



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 16. maj 2018¹

Sag C-124/17

**Vossloh Laeis GmbH
mod
Stadtwerke München GmbH**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Vergabekammer Südbayern (klagenævnet for udbud i Sydbayern, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – procedure – direktiv 2014/24/EU og 2014/25/EU – udelukkelsesgrunde – den økonomiske aktørs forpligtelse til at samarbejde med den ordregivende myndighed med henblik på at vise aktørens pålidelighed inden udløbet af udelukkelsesperioden – begrebet »undersøgelingsmyndigheder« – beregning af den maksimale udelukkelsesperiode«

1. En økonomisk aktør kan udelukkes midlertidigt fra offentlige udbudsprocedurer, hvis den har udøvet en af de i artikel 57 i direktiv 2014/24/EU omhandlede former for adfærd². Denne udelukkelsesperiode kan imidlertid afkortes, hvis den økonomiske aktør over for den ordregivende myndighed viser, at den på trods af sin tidligere ulovlige adfærd har formået at rehabilitere sig.

2. For at vise, at den atter er pålidelig, skal den økonomiske aktør i henhold til nævnte artikels stk. 6 bl.a. gøre »indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med *undersøgelingsmyndighederne*«³. En stor del af sagen drejer sig om fortolkningen af sidstnævnte formulering.

3. Da den tyske lovgiver gennemførte direktiv 2014/24 i national ret, bestemte den, at dette samarbejde både skulle foregå med undersøgelingsmyndighederne og den ordregivende myndighed.

4. På denne baggrund har Vergabekammer Südbayern (klagenævnet for udbud i Sydbayern, Tyskland) forelagt Domstolen to nye spørgsmål:

- For det første ønsker den at få oplyst, om det krav om samarbejde (med den ordregivende myndighed), som den nationale lovgiver har tilføjet, er foreneligt med EU-retten.
- For det andet har klagenævnet ønsket oplyst, hvilket begyndelsestidspunkt der gør sig gældende for den i artikel 57, stk. 7, i direktiv 2014/24 omhandlede maksimale periode (tre års udelukkelse), når perioden ikke er fastsat ved endelig dom, og begyndelsestidspunktet skal fastsættes på grundlag af »datoen for den relevante hændelse«.

1 – Originalsprog: spansk.

2 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

3 – Min fremhævelse.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2014/24

5. 102. betragtning er affattet således:

»Der bør imidlertid tages hensyn til muligheden for, at økonomiske aktører kan iværksætte overensstemmelsesforanstaltninger med henblik på at afhjælpe konsekvenserne af eventuelle strafbare handlinger eller forsømmelser og effektivt forebygge yderligere forekomster af den ukorrekte adfærd. Dette kan især omfatte personalemæssige og organisatoriske foranstaltninger, f.eks. afbrydelse af alle forbindelser med personer eller organisationer involveret i den ukorrekte adfærd, relevant reorganisering af medarbejdere, gennemførelse af rapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation. Hvor sådanne foranstaltninger yder tilstrækkelig garanti, bør den pågældende økonomiske aktør ikke længere udelukkes alene på dette grundlag. Økonomiske aktører bør have mulighed for at anmode om, at overensstemmelsesforanstaltninger, der er truffet med henblik på mulig adgang til udbudsproceduren, gennemgås. Det bør dog være op til medlemsstaterne at fastlægge de nøjagtige proceduremæssige og indholdsmæssige betingelser, der finder anvendelse i sådanne tilfælde. Det bør navnlig stå dem frit for at beslutte, om de ønsker at tillade de enkelte ordregivende myndigheder at udføre de relevante vurderinger eller overdrage denne opgave til andre myndigheder på centralt eller decentralt plan.«

6. Artikel 57 (»Udelukkelsesgrunde«) bestemmer:

»1. De ordregivende myndigheder skal udelukke en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis de har fastslået ved en verifikation i henhold til artikel 59, 60 og 61, eller på anden vis er bekendt med, at den økonomiske aktør ved en endelig dom er dømt for et af følgende forhold:

- a) deltagelse i en kriminel organisation [...]
- b) bestikkelse [...]
- c) svig [...]
- d) terrorhandling eller strafbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet [...] og anstiftelse, medvirken og forsøg på at begå sådanne handlinger [...]
- e) hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme [...]
- f) børnearbejde og andre former for menneskehandel [...]

[...]

2. En økonomisk aktør udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis den ordregivende myndighed er bekendt med, at den [...] har undladt at opfylde sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger, og hvis dette er blevet fastslået ved en retlig eller administrativ afgørelse, der har endelig og bindende virkning [...].

Endvidere kan de ordregivende myndigheder udelukke eller af medlemsstaterne blive anmodet om at udelukke en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis den ordregivende myndighed med ethvert passende middel kan vise, at den [...] har undladt at opfylde sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger.

Dette stykke finder ikke længere anvendelse, når den økonomiske aktør har opfyldt sine forpligtelser ved at betale eller indgå i en bindende ordning med henblik på at betale skyldige skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger, herunder eventuelle påløbne renter eller bøder, hvis relevant.

[...]

4. De ordregivende myndigheder kan udelukke, eller medlemsstaterne kan kræve, at de ordregivende myndigheder udelukker, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure i følgende tilfælde:

- a) hvis den ordregivende myndighed med ethvert passende middel kan påvise en tilsidesættelse af de gældende forpligtelser, der er omhandlet i artikel 18, stk. 2
- b) hvis den økonomiske aktør er konkurs eller er under insolvens- eller likvidationsbehandling, hvis dennes aktiver administreres af en kurator eller af retten, hvis denne er under tvangsakkord uden for konkurs, hvis dennes erhvervsvirksomhed er blevet indstillet eller denne befinder sig i en lignende situation i henhold til en tilsvarende procedure, der er fastsat i national lovgivning
- c) hvis den ordregivende myndighed med ethvert passende middel kan vise, at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om dennes integritet
- d) hvis den ordregivende myndighed har tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning
- e) hvis en interessekonflikt som defineret i artikel 24 ikke kan afhjælpes effektivt med andre mindre indgribende foranstaltninger
- f) hvis en forvridding af konkurrencen fra den forudgående inddragelse af de økonomiske aktører i forberedelsen af udbudsproceduren, som omhandlet i artikel 41, ikke kan afhjælpes med andre mindre indgribende foranstaltninger
- g) hvis den økonomiske aktør har udvist betydelige eller vedvarende mangler i forbindelse med opfyldelsen af et væsentligt krav under en tidligere offentlig kontrakt eller en tidligere kontrakt med en ordregivende enhed eller en tidligere koncessionskontrakt, der har medført den pågældende tidligere kontrakts forfald før aftalt tid, skader eller andre sammenlignelige sanktioner
- h) hvis den økonomiske aktør har givet groft urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kræves til verifikation af, at der ikke er grundlag for udelukkelse, eller af, at udvælgelseskriterierne er opfyldt, har tilbageholdt sådanne oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter i henhold til artikel 59 eller
- i) hvis den økonomiske aktør uretmæssigt har påvirket den ordregivende myndigheds beslutningsproces for at indhente fortrolige oplysninger, der kan give dem uretmæssige fordele i forbindelse med udbudsproceduren, eller uagtsomt givet vildledende oplysninger, der kan have væsentlig indflydelse på beslutninger vedrørende udelukkelse, udvælgelse eller tildeling.

