



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 11 mei 2023¹

Zaak C-66/22

**Infraestruturas de Portugal, SA,
Futrifer Indústrias Ferroviárias, SA**
tegen
Toscca – Equipamentos em Madeira, Lda,
in tegenwoordigheid van:
Mota-Engil Railway Engineering, SA

[verzoek van de Supremo Tribunal Administrativo (hoogste bestuursrechter, Portugal) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2014/24/EU – Plaatsen van overheidsopdrachten – Facultatieve uitsluitingsgrond – Artikel 57, lid 4, onder d) – Uitsluiting van een ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure – Sanctie voor mededingingsbeperkende praktijken – Automatische uitsluiting op basis van een voorafgaand besluit van een mededingingsautoriteit – Bevoegdheden van de aanbestedende dienst om het bestaan van de uitsluitingsgrond vast te stellen – Artikel 57, lid 6 – Geschiktheid en betrouwbaarheid van de inschrijver – Motivering – Mededingingsbeperkende praktijken die in de aanbestedingsprocedure zelf worden vastgesteld”

1. In deze prejudiciële procedure moet het Hof artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24/EU² uitleggen, volgens hetwelk aanbestedende diensten een ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure kunnen uitsluiten wanneer die met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten om de mededinging te vervalsen.

2. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend in het kader van een geding betreffende de gunning van een opdracht aan een onderneming die in het verleden is beboet omdat zij met andere ondernemingen afspraken had gemaakt over mededingingsbeperkende gedragingen (prijzafspraken en marktverdeling).

¹ Oorspronkelijke taal: Spaans.

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

I. Toepasselijke bepalingen

A. *Unierecht*

1. Richtlijn 2014/24

3. In artikel 56 („Algemene beginselen”) wordt bepaald:

„1. Opdrachten worden gegund op basis van criteria als vastgesteld overeenkomstig de artikelen 67 tot en met 69, mits de aanbestedende dienst er overeenkomstig de artikelen 59 tot en met 61 op heeft toegezien dat aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

[...]

b) de inschrijving is afkomstig van een inschrijver die niet is uitgesloten van deelname overeenkomstig artikel 57 [...].

[...]”

4. Artikel 57 („Uitsluitingsgronden”) schrijft voor:

„[...]

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

[...]

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

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

[...]

5. [...]

Aanbestedende diensten kunnen op ieder moment tijdens de procedure een ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of door lidstaten worden verplicht dat te doen, wanneer blijkt dat deze, wegens vóór of tijdens de procedure verrichte of nagelaten handelingen, in een van de omstandigheden verkeert als bedoeld in lid 4.

6. Elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid

aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

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

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

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

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

2. Richtlijn 2014/25

5. Richtlijn 2014/25/EU³ bepaalt in artikel 80 („Gebruik van uitsluitingsgronden en selectiecriteria als bedoeld in [richtlijn 2014/24]”):

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

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

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

[...]”

³ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (PB 2014, L 94, blz. 243).

B. Portugees recht

1. Decreto-lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos

6. In artikel 55 („Beletsels”) van Decreto-lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos⁴ wordt in lid 1 bepaald:

„De hiernavolgende entiteiten mogen geen gegadigden, inschrijvers of leden van een samenwerkingsverband zijn:

[...]

c) in het geval van natuurlijke personen, entiteiten waaraan een administratieve sanctie is opgelegd wegens een ernstige beroepsfout en die niet inmiddels zijn gerehabiliteerd, of, in het geval van rechtspersonen, entiteiten waarvan aan de leidinggevende, bestuurs- of beheersorganen een dergelijke administratieve sanctie is opgelegd, indien die organen hun taken verder uitoefenen.

[...]

f) entiteiten waaraan overeenkomstig bijzondere wetgeving, met name de sanctieregelingen inzake [...] mededinging [...], het bijkomende verbod is opgelegd om tijdens de in het sanctiebesluit vastgestelde periode deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure”.

7. Artikel 70 („Onderzoek van de inschrijvingen”), lid 2, schrijft voor:

„Inschrijvingen worden uitgesloten wanneer uit het onderzoek ervan blijkt dat:

[...]

g) er ernstige aanwijzingen zijn voor handelingen, afspraken, praktijken of informatie die de mededinging kunnen vervalsen.”

2. Lei n.º 19/2012 da Concorrência

8. In artikel 71 („Bijkomende sancties”), lid 1, onder b), van Lei n.º 19/2012 da Concorrência⁵ wordt bepaald dat wanneer de ernst van de inbreuk en de schuld van de inbreukmaker het rechtvaardigen, de Autoridade de Concorrência (mededingingsautoriteit, Portugal), naast de geldboete, de bijkomende sanctie kan opleggen die erin bestaat dat aan de betrokkene het recht op deelname aan bepaalde openbare aanbestedingsprocedures wordt ontzegd, mits de praktijk die een met een geldboete te bestraffen inbreuk vormt zich tijdens of als gevolg van de desbetreffende procedure heeft voorgedaan.

⁴ Decreto-lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, Código de Contratos Públicos (wetsbesluit nr. 18/2008 van 29 januari 2008 tot vaststelling van het wetboek overheidsopdrachten (*Diário da República* nr. 20/2008, Serie I, van 29 januari 2008; hierna: „CCP”), zoals gewijzigd bij Decreto-lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (wetsbesluit nr. 111-B/2017 van 31 augustus 2017) (*Diário da República*, 1^e serie, nr. 168, 2^e supplement van 31 augustus 2017; hierna: „wetsbesluit nr. 111-B/2017”).

⁵ Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, aprova o novo regime jurídico da concorrência (wet nr. 19/2012 van 8 mei 2012 tot vaststelling van het nieuwe juridische mededingingskader) (*Diário da República*, 1^e serie, nr. 89 van 8 mei 2012; hierna: „wet nr. 19/2012”).

II. Feiten, geding en prejudiciële vragen

9. Op 18 januari 2019 heeft Infraestruturas de Portugal, SA (hierna: „Infraestruturas”) een procedure voor het plaatsen van een opdracht voor de levering van gecreosoteerde grenen palen en dwarsliggers voor een basisprijs van 2 979 200 EUR uitgeschreven.⁶

10. De ondernemingen Toscca – Equipamentos em Madeira, Lda (hierna: „Toscca”) en Futrifer, Indústrias Ferroviárias, SA (hierna: „Futrifer”) hebben aan de procedure deelgenomen en elk een eigen inschrijving ingediend.

11. Op 12 juni 2019 heeft de Autoridade de Concorrência Futrifer veroordeeld tot betaling van een geldboete wegens schending van de mededingingsregels in het kader van in 2014 en 2015 georganiseerde aanbestedingsprocedures.^{7 8}

12. Specifiek was de Autoridade de Concorrência van mening dat Futrifer en andere ondernemingen in de sector in strijd met artikel 9, lid 1, van wet nr. 19/2012 en artikel 101, lid 1, VWEU waren overeengekomen om prijzen vast te stellen en de markt voor onderhoudsdiensten op het spoorwegnet te verdelen.

