

# 45. Annotatie bij HvJ EU 24 oktober 2018, C-124/17 (Vossloh – Stadtwerke München) met conclusie A-G M. Campos Sánchez-Bordona

MR. J.S.O. DEN HOUTING

De Vergabekammer SüdBayern (de rechtsinstantie in eerste aanleg bij aanbestedingszaken) in Zuid-Beieren heeft bij beslissing van 7 maart 2017 een aantal prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over art. 80 van Richtlijn 2014/25/EU in samenhang met art. 57, lid 4, 6 en 7 Richtlijn 2014/24/EU. De eerste en tweede vraag gaan erover of een lidstaat in nationale wetgeving kan bepalen dat een getroffen ondernemer op wie een uitsluitingsgrond van toepassing is voor een succesvolle zelfreiniging niet alleen actief mee moet werken met externe onderzoekende autoriteiten, maar ook met aanbestedende diensten zelf. De derde en vierde vraag zien op de uitleg van de term ‘betrokken gebeurtenis’ in art. 57 lid 4 Richtlijn EU/2014/24 en betreft de vraag of voor de ingangsdatum moet worden uitgegaan van het moment van verwezenlijking van de in dat artikel bedoelde facultatieve uitsluitingsgronden, of van het ogenblik dat de aanbestedende dienst over zekere en betrouwbare informatie beschikt om tot uitsluiting over te gaan.

## 1. De casus en procesverloop

Stadtwerke München GmbH (hierna: ‘Stadtwerke München’) heeft in 2011 een zogenoemd ‘erkenningssysteem’ ingevoerd als bedoeld in art. 77 Richtlijn 2014/25/EU met het doel ondernemingen te selecteren voor de levering van spooronderdelen. Een van de erkende aannemers was spooraanwerner Vossloh Laeis GmbH (hierna: ‘Vossloh’). Op 4 november 2016 heeft Stadtwerke München Vossloh van het systeem uitgesloten met een beroep op een ‘ernstige fout’ (par. 124 lid 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [‘GWB’])<sup>1</sup> en vervalsing van de ‘mededinging’ (par. 124 lid 4 GWB<sup>2</sup>). De Duitse mededingingsautoriteit (het ‘*Bundeskartellamt*’) had de spooraanwerner namelijk op 9 maart 2016 een geldboete opgelegd vanwege oneerlijke mededingingspraktijken gedurende een aantal jaren tot medio 2011. In dat verband had Stadtwerke München ook een civiele vordering tot schadevergoeding tegen Vossloh ingesteld. Voorafgaand aan de uitsluiting had Stadtwerke München opheldering gevraagd aan Vossloh om de inbreuk beter te kunnen onderzoeken. Meer specifiek verzocht zij om afgifte van het boetebesluit van de Duitse mededingingsautoriteit. Zij deed daarbij onder meer een beroep op par. 126 GWB. Deze bepaling luidt, voor zover relevant, als volgt:

‘(1) Aanbestedende diensten sluiten een onderneming waarvoor een van de uitsluitingsgronden van par. 123 of

par. 124 geldt, niet van deelname aan een aanbestedingsprocedure uit 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 [eigen onderstreping; *JSOdH*] en
3. concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om een nieuwe strafrechtelijke inbreuk of fout te voorkomen.’

Vossloh heeft dat geweigerd en daartoe aangevoerd dat haar medewerking met de mededingingsautoriteit voldoende was in het kader van de zelfreiniging. Deze medewerking had immers geleid tot een ‘clementieregeling’. Stadtwerke München heeft daarop Vossloh evengoed uitgesloten van het erkenningssysteem, omdat volgens haar niet was gebleken dat Vossloh voldoende ‘zelfreinigingsmaatregelen’ in de zin van de hiervoor geciteerde bepaling had getroffen. Vossloh heeft daarop op 17 november 2016 beroep bij de Vergabekammer ingesteld tegen die uitsluiting en onder meer aangevoerd dat art. 57 lid 6 van Richtlijn 2014/24/EU slechts voorziet in medewerking met de onderzoekende autoriteiten en niet met de aanbestedende dienst. Daarnaast bestreed zij de uitsluiting, aangezien de litigieuze gedra-

1 Welk artikel overeenkomt met art. 57 lid 4 sub c Richtlijn EU/2014/24.

2 Welk artikel overeenkomt met art. 57 lid 4 sub d Richtlijn EU/2014/24.

gingen zich méér dan drie jaar voor de uitsluiting hadden voorgedaan en de terugkijktermijn als bedoeld art. 57 lid 7 Richtlijn 2014/24/EU dus was verstreken. Deze rechtelijke instantie heeft vervolgens de hierna te bespreken prejudiciële vragen gesteld aan het Hof.

