



Datum van inontvangstneming : 20/08/2018

Zaak C-425/18

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

28 juni 2018

Verwijzende rechter:

Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (bestuursrechter in eerste aanleg Piemonte, Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

7 februari 2018

Verzoekende partij:

Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS)

Verwerende partij:

Gruppo Torinese Trasporti Gtt SpA

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Beroep ingesteld bij de Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte door Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (hierna: „CNS”) tot in het bijzonder nietigverklaring van het besluit van Gruppo Torinese Trasporti S.p.A. (hierna: „GTT”) van 14 juli 2017, waarbij laatstgenoemde verklaarde dat de gunning van een opdracht aan CNS ongedaan werd gemaakt.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

De prejudiciële verwijzing krachtens artikel 267 VWEU betreft de uitlegging van de Unieregeling inzake de gronden voor uitsluiting van een marktdeelnemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure, en met name van het begrip „ernstige fout” in de beroepsuitoefening.

Prejudiciële vraag

Staan artikel 53, lid 3, en artikel 54, lid 4, van richtlijn 2004/17/EG, in samenhang gelezen met artikel 45, lid 2, onder d), van richtlijn 2004/18/EG, in de weg aan een bepaling als artikel 38, lid 1, onder f), van decreto legislativo nr. 163/2006 (wetsbesluit nr. 163/2006) van de Italiaanse Republiek, zoals uitgelegd in de nationale rechtspraak, volgens welke de als een schending van de mededingingsregels aangemerkte gedragingen die door de nationale mededingingsautoriteit zijn vastgesteld en bestraft bij een besluit dat in rechte is bevestigd, worden uitgesloten van de werkingssfeer van het begrip „ernstige fout” die een ondernemer „in de uitoefening van zijn beroep” heeft begaan, met als gevolg dat aanbestedende diensten a priori deze schendingen niet zelfstandig kunnen beoordelen met het oog op de eventuele, doch niet verplichte uitsluiting van deze ondernemer van een procedure voor de plaatsing van een overheidsopdracht?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten, inzonderheid artikel 53, leden 1 en 3, en artikel 54, leden 2 en 4.

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, inzonderheid artikel 45, lid 2, eerste volzin, lid 2, onder d), en lid 2, laatste volzin.

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, inzonderheid overweging 101, artikel 57, lid 4, eerste volzin, lid 4, onder c), d) en g), en lid 4, laatste volzin.

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, inzonderheid de overwegingen 106 en 107 en artikel 80, lid 1.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetsbesluit nr. 163 van 12 april 2006 tot vaststelling van het wetboek voor overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG; hierna: „wetsbesluit nr. 163/2006”). Meer bepaald:

Artikel 38: „Algemene vereisten” 1. De volgende personen zijn uitgesloten van deelneming aan procedures voor de gunning van concessies en overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, komen niet in aanmerking voor opdrachten in onderaanbesteding en kunnen in dit verband geen overeenkomsten sluiten: [...]

f) personen die zich naar het met redenen omklede oordeel van de aanbestedende dienst schuldig hebben gemaakt aan ernstige nalatigheid of zich te kwader trouw hebben gedragen bij de uitvoering van de opdrachten die hun zijn gegund door de aanbestedende dienst die de aankondiging van de opdracht heeft bekendgemaakt; of personen die in de uitoefening van hun beroep een ernstige fout hebben begaan, vastgesteld met elk bewijsmiddel door de aanbestedende dienst;

[...]”.

Artikel 206

Artikel 207: „1. Dit deel geldt voor de aanbestedende diensten: a) die overheidsdiensten of overheidsbedrijven zijn en die een van de in de artikelen 208 tot en met 213 van dit wetboek bedoelde activiteiten uitoefenen; b) die, indien het geen aanbestedende diensten of overheidsbedrijven zijn, een van de in de artikelen 208 tot en met 213 bedoelde activiteiten of meer van deze activiteiten uitoefenen en die bijzondere of uitsluitende rechten genieten welke hun door een bevoegde instantie zijn verleend. 2. Bijzondere of uitsluitende rechten zijn rechten die gebaseerd zijn op een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling of voortvloeien uit een machtiging of een andere bestuursrechtelijke maatregel die tot gevolg heeft dat de uitoefening van een van de in de artikelen 208 tot en met 213 omschreven activiteiten aan een of meer rechtssubjecten voorbehouden blijft waardoor de mogelijkheden van andere rechtssubjecten om dezelfde activiteit uit te oefenen wezenlijk nadelig worden beïnvloed.”