13. In haar besluit verklaarde de Autoridade de Concorrência dat zij het, gezien de omstandigheden van de zaak en het schikkingsvoorstel van Futrifer, niet nodig achtte om deze laatste de bijkomende sanctie van een verbod op deelname aan aanbestedingsprocedures overeenkomstig artikel 71, lid 1, onder b), van wet nr. 19/2012 op te leggen.⁹

14. Op 27 juli 2019 heeft Infraestruturas de litigieuze opdracht gegund aan Futrifer.

15. Toscca heeft tegen dat besluit beroep ingesteld bij de Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu (bestuurs- en belastingrechter Viseu, Portugal). Zij verzocht die rechter het gunningsbesluit nietig te verklaren, de inschrijving van Futrifer uit te sluiten en te gelasten dat de opdracht aan haar zelf werd gegund. Ter onderbouwing van haar vordering beriep Toscca zich met name op het sanctiebesluit van de Autoridade de Concorrência tegen Futrifer.

16. De rechter in eerste aanleg heeft het beroep van Toscca afgewezen op grond dat artikel 70, lid 2, onder g), CCP alleen van toepassing is wanneer de aanwijzingen voor vervalsing van de mededinging zijn vastgesteld in de in het geding aan de orde zijnde procedure zelf.

17. Toscca heeft tegen het vonnis van de Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu hoger beroep ingesteld bij de Tribunal Central Administrativo Norte (centrale bestuursrechter voor Noord-Portugal), die bij arrest van 29 mei 2020 heeft geoordeeld dat de rechter in eerste aanleg artikel 70, lid 2, onder g), CCP onjuist had uitgelegd. Hij heeft het bestreden vonnis vernietigd en Infraestruturas gelast de opdracht aan Toscca te gunnen.

⁶ Procedure 2019/S 015-030671, bekendgemaakt in het supplement bij het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 22 januari 2019 (PB 2019, S 15, blz. 1).

⁷ Het betrof aanbestedingen van een overheidsonderneming voor onderhoudsdiensten voor materieel en sporen op het Portugese spoorwagennet.

⁸ Dossier PRC/2016/6. Met betrekking tot Futrifer gaat het om het „Definitieve besluit in een schikkingsprocedure (niet-vertrouwelijke versie)”.

⁹ Punten 231 e.v. van het besluit van 12 juni 2019.

18. Infraestruturas en Futrifer zijn tegen de uitspraak in hoger beroep opgekomen bij de Supremo Tribunal Administrativo (hoogste bestuursrechter, Portugal), die dat arrest heeft vernietigd wegens gebrek aan motivering, en de zaak heeft terugverwezen naar de Tribunal Central Administrativo Norte.

19. Bij uitspraak van 2 juni 2021 heeft de Tribunal Central Administrativo Norte het vonnis in eerste aanleg opnieuw vernietigd en Infraestruturas nogmaals gelast om de opdracht aan Toscca te gunnen.

20. Infraestruturas en Futrifer zijn tegen het arrest van 2 juni 2021 opgekomen bij de Supremo Tribunal Administrativo, die het Hof heeft verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Is de uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 4, onder d), van [richtlijn 2014/24] een aangelegenheid die is voorbehouden aan de beslissingsbevoegdheid van de aanbestedende dienst?
- 2) Kan de nationale wetgever het door de aanbestedende dienst krachtens artikel 57, lid 4, onder d), van [richtlijn 2014/24] te nemen besluit volledig vervangen door een generiek besluit (met de gevolgen van een besluit) van de Autoridade de Concorrência tot oplegging van een bijkomende sanctie bestaande in een verbod om gedurende een bepaalde periode deel te nemen aan aanbestedingsprocedures, dat wordt genomen in het kader van de oplegging van een geldboete wegens inbreuk op de mededingingsregels?
- 3) Moet het besluit van de aanbestedende dienst over de ‚betrouwbaarheid‘ van de ondernemer met het oog op de naleving (of niet-naleving) van de mededingingsregels buiten de concrete aanbestedingsprocedure, aldus worden begrepen dat het een gemotiveerde beoordeling vereist van de relatieve geschiktheid van deze ondernemer, hetgeen een specifieke uitdrukking vormt van het recht op behoorlijk bestuur in de zin van artikel 41, lid 2, onder c), van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie?
- 4) Is de in het Portugese recht in artikel 55, lid 1, onder f), CCP, gekozen oplossing, die de uitsluiting van een ondernemer van een aanbestedingsprocedure op grond van een inbreuk op de mededingingsregels, gepleegd buiten de specifieke aanbestedingsprocedure, afhankelijk stelt van een besluit van de Autoridade de Concorrência met betrekking tot de oplegging van een bijkomende sanctie bestaande in een verbod om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures - een procedure waarin het de Autoridade de Concorrência zelf is die in dat kader beoordeelt of de genomen corrigerende maatregelen passend zijn - in overeenstemming met het Unierecht en, in het bijzonder, met artikel 57, lid 4, onder d), van [richtlijn 2014/24]?
- 5) Is de in het Portugese recht gekozen oplossing van artikel 70, lid 2, onder g), CCP, die de mogelijkheid om een inschrijving uit te sluiten op grond van ernstige aanwijzingen voor handelingen, afspraken, praktijken of informatie die de mededinging kunnen vervalsen, beperkt tot de specifieke aanbestedingsprocedure waarin deze praktijken zijn vastgesteld, eveneens in overeenstemming met het Unierecht en in het bijzonder met artikel 57, lid 4, onder d), van [richtlijn 2014/24]?”

III. Procedure bij het Hof

21. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 2 februari 2022 ingekomen ter griffie van het Hof.

22. Futrifer, Toscca, de Tsjechische, de Hongaarse en de Portugese regering alsmede de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

23. Zij hebben alle deelgenomen aan de op 7 maart 2023 gehouden terechtzitting, op de Tsjechische en de Hongaarse regering na.

IV. Beoordeling

A. Inleidende opmerkingen

1. Toepasselijke richtlijn

24. De verwijzende rechter verzoekt alleen om uitlegging van richtlijn 2014/24, zonder richtlijn 2014/25 te noemen. Deze laatste richtlijn regelt het plaatsen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten die actief zijn in de sectoren water- en energievoorziening, *vervoer* en postdiensten.

25. De opdracht waarvan de gunning wordt aangevochten is er een voor de levering van infrastructuurelementen in de spoorwegsector, dat wil zeggen in een vervoerssector. In antwoord op vragen van het Hof waren interveniënten ter terechtzitting unaniem van mening dat de betreffende overeenkomst binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/25 valt, welke specifiek van toepassing is op „activiteiten die het ter beschikking stellen of exploiteren van netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein [...] beogen” (artikel 11).

26. Hoe dan ook staat het aan de verwijzende rechter om aan de hand van de bedingen van de litigieuze overeenkomst te bepalen of deze wordt beheerst door richtlijn 2014/24 dan wel, zoals alles doet vermoeden, door richtlijn 2014/25.

27. Voor de aan de orde zijnde kwestie zal het in de praktijk overigens geen groot verschil maken of de ene dan wel de andere richtlijn van toepassing is: ook als richtlijn 2014/25 van toepassing zou blijken, wordt in artikel 80 daarvan verwezen naar „de in artikel 57 van [richtlijn 2014/24] bedoelde uitsluitingsgronden [...] volgens de daarin bepaalde voorwaarden”.¹⁰

28. De toepassing van richtlijn 2014/25 zou echter wel enig effect kunnen sorteren op de (bediscussieerde) „bevoegdheid” van de lidstaten om de facultatieve uitsluitingsgronden op te nemen in hun interne recht, zoals ik verderop in deze conclusie zal toelichten.¹¹

29. Na deze preciseringen zal ik mij in het vervolg baseren op artikel 57 van richtlijn 2014/24.

¹⁰ Zie, naar analogie, arrest van 10 november 2022, Taxi Horn Tours (C-631/21, EU:C:2022:869, punten 39 en 40).