Uanset første afsnit, litra b), kan medlemsstaterne kræve eller give mulighed for, at den ordregivende myndighed ikke udelukker en økonomisk aktør, der befinder sig i en af situationer, der er omhandlet i nævnte litra, når den ordregivende myndighed har fastslået, at den pågældende økonomiske aktør vil være i stand til at gennemføre kontrakten, under hensyn til de gældende nationale regler og foranstaltninger vedrørende fortsættelse af erhvervsaktiviteterne i de i litra b) omhandlede tilfælde.

[...]

6. En økonomisk aktør, som er i en af de i stk. 1 og 4 omhandlede situationer, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, udelukkes den pågældende økonomiske aktør ikke fra udbudsproceduren.

Med henblik herpå skal den økonomiske aktør bevise, at denne har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen, har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller forsømmelse.

De foranstaltninger, der er truffet af de økonomiske aktører, skal vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen. Hvis foranstaltningerne anses for at være utilstrækkelige, modtager den økonomiske aktør en begrundelse for denne afgørelse.

En økonomisk aktør, som ved en endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer eller koncessionstildelingsprocedurer, er ikke berettiget til at gøre brug af den mulighed, der fastsættes i dette stykke, under den udelukkelsesperiode, der følger af dommen i de medlemsstater, hvor dommen har virkning.

7. Medlemsstaterne skal ved hjælp af love eller administrative bestemmelser og under hensyntagen til EU-retten fastlægge gennemførelsesbestemmelser for denne artikel. De skal især fastlægge den maksimale udelukkelsesperiode, hvis den økonomiske aktør ikke har truffet nogen foranstaltninger som angivet i stk. 6 for at vise sin pålidelighed. Når udelukkelsesperioden ikke er fastsat ved endelig dom, må perioden højst være fem år fra datoen for den endelige dom i de i stk. 1 nævnte tilfælde, og tre år fra datoen for den relevante hændelse i de i stk. 4 nævnte tilfælde.«

2. *Direktiv 2014/25/EU*⁴

7. Artikel 77 (»Kvalifikationsordninger«) bestemmer:

»1. De ordregivende enheder kan, hvis de ønsker det, oprette og anvende en kvalifikationsordning for de økonomiske aktører.

Ordregivende enheder, der opretter eller anvender en kvalifikationsordning, skal sikre, at de økonomiske aktører til enhver tid kan ansøge om kvalifikation.

2. Den i stk. 1 omhandlede ordning kan omfatte flere kvalifikationstrin.

4 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF (EUT 2014, L 94, s. 243).

Ordregivende enheder fastlægger objektive regler og kriterier for udelukkelse og udvælgelse af økonomiske aktører, der anmoder om kvalifikation, og objektive regler og kriterier for gennemførelsen af kvalifikationsordningen, herunder f.eks. tilslutning til ordningen, periodisk ajourføring af eventuelle kvalifikationer og ordningens varighed.

Hvis disse kriterier og regler omfatter tekniske specifikationer, finder artikel 60-62 anvendelse. Disse kriterier og regler kan om fornødent ajourføres.

[...]«.

8. Artikel 80 (»Anvendelse af udelukkelses- og udvælgelseskriterier i henhold til direktiv 2014/24/EU«) er affattet således:

»1. De objektive kriterier og regler for udelukkelse og udvælgelse af økonomiske aktører, der anmoder om kvalifikation i en kvalifikationsordning, og de objektive regler og kriterier for udelukkelse og udvælgelse af ansøgere og tilbudsgivere i offentlige udbud, begrænsede udbud, udbud med forhandling, konkurrenceprægede dialoger eller innovationspartnerskaber kan omfatte udelukkelsesgrundene i artikel 57 i direktiv 2014/24/EU på de vilkår og betingelser, som er fastsat deri.

Hvis den ordregivende enhed er en ordregivende myndighed, omfatter disse kriterier og regler udelukkelsesgrundene i artikel 57, stk. 1 og 2, i direktiv 2014/24/EU på de vilkår og betingelser, som er fastsat i den artikel.

Hvis medlemsstaterne kræver det, skal disse kriterier og regler desuden omfatte udelukkelsesgrundene i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU, på de vilkår og betingelser, som er fastsat i den artikel.

[...]«.

B. National ret. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (lov om konkurrencebegrænsninger)⁵.

9. § 124 bestemmer:

»(1) De ordregivende myndigheder kan under overholdelse af proportionalitetsprincippet til hver en tid udelukke en virksomhed fra at deltage i en offentlig udbudsprocedure, hvis:

[...]

3. virksomheden i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået en dokumenteret alvorlig forsømmelse, der sår tvivl om dennes integritet [...]
4. den ordregivende myndighed har tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået aftaler med andre virksomheder med henblik på at vanskeliggøre, begrænse eller fordreje konkurrencen

[...]«

5 – Som affattet ved bekendtgørelse af 26.6.2013 (BGBl. I, s. 1750, 3245), senest ændret ved lov af 13.10.2016 (BGBl. I, s. 2258). Herefter »GWB«.

10. § 125 bestemmer:

»(1) De ordregivende myndigheder udelukker ikke en virksomhed, for hvilken der foreligger en udelukkelsesgrund i henhold til § 123 eller § 124, fra at deltage i udbudsproceduren, hvis virksomheden har dokumenteret, at den

1. har betalt eller forpligtet sig til at yde erstatning for skader som følge af overtrædelsen eller forsømmelsen
2. har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og den ordregivende myndighed, og
3. har truffet de nødvendige konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller forsømmelse.

[...]«

11. § 126 bestemmer:

»Hvis en virksomhed, for hvilken der foreligger en udelukkelsesgrund, ikke har truffet nogen eller tilstrækkelige foranstaltninger til at vise sin pålidelighed som omhandlet i § 125, kan den

1. udelukkes fra at deltage i udbudsprocedurer i højst fem år fra datoen for den endelige dom for så vidt angår den i § 123 fastlagte udelukkelsesgrund
2. udelukkes fra at deltage i udbudsprocedurer i højst tre år fra den relevante hændelse for så vidt angår den i § 124 fastlagte udelukkelsesgrund.«

II. De faktiske omstændigheder

12. Stadtwerke München GmbH (herefter »Stadtwerke München« eller »den ordregivende myndighed«) oprettede i 2011 en »kvalifikationsordning« som omhandlet i artikel 77 i direktiv 2014/25, som havde til formål at udvælge virksomheder, der skulle levere elementer til jernbaner⁶.