## 2. Beantwoording prejudiciële vragen

*Vraag 1 gecombineerd met vraag 2:*

*Is de verplichting tot medewerking met de aanbestedende dienst als bedoeld in voornoemde bepaling in de Duitse wet verenigbaar met het Unierecht (en meer specifiek art. 80 Richtlijn 2014/25/ EU jo. art. 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/ EU)?*

Het Hof stelt allereerst vast dat in art. 57 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU de facultatieve uitsluitingsgronden worden opgesomd in welke gevallen aanbestedende diensten ondernemers kunnen uitsluiten van deelname aan een aanbestedingsprocedure. Onder deze gronden vallen de oneerlijke mededingingspraktijken waar in de onderhavige zaak sprake van is (grond c [de ‘ernstige fout’ en d [‘vervalsing van de mededinging’]). Vervolgens overweegt het Hof dat getroffen ondernemers op de voet van art. 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU hun betrouwbaarheid kunnen aantonen aan de hand van de in dat lid beschreven maatregelen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond.

### Getroffen ondernemers moeten erom kunnen verzoeken dat ‘zelfreinigende maatregelen’ worden getoetst

Vervolgens leidt het Hof uit overweging 102 van de considerans bij Richtlijn 2014/24/EU af dat getroffen ondernemers erom moeten kunnen verzoeken dat ‘zelfreinigende maatregelen’ worden getoetst en dat het aan de lidstaten zelf is de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden vast te leggen. Deze overweging luidt in de Richtlijn voor zover relevant als volgt:

‘(...) De ondernemer moet kunnen verzoeken dat de maatregelen die met 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.’

In dat verband kunnen aanbestedende diensten onder bepaalde omstandigheden genoodzaakt zijn *zelf* ‘onderzoeken en verificaties’ te verrichten, dan wel taken aan andere autoriteiten toevertrouwen, aldus het Hof.

Dat laatste is in de onderhavige zaak het geval, nu de vervolging van oneerlijke mededingingspraktijken volgens

het Duitse recht is toegewezen aan een mededingingsautoriteit. Stadtwerke München dient zich dan ook te verlaten op het besluit van deze autoriteit. Bovendien stelt het Hof vast dat de taken van de mededingingsautoriteit en die van Stadtwerke München als aanbestedende dienst uiteenlopen; eerstgenoemde is gehouden eventuele inbreuken vast te stellen, terwijl laatstgenoemde dient te beoordelen welk risico hij loopt door een opdracht te gunnen aan een ondernemer aan wiens betrouwbaarheid kan worden getwijfeld. Opheldering van de feiten en omstandigheden door de onderzoekende autoriteiten in de zin van art. 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU heeft dan ook niet hetzelfde doel als het onderzoek van de betrouwbaarheid van de ondernemer, zoals Stadtwerke München tevergeefs had bepleit.

### De terugkijktermijn moet bepaald worden vanaf het moment dat het boebesluit is genomen (analoog aan de datum van het ‘onherroepelijke vonnis’)

Evengoed stelt het Hof wel vast dat het aan Vossloh als getroffen onderneming is aan te tonen dat zij de feiten en omstandigheden volledig heeft opgehelderd jegens de mededingingsautoriteit door actief mee te werken op de wijze als bedoeld in art. 57 lid 6, Richtlijn 2014/24/EU, alsmede met Stadtwerke München die moet beoordelen of het bewijs toereikend is om haar weer tot de aanbestedingsprocedure toe te laten. Hoe de getroffen ondernemer dient te bewijzen dat hij de bewuste maatregelen heeft genomen, dient in een nationale regeling te worden bepaald. Het Hof oordeelt in dat verband (r.o. 25):

‘In situaties als die in het hoofdgeding, waarin er een specifieke door het Unierecht of het nationale recht geregelde procedure voor het vervolgen van bepaalde inbreuken bestaat of waarin particuliere instellingen met het onderzoek daarvan zijn belast, moet de aanbestedende dienst zich voor de beoordeling van de aangedragen bewijzen dus in beginsel op de uitkomst van een dergelijke procedure baseren.’