¹¹ Punt 46 van deze conclusie.

2. Omzetting van artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24 in Portugees recht

30. De schriftelijke opmerkingen van de Commissie hebben geleid tot een debat, dat ter terechtzitting is voortgezet, over de beoordelingsmarge waarover de lidstaten beschikken om de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 niet om te zetten.

31. De redenering van de Commissie is de volgende:

- Artikel 57, lid 4, en overweging 101 van richtlijn 2014/24 duiden erop dat de wetgever de lidstaten niet de vrijheid heeft willen geven om de negen in die eerste bepaling vervatte uitsluitingsgronden al dan niet om te zetten. Die keuzemogelijkheid is aan de aanbestedende diensten verleend, tenzij de lidstaten hen verplichten tot toepassing van de uitsluitingsgronden. Omgekeerd beschikken de lidstaten niet over de mogelijkheid om een of meer van die gronden niet om te zetten.
- De facultatieve uitsluitingsgrond inzake het bestaan van overeenkomsten met andere ondernemers die gericht zijn op vervalsing van de mededinging is niet opgenomen in het Portugees recht.

32. De door de Commissie opgeworpen problematiek zou in de onderhavige prejudiciële procedure kunnen worden behandeld indien de tweede van haar stellingen juist zou zijn: bij gebreke van omzetting van een facultatieve uitsluitingsgrond in nationaal recht zou moeten worden onderzocht of de tot dusver bestaande rechtspraak van het Hof¹² betreffende de bevoegdheid van de lidstaten om deze categorie van uitsluitingsgronden al dan niet om te zetten, moet worden aangepast of zelfs moet worden gecorrigeerd.

33. Zoals ik hieronder zal uiteenzetten, moet ik constateren dat de tweede stelling van de Commissie (die in enkele in de prejudiciële procedure ingediende schriftelijke opmerkingen wordt ondersteund) niet strookt met de werkelijkheid.

34. Wetsbesluit nr. 111-B/2017 heeft de CCP gewijzigd met het oog op de omzetting van de richtlijnen 2014/24 en 2014/25. In artikel 1 van dat wetsbesluit verklaart de Portugese wetgever uitdrukkelijk dat bij dat besluit onder meer de richtlijnen 2014/24 en 2014/25 „worden omgezet”.¹³

35. De uitsluitingsgronden („beletsels”) die worden opgesomd in artikel 55, lid 1, onder a) tot en met l), van de nieuwe versie van de CCP, weerspiegelen, met bepaalde nuances, de overeenkomstige gronden van artikel 57, leden 1 en 4, van richtlijn 2014/24.

¹² De in de arresten van 19 juni 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507, punt 33; hierna: „arrest Meca”), en 30 januari 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, punt 34), prevalerende opvatting is bevestigd in het arrest van 3 juni 2021, Rad Service e.a. (C-210/20, EU:C:2021:445, punt 28), in de volgende bewoordingen: „Volgens artikel 57, leden 4 en 7, van richtlijn 2014/24 beschikken de lidstaten immers over de mogelijkheid om de daarin genoemde facultatieve uitsluitingsgronden niet toe te passen of om deze in de nationale regeling op te nemen met een naargelang het geval strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau heersende juridische, economische of sociale overwegingen”.

¹³ Voor wat hier van belang is, is het irrelevant dat wetsbesluit nr. 111-B/2017 een aantal bepalingen van de eerder geldende CCP ongewijzigd heeft gelaten.

36. De litigieuze uitsluitingsgrond wordt in artikel 55, lid 1, onder f), CCP als volgt geformuleerd: „De hiernavolgende entiteiten mogen geen gegadigden [...] zijn: [...] entiteiten waaraan overeenkomstig bijzondere wetgeving, met name de sanctieregelingen inzake [...] mededinging [...], het bijkomende verbod is opgelegd om tijdens de in het sanctiebesluit vastgestelde periode deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure”.

37. De CCP bevat nog een andere bepaling [artikel 70, lid 2, onder g)] die de uitsluiting van inschrijvingen vereist wanneer onderzoek „ernstige aanwijzingen voor handelingen, afspraken, praktijken of informatie die de mededinging kunnen vervalsen” aan het licht brengt.¹⁴

38. In het licht van deze twee bepalingen heb ik moeite om bepaalde beweringen in de schriftelijke opmerkingen van Futrifer en van de Portugese regering (welke laatste zijn opgesteld in voor meerdere uitleg vatbare bewoordingen¹⁵, die de Portugese regering ter terechtzitting niet heeft verduidelijkt) over de niet-omzetting van artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24 in de CCP te begrijpen.

39. Uit de bewoordingen van deze twee bepalingen van de CCP blijkt mijns inziens dat de Portugese wetgever de onmiskenbare wil heeft gehad om artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24 op te nemen (of te handhaven) in zijn rechtsorde.¹⁶ Zowel deze laatste bepaling als de twee genoemde nationale bepalingen beogen overeenkomsten tussen ondernemers op het gebied van overheidsopdrachten te bestrijden die gericht zijn op vervalsing van de mededinging.

40. Een andere kwestie is of de Portugese wetgever zich bij het regelen van deze uitsluitingsgrond op de wijze waarop hij dat heeft gedaan, artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24 strikt in acht heeft genomen of daarentegen heeft gekozen voor oplossingen die deze bepaling verdraaien, afwijken van de basisbeginselen ervan of de werkingssfeer ervan ten onrechte beperken.

41. Het Hof heeft bij herhaling vastgesteld dat „zodra een lidstaat heeft besloten om een van de facultatieve uitsluitingsgronden van richtlijn 2014/24 op te nemen in zijn nationale recht, hij de wezenlijke kenmerken ervan, zoals vastgelegd in die richtlijn, in acht moet nemen. Door voor te schrijven dat de lidstaten ‚de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel’ bepalen ‚met inachtneming van het Unierecht’, verhindert artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 dat de lidstaten de in dat artikel vastgestelde facultatieve uitsluitingsgronden verdraaien of voorbijgaan aan de doelstellingen en beginselen die aan elk van die uitsluitingsgronden ten grondslag liggen.”¹⁷

¹⁴ Op basis van deze bepaling betoogt Toscca in haar schriftelijke opmerkingen dat „de Portugese wetgever artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24 heeft *omgezet* onder *handhaving* van de bewoordingen van artikel 70, lid 2, onder g), CCP (thans in de versie van na de herziening van 2017)”. Cursivering van mij.

¹⁵ Punten 80-84 van haar schriftelijke opmerkingen. Gelezen in samenhang met de daaraan voorafgaande punten, wordt daarin verklaard dat de Portugese wetgever de litigieuze uitsluitingsgrond heeft opgenomen bij artikel 70 CCP juncto artikel 55, lid 1, onder f), CCP. In punt 71 van haar opmerkingen drukt de Portugese regering het heel duidelijk uit: „Het bepaalde in artikel 55, lid 1, onder f), en artikel 70, lid 2, onder g), CCP is volstrekt in overeenstemming met richtlijn 2014/24, specifiek met artikel 57, lid 4, onder d), van die richtlijn.”