13. Den 4. november 2016 blev virksomheden Vossloh Laeis GmbH udelukket fra den nævnte ordning, eftersom den var blevet pålagt en bøde den 9. marts 2016 af Bundeskartellamt (den tyske konkurrencemyndighed) for i flere år at have deltaget i et kartel, der var aktivt indtil foråret 2011.

14. Stadtwerke München var en af de aktører, der led skade som følge af karteldeltagernes samordnede praksis, og anlagde på denne baggrund et civilt søgsmål mod Vossloh Laeis med påstand om erstatning.

15. Ifølge forelæggelsesafgørelsen havde Vossloh Laeis ikke samarbejdet med den ordregivende myndighed om at opklare overtrædelserne af reglerne om konkurrencebegrænsning. Dette vil konkret sige:

- Vossloh Laeis havde ikke kontaktet den ordregivende myndighed, efter at overtrædelserne blev kendt i 2011, og havde heller ikke taget initiativ til en omfattende opklaring af sagen.

⁶ – Ved bekendtgørelse af 28.12.2016 ophørte den omtvistede kvalifikationsordning.

– Først i 2016 ophørte Vossloh Laeis med over for den ordregivende myndighed at afvise deltagelsen i kartelretligt relevante aftaler, men forklarede, at den havde påklaget sanktionsafgørelsen, og beskrev de organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger til at gøre rede for forholdene og udelukke dem i fremtiden. Vossloh Laeis erklærede sig desuden villig til at udligne den skade, som var forårsaget af dens ulovlige adfærd.

16. Vossloh Laeis viderebragte imidlertid ikke sanktionsafgørelsen til den ordregivende myndighed, således at myndigheden kunne undersøge den. Virksomheden samarbejdede heller ikke med den ordregivende myndighed om at opklare overtrædelsen, idet den var af den opfattelse, at det var tilstrækkeligt at samarbejde med konkurrencemyndigheden.

17. Den forelæggende ret har ikke bestridt, at Vossloh Laeis har samarbejdet uafbrudt og ubegrænset med den tyske konkurrencemyndighed i forbindelse med den sag, som sidstnævnte behandlede (eftersom dette fremgik af sanktionsafgørelsen).

18. Den ordregivende myndighed var af den opfattelse, at Vossloh Laeis' forklaringer ikke var tilstrækkelige til at dokumentere, at der var truffet tilstrækkelige foranstaltninger til at vise aktørens pålidelighed som omhandlet i GWB's § 125. Derfor meddelte den ordregivende myndighed den 4. november 2016 endelig Vossloh Laeis, at denne med omgående virkning var udelukket fra kvalifikationsordningen.

19. Vossloh Laeis påklagede denne afgørelse ved Vergabekammer Südbayern (klagenævnet for udbud i Sydbayern), som har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål.

III. De præjudicielle spørgsmål

20. De præjudicielle spørgsmål lyder som følger:

- »a) Er en bestemmelse i en medlemsstat, der opstiller som betingelse for, at en økonomisk aktør kan vise sin pålidelighed, at denne har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne i forbindelse med eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen gennem et aktivt samarbejde ikke blot med undersøgelsesmyndighederne, men også med den ordregivende myndighed, forenelig med bestemmelserne i artikel 80 i direktiv 2014/25/EU, sammenholdt med artikel 57, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 2014/24/EU?
- b) I tilfælde af, at det første spørgsmål besvares benægtende: Skal artikel 57, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 2014/24/EU i denne sammenhæng da fortolkes således, at den pågældende økonomiske aktør for at vise sin pålidelighed i det mindste er forpligtet til at opklare sagen over for den ordregivende myndighed i et sådant omfang, at denne kan bedømme, om de trufne konkrete foranstaltninger til at vise aktørens pålidelighed (tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger samt skadeskompensation) er egnede og tilstrækkelige?
- c) For de i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU regulerede fakultative udelukkelsesgrunde udgør den maksimale udelukkelsesperiode i henhold til artikel 57, stk. 7, i direktiv 2014/24/EU tre år fra datoen for den relevante hændelse. Skal den relevante hændelse forstås allerede som realiseringen af de i artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU anførte udelukkelsesgrunde, eller er det afgørende det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed har sikkert og holdbart kendskab til, at udelukkelsesgrunden foreligger?
- d) Er det dermed i tilfælde af en realisering af udelukkelsesgrunden i artikel 57, stk. 4, litra d), i direktiv 2014/24/EU i form af en økonomisk aktørs deltagelse i et kartel ophøret af karteldeltagelsen eller myndighedens opnåelse af sikkert og holdbart kendskab til karteldeltagelsen, der er den relevante hændelse som omhandlet i artikel 57, stk. 7, i direktiv 2014/24/EU?»

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

21. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolen den 10. marts 2017.

22. Vossloh Laeis, Stadtwerke München, den tyske, den græske, den ungarske og den polske regering samt Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg. Med undtagelse af Stadtwerke München og den polske regering deltog ovennævnte aktører i retsmødet den 21. februar 2018.

V. Bedømmelse

23. Selv om ingen af parterne har bestridt dette, bør det indledningsvis bemærkes, at kvalifikationen af Vergabekammer Südbayern (klagenævnet for udbud i Sydbayern) som en ret i artikel 267 TEUF's forstand er blevet anerkendt af Domstolen i dom af 27. oktober 2016, Hörmann Reisen⁷.

24. De fire spørgsmål i denne dag kan samles til to spørgsmål. Det første og det andet spørgsmål har til formål at opklare, om det samarbejde, der kræves i henhold til artikel 57, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 2014/24 (for at vise, at en økonomisk aktør, for hvem der foreligger en af de i nævnte artikels stk. 1 og 4 omhandlede udelukkelsesgrunde, er blevet pålidelig), udelukkende skal ske med »undersøgelsesmyndighederne« eller også med den ordregivende myndighed, når dette for så vidt angår sidstnævnte tilfælde er fastlagt i en medlemsstats nationale lovgivning.

25. De sidste to spørgsmål vedrører den udelukkelsesperiode, som kan gøre sig gældende for en økonomisk aktør, som ikke har truffet de foranstaltninger til at vise dens pålidelighed, som er omhandlet i artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24. Det må navnlig opklares, hvad der forstås ved »den relevante hændelse«, som er nævnt i denne artikels stk. 7 som begyndelsestidspunktet for perioden.

A. Begrebet »undersøgelsesmyndigheder« som omhandlet i artikel 57, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 2014/24 (det første og det andet spørgsmål)

1. Sammenfatning af parternes anbringender

26. Vossloh Laeis har anført, at den tyske lovgivning, idet den kræver et aktivt samarbejde med den ordregivende myndighed, har indført en supplerende betingelse til at vise pålidelighed, eftersom artikel 57, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 2014/24 blot omhandler et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne.

