

**Sag C-472/19****Anmodning om præjudiciel afgørelse****Dato for indlevering:**

20. juni 2019

**Forelæggende ret:**Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager,  
Frankrig)**Afgørelse af:**

14. juni 2019

**Sagsøger:**

Vert Marine SAS

**Sagsøgte:**Premier ministre  
Ministre de l'Économie og des Finances

---

**CONSEIL D'ÉTAT**

tvistemålsafdelingen har

[Udelades]

Under henvisning til følgende retsforhandlinger:

Ved en stævning og en replik, der blev registreret i Conseil d'Etats (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) justitskontor (tvistemålsafdelingen) henholdsvis den 20. marts og den 26. september 2018, har selskabet Vert Marine nedlagt påstand om, at

1) den indirekte afgørelse om afslag, der følger af Premier ministres (premierministeren) manglende reaktion på selskabets anmodning om ophævelse af artikel 19 og 23 i dekret nr. 2016-86 af 1. februar 2016 om koncessionskontrakter, annulleres på grund af magtmisbrug

2) Premier ministre pålægges at ophæve disse bestemmelser og erstatte dem med bestemmelser, der gør det muligt at sikre dekretets overensstemmelse med EU-retten inden for en frist på tre måneder at regne fra meddelelsen af den afgørelse, der træffes.

[Udelades]

Selskabet har gjort gældende, at de administrative forskrifter, som det kræver ophævet:

- [Udelades][redegørelse for national forfatningsret]
- indfører en bestemmelse om obligatorisk udelukkelse fra at afgive bud, der er uforenelig med bestemmelserne i artikel 38 i direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter. **[Org. s. 2]**

Ved svarskrift registreret den 26. juli 2018 har Premier ministre oplyst, at denne tilslutter sig de bemærkninger, som ministre de l'économie et des finances (økonomi- og finansministeren) har fremsat.

Ved svarskrift registreret den 27. juli 2018 har ministre de l'économie et des finances nedlagt påstand om frifindelse. Denne har gjort gældende, at stævningen ikke kan antages til realitetsbehandling, eftersom selskabet Vert Marine savner søgsmålsinteresse, og de af sagsøgeren fremførte anbringender er ubegrundede.

[Udelades]

Under henvisning til:

- traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde
- Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014
- code de la commande publique (lov om offentlige kontrakter)
- code pénal (den franske straffelov)
- code de procédure pénale (den franske strafferetsplejelov)
- bekendtgørelse nr. 2016-65 af 29. januar 2016
- dekret nr. 2018-1075 af 3. december 2018

[Udelades]

ud fra følgende betragtninger:

1. En kompetent myndighed, der har modtaget en anmodning om ophævelse af en ugyldig forskrift, har pligt til at efterkomme stævningen, hvis forskriften var

ugyldig på det tidspunkt, hvor den blev vedtaget, eller hvis ugyldigheden skyldes retlige eller faktiske omstændigheder, som er indtruffet efter dette tidspunkt. Når den myndighed, der har vedtaget den omtvistede forskrift, efter indgivelsen af en stævning rettet mod den manglende ophævelse af administrativt fastsatte bestemmelser udtrykkeligt eller stiltiende ophæver den, mister den tvist, som er opstået på grund af denne afvisning af at ophæve bestemmelsen, sin genstand. Det forholder sig imidlertid anderledes, når samme myndighed i en ny forskrift medtager de bestemmelser, som den har ophævet, uden at ændre dem eller med kun rent formelle ændringer.

