals de Spaanse („autoridades investigadoras"), de Engelse („investigating authorities"), de Franse („autorités chargées de l'enquête"), de Italiaanse („autorità investigative"), de Portugese („autoridades responsáveis pelo inquérito") of de Nederlandse („onderzoekende autoriteiten"). In alle taalversies worden de autoriteiten en instanties die overheidsopdrachten gunnen of aanbestedingsprocedures organiseren bovendien eveneens in ondubbelzinnige bewoordingen aangeduid: „poder adjudicador" in het Spaans en „öffentliche Auftraggeber" in het Duits.

46. Het probleem is dus niet de onnauwkeurigheid van de termen die artikel 57 van richtlijn 2014/24 gebruikt om *instanties* van uiteenlopende aard aan te duiden. Deze bepaling vertrouwt de aanbestedende diensten evenwel ook enkele *taken* toe die min of meer verband houden met onderzoek. Bijvoorbeeld:

— Volgens lid 1 ervan moeten aanbestedende diensten een marktdeelnemer uitsluiten „wanneer zij hebben *vastgesteld*[…] of […] ervan op de hoogte zijn dat [hij] bij onherroepelijk vonnis veroordeeld is om [bepaalde] redenen".

— In dezelfde zin verwijst lid 2, tweede alinea, naar het geval waarin „de aanbestedende dienst met elk passend middel *kan aantonen* dat de ondernemer niet voldoet aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen".

— Ten slotte vereisen andere, in lid 4 genoemde gevallen een bepaalde *onderzoeksactiviteit*[9] van de aanbestedende diensten. Zo kunnen zij volgens het bepaalde onder c) „op enige passende wijze *aannemelijk* […] *maken* dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken".

47. Ik ben van mening dat het feit dat de aanbestedende dienst die taken uitoefent, hem niet tot een van de „onderzoekende autoriteiten" maakt die in artikel 57, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 worden vermeld.

48. Het is juist dat de aanbestedende dienst in ieder geval een onderzoeksactiviteit (in de hierboven vermelde betekenis) moet verrichten om vast te stellen of er zich bepaalde uitsluitingsgronden van artikel 57, leden 1 en 4, van richtlijn 2014/24 voordoen. Lid 6 van deze bepaling houdt echter niet in dat de aanbestedende dienst in elk geval *zelf* de feiten *vaststelt* die tot uitsluiting kunnen leiden, maar wel dat hij zodra de marktdeelnemer is uitgesloten, *de bewijzen beoordeelt die worden overgelegd door* de marktdeelnemer die beweert dat hij zich heeft gerehabiliteerd.

9 Ik gebruik deze term in procedurele zin, dit wil zeggen met betrekking tot een procedure waarin de onderzoeksinstantie ambtshalve optreedt, waarbij zij bewijzen à charge en à décharge verzamelt.

49. De taak van de aanbestedende dienst bij deze beoordeling van de bewijzen is derhalve *passief*, terwijl die van de marktdeelnemer *actief* is. Laatstgenoemde dient het bewijsmateriaal over te leggen waarover de aanbestedende dienst een standpunt zal innemen, zonder dat het voor deze dienst noodzakelijk is, zoals ik reeds heb gezegd, om in dat verband steeds instructieactiviteiten (of onderzoeksactiviteiten) te verrichten.

50. De marktdeelnemer die beweert dat hij zich gerehabiliteerd heeft, moet inter alia bewijzen „dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten". Logischerwijs moet hij dat bewijs leveren ten aanzien van de aanbestedende dienst, dit wil zeggen ten aanzien van de instantie die na de beoordeling van de bewijzen zal beslissen of de inschrijver voldoende heeft aangetoond dat hij betrouwbaar is en derhalve opnieuw kan worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedures.

51. In algemene zin vallen de „onderzoekende autoriteiten" waarnaar artikel 57, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 verwijst, dus niet samen met de aanbestedende diensten. Ten aanzien van deze laatste moet de inschrijver (of, zoals in casu, de onderneming die wil deelnemen aan een erkenningssysteem) bewijzen dat hij actief en volledig heeft meegewerkt met de onderzoekende autoriteiten om de feiten op te helderen. Die medewerking moet echter noodzakelijkerwijs zijn verleend aan een andere instantie dan de aanbestedende dienst, anders zou het voor deze laatste om een bekend feit gaan dat niet hoeft te worden bewezen.