27. Efter Vossloh Laeis' opfattelse henvises der med begreberne »ordregivende myndighed« og »undersøgelsesmyndighed« til forskellige aktører i EU-retten, der har forskellige funktioner: Førstnævnte tildeler offentlige kontrakter, hvorimod sidstnævnte har til opgave at undersøge overtrædelser af straffeloven eller, generelt, eventuelle forsømmelser.

28. Vossloh Laeis har gjort gældende, at artikel 57 i direktiv 2014/24 sondrer mellem de foranstaltninger til at vise pålidelighed, som den økonomiske aktør har truffet, på den ene side og dokumentationen for deres effektivitet på den anden side. Formålet med bestemmelsen er, at den økonomiske aktør skal træffe de nødvendige foranstaltninger til at vise sin pålidelighed og efterfølgende, såfremt den deltager i en offentlig udbudsprocedure (hvad enten der er tale om kontrakttildeling eller prækvalifikation), over for den ordregivende myndighed vise, at foranstaltningerne har haft en virkning. Den tyske lovgiver har fraveget denne opbygning, idet den har opdelt kravet om samarbejde, hvilket er i modstrid med direktiv 2014/24.

⁷ – Sag C-292/15, EU:C:2016:817, præmis 29.

29. Vossloh Laeis' opfattelse stemmer i det væsentlige overens med den græske regering holdning.

30. Derimod udgør den omstændighed, at den tyske regering ikke har gennemført den præcise ordlyd af artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24, efter Stadtwerke Münchens og den tyske og den ungarske regerings opfattelse ikke et problem. Ved at tilføje henvisningen til den ordregivende myndighed er der taget højde for, at udtrykket »undersøgelsesmyndigheder« i tysk ret kan forstås som myndigheder, der udelukkende har til opgave at retsforfølge strafferetlige overtrædelser. For at undgå en utilstrækkelig gennemførelse var det nødvendigt at anvende dette begreb i dets bredeste forstand, hvilket er årsagen til, at den nationale lovgiver har præciseret, at den økonomiske aktør er forpligtet til at samarbejde både med »undersøgelsesmyndighederne« i snæver forstand og med den ordregivende myndighed, dvs. en »undersøgelsesmyndighed« i bredere forstand. Sidstnævnte »undersøger« også, idet den efter artikel 57, stk. 5 og 6, i direktiv 2014/24 efterprøver, om der foreligger en fakultativ udelukkelsesgrund for en tilbudsgiver, eller om denne opfylder betingelserne for at vise pålidelighed.

31. I retsmødet præciserede repræsentanten for den tyske regering sin oprindelige holdning, således at den samlede henvisning til undersøgelsesmyndighederne og den ordregivende myndighed i den nationale lovgivning ikke har til formål at duplikere den samme forpligtelse.

32. Selv hvis det forstås sådan, at udvidelsen af forpligtelsen til at samarbejde ikke er omfattet af artikel 57, stk. 6 i direktiv 2014/24, er EU-retten ifølge Stadtwerke München ikke til hinder for, at medlemsstaterne træffer strengere foranstaltninger desangående. Dette følger af ånden bag, formålet med og funktionen af udelukkelsesgrundene på området for offentlige kontrakter.

33. I denne forbindelse har Stadtwerke München anført, at den løsning, som den nationale lovgiver har valgt, er gennemsigtig og ikke-diskriminerende. Desuden forbyder direktivet ikke udtrykkeligt, at der træffes strengere foranstaltninger. Endelig er de ordregivende myndigheders deltagelse i processen til at vise pålidelighed ligeledes nødvendig, idet de har til opgave at vurdere, om de økonomiske aktører skal udelukkes fra proceduren, og, såfremt dette er tilfældet, ligeledes vurdere de foranstaltninger til at vise pålidelighed, som er blevet truffet.

34. Ifølge Kommissionen er begrebet »undersøgelsesmyndighed« modsat begrebet »ordregivende myndighed«, som forekommer i artikel 2, stk. 1, i direktiv 2014/24, hverken defineret i dette direktiv eller i direktiv 2014/25. Selv om den samme myndighed kan fungere som ordregivende myndighed og som undersøgelsesmyndighed på samme tid, vedrører henvisningen til sidstnævnte i artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 efter Kommissionens opfattelse ikke den ordregivende myndighed.

35. Kommissionen er af den opfattelse, at det følger af en systematisk fortolkning af bestemmelsen, at der ud over samarbejdet med undersøgelsesmyndighederne også foreligger en pligt til at samarbejde med den ordregivende myndighed, som imidlertid har en anden karakter. Under alle omstændigheder bør samarbejdet med de to myndigheder ikke føre til en duplikering eller en gentagelse af de samme forpligtelser.

36. Kommissionen er ligeledes af den opfattelse, at det samarbejde, der kan kræves med de enkelte myndigheder, har særlige kendetegn, dvs. at der ikke er tale om et identisk samarbejde. Det formål, som undersøgelsesmyndighederne forfølger, idet de gennemfører deres procedurer (med henblik på at opdage overtrædelser), er forskelligt fra den undersøgelse, som varetages af de ordregivende myndigheder (som har til formål at sikre, at en økonomisk aktør er pålidelig). I det første tilfælde drejer det sig om at fastslå de berørte parters skyld i forbindelse med tidligere begivenheder. I det andet drejer det sig om at undersøge de risici, som tildelingen af en offentlig kontrakt til en konkret tilbudsgiver kan medføre i fremtiden.

2. Bedømmelse

37. Artikel 57 i direktiv 2014/24 fastsætter en række grunde til udelukkelse af økonomiske aktører i forbindelse med offentlige udbudsprocedurer. I artiklens stk. 1 nævnes de obligatoriske grunde (»[d]e ordregivende myndigheder *skal udelukke*«), og i stk. 4 de fakultative grunde (»[d]e ordregivende myndigheder *kan udelukke*«).

38. De fakultative grunde omfatter den i litra d) omhandlede samordnede praksis: »[H]vis den ordregivende myndighed har tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning«, kan den nægte denne deltagelse i en af disse procedurer.

39. Medmindre denne udelukkelse er fastsat ved endelig dom – og dens varighed er fastsat i den retlige afgørelse – kan den berørte økonomiske aktør gøre brug af den mulighed, som følger af artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24, dvs. at bringe den *normale* udelukkelsesperiode til ophør⁸, inden hele perioden er udløbet.

40. For at gøre brug af denne mulighed skal den pågældende økonomiske aktør vise, at »på trods af en relevant udelukkelsesgrund« (artikel 57, stk. 6, første afsnit, i direktiv 2014/24) har dens efterfølgende adfærd gjort den »pålidelig«. For »at vise [dens] pålidelighed« (ibidem) kan aktøren »forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den [...] har truffet, er tilstrækkelige« (ibidem).