2. Artikel 19-II i dekret af 1. februar 2016 om koncessionskontrakter bestemmer, at alle, der ansøger om tildeling af en koncessionskontrakt, skal fremlægge en række dokumenter, der godtgør, at den pågældende ikke er omfattet af nogen af de udelukkelser fra proceduren for indgåelse af koncessionskontrakter, der fremgår af artikel 39, 40 og 42 i bekendtgørelse af 29. januar 2016 om sådanne kontrakter. Samme dekrets artikel 23-II, andet afsnit, tilføjer, at uacceptable ansøgninger udelukkes, idet det navnlig præciseres, at **[org. s. 3]** »en ansøgning, der indgives af en ansøger, som ikke kan deltage i tildelingsproceduren i medfør af artikel 39, 40, 42 og 44 i bekendtgørelse af 29. januar 2016, afvises«.
3. Selv om det fremgår af sagsakterne, at artikel 19 og 23 i dekret af 1. februar 2016 om koncessionskontrakter ophæves ved dekret af 3. december 2018 om den regelfastsættende del af lov om offentlige kontrakter, er disse bestemmelser med blot nogle rent formelle ændringer blevet medtaget igen i artikel R. 3123-16 – R. 3123-21 i lov om offentlige kontrakter. Påstandene om ophævelse af førstnævnte artikler har derfor ikke mistet deres genstand og skal anses for at være rettet mod sidstnævnte artikler.

Formaliteten:

4. Det fremgår af sagsakterne, at selskabet Vert Marine er specialiseret inden for delegeret administration af sports- og fritidsudstyr, og at hovedparten af dets virksomhed stammer fra koncessionskontrakter indgået med offentlige myndigheder. Det har derfor søgsmålsinteresse, der giver det mulighed for at anlægge sag med påstand om magtmisbrug rettet mod afslaget på at ophæve de omtvistede administrative forskrifter, eftersom de ikke indeholder noget overensstemmelsestiltag, der gør det muligt for en økonomisk aktør, der ansøger om at få tildelt en koncessionskontrakt, at undgå udelukkelsen fra at byde, hvis denne er dømt for visse overtrædelser.
5. [udelades] [redegørelse for national procesret]

Om de omtvistede administrative forskrifters materielle lovlighed:

6. Selskabet Vert Marine hævder, at artikel 19 og 23 i dekret af 1. februar 2016, hvis forskrifter er medtaget i lov om offentlige kontrakter, er ulovlige, for så vidt som de anvender artikel 39 i bekendtgørelse af 29. januar 2016, der er uforenelig med

målene i artikel 38 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter.

7. Et sådant anbringende kan i modsætning til, hvad ministre de l'économie et les finances har gjort gældende til sit forsvar, med føje fremsættes, for så vidt som forskrifterne i dekretets artikel 19 og 23, der fastsætter listen over de dokumenter, der kan anvendes til at godtgøre, at **[org. s. 4]** ansøgeren ikke på nogen måde er udelukket fra at byde, skal anses for at vedrøre anvendelsen af bekendtgørelsens artikel 39.
8. I artikel 38 i direktiv 2014/23 fastsættes obligatoriske eller valgfrie grunde til udelukkelse af økonomiske aktører fra procedurerne for tildeling af koncessionskontrakter. I stk. 4 præciseres de overtrædelser, som obligatorisk medfører udelukkelse af en økonomisk aktør fra at deltage i procedurerne for tildeling af koncessionskontrakter. Følgende fremgår imidlertid af samme artikels stk. 9: *»En økonomisk aktør, som er i en af de i stk. 4 og 7 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 proceduren. / Med henblik herpå skal den økonomiske aktør bevise, at den har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelser 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 overtrædelser af straffeloven eller forsømmelsen. Hvis foranstaltningerne anses for at være utilstrækkelige, modtager den pågældende 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 nævnes i dette stykke, under den udelukkelsesperiode, der følger af dommen i de medlemsstater, hvor dommen har virkning.«*

Samme artikels stk. 10 bestemmer følgende: *»Medlemsstaterne fastlægger ved hjælp af love eller administrative bestemmelser og under hensyntagen til EU-retten gennemførelsesbestemmelser til denne artikel. De fastlægger især den maksimale udelukkelsesperiode, hvis den økonomiske aktør ikke har truffet nogen foranstaltninger som angivet i stk. 9 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. 4 nævnte tilfælde, og tre år fra datoen for den relevante hændelse i de i stk. 7 nævnte tilfælde.«*