Nu in de Duitse wet is bepaald dat de aanbestedende dienst kan vragen dat de getroffen ondernemer bewijs levert van de door hem getroffen maatregelen die herhaling kunnen voorkomen, kan hij van de ondernemer ook eisen dat hij feiten aandraagt die aannemelijk kunnen maken dat de maatregelen waarop hij zich beroept, daadwerkelijk geschikt zijn om herhaling van het verweten gedrag te voorkomen.

Het Hof is dan ook van oordeel dat de getroffen ondernemer die ondanks het bestaan van een uitsluitingsgrond zijn betrouwbaarheid wil aantonen, dient mee te werken met beide instanties. Daarbij wijst het er wel op dat een dergelijke medewerking met de aanbestedende dienst beperkt moet blijven tot de maatregelen die strikt noodzakelijk zijn voor het in art. 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU vermelde

doel dat met het onderzoek van de betrouwbaarheid van de ondernemer wordt nagestreefd. De omstandigheid dat Stadtwerke München het boetebesluit van de mededingingsautoriteit in haar voordeel zou kunnen gebruiken in de civiele schadevergoedingsprocedure maakt dat volgens het Hof niet anders.

#### Vragen 3 en 4

*Moet onder de ‘betrokken gebeurtenis’ als bedoeld in art. 57 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU worden uitgegaan van de verwezenlijking van de in art. 57 lid 4 bedoelde uitsluitingsgronden, of het ogenblik dat de aanbestedende dienst over zekere en betrouwbare informatie beschikt om tot uitsluiting over te gaan?*

Het Hof stelt voorop dat uit art. 57 lid 7 Richtlijn 2014/24/EU volgt dat het aan de lidstaten is de maximumduur van de uitsluitingsduur te bepalen als de ondernemer geen van de in art. 57 lid 6 omschreven maatregelen heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen.

Laten zij dat na, dan geldt ingevolge dat artikel bij de dwingende uitsluitingsgronden – wanneer de maximumduur van de uitsluiting niet is bepaald bij onherroepelijk vonnis – een maximale duur van vijf jaar vanaf de datum van de veroordeling bij onherroepelijk vonnis en bij de facultatieve uitsluitingsgronden een maximale duur van drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis.

### Lidstaten kunnen kiezen voor een strenger regime dan vastgelegd in de Richtlijn

Vervolgens stelt het Hof vast dat uit art. 57 lid 7 Richtlijn 2014/24/EU de aard noch ingangsdatum van de ‘betrokken gebeurtenis’ kan worden afgeleid. Het Hof acht het echter consistent mede met het oog op de rechtszekerheid de regeling voor de verplichte uitsluitingsgronden analoog toe te passen. De terugkijktermijn moet daarom bepaald worden vanaf het moment dat het boetebesluit is genomen (analoog aan de datum van het ‘onherroepelijke vonnis’). Het Hof wijst er in dat verband ook op dat het bestaan van de mededingingsbeperkende gedragingen slechts als bewezen kunnen worden beschouwd na vaststelling van een dergelijk besluit waarin de feiten juridisch worden gekwalificeerd. Het Hof volgt hiermee de conclusie van de A-G Campos Sánchez-Bordona.

### 3. Actieve medewerking aanbestedende dienst

Uit de motivering van het Hof kan worden afgeleid – hoewel dat niet zo duidelijk staat vermeld in het arrest – dat de litigieuze verplichting tot medewerking met de aanbestedende dienst niet rechtstreeks uit art. 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU kan worden afgeleid. Immers, het Hof verwijst naar overweging 102 en merkt op dat het aan de lidstaten zelf is nadere regels te stellen omtrent de ‘exacte procedurele

*inhoudelijke voorwaarden*’ voor de toetsing van de getroffen zelfreinigende maatregelen. Bovendien stelt het Hof vast dat de taak van de onderzoekende instanties niet dezelfde is als die van de aanbestedende dienst, zoals Stadtwerke München kennelijk had bepleit. Onderzoekende instanties dienen immers inbreuken vast te stellen, terwijl aanbestedende diensten onderzoeksactiviteiten moeten verrichten om vast te stellen of zich bepaalde uitsluitingsgronden voordoen, aldus het Hof.