41. Den i bestemmelsen omhandlede pålidelighed er en kvalitet, og den ordregivende myndighed er forpligtet til at følge de i samme artikels stk. 6, andet afsnit, opstillede retningslinjer i forbindelse med vurderingen heraf. Den kan kun anses for at være dokumenteret, hvis den økonomiske aktør: a) har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for skader som følge af den overtrædelse, som lå til grund for dens udelukkelse, b) har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne og c) har truffet passende konkrete (tekniske, organisatoriske og personalemæssige) foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser.

42. Den forelæggende rets tvivl omhandler udelukkende den anden af disse betingelser og udspringer af den manglende overensstemmelse mellem artikel 57, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 2014/24 (hvorefter den økonomiske aktør skal bevise, at den »har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne«) og GWB's § 125, stk. 1, nr. 2 (hvorefter det aktive samarbejde skal ske »med undersøgelsesmyndighederne og [med] den ordregivende myndighed«).

43. Henvisningen til »den ordregivende myndighed« er blevet tilføjet til EU-lovgivers henvisning til »undersøgelsesmyndighederne« med henblik på, ifølge Stadtwerke München, at undgå en restriktiv fortolkning af artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24, som ville begrænse den økonomiske aktørs pligt til udelukkende at samarbejde med »undersøgelsesmyndighederne« i snæver forstand (dvs. med de instanser, der forfølger overtrædelser af straffeloven eller forsømmelser), hvorved der i bred forstand ses bort fra, at den ordregivende myndighed ligeledes *undersøger*, når den efterprøver, om der foreligger en udelukkelsesgrund for en økonomisk aktør, eller om denne på trods af dette har formået at bevise, at den er pålidelig.

44. Jeg er imidlertid ikke af den opfattelse, at der var risiko for misforståelser på grund af den angivelige unøjagtighed i artikel 57, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 2014/24 i de forskellige sprogversioner.

8 – Den maksimale varighed af denne periode er i henhold til artikel 57, stk. 7, i direktiv 2014/24, såfremt perioden ikke er fastsat ved endelig dom, fem eller tre år afhængig af de i den nævnte bestemmelse anførte situationer.

45. Den tyske version anvender formuleringen »Ermittlungsbehörde«, som svarer nøjagtigt til den formulering, der anvendes i andre versioner, såsom den spanske (»autoridades investigadoras«), den engelske (»investigating authorities«), den franske (»autorités chargées de l'enquête«), den italienske (»autorità investigative«), den portugisiske (»autoridades responsáveis pelo inquérito«) eller den nederlandske (»onderzoekende autoriteiten«). I alle versionerne nævnes de myndigheder og organer, som tildeler offentlige kontrakter eller tilrettelægger udbudsprocedurer, ligeledes med utvetydige formuleringer: »poder adjudicador« i den spanske version og »öffentliche Auftraggeber« i den tyske.

46. Problemet består således ikke i, at formuleringen i artikel 57 i direktiv 2014/24, hvorved *organer* af forskellige karakter udpeges, er upræcis. Sagen er den, at samme bestemmelse også tildeler de ordregivende myndigheder visse *funktioner* af undersøgende karakter. F.eks.:

- I henhold til artiklens stk. 1 skal de ordregivende myndigheder udelukke en økonomisk aktør, »hvis de har fastslået ved en *verifikation* [...] eller [...] er bekendt med, at den økonomiske aktør ved en endelig dom er dømt for [visse] forhold«.
- I samme retning henviser stk. 2, andet afsnit, til en situation, hvor »den ordregivende myndighed med ethvert passende middel *kan vise*, at den økonomiske aktør har undladt at opfylde sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger«.
- Endelig kræver andre situationer, som er omhandlet i stk. 4, at de ordregivende myndigheder udøver *inkvisitorisk*⁹ virksomhed. F.eks. kan den ordregivende myndighed i henhold til litra c) »med ethvert passende middel [...] *vise*, at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om dennes integritet«.

47. Efter min opfattelse medfører varetagelsen af disse funktioner ikke, at den ordregivende myndighed omdannes til en af de i artikel 57, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 2014/24 nævnte »undersøgelsesmyndigheder«.

48. Den ordregivende myndighed skal ganske vist varetage en uundgåelig inkvisitorisk aktivitet (i fornævnte forstand) for at efterprøve, om der foreligger en af de i artikel 57, stk. 1 og 4, i direktiv 2014/24 omhandlede udelukkelsesgrunde. Nævnte artikels stk. 6 sigter ikke mod, at den ordregivende myndighed under alle omstændigheder og *på egen hånd skal fastlægge* de forhold, der kan medføre udelukkelse, men derimod, hvis den økonomiske aktør er blevet udelukket, *vurdere de beviser, som forelægges* af den aktør, der mener at have rehabiliteret sig.

49. Den ordregivende myndigheds opgave i forbindelse med vurderingen af beviserne er således *passiv*, og den *aktive* rolle tilkommer den økonomiske aktør. Sidstnævnte skal tilvejebringe den dokumentation, som den ordregivende myndighed skal tage stilling til, uden at det for myndigheden, gentager jeg, er nødvendigt i alle tilfælde at udøve sagsbehandlingsvirksomhed (eller undersøgelsesvirksomhed) desangående.

50. Den økonomiske aktør, der gør gældende, at den har rehabiliteret sig, skal bl.a. bevise, at den »har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne«. Den skal naturligvis forelægge disse beviser for den ordregivende myndighed, som efter en afvejning heraf afgør, om tilbudsgiveren har ført tilstrækkelige beviser for sin pålidelighed og dermed atter kan deltage i udbudsprocedurer.

9 – Jeg anvender dette adjektiv i proceduremæssig forstand, således at det betegner en procedure, hvor forundersøgelsesdommeren af egen drift iværksætter sagsbehandlingen og indhenter belastende og diskulperende beviser for en adfærd.

51. Således svarer de i artikel 57, stk. 6, andet afsnit, i direktiv 2014/24 omhandlede »undersøgelingsmyndigheder« generelt set ikke til de ordregivende myndigheder. Tilbudsgiveren (eller den virksomhed, som ønsker at indgå i en kvalifikationsordning, som i den foreliggende sag) skal over for sidstnævnte bevise, at den har gjort indgående rede for forholdene gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne. Men dette samarbejde må nødvendigvis foregå med et organ, som ikke er den ordregivende myndighed: I modsat fald ville der for sidstnævnte være tale om en velkendt kendsgerning, for hvilken der ikke kræves beviser.

52. Den kronologiske rækkefølge af de i artikel 57, stk. 6, nævnte handlinger underbygger denne konklusion. Den økonomiske aktør skal over for den ordregivende myndighed dokumentere forhold, der befinder sig i fortiden, dvs. på et tidspunkt, der ligger forud for det tidspunkt, som er af interesse for den ordregivende myndighed, som kan anse aktøren for at have rehabiliteret sig.