Artikel 210: „1. Onverminderd de uitsluitingen als bedoeld in artikel 23, zijn de bepalingen van dit deel van toepassing op activiteiten die het ter beschikking stellen of exploiteren van netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein, automatische systemen, tram, trolleybus, autobus of kabelbaan beogen. 2. Ten aanzien van vervoerdiensten wordt ervan uitgegaan dat er een net bestaat, indien de dienst wordt verleend overeenkomstig de door de bevoegde overheidsinstanties gestelde voorschriften voor de exploitatie, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de diensten.”

Artikel 217: „1. Dit deel is niet van toepassing op opdrachten die de aanbestedende diensten plaatsen voor andere doeleinden dan de uitoefening van hun in de artikelen 208 tot en met 213 bedoelde activiteiten of voor de uitoefening van deze activiteiten in een derde land, in omstandigheden waarbij er geen fysieke exploitatie is van een net of van een geografisch gebied binnen de Gemeenschap.

2. De aanbestedende diensten doen de Commissie op haar verzoek mededeling van elke activiteit die zij ingevolge lid 1 als uitgesloten beschouwen.”

Artikel 230: *„De aanbestedende diensten passen artikel 38 toe voor de vaststelling of de gegadigden of inschrijvers aan de algemene vereisten voldoen”.*

Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50, attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016 tot omzetting van de richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, overheidsopdrachten en procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, en tot hervorming van de regeling op het gebied van overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen; hierna: „wetsbesluit nr. 50/2016”). Meer bepaald:

Artikel 216: *„Dit wetboek is, behoudens het bepaalde in dit artikel of in andere bepalingen ervan, van toepassing op de procedures en de overeenkomsten waarvan de aankondigingen waarmee de door de aanbestedende dienst gekozen procedure is ingeleid, zijn bekendgemaakt na de datum van inwerkingtreding van dit wetboek, alsmede, in geval van overeenkomsten zonder bekendmaking van de aankondiging, op de procedures en de overeenkomsten waarvoor op de datum van inwerkingtreding van dit wetboek nog geen uitnodigingen tot inschrijving zijn verstuurd”.*

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 GTT is een vennootschap die stadsspoorweg-, tram-, trolleybus- en busdiensten beheert. Bij aankondiging die voor bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie* op 30 juli 2015 werd verzonden, heeft GTT overeenkomstig richtlijn 2004/17 en artikel 220 van wetsbesluit nr. 163/2006 een, in zes percelen onderverdeelde, niet-openbare procedure uitgeschreven voor de gunning van de „Dienst voor de reiniging van voertuigen, ruimten en terreinen, dienst voor de verplaatsing en bevoorrading van voertuigen en aanvullende diensten bij de vestigingen van GTT – zes percelen. Niet-openbare procedure – Speciale sectoren”. De aanbesteding had een waarde van in totaal 29 434 319,39 EUR, exclusief btw, verdeeld over de verschillende percelen met elk een waarde tussen de 4 249 999,10 EUR en 6 278 734,70 EUR.
- 2 Op de betrokken aanbesteding was wetsbesluit nr. 163/2006 van toepassing, dat van kracht bleef tot wetsbesluit nr. 50/2016 in werking trad, aangezien de waarde van de aanbesteding de communautaire drempelwaarde overschreed. Daarnaast diende GTT richtlijn 2004/17 toe te passen, aangezien de dienst die voorwerp van de aanbesteding was, onderworpen was aan de regeling voor speciale sectoren.