¹⁶ Om te voldoen aan de verplichting om de bepalingen van een richtlijn om te zetten in nationaal recht, volstaat het dat de nationale regeling reeds regels bevat waarin die bepalingen materieel zijn opgenomen. De aanpassing van het interne recht aan een richtlijn vereist niet noodzakelijkerwijs de formele en tekstuele vaststelling van de verbindende inhoud ervan in een *latere* regel. Zie in dit verband arrest van 10 juni 2021, *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg)* (C-303/20, EU:C:2021:479, punten 33-36). Specifiek wordt in punt 35 van dat arrest verklaard dat „voor de vaststelling of de uit een bepaalde richtlijn voortvloeiende verplichtingen door een nationale regeling adequaat ten uitvoer worden gelegd, niet alleen moet worden gekeken naar de speciaal ter omzetting van deze richtlijn vastgestelde regeling, maar naar alle beschikbare en toepasselijke rechtsnormen”.

¹⁷ Arrest Meca, punt 33.

42. Op grond van wat ik hieronder zal uiteenzetten, zijn de Portugese regels waarin artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24, is omgezet mijns inziens niet volledig in overeenstemming met die richtlijn: specifiek beperkt artikel 55, lid 1, onder f), CCP ten onrechte de bevoegdheid van de aanbestedende dienst om inschrijvers die zich schuldig hebben gemaakt aan collusie uit te sluiten door daartoe als voorwaarde te stellen dat de Autoridade de Concorrência die inschrijvers wegens hun gedraging eerder een bijkomende sanctie heeft opgelegd waarbij het hun verboden is om deel te nemen aan openbare aanbestedingsprocedures.

43. Dat dit naar mijn mening zo is, betekent niet dat er geen omzetting heeft plaatsgevonden, doch slechts dat de omzetting een tekortkoming vertoont. Bovendien zou die tekortkoming eventueel kunnen worden verholpen door een *ruimhartiger* uitlegging van artikel 70, lid 2, onder g), CCP, dat wil zeggen een uitlegging die in overeenstemming is met artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24 (conforme uitlegging).¹⁸

44. In mijn ogen is deze prejudiciële verwijzing, kortom, niet geschikt om de discussie over de bevoegdheid van de lidstaten om de facultatieve uitsluitingsgronden niet over te nemen in hun nationale recht, te heropenen, terwijl de Portugese wetgever juist voor de tegenovergestelde oplossing heeft gekozen (ook al is die oplossing, vanuit het oogpunt van het Unierecht, niet zo bevredigend als zij zou moeten zijn).

45. De rechtspraak die het Hof tot op heden heeft ontwikkeld over de bevoegdheden van de lidstaten op dit gebied gaat logischerwijs niet voorbij aan de verplichting (artikel 288 VWEU) van de lidstaten om het uit hoofde van een richtlijn te bereiken resultaat in acht te nemen. Op basis van deze premisse hebben de verschillende rechtsprekende formaties van het Hof geoordeeld dat richtlijn 2014/24, wat de facultatieve uitsluitingsgronden betreft, in de hierboven uiteengezette zin juist is omgezet.¹⁹

46. De door mij geopperde heropening van de discussie zou daarenboven een bijzonder delicate aangelegenheid zijn voor zover zij ertoe zou kunnen leiden dat:

- facultatieve uitsluitingsgronden zonder de in artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 bedoelde tussenkomst van de lidstaten worden omgezet in dwingende gronden;
- de eenvormige regeling die ten grondslag ligt aan de verwijzing naar richtlijn 2014/24 in de bepalingen inzake de uitsluitingsgronden in richtlijn 2014/25 versnipperd raakt. Volgens artikel 80, lid 1, derde alinea, van die laatste richtlijn moeten de regels en criteria voor de uitsluiting van gegadigden *op verzoek van de lidstaten* de in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 bedoelde uitsluitingsgronden omvatten.

B. Eerste prejudiciële vraag

47. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de in artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24 bedoelde uitsluitingsgrond een „aangelegenheid [is] die is voorbehouden aan de beslissingsbevoegdheid van de aanbestedende dienst”.

¹⁸ Dit lijkt de redenering van de Tribunal Central Administrativo Norte te zijn geweest op grond waarvan die rechter in zijn arrest van 29 mei 2020 de vordering van Tosca heeft toegewezen. Dat kan worden opgemaakt uit de argumentatie van Infraestruturas die is opgenomen in punt 7 van de verwijzingsbeslissing: volgens die rechter ziet artikel 70, lid 2, onder g), CCP „noodzakelijkerwijs ook op *gevallen in het verleden* dat er aanwijzingen bestonden voor mededingingsvervalsende gedragingen door concurrenten die niet werden vermeld of beschreven in de inschrijving van de mededinger” (cursivering van mij).

¹⁹ Zie voetnoot 12 hierboven.

48. De vraag is door het Hof reeds beantwoord: „[U]it de bewoordingen van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 [volgt] dat de Uniewetgever het aan de aanbestedende dienst heeft willen laten – en alleen aan de aanbestedende dienst – om in de fase van de selectie van inschrijvers te beoordelen of een inschrijver moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure.”²⁰

49. Deze vaststelling van het Hof is consistent met artikel 56, lid 1, onder b), van richtlijn 2014/24: de aanbestedende dienst moet erop toezien dat „de inschrijving [...] afkomstig [is] van een inschrijver die niet is uitgesloten van deelname overeenkomstig artikel 57”. Het staat dus in ieder geval aan de aanbestedende dienst om te besluiten of een inschrijver wordt uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

50. De hierboven weergegeven categorische vaststelling moet echter worden genuanceerd wanneer in een eerder, definitief besluit van de bevoegde autoriteit een gedraging is vastgesteld die onverenigbaar is met de toegang tot aanbestedingsprocedures of aan de inschrijver een verbod op deelname aan dergelijke procedures is opgelegd.

51. In de context waarin de vraag is gesteld (mededingingsbeperkende gedragingen die aan een inschrijver worden toegeschreven) tekenen zich drie mogelijke scenario's af:

- Indien deze ondernemer eerder bij onherroepelijk vonnis is uitgesloten van deelname aan aanbestedingsprocedures (artikel 57, lid 6, laatste alinea, van richtlijn 2014/24) wegens gedragingen die de mededinging beperken²¹, moet de aanbestedende dienst dat verbod eerbiedigen. De veroordeelde ondernemer mag gedurende de duur van de uitsluiting als gevolg van dat vonnis geen gebruik kunnen maken van de mogelijkheid om zijn betrouwbaarheid aan te tonen (door middel van corrigerende of zelfreïnigende maatregelen).²²
- Wanneer het deelnameverbod niet is opgelegd bij een onherroepelijk vonnis, maar bij een besluit van de Autoridade de Concorrência, is de aanbestedende dienst er niet onverbiddelijk aan gebonden: hij zal kunnen nagaan of die ondernemer de hierboven genoemde corrigerende maatregelen heeft genomen en hem, ondanks alles, aan de procedure voor het plaatsen van de opdracht kunnen laten deelnemen.
- Datzelfde geldt a fortiori indien de Autoridade de Concorrência geen verbod op deelname aan aanbestedingsprocedures heeft opgelegd, maar de ondernemer wel een sanctie heeft opgelegd voor collusie.