53. Således skal den økonomiske aktør have betalt eller påtaget sig at betale erstatningen for skaderne, og de passende foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser skal være truffet. Af samme årsag skal den økonomiske aktør have gjort indgående rede for de forhold og omstændigheder, der lå til grund for udelukkelsen, over for en myndighed, der ikke må være den ordregivende myndighed, over for hvilken det blot skal bevises, at denne redegørelse – samt betalingen af erstatningen eller iværksættelsen af de passende foranstaltninger – allerede har fundet sted.

54. Dette er efter min opfattelse den mest plausible fortolkning af artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24. Og der er netop tale om den fortolkning, der passer bedst til en sag som den foreliggende, hvor den adfærd, der har medført udelukkelse (virksomhedens karteldeltagelse), var blevet vurderet og sanktioneret af en »undersøgelingsmyndighed«: Bundeskartellamt (den tyske konkurrencemyndighed).

55. I denne situation giver det ikke mening at duplikere pligten til at samarbejde, således at den også omfatter pligten til at samarbejde med den ordregivende myndighed, hvilket er tilfældet, hvis den økonomiske aktør, som efter sin udelukkelse gør gældende, at den har rehabiliteret sig, er tvunget til at gøre rede for de samme forhold og de samme omstændigheder over for to forskellige myndigheder.

56. Det kan imidlertid gøres gældende (således som Stadtwerke München har gjort), at EU-retten ikke er til hinder for, at medlemsstaterne fastsætter strengere krav for de økonomiske aktørers bevisførelse for deres genoprettede pålidelighed i løbet af udelukkelsesperioden. Det ville således være muligt at afkræve dem, at de ud over at samarbejde med undersøgelsesmyndighederne også skal samarbejde med den ordregivende myndighed.

57. Denne opfattelse underbygges af ikke uvæsentlige argumenter. For det første følger det af artikel 57, stk. 7, i direktiv 2014/24, at »[m]edlemsstaterne skal [...] fastlægge gennemførelsesbestemmelser for denne artikel«. For det andet har Domstolen¹⁰ for så vidt angår de fakultative udelukkelsesgrunde¹¹ fastslået, at direktivet om offentlige kontrakter »ikke [tilsigter] en ensartet anvendelse [...] på EU-plan, for så vidt som medlemsstaterne har mulighed for at undlade at anvende disse udelukkelsesgrunde eller at integrere dem i større eller mindre grad i den nationale lovgivning, på baggrund af retlige, økonomiske eller sociale overvejelser på nationalt plan«.

10 – Dom af 20.12.2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani og Guerrato* (C-178/16, EU:C:2017:1000, præmis 31).

11 – Under henvisning til udelukkelsesgrundene i artikel 45, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114). Jeg må imidlertid minde om, at artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24 henviser til »de i [artikel 57,] stk. 1 og 4, omhandlede situationer«, altså både de obligatoriske og de fakultative udelukkelsesgrunde.

58. Dette er efter min opfattelse kun muligt, hvis der er tale om et andet samarbejde end det, der kræves med undersøgelsesmyndighederne. Således kan det forstås således, at samarbejdet med den ordregivende myndighed, som er fastlagt i GWB's § 125, stk. 1, nr. 2, ikke har samme formål som den økonomiske aktørs påkrævede samarbejde med undersøgelsesmyndighederne, men at det derimod vedrører adfærd, som det tilkommer den ordregivende myndighed at vurdere og bedømme som udelukkelsesgrund.

59. I denne henseende er GWB's § 124, stk. 4¹², relevant: Den økonomiske aktør skal samarbejde aktivt med den ordregivende myndighed med henblik på at i) gøre rede for de forhold og omstændigheder, som har fået sidstnævnte til at anse udelukkelsesgrunden for at gøre sig gældende, hvilket det ligeledes tilkommer denne at vurdere, og ii) overbevise den ordregivende myndighed om, at den på trods af dette kan rehabilitere sig.

60. Hvis den nationale bestemmelse derimod fortolkes således, at den økonomiske aktør skal samarbejde både med den ordregivende myndighed og undersøgelsesmyndighederne (dvs. en dobbelt forpligtelse) for at gøre rede for de samme forhold og de samme omstændigheder i forbindelse med den samme udelukkelsesgrund, opstår der en situation, der efter min opfattelse ikke er forenelig med artikel 57, stk. 6, i direktiv 2014/24.

- For det første vil der ske en duplikering af forpligtelserne over for organer, dvs. undersøgelsesmyndighederne og de ordregivende myndigheder, som varetager forskellige funktioner.
- For det andet risikerer den økonomiske aktør at blive sat i en nærmest forsvarsløs situation, hvis den ordregivende myndighed under omstændigheder som i denne sag omhandlede gør gældende, at den har lidt skade som følge af den ulovlige adfærd, som førte til, at førstnævnte blev udelukket, og som den kræver erstatning for¹³.

61. Ved denne duplikering af forpligtelser ses der bort fra forskellene mellem de funktioner, som udøves af henholdsvis undersøgelsesmyndighederne på konkurrenceområdet og af de ordregivende myndigheder. Såfremt en af de ordregivende myndigheder skal bedømme, hvorvidt der er blevet gjort indgående rede for de forhold, som har forvoldt den skade, og dermed ikke blot skal afgøre, om den økonomiske aktør har samarbejdet fuldt ud med undersøgelsesmyndighederne om at redegøre herfor, befinder den sig muligvis ikke i den bedste situation til på et nødvendigvis neutralt og upartisk grundlag at afgøre anmodningen om rehabilitering.

B. Begrebet »relevant hændelse« som omhandlet i artikel 57, stk. 7, i direktiv 2014/24 (det tredje og det fjerde spørgsmål)

62. I medfør af artikel 57, stk. 7 i direktiv 2014/24 skal medlemsstaterne »fastlægge den maksimale udelukkelsesperiode, hvis den økonomiske aktør ikke har truffet nogen foranstaltninger som angivet i stk. 6 for at vise sin pålidelighed«.

12 – I henhold til denne bestemmelse er det muligt at udelukke en virksomhed, hvis den ordregivende myndighed ligger inde med tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået kartelaftaler.

13 – Det samarbejde med den ordregivende myndighed, som den økonomiske aktør afkræves, kan skade sidstnævnte, når, således som det er tilfældet i den foreliggende sag, begge er parter i en civil retssag, som er anlagt af førstnævnte, der gør gældende, at den har lidt skade som følge af tilbudsgiverens adfærd (dens karteldeltagelse), som ligger til grund for udelukkelsen, og som sidstnævnte forsøger at rehabilitere sig efter.

