



Datum van
inontvangstneming

:

13/04/2017

Zaak C-124/17

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:

10 maart 2017

Verwijzende rechter:

Vergabekammer Südbayern (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

7 maart 2017

Verzoekende partij:

Vossloh Laeis GmbH

Verwerende partij:

Stadtwerke München GmbH

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Overheidsopdrachten – Beroepsprocedure – Richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU – Vermijden van uitsluiting van deelname door zelfreiniging – Verplichting om actief met de aanbestedende dienst mee te werken – Aanvang van de uitsluiting bij ontoereikende zelfreiniging

Voorwerp en rechtsgrondslag van de verwijzing

Uitlegging van het Unierecht, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

a. 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?

b. Indien vraag a) 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?

c. 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?

d. Is dienovereenkomstig de betrokken gebeurtenis in de zin van artikel 54, lid 7, van richtlijn 2014/24/EU ingeval de voorwaarden voor toepassing van de uitsluitingsgrond van artikel 54, 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?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

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, met name de artikelen 54 en 57

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, met name de artikelen 77 en 80

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (mededingingswet; hierna: „GWB”) (in de versie zoals bekendgemaakt op 26 juni 2013 [BGBl. I blz. 1750, met rectificatie in BGBl. I blz. 3245], laatst gewijzigd bij artikel 5 van de wet van 13 oktober 2016 [BGBl. I blz. 2258]), met name de §§ 124 tot en met 126

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 De prejudiciële vragen zijn gerezen in het kader van een beroepsprocedure inzake overheidsopdrachten. De beroepsprocedure betreft de uitsluiting van verzoekster van de erkenningsregeling die verweerster in 2011 had ingevoerd voor de levering van spoorbaanbestanddelen. Verzoekster is uitgesloten op grond van de punten 3 en 4 van § 124, lid 1, GWB, die bijna letterlijk overeenkomen met de bepalingen van artikel 57, lid 4, onder c) en d), van richtlijn 2014/24, en waarin respectievelijk een ernstige beroepsfout en het bestaan van kartelafspraken als facultatieve uitsluitingsgronden zijn neergelegd.
- 2 In het onderhavige geding had verzoekster ingeschreven voor een concrete aanbesteding van verweerster voor de levering van wissels en sporen. Verweerster deelde haar vervolgens bij brief van 15 juni 2016 mee dat zij twijfelde aan verzoeksters betrouwbaarheid in het kader van het aanbestedingsrecht. Deze twijfel was gebaseerd op de omstandigheid dat verzoekster tot het voorjaar van 2011 betrokken was geweest bij het zogenoemde „spoorkartel”, zoals met name bleek uit het boetebesluit dat het Bundeskartellamt (mededingingsautoriteit) op 9 maart 2016 ten aanzien van verzoekster had vastgesteld.
- 3 In dit verband stelt de Vergabekammer (rechterlijke instantie in eerste aanleg in aanbestedingszaken) vast dat verzoekster niet noemenswaardig met de aanbestedende dienst heeft meegewerkt om de inbreuken op het mededingingsrecht op te helderen. Nadat die in 2011 aan het licht kwamen, heeft zij zich niet tot verweerster gericht en evenmin initiatief genomen om de situatie deugdelijk op te helderen ten aanzien van verweerster. Pas in 2016 heeft zij ten aanzien van verweerster haar deelname aan mededingingsregelingen niet langer betwist. Verzoeken om contact – die er in de eerste plaats toe strekten mogelijke vorderingen tot schadevergoeding veilig te stellen door een verklaring van afstand van verjaring te verkrijgen – gingen steeds uit van verweerster en niet van verzoekster en bleven onbeantwoord.
- 4 Bij brief van 16 juni 2016 heeft verzoekster op de beschuldigingen gereageerd en verduidelijkt dat zij de deelname aan kartelafspraken over wissels niet bestrijdt, maar tegen het boetebesluit van het Bundeskartellamt bezwaar heeft ingediend. Daarnaast heeft zij de voorzorgsmaatregelen en ingrepen op het vlak van organisatie en personeel beschreven om mededingingsbeperkende gedragingen uit het verleden op te helderen en herhaling in de toekomst te vermijden. Voorts heeft zij zich bereid verklaard om schade die verweerster door haar fout zou hebben geleden, overeenkomstig haar verplichtingen rechtens te vergoeden. Wat daarentegen de procedure bij het Bundeskartellamt betreft, blijkt uit het boetebesluit dat verzoekster aan het Bundeskartellamt haar medewerking voortdurend en onbeperkt heeft verleend.
- 5 Voor verweerster volstonden verzoeksters verklaringen niet om aan te tonen dat zij toereikende zelfreinigingsmaatregelen in de zin van § 125 GWB had getroffen.