52. Op de tweede en de derde van de drie hierboven beschreven situaties zal ik nader ingaan bij het analyseren van de overige prejudiciële vragen. Voor de beantwoording van de eerste daarvan, in de ruime bewoordingen waarin die is geformuleerd, volstaat naar mijn mening een uiteenzetting van de algemene regel, onverminderd de uitzonderingen die voortvloeien uit richtlijn 2014/24 zelf.

²⁰ Arrest Meca, punt 34.

²¹ Het verbod op deelname aan aanbestedingsprocedures kan bij onherroepelijk vonnis zijn opgelegd wegens inbreuken in andere sectoren van het rechtsstelsel. Ik beperk me hier tot de verboden die zijn opgelegd door een mededingingsautoriteit, aangezien dat in casu aan de orde is.

²² Voor de uitlegging van de analoge regel in richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1), zie arrest van 11 juni 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, punt 20).

C. Tweede prejudiciële vraag

53. De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen of de nationale wetgever in het kader van artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24 „het door de aanbestedende dienst [...] te nemen besluit volledig [kan] vervangen” door een besluit van de Autoridade de Concorrência waarbij aan een ondernemer als bijkomende sanctie een verbod op deelname aan aanbestedingsprocedures wordt opgelegd.

54. Wet nr. 19/2012 staat de Autoridade de Concorrência toe om ondernemers die zich schuldig hebben gemaakt aan mededingingsbeperkende praktijken, naast een geldboete een bijkomende sanctie²³ op te leggen waarbij het hun wordt verboden om gedurende een bepaalde periode deel te nemen aan openbare aanbestedingsprocedures [artikel 71, lid 1, onder b)].

55. Zoals ik echter reeds heb opgemerkt, heeft de Autoridade de Concorrência uitdrukkelijk beslist dat het niet passend was om Futrifer de bijkomende sanctie op te leggen.

1. Niet-ontvankelijkheid

56. Uitgaande van deze premisse heeft de vraag, hoe interessant het door de verwijzende rechter opgeworpen probleem vanuit andere invalshoeken en in algemene zin ook moge zijn, in het kader van de onderhavige zaak een hypothetisch karakter.

57. De vraag zou zin hebben indien, gegeven een besluit van de Autoridade de Concorrência waarbij een verbod op deelname aan aanbestedingsprocedures wordt opgelegd, moet worden onderzocht, zoals de verwijzende rechter verzoekt, in hoeverre dat besluit volstaat om het (latere) besluit van de aanbestedende dienst te „vervangen”.

58. Wanneer daarentegen in de procedure tegen Futrifer vaststaat dat de Autoridade de Concorrência die onderneming doelbewust niet de bijkomende sanctie van een verbod op deelname aan aanbestedingsprocedures heeft opgelegd, zie ik niet welk nut het voor dit geding zou hebben dat het Hof zich uitspreekt over de gevolgen van dat (niet-bestaande) verbod.

59. De tweede prejudiciële vraag is bijgevolg niet-ontvankelijk.²⁴

2. Subsidiair, ten gronde

60. Voor het geval het Hof mijn standpunt niet zou delen en ervoor zou kiezen om deze prejudiciële vraag ten gronde te behandelen, zal ik mijn opvatting ter zake uiteenzetten.

²³ In wet nr. 19/2012 wordt dat verbod gekwalificeerd als een „sanctie”. Voor het debat over de juridische aard ervan, dat in andere rechtsstelsels wordt gevoerd, is er derhalve geen aanleiding.

²⁴ Futrifer acht het verzoek om een prejudiciële beslissing in zijn geheel niet-ontvankelijk, aangezien geen van de vragen, die zij als algemeen en hypothetisch bestempelt, volgens haar relevant is voor de beslechting van het geding. De Commissie bekritiseert, op beknoptere wijze, het feit dat de verwijzende rechter „het Hof van Justitie lijkt uit te nodigen zich in ruime en bijna abstracte zin uit te spreken over de omzetting van richtlijn 2014/24”, maar betwist de ontvankelijkheid van de verwijzing uiteindelijk niet. Ik van mijn kant ben van mening dat de kritiek van Futrifer terecht is met betrekking tot de tweede en de vierde prejudiciële vraag.

61. Naar mijn mening (als ik afzie van de gevallen waarin het deelnameverbod is vastgesteld bij een onherroepelijk vonnis)²⁵ is het besluit van de Autoridade de Concorrência waarbij het een ondernemer wordt verboden om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures, voor de aanbestedende dienst niet zodanig verbindend dat het „het [door hem] te nemen besluit volledig [vervangt]”.

62. De aanbestedende dienst kan ook in een dergelijke situatie nagaan of de bestrafte ondernemer de in artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 bedoelde corrigerende maatregelen heeft genomen en hem, ondanks alles, aan de procedure voor het plaatsen van de opdracht laten deelnemen.

63. Ik roep in herinnering dat de ondernemer een ondubbelzinnig recht heeft om zijn betrouwbaarheid aan te tonen door middel van die zelfcorrigerende maatregelen, welk recht rechtstreeks voortvloeit uit vornoemd artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24.²⁶

64. De oplossing die ik voorstel (het aan de aanbestedende dienst voorbehouden van de bevoegdheid om de corrigerende maatregelen te toetsen, niettegenstaande het door de mededingingsautoriteit vastgestelde verbod om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures) maakt het mogelijk om een compromis te vinden tussen twee benaderingen:

- De benadering die strekt tot behoud van de bevoegdheden van de aanbestedende dienst, die de vrijheid moet genieten om de betrouwbaarheid van de gegadigde te beoordelen zonder noodzakelijkerwijs te zijn gebonden aan beoordelingen door andere overheidsorganen.²⁷
- De benadering waarbij de taken van de overheidsorganen worden geëerbiedigd die specifiek met de vervolging van mededingingsvervalsende gedragingen zijn belast.²⁸ De aanbestedende dienst moet de besluiten van deze organen in aanmerking nemen omdat, per slot van rekening, „het bestaan van de mededinging beperkende gedragingen slechts als bewezen kan worden beschouwd na de vaststelling van een dergelijk besluit waarin de feiten juridisch aldus worden gekwalificeerd”²⁹.

65. Zoals het Hof heeft geoordeeld in verband met overweging 102 van richtlijn 2014/24³⁰, beschikken de lidstaten echter over „een ruime beoordelingsmarge [...] met betrekking tot de aanduiding van de autoriteiten die belast zijn met de beoordeling of de nalevingsmaatregelen passend zijn. In dit verband [kunnen] de lidstaten deze beoordelingstaak [...] opdragen aan elke andere autoriteit dan de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie.”³¹

66. Kortom, bij de beoordeling of artikel 57, lid 4, onder d), moet worden toegepast, kan de aanbestedende dienst bij wijze van alternatief:

- ofwel, bij gebreke van eerdere besluiten van andere autoriteiten, eigenstandig besluiten tot uitsluiting van een ondernemer ten aanzien waarvan hij over voldoende plausibele

²⁵ Zie de punten 50 en 51 van deze conclusie.