63. Medlemsstaterne har imidlertid ikke absolut frihed i denne henseende, eftersom den nævnte bestemmelse fastlægger visse grænser for den maksimale periodes varighed. Dette vil konkret sige:

- Hvis udelukkelsesperioden er fastsat ved endelig dom, skal denne periode under alle omstændigheder overholdes.
- Hvis der foreligger en endelig dom, men der deri ikke er fastsat en udelukkelsesperiode, må denne højst være fem år fra datoen for den endelige dom, når der er tale om obligatoriske udelukkelsesgrunde (jf. samme artikels stk. 1).
- Hvis der ikke foreligger en endelig dom, eller hvis denne ikke fastsætter en maksimal udelukkelsesperiode, må denne højst være »tre år fra datoen for den relevante hændelse i de i stk. 4 nævnte tilfælde« (fakultative udelukkelsesgrunde).

64. Denne præcisering er genstand for de to sidste spørgsmål fra den forelæggende ret, som ønsker en opklaring af tvivlen om begrebet »relevant« hændelse.

1. Sammenfatning af parternes bemærkninger

65. Vossloh Laeis har gjort gældende, at der ved det omtvistede udtryk forstås, at der objektivt foreligger en udelukkelsesgrund. Hvis lovgiver havde ønsket at henholde sig til den ordregivende myndigheds subjektive viden, havde den formuleret det således. Dette følger ligeledes af en systematisk fortolkning af bestemmelsen, idet datoen i modsat fald ville afhænge af den enkelte ordregivende myndighed, hvilket ville være i strid med retssikkerheden.

66. Ifølge Stadtwerke München er det afgørende tidspunkt ikke, når den adfærd, der ligger til grund for den fakultative udelukkelse, udøves (eller ophører), men derimod når alle betingelserne herfor er opfyldt, heriblandt det subjektive element (den ordregivende myndigheds kendskab til grunden). På denne baggrund er den relevante hændelse normalt den dato, hvor den ordregivende myndighed har et velfunderet kendskab til, at der foreligger en udelukkelsesgrund.

67. Den tyske og den ungarske regering har i det væsentlige tilsluttet sig denne opfattelse. Den »relevante hændelse« afhænger af det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed har et sikkert og velfunderet kendskab til, at der foreligger en udelukkelsesgrund, dvs., efter den ungarske regerings opfattelse, det tidspunkt, hvor der foreligger en endelig afgørelse i sagen.

68. Den græske regering er fortalende for at anvende artikel 25, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003¹⁴ på offentlige udbud, således at der ikke er forskel på den pågældende administrative eller strafferetlige procedure. Heraf har den græske regering udledt, at tidspunktet for den hændelse, der udmøntede sig i udelukkelsen, er »relevant«, og at det ikke er relevant, hvornår den ordregivende myndighed fik kendskab hertil.

69. Ifølge den polske regering, som kun har fremsat anbringender i forbindelse med dette spørgsmål, er den »relevante hændelse« indgåelsen af den aftale, som har haft til formål at fordreje konkurrencen. Hvis det ikke er muligt at bestemme datoen for denne aftale, må datoen for den hændelse, som sandsynliggør, at der foreligger en aftale, anvendes (f.eks. datoen for afslutningen på den udbudsprocedure, hvorunder det blev opdaget, at de deltagende økonomiske aktører havde forsøgt at fordreje konkurrencen).

14 – Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003, L 1, s. 1).

70. Kommissionen er af den opfattelse, at det er muligt at tage tre forskellige datoer i betragtning: 1) datoen for den adfærd, der udgør en udelukkelsesgrund, 2) det tidspunkt, hvor betingelserne for en af disse grunde er opfyldt, som for så vidt angår artikel 57, stk. 4, litra c) og d), i direktiv 2014/24 er det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed kan bevise, at den økonomiske aktør har begået en forsømmelse, eller har tilstrækkelig plausible indikationer herpå, og 3) den dato, hvor undersøgelsesmyndigheden ved endelig afgørelse har konstateret, at der foreligger en ulovlig adfærd.

71. Ifølge Kommissionen taler retssikkerheden (som taler for en tidsmæssig begrænsning af udelukkelsesgrundene) for den første af disse tre muligheder. Risikoen for, at den offentlige kontrakt tildeles en aktør, som har begået forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af et erhverv (som netop er årsagen til udelukkelsesgrundene i direktiv 2014/24), medfører imidlertid, at den anden mulighed må gives forrang.

72. I retsmødet henviste Kommissionen til reglerne for offentlige kontrakter, som EU's institutioner har vedtaget, navnlig artikel 106, stk. 14 og 15, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012¹⁵, idet den er af den opfattelse, at de kan anvendes til at fortolke artikel 57 i direktiv 2014/24, eftersom der bør være en vis overensstemmelse mellem sidstnævnte og nævnte forordning bestemmelser. På denne baggrund har Kommissionen konkluderet, at den maksimale periode for udelukkelse af en økonomisk aktør er tre år fra datoen for den endelige sanktionsafgørelse, som træffes af en undersøgelsesmyndighed.

2. Bedømmelse

73. Således som jeg allerede har påpeget, henviser artikel 57, stk. 7 *in fine*, i direktiv 2014/24 til »den relevante hændelse i de i stk. 4 nævnte tilfælde« i forbindelse med fastsættelsen af begyndelsestidspunktet for den maksimale udelukkelsesperiode, når denne ikke er fastsat ved endelig dom¹⁶. Dette begreb omfatter i princippet den adfærd eller den omstændighed, som er beskrevet i de forskellige tilfælde i artikel 57, stk. 4.

74. Et andet spørgsmål, som er det, den forelæggende ret har forelagt, er, om beregningen af udelukkelsesperioden skal ske fra den dato, hvor den pågældende adfærd eller omstændighed reelt finder sted, eller på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed har sikkert og holdbart kendskab til, at adfærden eller omstændigheden foreligger.

75. Parterne i denne præjudicielle forelæggelse har svinget mellem et forsvar for en objektiv fortolkning, som har fokus på den »relevante hændelses« indtræden, og en subjektiv fortolkning, der tager udgangspunkt i den ordregivende enheds kendskab til dette forhold.

76. Således som Kommissionen har anført, giver det første synspunkt forrang til retssikkerheden, mens det andet tilgodeser beskyttelsen af udbudsprocedurerne over for den risiko, det indebærer at give tilbudsgivere, for hvem der foreligger udelukkelsesgrunde, adgang hertil.

77. For at give den forelæggende ret et svar er det imidlertid ikke nødvendigt at foretage en fuldstændig undersøgelse af den midlertidige ordning for udelukkelsesperioderne i direktiv 2014/24. Det er derimod tilstrækkeligt at se nærmere på den omtvistede udelukkelsesgrund.

15 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 25.10.2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget og om ophævelse af Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 (EUT 2012, L 298, s. 1), ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2015/1929 af 28.10.2015 (EUT 2015, L 286, s. 1).