Na uitgebreide briefwisseling en een gesprek zonder resultaat, deelde verweerster uiteindelijk bij brief van 4 november 2016 aan verzoekster mee dat zij met onmiddellijke ingang van de erkenningsregeling werd uitgesloten. Daarop heeft verzoekster op 17 november 2016 beroep ingesteld, waarbij zij verzocht verweerster te gelasten de betrokken uitsluiting op te heffen.

- 6 Nadat verweerster bij bekendmaking van 28 december 2016 de litigieuze erkenningsregeling had stopgezet, moest volgens verzoekster de zaak worden afgedaan zonder beslissing en heeft zij verzocht om verweerster te verwijzen in de kosten van de beroepsprocedure. Volgens verweerster moet verzoekster echter de kosten dragen, aangezien het beroep op het ogenblik dat het zonder voorwerp werd door stopzetting van de erkenningsregeling, niet-ontvankelijk of minstens ongegrond was.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 7 Vooraf merkt de Vergabekammer op dat een erkenningsregeling in de zin van artikel 77 van richtlijn 2014/25, zoals de erkenningsregeling die in het hoofdgeding aan de orde is, geen aanbestedingsprocedure is, maar een geschiktheidscontrole vooraf. Niettemin kan ook de uitsluiting van een dergelijke regeling het voorwerp van een beroepsprocedure vormen. Daarvan gaat ook de wetgever van de Unie uit, zoals bijvoorbeeld uit overweging 2 van richtlijn 2007/66 blijkt. Wat het verplichte drempelbedrag betreft (in casu neergelegd in artikel 15 van richtlijn 2014/25, waarnaar in § 106 GWB wordt verwezen), is er in het geval van erkenningsregelingen geen sprake van de waarde van een opdracht. De toepasselijkheid van de betreffende bepalingen van het GWB, waarvan om een uitlegging in overeenstemming met het Unierecht wordt verzocht, hangt dus af van de vraag of op basis van deze regeling opdrachten worden gegund die het drempelbedrag overschrijden. Daarover bestaat in casu geen discussie.

Eerste en tweede vraag

- 8 Volgens de rechter voldoet verzoekster aan de voorwaarden voor een succesvolle zelfreiniging overeenkomstig artikel 80 van richtlijn 2014/25 juncto artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24. In de eerste plaats heeft zij zich er immers toe verbonden om alle door haar deelname aan het kartel veroorzaakte schade te vergoeden. In de tweede plaats heeft zij ondertussen – wat verweerster niet betwist – de nodige concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen. In de derde plaats staat vast dat zij actief heeft meegewerkt met de bevoegde onderzoeksautoriteiten, met name met het Bundeskartellamt.
- 9 Daarentegen is niet voldaan aan de noodzakelijk voorwaarde voor een succesvolle zelfreiniging die niet in richtlijn 2014/24 is opgenomen, maar wel in § 125, lid 1,

punt 2, GWB, namelijk de verplichting om actief met de aanbestedende dienst mee te werken.

10 § 125 GWB luidt:

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

1. [...]

2. de feiten en omstandigheden betreffende de strafrechtelijke inbreuk of beroepsfout en de daardoor veroorzaakte schade, heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoeksautoriteiten en de aanbestedende dienst, en

3. [...]

[...]”

11 In de parlementaire toelichting bij deze bepaling wordt deze afwijking aldus gerechtvaardigd dat het begrip „Ermittlungsbehörden” in de richtlijn („onderzoekende autoriteiten” in de Nederlandse taalversie) ruim moet worden uitgelegd. Daarvoor pleit naast de geest en het doel van de regeling ook de Engelse taalversie van de richtlijn, waarin sprake is van „investigating authorities”, en de Franse taalversie, waarin „autorités chargées de l’enquête” wordt gebruikt. Deze taalversies maken het aannemelijk dat niet „Ermittlungsbehörden” (onderzoeksautoriteiten) in enge zin worden bedoeld, maar „ermittelnde Behörden” (onderzoekende autoriteiten). De aanbestedende dienst moet voor het onderzoek van de betrouwbaarheid van de inschrijver in staat zijn de getroffen zelfreinigingsmaatregelen in het licht van de bestaande uitsluitingsgrond te beoordelen.