Het Hof oordeelt vervolgens dat art. 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU er niet aan in de weg staat dat de litigieuze medewerking verplicht kan worden gesteld in nationale wetgeving. Het volgt daarmee de conclusie van de A-G die in dat verband opmerkt onder 56 van zijn conclusie:

*‘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.’*

Ik acht deze uitleg ook niet onredelijk. Het is immers aan de lidstaten zelf de wijze waarop en voorwaarden waaronder de controle plaatsvindt in nationale wetgeving vast te leggen en zij kunnen kiezen voor een strenger regime dan vastgelegd in de Richtlijn.

De beperking die het Hof echter stelt dat de medewerking met de aanbestedende dienst beperkt moet blijven tot de maatregelen die strikt noodzakelijk zijn voor het in art. 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU vermelde doel, is minder concreet dan de A-G voor ogen heeft in zijn conclusie. Hij beveelt namelijk aan de medewerkingsverplichting jegens de aanbestedende dienst te beperken tot de situatie ‘wanneer het gaat om wangedrag waarvan de feiten en omstandigheden door de aanbestedende dienst zelf moeten worden bepaald’.

Ik acht een dergelijke nadere concretisering wel aan te bevelen, nu aanbestedende diensten anders mogelijk op oneigenlijke wijze bewijs kunnen vergaren ten behoeve van mogelijke civiele schadevergoedingsprocedures. Zo had Stadtwerke München in de onderhavige zaak Vossloh bijvoorbeeld in rechte betrokken vanwege de oneerlijke mededingingspraktijken.

### 4. Ingangsdatum terugkijktermijn

Het Hof heeft het moment in de onderhavige zaak waarin de terugkijktermijn van drie jaar ingaat bepaald op de datum van het boetebesluit en volgt daarmee de conclusie van de A-G.

A-G Campos Sánchez-Bordona weegt in zijn conclusie een ‘objectieve uitleg’ van de bewuste term ‘betrokken gebeurtenis’ (die steunt op de verwezenlijking van de aan de uitsluitingsgrond ten grondslag liggende feiten) af tegen

een ‘subjectieve uitleg’, die erop gebaseerd is dat de aanbestedende dienst hiervan kennis heeft gekregen en kiest voor de laatste uitleg. Hij concludeert:

‘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.’

Ik acht echter de ‘objectieve uitleg’ meer voor de hand liggend. Immers, indien de Europese wetgever de subjectieve kennis van de uitsluitingsgrond door de aanbestedende dienst voor ogen had gehad bij het opstellen van de Richtlijn, dan zou hij dat ook zo geformuleerd moeten hebben in de tekst, zoals Vossloh ook had bepleit getuige randnummer 65 van de conclusie van de A-G. Bovendien kan nu een subjectieve uitleg ertoe leiden dat de teruglooptermijn veel later ingaat dan het moment dat de materiële feiten zich voordeden, hetgeen ik weinig proportioneel acht. Zo lag er in de onderhavige zaak minimaal vijf jaar tussen de litigieuze gedragingen en de datum van het boetebesluit.

Daarnaast leidt de ‘subjectieve uitleg’ ook tot discrepantie tussen facultatieve uitsluitingsgronden waar *geen* sprake is van een onderzoek door andere instanties dan de aanbestedende diensten en gronden waarbij dat *wel* het geval is.

## 5. Conclusie

Art. 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat een ondernemer op wie een uitsluitingsgrond van toepassing is, zijn betrouwbaarheid onder meer kan aantonen door actief mee te werken met de *onderzoekende autoriteiten* bij het ophelderen van de relevante feiten en omstandigheden. Een belangrijk aspect in deze zaak ziet op de uitleg van het begrip ‘onderzoekende autoriteiten’. Bij de omzetting van richtlijn 2014/24 heeft de Duitse wetgever bepaald dat niet alleen met de *onderzoekende autoriteiten*, maar ook met de *aanbestedende diensten* moet worden meegewerkt.