52. De chronologische opeenvolging van de verrichtingen waarnaar lid 6 van artikel 57 verwijst, bevestigt deze vaststelling. Wat de marktdeelnemer ten aanzien van de aanbestedende dienst moet bewijzen, zijn feiten die zich in het verleden hebben voorgedaan, dit wil zeggen op een tijdstip voorafgaand aan het tijdstip waarop hij de aanbestedende dienst verzoekt hem als gerehabiliteerd te beschouwen.

53. Aldus moet de marktdeelnemer de schade hebben betaald of moet hij hebben toegezegd deze te vergoeden, net zoals hij reeds de maatregelen moet hebben genomen om verdere inbreuken te voorkomen. Om dezelfde reden moeten de opheldering (over de feiten en omstandigheden van het schuldige gedrag dat tot uitsluiting heeft geleid) te gelegener tijd zijn verstrekt aan een autoriteit die niet de aanbestedende dienst kan zijn. Ten aanzien van deze laatste moet immers enkel worden aangetoond dat deze opheldering – net zoals de betaling van de vergoeding of het nemen van geschikte maatregelen – reeds heeft plaatsgevonden.

54. Dat is volgens mij de meest aannemelijke uitlegging van artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24. En deze sluit het best aan bij een zaak als de onderhavige, waarin het gedrag dat de uitsluiting heeft veroorzaakt (de deelname van de onderneming aan een kartel) is beoordeeld en bestraft door een „onderzoekende autoriteit", namelijk het Bundeskartellamt.

55. Het heeft in deze omstandigheden geen zin de verplichting om mee te werken een tweede maal op te leggen, door te verlangen dat ook wordt meegewerkt met de aanbestedende dienst, wat het geval zou zijn als de marktdeelnemer die na zijn uitsluiting beweert dat hij zich gerehabiliteerd heeft, verplicht wordt dezelfde feiten en omstandigheden op te helderen ten aanzien van twee verschillende autoriteiten.

56. Desalniettemin kan worden verdedigd (zoals Stadtwerke München doet) dat het Unierecht zich er niet tegen verzet dat lidstaten voor de duur van de uitsluiting strengere criteria opleggen aan ondernemers die hun betrouwbaarheid willen bewijzen. Het zou derhalve mogelijk zijn om van hen te eisen dat zij niet alleen met de onderzoekende autoriteiten, maar ook met de aanbestedende dienst samenwerken.

57. Belangrijke argumenten pleiten in het voordeel van dit standpunt. Volgens artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 bepalen „[d]e lidstaten […] de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel". Verder heeft het Hof verklaard [10], met betrekking tot de facultatieve uitsluitingsgronden [11], dat de richtlijn inzake overheidsopdrachten „[geen uniforme toepassing] beoogt […] op het niveau van de Unie, aangezien de lidstaten over de mogelijkheid beschikken om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen of om ze in de nationale wetgeving op te nemen met een mate van hardheid die per geval zou kunnen verschillen, afhankelijk van de op nationaal niveau doorslaggevende juridische, economische of sociale overwegingen".

58. Mijns inziens is dit enkel mogelijk indien het een andere medewerking betreft dan die met de onderzoekende autoriteiten. In die zin kan de in § 125, lid 1, punt 2, GWB bepaalde medewerking met de aanbestedende dienst aldus worden opgevat dat zij niet hetzelfde doel heeft als de medewerking met de onderzoekende autoriteiten die van de marktdeelnemer wordt verlangd, maar betrekking heeft op gedragingen waarvan de beoordeling of zij als uitsluitingsgrond in aanmerking komen, aan de aanbestedende dienst zelf toekomt.

59. Vanuit dit oogpunt krijgt het bepaalde in § 124, lid 4, GWB [12] betekenis: de marktdeelnemer moet actief meewerken met de aanbestedende dienst om i) de feiten en omstandigheden op te helderen op basis waarvan deze laatste van oordeel kan zijn dat de uitsluitingsgrond – waarvan de beoordeling onder zijn verantwoordelijkheid valt – van toepassing is; en ii) deze laatste ervan te overtuigen dat hij desalniettemin kan worden gerehabiliteerd.

60. De nationale regel aldus uitleggen dat de marktdeelnemer op gelijke (en dubbele) wijze moet meewerken met de aanbestedende dienst en met de onderzoekende autoriteiten om dezelfde feiten en omstandigheden met betrekking tot dezelfde uitsluitingsgrond op te helderen, leidt daarentegen tot een resultaat dat mijns inziens niet verenigbaar is met artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24:

— Om te beginnen zou er sprake zijn van een overlapping van verplichtingen ten aanzien van instanties die uiteenlopende taken vervullen, zoals de onderzoekende autoriteiten en de aanbestedende diensten.