- 3 GTT gunde aanvankelijk drie van de zes percelen aan CNS. Bij besluit van 14 juli 2017 verklaarde GTT evenwel dat de gunning aan CNS ongedaan werd gemaakt. GTT baseerde haar besluit op de omstandigheid dat de Autorità italiana garante della concorrenza e del mercato (Italiaanse mededingingsautoriteit; hierna: „AGCOM”) bij besluit van 22 december 2015 aan CNS een boete had opgelegd wegens inbreuk op de mededingingsregels. CNS had namelijk deelgenomen aan een horizontale mededingingsbeperkende afspraak die op uiteenlopende wijze in de praktijk werd gebracht, met het doel de uitkomst van een door een andere aanbestedende dienst ingeleide procedure voor de plaatsing van een opdracht te beïnvloeden door niet met elkaar te concurreren en de meest aantrekkelijke percelen te verdelen in het bij wet maximaal toegestane aantal.
- 4 CNS vocht het besluit van GTT aan bij de verwijzende rechter en vorderde eveneens voorlopige maatregelen. Ter terechtzitting van 11 oktober 2017 wees de verwijzende rechter bij voorlopige voorziening nr.442/2017 het verzoek af waarbij CNS deze maatregelen vorderde, omdat de tegen het litigieuze besluit aangevoerde grieven ongegrond waren.
- 5 CNS kwam tegen voorlopige voorziening nr. 442/2017 op bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië). Deze laatste rechter wijzigde de voorlopige voorziening van de verwijzende rechter bij beslissing nr. 4921/2017, door inzonderheid te oordelen dat het eerste middel, over de vraag of een inbreuk op de mededingingsregels kan worden aangemerkt als een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 38, lid 1, onder f), van wetsbesluit 163/2006, mogelijk gegrond was.
- 6 Tijdens de daaropvolgende terechtzitting van 7 februari 2018 vorderde CNS, op grond van het standpunt van de Consiglio di Stato in beslissing nr. 4921/2017 en in zijn eerdere rechtspraak, opnieuw nietigverklaring van het litigieuze besluit waarbij de gunning ongedaan werd gemaakt.

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 7 GTT baseert het besluit tot ongedaanmaking op de volgende overwegingen: de wettigheid van de sanctiemaatregel van AGCOM is reeds in rechte erkend bij een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan; de Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte heeft in eerdere vonnissen bevestigd dat ook gedrag bestaande in een mededingingsbeperkende afspraak dat in een bestuursrechtelijke procedure is vastgesteld kan worden aangemerkt als een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 38, lid 1, onder f), van wetsbesluit nr. 163/2006 en artikel 45, lid 2, onder d), van richtlijn 2004/18; CNS heeft in de aanbestedingsstukken nergens vermeld dat er bij AGCOM een sanctieprocedure tegen haar aanhangig was; het door AGCOM bestrafte gedrag is zodanig dat de vertrouwensrelatie is verbroken; CNS heeft de „self cleaning”-maatregelen pas na de inleiding van de aanbestedingsprocedure genomen, en deze kunnen de uitsluitingsgronden derhalve niet vanaf het begin van de procedure uitsluiten.

- 8 CNS voert daarentegen in de eerste plaats aan dat de inbreuk op de mededingingsregels geen ernstige beroepsfout in de zin van artikel 38, lid 1, onder f), van wetsbesluit nr. 163/2006 kan vormen en daarom niet in aanmerking kan worden genomen om een ondernemer uit te sluiten.
- 9 Voorts betoogt CNSj dat de ongedaanmaking van de gunning een schending van het ne-bis-in-idembeginsel inhoudt omdat zij daardoor na de door AGCOM opgelegde sanctie opnieuw een sanctie krijgt opgelegd.
- 10 Tot slot hadden volgens CNS de „self cleaning”-maatregelen in aanmerking moeten worden genomen hoewel zij pas tijdens de aanbestedingsprocedure waren genomen.