12 Dit overtuigt niet. Verzoekster heeft er terecht op gewezen dat aanbestedende diensten geen onderzoeksautoriteiten zijn, aangezien zij, anders dan bijvoorbeeld het Bundeskartellamt of het openbaar ministerie, functioneel niet de opdracht hebben om in het algemeen onderzoeken te verrichten bij mogelijke inbreuken. Bovendien zijn aanbestedende diensten niet verplicht om de feiten zoals onderzoeksautoriteiten onpartijdig te onderzoeken, en in vele gevallen zijn zij daartoe overigens ook niet in staat. Dat blijkt juist in de onderhavige zaak, waarin verweerster zelf door de verboden kartelafspraken werd geraakt en door de prijsafspraken mogelijk ook schade heeft geleden. Een dergelijke instantie kan om begrijpelijke redenen geen neutraal en niet-vooringenomen onderzoek voeren.

13 Uit de Engelse taalversie van artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 blijkt overigens dezelfde opvatting. Daarin worden in de betrokken bepalingen de bewoordingen „investigating authorities” gebruikt. Wanneer in de Engelse

taalversie de aanbestedende dienst wordt bedoeld, wordt daarentegen het begrip „contracting authorities” gebruikt.

- 14 Voorts klopt het dat de nationale wetgever de bevoegdheid heeft om strengere vereisten inzake transparantie of gelijke behandeling te stellen dan de richtlijnen of in grotere mededinging te voorzien dan de betrokken richtlijnen vereisen. De verzwaring van de zelfreiniging leidt echter tot een beperking van de mededinging op de Europese interne markt, aangezien ondernemingen die volgens de richtlijn aan aanbestedingsprocedures zouden kunnen deelnemen, in voorkomend geval van deze deelname uitgesloten blijven omdat zij niet met de aanbestedende dienst meewerken.
- 15 Hoogstens kan worden verdedigd dat de marktdeelnemer ten aanzien van de aanbestedende dienst verplicht is de feiten in die mate op te helderen dat die dienst kan beoordelen of de getroffen zelfreinigingsmaatregelen (technische, organisatorische en personeelsmaatregelen en schadevergoeding) geschikt en voldoende zijn.

Derde en vierde vraag

- 16 Volgens de Vergabekammer moet voorts worden verduidelijkt vanaf welke gebeurtenis met betrekking tot een fout in de zin van artikel 80 van richtlijn 2014/25 juncto artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24 de in artikel 80 van richtlijn 2014/25 juncto artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 neergelegde uitsluitingstermijn van maximum drie jaar begint te lopen.
- 17 Bij § 126, punt 2, GWB zijn de betrokken bepalingen van de richtlijn aldus in nationaal recht omgezet dat in geval van een uitsluitingsgrond van § 124 GWB een onderneming waarvoor een uitsluitingsgrond geldt en die geen of ontoereikende zelfreinigingsmaatregelen in de zin van § 125 GWB heeft getroffen, van deelname aan aanbestedingsprocedures kan worden uitgesloten voor hoogstens drie jaar vanaf de datum van de betrokken gebeurtenis.
- 18 In de parlementaire toelichting bij § 126 GWB heet het dat de betrokken gebeurtenis bij de facultatieve uitsluitingsgrond van een inbreuk op het mededingingsrecht in de zin van § 124, lid 1, punt 4, GWB meer bepaald het besluit van de bevoegde mededingingsinstantie over het bestaan van een inbreuk op de mededinging kan zijn. Dit is gebaseerd op de overweging dat voor een uitsluiting op grond van deze bepaling loutere redenen van verdenking niet volstaan. Wanneer een onderneming niet actief met hem meewerkt, heeft een aanbestedende dienst in vele gevallen de nodige, met zekerheid vastgestelde feitelijke grondslag pas bij het besluit van de mededingingsautoriteit. In casu werd dit in maart 2016 vastgesteld.
- 19 Tegen deze opvatting kan evenwel worden aangevoerd dat de uitsluitingstermijn dientengevolge eerst begint te lopen wanneer de soms jarenlange onderzoeken van de mededingingsautoriteiten zijn beëindigd en de sanctie in voorkomend geval

lange tijd na het stopzetten van de mededingingsbeperkende gedraging wordt opgelegd. In dat verband heeft verzoekster gesteld dat alleen al wegens het tijdsverloop de betrouwbaarheid van de inschrijver in dat geval niet in twijfel kan worden getrokken. Voorts leidt de opvatting waarbij het besluit van de mededingingsautoriteit in aanmerking wordt genomen, tot afwijkingen ten opzichte van het recht inzake administratieve overtredingen en het strafrecht, waarin de verjaringstermijn voor vervolging overeenkomstig § 78a Strafgesetzbuch (strafwetboek) en § 31, lid 3, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (wet inzake administratieve overtredingen) begint te lopen zodra de handeling is beëindigd.

- 20 Afhankelijk van welke opvatting wordt gevolgd, was bij de uitsluiting van verzoekster op 4 november 2016 de in acht te nemen termijn al dan niet verstreken.