— Verder zou dit ertoe leiden dat de marktdeelnemer in een situatie terechtkomt waarin hij zich bijna niet kan verdedigen, wanneer in omstandigheden als die van het onderhavige geding de aanbestedende dienst beweert schade te hebben geleden als gevolg van de onrechtmatige gedraging die tot de uitsluiting van de marktdeelnemer heeft geleid, voor welke schade hij een vergoeding vraagt. [13]

61. Bij deze overlapping van verplichtingen wordt immers geen rekening gehouden met de verschillen tussen de specifieke functies van de onderzoekende autoriteiten inzake bescherming van de mededinging en die van de aanbestedende diensten. Wanneer een aanbestedende dienst kan beoordelen of de feiten waardoor hij meent schade te hebben geleden, al dan niet naar behoren zijn

10 Arrest van 20 december 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani en Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, punt 31).

11 Het verwijst naar de uitsluitingsgronden die zijn vermeld in artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114). Ik dien er echter aan te herinneren dat artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 verwijst naar „de in de leden 1 en 4 [van datzelfde artikel 57] bedoelde situaties", dit wil zeggen zowel naar de dwingende uitsluitingsgronden als naar de facultatieve uitsluitingsgronden.

12 Volgens deze bepaling kan een marktdeelnemer worden uitgesloten wanneer de aanbestedende dienst over voldoende aannemelijke gegevens beschikt om te concluderen dat hij heimelijke overeenkomsten heeft gesloten.

13 De medewerking met de aanbestedende dienst die van de marktdeelnemer wordt verlangd, kan nadelig zijn voor deze laatste wanneer zij, zoals in casu, beide partij zijn in een civiele procedure die is ingeleid door de eerste, die beweert te zijn benadeeld door de gedraging van de inschrijvende onderneming (haar deelname aan het kartel), welke gedraging tot de uitsluiting leidt waarvan de tweede zich tracht te zuiveren.

opgehelderd, en zijn rol dus niet beperkt is tot het vaststellen of de marktdeelnemer volledig heeft meegewerkt met de onderzoekende autoriteiten om deze feiten op te helderen, bevindt hij zich bovendien mogelijk niet in de beste positie om met de vereiste neutraliteit en onpartijdigheid over het rehabilitatieverzoek te beslissen.

B. Begrip „betrokken gebeurtenis" in de zin van artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 (derde en vierde vraag)

62. Volgens artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 „bepalen [de lidstaten] de maximumduur van de uitsluiting als de ondernemer geen in lid 6 omschreven maatregelen heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen".

63. De lidstaten beschikken in dit verband echter niet over een absolute vrijheid, aangezien deze bepaling een aantal beperkingen stelt aan de maximumduur. In het bijzonder geldt het volgende:

— Wanneer de duur van de uitsluiting is vastgesteld bij onherroepelijk vonnis, moet deze duur in elk geval in acht worden genomen.

— Wanneer er een onherroepelijk vonnis is maar de duur van de uitsluiting er niet in is bepaald, mag de uitsluiting niet langer duren dan vijf jaar vanaf het tijdstip van de veroordeling in geval van dwingende uitsluitingsgronden (die van artikel 57, lid 1).

— Wanneer er geen onherroepelijk vonnis is, of het uitgesproken vonnis de maximumduur van de uitsluiting niet bepaalt, is deze duur beperkt tot „drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis in de gevallen bedoeld in lid 4" (facultatieve uitsluitingsgronden).

64. Op dit laatste punt hebben de twee laatste vragen van de verwijzende rechter betrekking, die verzoekt om zijn twijfels weg te nemen over het begrip „betrokken" gebeurtenis.

1. Samenvatting van de opmerkingen van partijen

65. Vossloh Laeis voert aan dat het litigieuze begrip naar het objectieve bestaan van de uitsluitingsgrond verwijst. Indien de wetgever de subjectieve kennis van de uitsluitingsgrond door de aanbestedende dienst had bedoeld, dan had hij dat zo geformuleerd. Een systematische uitlegging van de bepaling leidt tot dezelfde slotsom, aangezien de datum anders zou verschillen naargelang van de betrokken aanbestedende dienst, wat in strijd is met de rechtszekerheid.