Relevante nationale rechtspraak

- 11 Volgens vaste nationale rechtspraak moet artikel 38, lid 1, onder f), van wetsbesluit nr. 163/2006 aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst een ruime bevoegdheid heeft om te verifiëren of de ondernemer een ernstige beroepsfout heeft begaan bij de uitvoering van verplichtingen die voortvloeien uit eerdere contractuele betrekkingen, en of de potentiële begunstigde van de opdracht daardoor in technisch-beroepsmatig opzicht niet langer betrouwbaar is. Meer in het bijzonder heeft de Consiglio di Stato in meerdere arresten geoordeeld dat, hoewel artikel 38, lid 1, onder f), naar zijn aard geen sanctie maar een maatregel ter bescherming van het vertrouwensaspect is, indien wordt vastgesteld dat een ondernemer een ernstige beroepsfout heeft begaan dit niet automatisch leidt tot uitsluiting, aangezien de aanbestedende dienst wordt verzocht om zelfstandig te beoordelen of deze beroepsfout het vertrouwen zodanig aantast dat het verloren gaat.
- 12 Voorts heeft de Consiglio di Stato meerdere malen geoordeeld dat de Italiaanse wetgever de werkingssfeer van de „beroepsfout in de uitoefening van het beroep” bij de omzetting van richtlijn 2004/18 heeft beperkt tot tekortkomingen in de nakoming bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht. Aldus heeft de Consiglio di Stato bevestigd dat de gedragingen die een inbreuk op de mededingingsregels vormen, niet onder de categorie ernstige beroepsfouten als bedoeld in artikel 38 kunnen vallen. Aangezien deze bepaling niets over deze gedragingen vermeldt, kunnen deze, ook als zij door AGCOM zijn vastgesteld en bestraft en in rechte zijn bevestigd, geen uitsluitingsgrond vormen (zie in deze zin arresten van de Consiglio di Stato nr. 5704 van 4 december 2017 en nr. 722 van 5 februari 2018 alsook voorlopige voorziening nr. 4921 van 20 november 2017, die in de loop van dit geding is geweest).
- 13 Meer in het bijzonder heeft de Consiglio di Stato eraan herinnerd dat „het feit dat de onderzochte situatie wordt beperkt tot gedragingen in de uitvoeringsfase van overheidsopdrachten, wordt gerechtvaardigd door de specifieke en dwingende aard van de uitsluitingsgrond, en dus door de daarmee samenhangende reden dat ondernemers zekerheid willen hebben over de vereisten voor deelname aan

procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten.” De Consiglio di Stato heeft daarnaast gepreciseerd dat „onrechtmatige daden die buiten de uitvoering van contractuele betrekkingen worden gepleegd en op een willekeurige grond door de rechtsorde worden bestraft, buiten de werkingssfeer van [artikel 38] vallen”. Deze stellingen blijken namelijk qua bewoordingen en logica onverenigbaar te zijn met het begrip „fout” dat onder f) wordt gebruikt, in de context van een bepaling waarin voor andere uitsluitingsgronden die betrekking hebben op de beschadiging van algemene belangen en niet beperkt blijven tot de ondernemings sfeer, termen worden gebruikt als „ernstige inbreuk” [onder e)] of „ernstige schendingen” [onder g) en i)], of „hebben inbreuk gemaakt op het verbod” [onder d)].”

- 14 Tot slot heeft de Consiglio di Stato geoordeeld dat het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-470/13 niet aan deze uitlegging in de weg staat. Dit arrest doet volgens deze rechter niet ter zake omdat het is gewezen in een geding waarin moest worden beoordeeld of een Hongaarse regeling waarin voor de deelneming aan een openbare aanbestedingsprocedure uitdrukkelijk belang werd toegekend aan de inbreuk op het mededingingsrecht, in overeenstemming was met het Unierecht. Uit dit arrest kan volgens de Consiglio di Stato uitsluitend worden afgeleid dat een nationale regeling die een inbreuk op de mededingingsregels uitdrukkelijk als een „ernstige beroepsfout” kwalificeert, niet afwijkt van het Unierecht. Op nationaal niveau moet de nationale wetgever daarentegen uitdrukkelijk toelichten dat ook een inbreuk op de mededingingsregels kan worden aangemerkt als een beroepsfout die relevant is voor de toepassing van artikel 45, lid 2, onder d), van richtlijn 2004/18.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing

- 15 Volgens de verwijzende rechter blijkt het belang van de gestelde vraag uit de omstandigheid dat hij, indien het Hof van Justitie mocht oordelen dat artikel 38, lid 1, onder f), van wetsbesluit nr. 163/2006 niet in overeenstemming met het Unierecht is, zou moeten oordelen dat GTT in beginsel correct heeft gehandeld door de door AGCOM aan CNS opgelegde sanctie in aanmerking te nemen en te besluiten tot ongedaanmaking van de gunning aan CNS.
- 16 De verwijzende rechter is van oordeel dat, ondanks dat het geding een niet-openbare procedure betreft waarop richtlijn 2004/17 van toepassing is, artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 relevant is voor de beslissing in het onderhavige geding. De Italiaanse staat heeft namelijk gebruik gemaakt van de door artikel 54, lid 4, van richtlijn 2004/17 aan de lidstaten geboden mogelijkheid om ook in de speciale sectoren ondernemers te selecteren op grond van de criteria van artikel 45 van richtlijn 2004/18. In dit verband is de verwijzende rechter van oordeel dat het Hof van Justitie in punt 33 van arrest C-465/11 heeft willen bevestigen dat het begrip „uitsluitingsgronden” als bedoeld in artikel 45 altijd hetzelfde moet zijn, ongeacht of er sprake is van een procedure waarop richtlijn 2004/18 van toepassing is dan wel van een procedure voor speciale sectoren, indien de lidstaat

gebruik heeft gemaakt van de in artikel 54, lid 4, van richtlijn 2004/17 geboden mogelijkheid.

- 17 Artikel 38 van wetsbesluit nr. 163/2006 is van toepassing op de in casu aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure, aangezien het ook wordt aangehaald voor aanbestedingen in speciale sectoren. In dit artikel zijn de gronden voor uitsluiting van een ondernemer van procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten geclassificeerd: geen van deze gronden noemt uitdrukkelijk inbreuk op de mededingingsregels. Met uitzondering van de uitsluitingsgrond bedoeld onder f), hebben alle andere uitsluitingsgronden van artikel 38 automatische werking, en inbreuk op de mededingingsregels kan niet worden geacht onder een van deze gronden te vallen.
- 18 Volgens de verwijzende rechter volgt uit de hierboven geïllustreerde nationale rechtspraak dat artikel 38, lid 1, onder f), van wetsbesluit nr. 163/2006 aldus wordt uitgelegd dat de inbreuk op de mededingingsregels in aanbestedingen waarop wetsbesluit nr. 163/2006 van toepassing is, volstrekt niet relevant is, omdat de inbreuk nooit een grond voor uitsluiting van een aanbestedingsprocedure kan vormen, zelfs niet na een discretionaire beoordeling door de aanbestedende dienst.
- 19 In een aantal vonnissen heeft de verwijzende rechter evenwel geoordeeld dat de inbreuk op de mededingingsregels wel als een „ernstige fout” in de uitoefening van het beroep kan worden aangemerkt.
- 20 Volgens deze rechter kan de rechtspraak van het Hof van Justitie op het gebied van facultatieve uitsluitingsgronden op basis van de richtlijnen 92/50/EEG en 2004/18, niet eenduidig worden uitgelegd. Sommige vonnissen lijken de lidstaten toe te staan om geen rechtsbelang toe te kennen aan alle of bepaalde uitsluitingsgronden of om het toepassingsbereik daarvan te wijzigen. Andere vonnissen lijken daarentegen te suggereren dat de lidstaten de betekenis van deze gronden konden verduidelijken, maar niet het begrip daarvan konden wijzigen.
- 21 In dit verband haalt de verwijzende rechter het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-470/13 aan (punten 35-37). Hij wijst erop dat het Hof weliswaar is verzocht om richtlijn 2004/18 uit te leggen, maar dat het zijn beslissing ook op richtlijn 2004/24 heeft gebaseerd, ondanks dat deze richtlijn niet van toepassing was op de aanbestedingsprocedure die voorwerp van dat geschil was. Volgens de verwijzende rechter heeft het Hof uit richtlijn 2014/24 afgeleid dat inbreuk op de mededingingsregels inderdaad een uitsluitingsgrond vormt. Daarnaast zou het Hof hebben verklaard dat overweging 101 en artikel 57, lid 4, van deze richtlijn niet alleen een innovatieve rol hebben, maar tevens een erkenning inhouden van beginselen die reeds aan het eerder geldende systeem inherent waren.
- 22 De verwijzende rechter vraagt zich af of ook andere bepalingen van richtlijn 2014/24 een erkennende waarde hebben en een uitdrukking vormen van aan het Unierecht inherente beginselen die derhalve ook bestonden in de periode waarin

richtlijn 2004/18 van kracht was. Daarbij verwijst hij met name naar de bepalingen waaruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat de uitsluitingsgronden van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 facultatief zijn omdat deze gronden, ook indien daarvan sprake is, niet automatisch tot uitsluiting leiden, maar door de aanbestedende diensten zelfstandig moeten worden beoordeeld met het oog op de uitsluiting van een ondernemer van een aanbesteding.