²⁶ Arrest van 14 januari 2021, RTS infra en Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, punt 48).

²⁷ Ik verwijs naar mijn conclusie in de zaak Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, punt 30).

²⁸ Arrest van 24 oktober 2018, Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:855, punten 25 en 26; hierna: „arrest Vossloh Laeis”).

²⁹ Arrest Vossloh Laeis, punt 39.

³⁰ „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.”

³¹ Arrest van 11 juni 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, punt 29).

aanwijzingen beschikt om te concluderen dat deze met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging;

- ofwel, wanneer een dergelijke mededingingsbeperkende overeenkomst door de daartoe bevoegde autoriteit is vastgesteld³², en ongeacht of die autoriteit een verbod op deelname aan aanbestedingsprocedures heeft opgelegd, beoordelen of de door de inschrijver of gegadigde genomen corrigerende maatregelen diens betrouwbaarheid aantonen, zodat hij overeenkomstig artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24, niet van de aanbestedingsprocedure mag worden uitgesloten. Een lidstaat kan de beoordeling van de corrigerende maatregelen evenwel toevertrouwen aan een andere autoriteit dan de aanbestedende dienst, in welk geval de aanbestedende dienst die beoordeling moet eerbiedigen.

D. Derde prejudiciële vraag

67. In de bewoordingen van de derde prejudiciële vraag lijken welbeschouwd twee vragen naast elkaar te bestaan:

- ten eerste de vraag of „het besluit van de aanbestedende dienst over de ‚betrouwbaarheid‘ van de ondernemer met het oog op de naleving (of niet-naleving) van de mededingingsregels” kan worden vastgesteld „buiten de concrete aanbestedingsprocedure”;
- ten tweede de vraag of deze beoordeling van de relatieve geschiktheid van de ondernemer „voldoende gemotiveerd” moet zijn, in de vorm van een „autonome beoordeling” door de aanbestedende dienst die door andere mededingers kan worden aangevochten.³³

68. Deze prejudiciële vraag lijkt ook weer te steunen op de premisse dat het besluit van de aanbestedende dienst is voorafgegaan door een bijkomende sanctie (verbod op deelname aan aanbestedingsprocedures), die is opgelegd door de Autoridade de Concorrência. Op die voet wenst de verwijzende rechter te vernemen of de redenen die ten grondslag liggen aan de bijkomende sanctie „van hetzelfde type en dezelfde aard” zijn als die welke de basis vormen voor de door de aanbestedende dienst te verrichten „beoordeling van de betrouwbaarheid”.³⁴

69. Aldus begrepen zou de derde prejudiciële vraag (vanwege het hypothetische karakter ervan) op dezelfde ontvankelijkheidsproblemen stuiten als die welke met betrekking tot de tweede vraag zijn uiteengezet. In zijn argumentatie maakt de verwijzende rechter evenwel gewag van de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om de geschiktheid van een ondernemer aan wie een sanctie voor collusie is opgelegd, die geen verbod op deelname aan aanbestedingsprocedures omvat, toch te aanvaarden.³⁵

70. Ik zal mijn antwoord op beide naast elkaar bestaande vragen daarom baseren op de zojuist vermelde benadering van de verwijzende rechter.

³² Voor de verhouding tussen besluiten van de mededingingsautoriteit en die van aanbestedende diensten, zie de punten 25-33 van het arrest Vossloh Laeis.

³³ Verwijzingsbeslissing, punt 2.2.6, derde alinea.

³⁴ Volgens de verwijzende rechter „toont de aanbestedende dienst in casu geen enkele belangstelling voor het formuleren van een eigen beoordeling van de ‚betrouwbaarheid‘ van de inschrijver [...]. Hij verdedigt integendeel de stelling dat hij een dergelijk oordeel niet hoeft te vellen, aangezien dat reeds is vervat in het besluit van de Autoridade de Concorrência” (punt 2.2.6, vijfde alinea, van de verwijzingsbeslissing).

³⁵ Dit lijkt, zonder al te veel klaarheid, te kunnen worden afgeleid uit punt 2.2.6 van de verwijzingsbeslissing.

1. Door de aanbestedende dienst te verrichten betrouwbaarheids- of geschiktheidsbeoordeling

71. Het antwoord op dit onderdeel van de prejudiciële vraag vloeit feitelijk voort uit het antwoord dat ik reeds voor de eerste twee prejudiciële vragen heb voorgesteld. De aanbestedende dienst behoudt, na het besluit van de mededingingsautoriteit, ten volle zijn bevoegdheid om de betrouwbaarheid van de inschrijver of de gegadigde te beoordelen, in de hierboven uiteengezette zin.

72. Volgens overweging 101 van richtlijn 2014/24 „[moet] aanbestedende diensten [...] de mogelijkheid worden geboden ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken, bijvoorbeeld [...] wegens *andere ernstige beroepsfouten, zoals schending van de mededingingsregels*”.³⁶ In de tweede alinea van diezelfde overweging wordt gesproken van gedrag bij de uitvoering van eerdere overheidsopdrachten „dat ernstige twijfel doet rijzen [over] de betrouwbaarheid van de ondernemer”.³⁷

73. Het is dan ook niet verwonderlijk dat het Hof in het licht van deze overweging heeft verklaard dat „de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om een inschrijver uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure er meer in het bijzonder toe [dient] om hem in staat te stellen de integriteit en betrouwbaarheid van elk van de inschrijvers te beoordelen”.³⁸

74. De facultatieve uitsluitingsgronden staan de lidstaten toe om doelen van algemeen belang na te streven en beogen in ieder geval de betrouwbaarheid³⁹, zorgvuldigheid, professionele integriteit en degelijkheid van de inschrijver te waarborgen.⁴⁰

75. Specifiek heeft het Hof, met betrekking tot „de onderliggende doelstelling van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24”, verklaard dat „de mogelijkheid, of zelfs de verplichting, voor de aanbestedende dienst om een ondernemer uit te sluiten van deelname aan een aanbestedingsprocedure, er meer in het bijzonder toe strekt om hem in staat te stellen de integriteit en de betrouwbaarheid van elk van de ondernemers te beoordelen”.⁴¹

76. Bovendien vereist de correcte uitlegging van artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24 dat de toetsing van de integriteit en betrouwbaarheid van de inschrijver zich ook uitstrekt tot mededingingsvervalsende gedragingen *in het verleden*, en niet alleen tot op vervalsing van de mededinging gerichte overeenkomsten die zijn gesloten in het kader van de „specifieke” aanbestedingsprocedure waarover de aanbestedende dienst moet beslissen.

77. Dat kan met name worden opgemaakt uit artikel 57, lid 5, tweede alinea, van richtlijn 2014/24, waarin wordt bepaald dat de aanbestedende diensten een ondernemer kunnen uitsluiten wanneer blijkt „dat deze, wegens *vóór* of tijdens *de procedure* verrichte of nagelaten handelingen, in een van de omstandigheden verkeert als bedoeld in lid 4”.⁴²

³⁶ Cursivering van mij.

³⁷ Zie arrest Meca, punt 30.

³⁸ Ibidem, punt 29.