66. Stadtwerke München is van mening dat het beslissende tijdstip niet het tijdstip is waarop de gedraging die tot de facultatieve uitsluiting leidt, plaatsvindt (of wordt beëindigd), maar het tijdstip waarop de voorwaarden voor uitsluiting, waaronder het subjectieve aspect (kennis van de uitsluitingsgrond door de aanbestedende dienst), volledig vervuld zijn. Volgens deze premisse vindt de betrokken gebeurtenis normaal gesproken plaats op de datum waarop de aanbestedende dienst over betrouwbare informatie beschikt dat zich een uitsluitingsgrond voordoet.

67. De Duitse en de Hongaarse regering zijn het in essentie met dit standpunt eens. De „betrokken gebeurtenis" wordt bepaald door het tijdstip waarop de aanbestedende dienst over zekere en betrouwbare informatie beschikt dat de uitsluitingsgrond zich voordoet, dit wil volgens de Hongaarse regering zeggen, het tijdstip waarop er ter zake een onherroepelijke en definitieve beslissing is.

68. De Griekse regering is geneigd artikel 25, lid 2, van verordening (EG) nr. 1/2003 [14] op het plaatsen van overheidsopdrachten toe te passen, om te vermijden dat er verschillen ontstaan met de overeenkomstige administratieve of strafrechtelijke procedure. Daaruit leidt zij af dat „betrokken" verwijst naar het tijdstip waarop de tot uitsluiting leidende gebeurtenis heeft plaatsgevonden en niet naar dat waarop de aanbestedende dienst er kennis van heeft gekregen.

69. De Poolse regering, die enkel opmerkingen heeft ingediend met betrekking tot deze kwestie, meent dat de „betrokken gebeurtenis" het sluiten van de overeenkomst is die gericht is op vervalsing van de mededinging. Indien de datum van die overeenkomst niet precies kan worden bepaald, dient de datum in aanmerking te worden genomen van de gebeurtenis op basis waarvan het waarschijnlijk kan worden geacht dat die overeenkomst gesloten is (dit kan bijvoorbeeld de dag zijn waarop de aanbestedingsprocedure is afgerond tijdens welke is vastgesteld dat de deelnemende ondernemers hadden getracht de mededinging te vervalsen).

70. De Commissie is van mening dat drie verschillende data in aanmerking kunnen worden genomen: 1) de datum van de gedraging die een uitsluitingsgrond vormt; 2) het tijdstip waarop aan de criteria van een van deze uitsluitingsgronden is voldaan, dat in het geval van artikel 57, lid 4, onder c) en d), van richtlijn 2014/24 het tijdstip is waarop de aanbestedende dienst de fout van de ondernemer aannemelijk kan maken of over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt, en 3) de datum waarop de onderzoekende autoriteit het onrechtmatige gedrag bij onherroepelijke beslissing heeft vastgesteld.

71. Volgens de Commissie dient ten behoeve van de rechtszekerheid (de reden waarom de uitsluitingsgronden beperkt zijn in de tijd) de eerste van deze drie opties te worden gekozen. Het risico dat de overheidsopdracht wordt gegund aan een ondernemer die fouten heeft gemaakt (wat precies de reden is voor de uitsluitingsgronden van richtlijn 2014/24) pleit echter eerder in het voordeel van de tweede optie.

72. Ter terechtzitting heeft de Commissie gewezen op het nut van de door de instellingen van de Unie vastgestelde regels inzake overheidsopdrachten, in het bijzonder artikel 106, leden 14 en 15, van verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 [15], voor de uitlegging van artikel 57 van richtlijn 2014/24, aangezien er tussen deze laatste richtlijn en die regels een zekere mate van overeenstemming moet bestaan. Daaruit leidt zij af dat een marktdeelnemer uiteindelijk maximaal drie jaar kan worden uitgesloten vanaf de definitieve beslissing van een onderzoekende autoriteit waarbij een sanctie wordt opgelegd.

2. Beoordeling

73. Zoals ik reeds heb opgemerkt, houdt artikel 57, lid 7, in fine, van richtlijn 2014/24, om het begin van de maximumduur van de uitsluiting te bepalen wanneer die duur niet bij onherroepelijk vonnis is vastgesteld, rekening met de „betrokken gebeurtenis in de gevallen bedoeld in lid 4". [16] Dit begrip omvat dus in beginsel de gedraging of de omstandigheid die in de verschillende gevallen van artikel 57, lid 4, is beschreven.