- 23 Volgens de verwijzende rechter lijkt op basis van het begin van overweging 101 van richtlijn 2014/24, en met op basis van het gebruik in de Italiaanse taalversie van het woord „continuare” (in de Nederlandse taalversie „verder”), te kunnen worden aangenomen dat aanbestedende diensten ook in het verleden de mogelijkheid hadden om ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar bleken omdat zij hun beroepsverplichtingen niet waren nagekomen. Uit dit begin van overweging 101, net als uit het begin van artikel 57, lid 4, van deze richtlijn lijkt bovendien te volgen dat het Unierecht de uitoefening van de bevoegdheid tot uitsluiting rechtstreeks aan de aanbestedende diensten toekent, en niet aan de lidstaten. De lidstaten zouden niet bevoegd zijn om de werking van de facultatieve uitsluitingsgronden uit te sluiten of te beperken.
- 24 Uit deze uitlegging van de genoemde bepalingen zou derhalve moeten volgen dat artikel 45, lid 2, onder d), van richtlijn 2004/18 de lidstaten niet toestond om bij de omzetting van deze richtlijn alle of bepaalde uitsluitingsgronden van lid 2 uit te sluiten, en evenmin om daaraan een andere of engere betekenis te geven dan die welke de Uniewetgever daaraan heeft gegeven blijkens richtlijn 2014/24.
- 25 De verwijzende rechter is op de hoogte van het oordeel van het Hof van Justitie in punt 28 van arrest C-171/15. Volgens hem staat in dit arrest evenwel niet uitdrukkelijk dat de lidstaten de bevoegdheid hebben om bepaalde uitsluitingsgronden van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 niet toe te passen en het toepassingsbereik daarvan te beperken door van hun werkingssfeer feiten en gedragingen uit te sluiten die daar op grond van het Unierecht wel onder vallen. In dit verband verwijst de verwijzende rechter eveneens naar het arrest van het Hof in de gevoegde zaken C-226/04 en C-228/04 (punt 23).
- 26 Daarnaast haalt de verwijzende rechter het arrest in zaak C-465/11 aan (punten 25-27 en 33-35). Volgens hem is dit arrest in twee opzichten relevant. In de eerste plaats wordt daarin bevestigd dat voor de toepassing van artikel 45, lid 2, onder d), van richtlijn 2004/18 het begrip „ernstige fout” ook andere gedragingen omvat dan louter niet-nakoming van overeenkomsten. Dit begrip kan immers worden uitgebreid naar elke inbreuk, waaronder schending van gedragsregels, waaruit de neiging van de ondernemer blijkt om de regels niet in acht te nemen. In de tweede plaats wordt in dit arrest de aandacht gevestigd op het feit dat de lidstaten, wat de facultatieve uitsluitingsgronden betreft, rekening moeten houden met het begrip „ernstige fout” dat relevant is voor het Unierecht. Deze gronden kunnen in het nationale recht nader worden bepaald en toegelicht, mits daarbij het Unierecht in acht wordt genomen. Volgens de verwijzende rechter konden de lidstaten bij de omzetting van de uitsluitingsgronden daarom niet de inhoud

daarvan wijzigen of de facultatieve uitsluitingsgronden omzetten in automatische uitsluitingsgronden.

- 27 Tot slot was de Uniewetgever volgens de verwijzende rechter van oordeel dat het sluiten van mededingingsbeperkende overeenkomsten een zo belangrijke aanwijzing van onbetrouwbaarheid vormt dat deze moest worden losgekoppeld van de beroepsfout en een zelfstandige facultatieve uitsluitingsgrond moest vormen.