³⁹ In mijn conclusie in de zaak Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, punt 28), heb ik er reeds op gewezen dat „[i]n richtlijn 2014/24 [...] betrouwbaarheid reeds [wordt] opgevat als een sleutelement van de contractuele betrekking” tussen de aanbestedende dienst en inschrijvers.

⁴⁰ Arrest van 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punten 29, 31 en 32).

⁴¹ Arrest van 30 januari 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, punt 41).

⁴² Cursivering van mij.

78. Aan de voorgaande overwegingen kan worden toegevoegd dat de aanbestedende dienst, bij wijze van alternatief, toepassing kan geven aan artikel 57, lid 4, onder c), van richtlijn 2014/24 door zijn besluit om de inschrijver uit te sluiten te baseren op de omstandigheid dat deze een ernstige beroepsfout heeft begaan.

79. Het concept „ernstige beroepsfout”, dat in het Portugese recht wordt erkend als uitsluitingsgrond⁴³, kan ook mededingingsbepenkende gedragingen omvatten, ook al bestaat er voor die laatste een specifieke vorm van uitsluiting: dit wordt bevestigd door eerder genoemde overweging 101 van richtlijn 2014/24, waarin (in de lijn die het Hof heeft uitgezet in verband met de voorganger van die richtlijn)⁴⁴ schending van de mededingingsregels wordt aangemerkt als een ernstige beroepsfout.⁴⁵

80. Zoals ter terechtzitting is opgemerkt, impliceert deze mogelijkheid een zekere overlapping tussen de twee facultatieve uitsluitingsgronden. In mijn optiek is het onderlinge verband tussen die twee gronden, opgevat als een verband van complementariteit, echter nuttig voor de verwezenlijking van de doelstellingen van richtlijn 2014/24.

81. Wanneer zich de situatie van artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24 voordoet, is het logisch dat de aanbestedende dienst zich op die uitsluitingsgrond beroept. Voor andere gedragingen die weliswaar in strijd zijn met de mededingingsregels, maar niet het karakter van „overeenkomsten met andere ondernemers” hebben, kan hij de meer generieke bepaling onder c) inroepen.

82. Indien het doel is om aanbestedende diensten uit te rusten met zo ruim mogelijke bevoegdheden om de betrouwbaarheid van inschrijvers en gegadigden te beoordelen, zie ik geen reden om die bevoegdheden in te perken wanneer het erom gaat te bepalen welke „schending van de mededingingsregels” heeft plaatsgevonden. Opnieuw is het overweging 101 van richtlijn 2014/24 die het gebruik van artikel 57, lid 4, onder c) en d), van die richtlijn in de hierboven beschreven zin toestaat. Bijgevolg is er sprake van een samenloop van regels waarvoor de uitleggende instantie een oplossing moet vinden door toepassing te geven aan de regel die het best aansluit bij de omstandigheden van elk geval.

2. Motiveringsplicht

83. Van de aanbestedende dienst wordt vereist dat hij „het gedrag van de betrokken entiteit concreet en individueel beoordeelt”.⁴⁶ Die beoordeling moet worden vertaald in een motivering van het vastgestelde besluit die de adressaten ervan en eventuele mededingers in staat stelt een beroep in rechte in te stellen tegen dat besluit.⁴⁷

⁴³ Artikel 55, lid 1, onder c), CCP verbiedt de natuurlijke of rechtspersoon aan wie een administratieve sanctie is opgelegd wegens een ernstige beroepsfout om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures.

⁴⁴ Beschikking van 4 juni 2019, Consorzio Nazionale Servizi (C-425/18, EU:C:2019:476), met betrekking tot artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114).

⁴⁵ Wat betreft het „toepassingsgebied van de uitsluitingsgrond in verband met collusie: afdekking van onderling afgestemde feitelijke gedragingen en wisselwerking met de uitsluitingsgrond in verband met ernstige beroepsfouten”, is het opportuun om paragraaf 5.2 te lezen van de mededeling van de Europese Commissie (2021/C 91/01), inzake instrumenten voor het bestrijden van collusie bij het plaatsen van overheidsopdrachten en richtsnoeren voor de toepassing van de daarmee verband houdende uitsluitingsgrond.

⁴⁶ Arrest van 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, punt 157), met aanhaling van het arrest van 9 november 2017, LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:839, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁴⁷ Ibidem, punt 120.

84. Wanneer (zoals in casu) een van de mededingers heeft aangevoerd dat op een andere mededinger een uitsluitingsgrond van toepassing is op grond van artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24, moet de aanbestedende dienst uitdrukkelijk toelichten waarom hij de betrouwbaarheid van die gegadigde aanvaardt. In voorkomend geval moet de motivering zich uitstrekken tot de beoordeling van de corrigerende maatregelen die door de bestrafte inschrijver zijn aangevoerd.⁴⁸

85. De aanbestedende dienst kan aan het motiveringsvereiste voldoen indien hij rechtstreeks of door verwijzing de argumenten overneemt die de sectorale autoriteit (in casu de Autoridade de Concorrência) tot de conclusie heeft gebracht dat een ondernemer met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten om de mededinging te vervalsen.

E. Vierde prejudiciële vraag

86. De verwijzende rechter vraagt zich af of de „in het Portugese recht in artikel 55, lid 1, onder f), CCP, gekozen oplossing” in overeenstemming is met artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24.

87. De uitlegging van deze bepaling van de CCP door de verwijzende rechter (waaraan het Hof zich moet houden, aangezien zij is gegeven door de hoogste bestuursrechter van Portugal) is als volgt: wanneer de uitsluiting van een ondernemer het gevolg is van „een inbreuk op de mededingingsregels, gepleegd buiten de specifieke aanbestedingsprocedure”, stelt artikel 55, lid 1, onder f), CCP die uitsluiting afhankelijk van wat de Autoridade de Concorrência besluit met betrekking tot „de oplegging van een bijkomende sanctie bestaande in een verbod om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures”. In die procedure, zo voegt de verwijzende rechter daaraan toe, beoordeelt de Autoridade de Concorrência of de genomen corrigerende maatregelen passend zijn.

88. Deze vierde vraag is hypothetisch om dezelfde redenen als die welke ik bij de analyse van de tweede prejudiciële vraag heb uiteengezet⁴⁹, aangezien:

- de Autoridade de Concorrência de bijkomende sanctie uitdrukkelijk heeft uitgesloten als respons op de gedraging van Futrifer;
- uit de stukken van het dossier niet blijkt dat enige van de mededingende ondernemers zich op de in artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 bedoelde corrigerende maatregelen heeft beroepen om een (niet-bestaand) voorafgaand verbod op deelname aan de procedure van tafel te krijgen.

89. De vragen van de verwijzende rechter overschrijden derhalve, gelet op de litigieuze feiten, de grenzen van het geschil en vereisen de facto een advies van het Hof over zaken die geen verband houden met die feiten.

⁴⁸ In artikel 57, lid 6, derde alinea, van richtlijn 2014/24 wordt bepaald dat „[w]anneer de maatregelen onvoldoende worden geacht, [...] aan de ondernemer de redenen daarvoor [worden] medegedeeld”. Deze bepaling staat er echter niet aan in de weg dat de motivering ook de omgekeerde werking kan hebben, wanneer een andere mededingende ondernemer die motivering verlangt om de uitsluiting van zijn rivaal te bepleiten.