14 Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1).

15 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie en tot intrekking van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad (PB 2012, L 298, blz. 1), gewijzigd bij verordening (EU, Euratom) 2015/1929 van het Europees Parlement en de Raad van 28 oktober 2015 (PB 2015, L 286, blz. 1).

16 In bepaalde gevallen zal er een bepaalde vorm van rechterlijke beslissing beschikbaar zijn [bijvoorbeeld indien de ondernemer in insolventie of liquidatie verkeert; geval onder b)], maar in andere gevallen kan worden vastgesteld dat er een uitsluitingsgrond bestaat zonder dat een dergelijke beslissing is gewezen [bijvoorbeeld wanneer de ondernemer heeft getracht vertrouwelijke informatie te verkrijgen; geval onder i)].

74. Een andere vraag – die de verwijzende rechter stelt – is of de duur van de uitsluiting moet worden berekend vanaf de datum waarop die gedraging of omstandigheid zich effectief voordoet, dan wel vanaf het tijdstip waarop de aanbestedende dienst zekere en betrouwbare informatie heeft dat die gedraging of omstandigheid zich voordoet.

75. De standpunten van de partijen bij deze prejudiciële procedure gaan van een objectieve uitlegging, die steunt op de verwezenlijking van de „betrokken gebeurtenis", tot een subjectieve uitlegging, die erop is gebaseerd dat de aanbestedende dienst kennis heeft gekregen van die gebeurtenis.

76. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, is het eerste standpunt gericht op het waarborgen van de rechtszekerheid en het tweede op het beschermen van aanbestedingsprocedures tegen het risico dat inschrijvers voor wie een uitsluitingsgrond geldt, worden toegelaten.

77. Om de vraag van de verwijzende rechter te beantwoorden hoeft de temporele regeling van de in richtlijn 2014/24 bepaalde tijdvakken van uitsluiting echter niet uitgebreid te worden onderzocht, maar kan ermee worden volstaan nader in te gaan op de concreet aan de orde zijnde uitsluitingsgrond.

78. Wat meer in het bijzonder de door de Duitse mededingingsautoriteit bewezen en bestrafte deelname van Vossloh Laeis aan een kartel betreft, heeft de betwisting betrekking op de vraag of de driejarige termijn begint te lopen: i) wanneer die deelname heeft plaatsgevonden of is beëindigd (objectieve benadering), dan wel ii) wanneer de autoriteiten, te weten de onderzoekende autoriteit of de aanbestedende dienst, betrouwbaar bewijs van het wangedrag hebben verkregen of dat gedrag hebben bestraft (subjectieve benadering).

79. De Griekse regering is van mening dat de regeling van artikel 25, lid 2, van verordening nr. 1/2003 inzake de dies a quo voor de verjaringstermijn inzake wangedrag op het gebied van mededinging relevant is. Deze termijn „gaat in op de dag waarop de inbreuk is gepleegd. Bij voortdurende of voortgezette inbreuken gaat de verjaringstermijn echter pas in op de dag waarop de inbreuk is beëindigd".

80. Indien de Uniewetgever ervoor heeft gekozen voorrang te geven aan de rechtszekerheid van de overtreder boven de doeltreffendheid van de sanctiebevoegdheid van de Commissie, kan er immers van worden uitgegaan dat hetzelfde criterium kan worden toegepast op de aanvangsdatum van de termijn voor uitsluiting in het kader van aanbestedingsprocedures.

81. Ik meen evenwel dat deze opvatting onvolledig is. De analoge toepassing moet volledig worden doorgetrokken, zodat – zoals in de gevallen van verjaring van mededingingsbeperkende gedragingen – de maximale uitsluitingstermijn, zodra deze is ingegaan, kan worden gestuit.[17] In dat geval zou de termijn kunnen worden verlengd tot na de drie jaar die specifiek is bepaald in artikel 57, lid 7, van de richtlijn.[18]

82. Derhalve ben ik van mening dat de oplossing via analoge toepassing kan worden bereikt, mits deze techniek van uitlegging van de regel ook op de rest van de inhoud van de bepaling wordt toegepast. Uit die verdere inhoud blijkt dat wanneer de verplichte uitsluitingsgrond wangedrag betreft dat is vastgesteld bij een vonnis dat de duur van de uitsluitingsperiode niet heeft vastgesteld, het precies de datum van de *veroordeling* is die het begin vormt voor de berekening van de vijf jaar uitsluiting.