Zowel het Hof als de A-G Campos Sánchez-Bordona stelt vast dat aanbestedende diensten niet onder het begrip ‘onderzoekende autoriteiten’ in art. 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU niet ook aanbestedende diensten kunnen worden geschaard. Onderzoekende instanties en aanbestedende diensten hebben namelijk een uiteenlopend takenpakket.

Evengoed staat het artikel er volgens het Hof en A-G Campos Sánchez-Bordona niet aan in de weg dat een lidstaat ervoor kiest ook de medewerking aan een aanbestedende dienst verplicht te stellen bij de controle of de getroffen ondernemer daadwerkelijk de gestelde ‘zelfreij-

nigingsmaatregelen’ heeft genomen. Uit overweging 102 van de Richtlijn 2014/24/EU volgt namelijk dat in nationale wetgeving moet worden uitgewerkt op welke wijze die controle moet plaatsvinden en welke eisen daarbij gesteld worden. Dat strengere maatregelen worden gesteld, zoals Duitsland dat heeft gedaan, achten het Hof en A-G dus toelaatbaar. Een dergelijke medewerking met de aanbestedende dienst dient evengoed wel beperkt te blijven tot de maatregelen die strikt noodzakelijk zijn voor het in art. 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU vermelde doel.

De Nederlandse wetgever heeft de litigieuze verplichting tot medewerking niet opgelegd aan getroffen ondernemers op wie een uitzonderingsgrond van toepassing is. Ik sluit echter niet uit dat bij een toekomstige wetswijziging deze verplichting wel wordt overgenomen. Het zou dan wel aanbevelenswaardig zijn als de nationale wetgever de begrenzing van die verplichting nader zou concretiseren. Daarvoor biedt dit arrest in mijn optiek nog te weinig aanknopingspunten. De enkele beperking van de medewerking met de aanbestedende dienst ‘*tot het nemen van maatregelen die strikt noodzakelijk zijn voor het onderzoek naar de betrouwbaarheid van de getroffen ondernemer*’, zoals het Hof oordeelt in r.o. 28 van zijn arrest biedt in mijn optiek te veel ruimte voor aanbestedende diensten. Temeer nu aanbestedende diensten de getroffen ondernemer ook in rechte kunnen aanspreken op schadevergoeding vanwege de onrechtmatige handeling die ten grondslag ligt aan de uitsluitingsgrond en op deze wijze meer bewijs kunnen vergaren. Het zou dan ook mijn voorkeur verdienen als de wetgever meer specifiek zou bepalen wat al dan niet van getroffen ondernemers kan worden verwacht in verband met die medewerking.

Vervolgens hebben Hof en A-G bepaald dat de ingangsdatum van de term ‘*betrokken gebeurtenis*’ in art. 57 lid 7 Richtlijn 2014/24/EU in de onderhavige zaak de dag is waarop een beslissing tot oplegging van de sanctie is genomen (door de A-G aangeduid als ‘subjectieve uitleg’ van dat artikel). Ik leid een dergelijke ruime uitleg echter niet af uit de tekst van voornoemd artikel. Integendeel, ik maak hieruit op dat als ingangsdatum moet worden uitgegaan van het moment dat de materiële feiten zich hebben voorgedaan. Bovendien acht ik een dergelijke ruime uitleg niet wenselijk. De Nederlandse rechter lijkt gelukkig vooralsnog wel van een ‘objectieve uitleg’ uit te gaan, zoals ik bijvoorbeeld afleid uit een kortgedingvonnis van de Rechtbank Gelderland van 1 maart 2016.<sup>3</sup>

### Over de auteur

**Mr. J.S.O. (Jørgen) den Houting**

Advocaat bij Rozemond Advocaten, gespecialiseerd in civiel bouwrecht en aanbestedingsrecht.

<sup>3</sup> Vzr. Rb. Gelderland 1 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187, r.o. 4.21. Mr. Boonekamp oordeelt hierin onder meer: ‘[...] *Het gaat dus niet louter om feiten die ver buiten die termijn van vier jaar liggen, maar ook om feiten die betrekkelijk kort daarvoor zijn begaan.*’