⁴⁹ Het verschil met de tweede vraag is dat de verwijzende rechter in deze vraag de aandacht vestigt op het feit dat de Autoridade de Concorrência volgens het Portugese recht, nadat zij de bijkomende sanctie van het verbod op deelname aan aanbestedingsprocedures heeft opgelegd, ook bevoegd is om te beslissen over de rehabilitatie van de bestrafte ondernemer.

90. Om het bezwaar van niet-ontvankelijkheid te omzeilen, zou de vraag kunnen worden geherformuleerd, in de zin dat zij wordt opgeworpen voor het geval de Autoridade de Concorrência de collusie bewezen acht en bestraft met een geldboete zonder daar bovenop echter het verbod op deelname aan aanbestedingsprocedures op te leggen.

91. Hoe dan ook is het antwoord dat ik voorstel, ofwel op basis van die herformulering, ofwel subsidiair, geïnspireerd op mijn voorgaande overwegingen. Dat antwoord luidt als volgt:

- Een nationale regel (of de uitlegging die daaraan wordt gegeven) die als noodzakelijke voorwaarde voor de toepassing ervan een voorafgaand besluit van een mededingingsautoriteit vereist, is niet verenigbaar met artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24.
- De lidstaten kunnen de beoordeling van corrigerende maatregelen toewijzen aan andere autoriteiten dan aanbestedende diensten, zoals de Autoridade de Concorrência. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of dit het geval is in het Portugese recht en, zo ja, om vast te stellen of „de daartoe ingevoerde nationale regeling voldoet aan alle vereisten van artikel [57, lid 6, van richtlijn 2014/24]”.⁵⁰

F. Vijfde prejudiciële vraag

92. De verwijzende rechter richt zijn aandacht op artikel 70, lid 2, onder g), CCP en vraagt of de inhoud daarvan in overeenstemming is met artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24.

93. De verwijzende rechter legt dat artikel van de CCP aldus uit dat het „de mogelijkheid om een inschrijving uit te sluiten op grond van ernstige aanwijzingen voor handelingen, afspraken, praktijken of informatie die de mededinging kunnen vervalsen, beperkt tot de specifieke aanbestedingsprocedure waarin deze praktijken zijn vastgesteld”.

94. Artikel 70 CCP ziet, althans in letterlijke zin, op een latere stap in de aanbestedingsprocedure: waar artikel 55 van toepassing is in de beginfase (selectie van de ondernemer aan de hand van kwalitatieve criteria), wordt artikel 70 relevant in de volgende fase (onderzoek van de ingediende inschrijvingen). Om deze tweede fase te bereiken, moet de inschrijver of gegadigde logischerwijs de eerste fase met succes hebben doorlopen, oftewel niet eerder van de procedure zijn uitgesloten.

95. De nationale bepaling stuit derhalve niet op bezwaren indien de uitlegging ervan de bevoegdheid van de aanbestedende dienst om te beoordelen of een inschrijver zich vóór de uit te voeren specifieke aanbestedingsprocedure schuldig heeft gemaakt aan mededingingsbeperkende gedragingen die tot zijn uitsluiting leiden, in ieder geval onverlet laat.

96. Met andere woorden: geen enkele bepaling van richtlijn 2014/24 wordt geschonden wanneer artikel 70, lid 2, onder g), CCP de aanbestedende dienst gewoon toestaat om zelf de inschrijving van een inschrijver uit te sluiten op grond dat die de vrucht is van mededingingsvervalsende gedragingen in het kader van de specifieke aanbestedingsprocedure.⁵¹

⁵⁰ Arrest van 11 juni 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, punten 31 en 38 alsook punt 2 van het dictum).

⁵¹ Het staat aan de verwijzende rechter om te beoordelen of artikel 70, lid 2, onder g), CCP bovendien kan worden uitgelegd in de zin als bedoeld in voetnoot 18.

97. De strekking van artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24 is voldoende ruim om te voorzien in alle mogelijkheden voor de aanbestedende dienst om kennis te nemen van gedragingen van een inschrijver die gericht zijn op vervalsing van de mededinging.

98. In mijn conclusie in de zaak Vossloh Laeis heb ik betoogd dat artikel 57 van richtlijn 2014/24 de aanbestedende diensten bepaalde taken toekent die min of meer verband houden met onderzoek⁵², een standpunt dat het Hof in zijn arrest in die zaak heeft overgenomen.⁵³

99. Door van deze taken gebruik te maken, kunnen aanbestedende diensten zich vergewissen van het bestaan van door inschrijvers in het kader van de lopende aanbestedingsprocedure gesloten overeenkomsten die de mededinging vervalsen. Zoals de Commissie opmerkt, kan het aantonen van mededingingsbeperkende gedragingen door de aanbestedende dienst zelf de nodige moeilijkheden opleveren. Die moeilijkheden, behalve dat zij in de praktijk niet onoverkomelijk zijn, rechtvaardigen niet dat de bevoegdheid van de aanbestedende dienst om een door hemzelf vastgestelde mededingingsbeperkende gedraging te beoordelen aan banden wordt gelegd.

V. Conclusie

100. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de tweede en de vierde prejudiciële vraag niet-ontvankelijk te verklaren en de Supremo Tribunal Administrativo te antwoorden als volgt:

„Artikel 57, lid 4, onder d), van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG

moet aldus worden uitgelegd dat

- de facultatieve uitsluitingsgrond waarin die bepaling voorziet moet worden beoordeeld door de aanbestedende dienst zonder dat deze daarbij gebonden is door besluiten van andere autoriteiten, tenzij aan een ondernemer bij onherroepelijk vonnis het verbod is opgelegd om gedurende de duur van de uitsluiting deel te nemen aan aanbestedingsprocedures in de lidstaten waar het vonnis van kracht is;
- de aanbestedende dienst rechtstreeks of door verwijzing moet motiveren waarom hij aanvaardt dat een inschrijver aan wie eerder een sanctie is opgelegd omdat hij zich schuldig heeft gemaakt aan gedragingen die de mededinging beperken, deelneemt aan de aanbestedingsprocedure;
- het zich niet verzet tegen een nationale regeling die de aanbestedende dienst toestaat een inschrijving af te wijzen op grond van ernstige aanwijzingen voor handelingen, afspraken, gedragingen of informatie die, in de specifieke aanbestedingsprocedure waarin die gedragingen worden vastgesteld, de mededinging kunnen vervalsen.

⁵² C-124/17, EU:C:2018:316, punten 46-49.

⁵³ Arrest Vossloh Laeis, punten 24 e.v.

Subsidiair geef ik het Hof in overweging om de tweede en de vierde prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

- Wanneer een mededingingsautoriteit een bijkomende sanctie heeft opgelegd waarbij het een ondernemer wordt verboden om gedurende een bepaalde periode deel te nemen aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, behoudt de aanbestedende dienst het recht om hem niet van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten indien zich de omstandigheden van artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 voordoen.
- De ondernemer heeft het recht om overeenkomstig artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 het bewijs te leveren dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, en de aanbestedende dienst (of de daartoe krachtens het nationale recht bevoegde autoriteit) moet dat bewijs beoordelen, ook wanneer een mededingingsautoriteit de ondernemer een bijkomende sanctie heeft opgelegd volgens welke het hem verboden is om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures.”