17 Volgens artikel 25, leden 3 en 5, van verordening nr. 1/2003 wordt „[d]e verjaring ter zake van de oplegging van geldboeten en dwangsommen […] gestuit door elke handeling van de Commissie of van de mededingingsautoriteit van een lidstaat ter instructie of vervolging van de inbreuk. De stuiting van de verjaring treedt in op de dag waarop van de handeling kennis wordt gegeven aan ten minste één onderneming of ondernemersvereniging die aan de inbreuk heeft deelgenomen. […] Na iedere stuiting begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen".

18 Een bepaling die, anders dan artikel 106 van verordening nr. 966/2012, geen specifieke verjaringstermijn voor de uitsluiting vaststelt.

83. Ditzelfde criterium kan volgens mij zonder uitleggingsproblemen worden toegepast in geval van mededingingsbeperkende gedragingen, die enkel bewezen kunnen worden geacht (gezien het vermoeden van onschuld) als dat gebeurt in een rechterlijke of administratieve beslissing. In dat geval, dat in casu aan de orde is, zal het de datum van die beslissing zijn (die als *veroordeling* in oneigenlijke zin geldt) die fungeert als de „betrokken gebeurtenis" die het startpunt vormt voor de berekening van de drie jaar uitsluiting.

84. Artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 verwijst in de onderhavige omstandigheden dus niet naar de heimelijke gedraging zelf als „betrokken gebeurtenis", maar naar de juridische vaststelling dat deze gedraging heeft plaatsgevonden of, indien daaraan de voorkeur wordt gegeven, naar de juridische kwalificatie van een handeling die de autoriteit reeds als wangedrag heeft bestraft.

85. Indien er met andere woorden een beslissing is gegeven waarin de deelname van een ondernemer aan een kartel uitdrukkelijk is vastgesteld, is de „betrokken gebeurtenis" voor de aanbestedende dienst – die de opdracht of, in voorkomend geval, de bevoegdheid tot uitsluiting van die marktdeelnemer heeft gekregen – om de maximumtermijn van de uitsluiting te berekenen, niet het werkelijke gedrag zelf van de inbreukmakende onderneming, maar de kwalificatie en de bestraffing ervan als mededingingsbeperkende gedraging.

86. Naar mijn mening – die samenvalt met die van de Hongaarse regering en met die welke de Commissie ter terechtzitting heeft verdedigd – moet dit de „betrokken" factor zijn voor de aanbestedende dienst om de maximumduur van de uitsluiting van de betrokken marktdeelnemer te bepalen. Gelet op de door de mededingingsautoriteit opgelegde sanctie hoeft de aanbestedende dienst geen verdere actie te ondernemen, aangezien rechtens reeds is vastgesteld dat er sprake is van een gedraging die tot uitsluiting kan leiden. De uitsluitingstermijn begint vanaf dat tijdstip te lopen, dit wil zeggen vanaf de dag waarop de desbetreffende beslissing tot oplegging van een sanctie is gegeven.

VI. Conclusie

87. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de vragen van de Vergabekammer Südbayern te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 80 van richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG, juncto artikel 57, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG:

– verzet zich ertegen dat een marktdeelnemer die zijn betrouwbaarheid wil aantonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond, actief moet meewerken met de aanbestedende dienst om de feiten en omstandigheden op te helderen waaronder hij als medecontractant heeft deelgenomen aan overeenkomsten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging, wanneer hij reeds actief heeft meegewerkt met de mededingingsautoriteit welke die feiten heeft onderzocht en bestraft, en in dat verband die omstandigheden uitvoerig heeft opgehelderd;

– verzet zich er niet tegen dat een lidstaat deze actieve medewerking met de aanbestedende dienst oplegt als een voorwaarde voor de marktdeelnemer om zijn betrouwbaarheid aan te tonen en niet uitgesloten te blijven van de aanbestedingsprocedure, wanneer het gaat om wangedrag waarvan de feiten en omstandigheden door de aanbestedende dienst zelf moeten worden bepaald.

2) Wanneer voor een marktdeelnemer de uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24 geldt, aangezien hij overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging en ten aanzien waarvan reeds een besluit tot oplegging van een sanctie is genomen, wordt de maximumduur van de uitsluiting berekend vanaf de datum van dat besluit."