16 – Der vil være tilfælde, hvor der tilfældigvis foreligger en retsafgørelse [f.eks. i forbindelse med en insolvens- eller likvidationsbehandling, som er tilfældet i litra b)], men i andre tilfælde kan det konstateres, at der foreligger en udelukkelsesgrund, uden at der er behov for en retsafgørelse [hvis den økonomiske aktør har forsøgt at indhente fortrolige oplysninger, jf. litra i)].

78. Idet det nærmere bestemt drejer sig om Vossloh Laeis' karteldeltagelse, som er blevet dokumenteret og sanktioneret af den tyske konkurrencemyndighed, omhandler tvisten spørgsmålet om, hvorvidt den treårige frist begyndte at løbe: i) Da denne deltagelse fandt sted eller ophørte (objektiv tilgang), eller ii) da myndighederne, enten undersøgelsesmyndighederne eller den ordregivende myndighed, havde pålidelige beviser for eller sanktionerede den ulovlige adfærd (subjektiv tilgang).

79. Den græske regering er af den opfattelse, at formuleringen i artikel 25, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 om begyndelsestidspunktet for forældelsesfristen for ulovlig konkurrencemæssig adfærd er relevant. Denne frist »regnes fra den dag, hvor overtrædelsen er begået. Ved vedvarende eller gentagne overtrædelser regnes fristen dog først fra den dag, hvor overtrædelsen er ophørt«.

80. Hvis EU-lovgiver har valgt at give overtræderens retssikkerhed forrang for Kommissionens effektive kompetence til at fastsætte sanktioner, kunne det således antages, at det samme kriterium ville kunne overføres til begyndelsestidspunktet for udelukkelsesperioden i offentlige udbudsprocedurer.

81. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at dette tegner et ufuldstændigt billede. Hvis denne analogi skal anvendes, skal den anvendes i sin fulde udstrækning, således at den maksimale udelukkelsesperiode kan afbrydes, når den er begyndt, hvilket også gør sig gældende i forbindelse med forældelse af konkurrencebegrænsende adfærd¹⁷. Den ville således kunne forlænges ud over de tre år, som er udtrykkeligt fastsat som grænse i direktivets artikel 57, stk. 7¹⁸.

82. Jeg er derfor af den opfattelse, at det er muligt at nå til en løsning ved hjælp af en analogi, dog under forudsætning af, at denne form for integrering af bestemmelsen også gør sig gældende for resten af artiklens indhold. Heri fremhæves det, at når den obligatoriske udelukkelsesgrund er en ulovlig adfærd, som er blevet dokumenteret i en dom, hvori længden af perioden ikke er fastsat, er det netop datoen for *dommen*, som er begyndelsestidspunktet for den femårige udelukkelsesperiode.

83. Dette kriterium kan efter min opfattelse også anvendes uden fortolkningsmæssige problemer, når der er tale om konkurrencebegrænsende adfærd, som kun kan anses for dokumenteret (under formodning om uskyld) i en enten administrativ eller retslig afgørelse. I dette tilfælde, som er det i hovedsagen omhandlede, er det datoen for denne afgørelse (som svarer til en *dom* i overført forstand), som er den »relevante hændelse« for påbegyndelsen af den treårige udelukkelsesperiode.

84. Artikel 57, stk. 7, i direktiv 2014/24 henviser således ikke til omstændighederne ved dette tilfælde, dvs. til den egentlige samordnede praksis, som en »relevant hændelse«, men derimod til den retlige konstatering af, at denne praksis foreligger, eller den retlige kvalifikation af en handling, som myndigheden allerede har sanktioneret som ulovlig adfærd, om man vil.

85. Hvis der med andre ord foreligger en afgørelse, som udtrykkeligt har fastslået, at den økonomiske aktør har deltaget i et kartel, er den »relevante hændelse« for, at den ordregivende myndighed – som har mandat eller i givet fald kompetence til at udelukke den pågældende økonomisk aktør – kan beregne den maksimale udelukkelse, ikke den overtrædende virksomheds egentlige konkrete adfærd, men derimod det tidspunkt, hvor den kvalificeres og sanktioneres som en konkurrencebegrænsende adfærd.

17 – Artikel 25, stk. 3 og 5, i forordning nr. 1/2003 lyder således: »Hver gang Kommissionen eller en medlemsstats konkurrencemyndighed tager skridt til at undersøge eller forfølge overtrædelsen, afbrydes forældelsesfristen for pålæggelse af bøder eller tvangsbøder. Forældelsesfristen afbrydes med virkning fra den dag, hvor det pågældende skridt meddeles mindst én af de virksomheder eller virksomhedssammenslutninger, der har medvirket ved overtrædelsen [...] Forældelsesfristen løber på ny efter hver afbrydelse.«

18 – Denne bestemmelse fastsætter i modsætning til artikel 106 i forordning nr. 966/2012 ikke specifikt en forældelsesfrist for udelukkelsen.

86. Efter min opfattelse, som er sammenfaldende med den ungarske regerings holdning samt Kommissionens synspunkt, som blev fremført i retsmødet, bør dette være den omstændighed, der er »relevant« for den ordregivende myndighed med henblik på fastsættelsen af den maksimale periode for udelukkelse af den pågældende økonomiske aktør. I betragtning af den af konkurrencemyndigheden pålagte sanktion har den ordregivende myndighed ikke behov for mere, eftersom der er sket en retlig konstatering af en adfærd, der kan medføre udelukkelse. Udelukkelsesperioden begynder her, dvs. fra datoen for den pågældende sanktionsafgørelse.

VI. Forslag til afgørelse

87. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Vergabekammer Südbayern (klagenævnet for udbud i Sydbayern, Tyskland) forelagte spørgsmål på følgende måde:

- »1) Artikel 80 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF, sammenholdt med artikel 57, stk. 6, andet afsnit, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF
 - er til hinder for, at en økonomisk aktør, der ønsker at vise sin pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund, skal samarbejde aktivt med den ordregivende myndighed for at gøre indgående rede for de forhold og omstændigheder, som gjorde sig gældende for dens deltagelse i aftaler om at fordreje konkurrencen, når denne aktør allerede har samarbejdet aktivt og har gjort indgående rede for disse omstændigheder over for den konkurrencemyndighed, som har undersøgt og sanktioneret disse forhold
 - er ikke til hinder for, at en medlemsstat kræver et sådant aktivt samarbejde med den ordregivende myndighed som en betingelse for, at den økonomiske aktør viser sin pålidelighed og ikke udelukkes fra udbudsproceduren, når det drejer sig om ulovlig adfærd, hvis forhold og omstændigheder skal fastlægges af samme ordregivende myndighed.
- 2) Hvis der for en økonomisk aktør foreligger en udelukkelsesgrund efter artikel 57, stk. 4, litra d), i direktiv 2014/24, idet den har indgået aftaler om at fordreje konkurrencen, som har været genstand for en sanktionsafgørelse, beregnes udelukkelsesperioden fra datoen for denne afgørelse.«