Disse bestemmelser tydeliggøres i 71. betragtning til direktivet, hvorefter: »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 vedtagelse 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 koncessionstildelingsproceduren, gennemgås. Det bør dog være op til medlemsstaterne at fastlægge de nøjagtige proceduremæssige og væsentlige vilkår, der finder anvendelse i sådanne tilfælde. Det bør navnlig stå dem frit for at beslutte, om de ønsker at tillade de enkelte ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder at foretage de relevante vurderinger eller at overdrage den opgave til andre myndigheder på centralt eller decentralt plan.« [Org. s. 5]

9. Artikel 39 i bekendtgørelsen af 29. januar 2016 om koncessionskontrakter, der nu findes i artikel L. 3123-1 i lov om offentlige kontrakter, er affattet således: »Udelukket fra procedurerne for tildeling af koncessionskontrakter er: / 1. Personer, der har fået en endelig dom for en af de i straffelovens artikel 222-34 – 222-40, 373-7, 373-3, 374-7, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 – 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 – 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 – 441-7, 441-9, 445-1 – 445-2-1 eller 450-1, den almindelige franske skattelovs (code général des impôts) artikel 1741 – 1743, 1746 eller 1747, og for så vidt angår koncessionskontrakter, der ikke er koncessionskontrakter på forsvars- eller sikkerhedsområdet, straffelovens artikel 225-4-1 og 225-4-7 omhandlede overtrædelser eller for hemmeligholdelse af sådanne overtrædelser samt for tilsvarende overtrædelser fastsat i en anden EU-medlemsstats lovgivning. / Når et medlem af bestyrelsen, administrationen, ledelsen eller tilsynsorganet, eller en fysisk person, som har repræsentations-, beslutnings- eller kontrolbeføjelser i en juridisk person, har modtaget en endelig dom for en af disse overtrædelser eller hemmeligholdelse af en af disse overtrædelser, bevirker det, at den pågældende juridiske person udelukkes fra at deltage i procedurerne for tildeling af koncessionskontrakter, så længe den fysiske person udøver sine funktioner. / Udelukkelsen fra at deltage i procedurerne for tildeling af koncessionskontrakter i henhold til dette stk. 1 finder anvendelse i fem år fra datoen for afsigelse af dommen (...).«
10. Selskabet Vert Marine har gjort gældende, at fransk ret tilsidesætter målene med direktivet af 26. februar 2014, eftersom hverken de i ovennævnte præmis nævnte bestemmelser i intern ret eller nogen anden bestemmelse åbner mulighed for, at en aktør, der har modtaget en endelig dom for en af de nævnte overtrædelser, og som



dermed i medfør af artikel 39, stk. 1, i bekendtgørelsen af 29. januar 2016 er udelukket fra at deltage i procedurerne for tildeling af koncessionskontrakter i en periode på fem år, kan træffe særlige foranstaltninger med henblik på at bevise sin pålidelighed over for den ordregivende myndighed.

11. Besvarelsen af dette anbringende afhænger af, om direktivet af 26. februar 2014 skal fortolkes således, at det på en absolut måde er til hinder for, at en medlemsstats lovgivning kan undlade at åbne mulighed for, at en økonomisk aktør, der er omfattet af en af de i artikel 39, stk. 1, i bekendtgørelsen af 29. januar 2016 fastsatte udelukkelsesgrunde, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at bevise aktørens pålidelighed over for den ordregivende myndighed på trods af, at der findes en relevant udelukkelsesgrund, selv om der er tale om særligt alvorlige overtrædelser, som lovgiveren har haft til hensigt at forhindre for at garantere ansørgernes uangribelighed og dermed sikre etiske offentlige indkøb.
12. Desuden har ministre de l'économie et des finances i sine svarskrifter gjort gældende, at der i fransk ret findes forskellige mekanismer som f.eks. ophævelse – som gør det muligt for en retslig myndighed helt eller delvist at fritage en person fra et forbud, fortabelse af rettigheder eller inhabilitet, der er resultatet af en straffedom – retlig rehabilitering – der gør det muligt at udviske enhver form for inhabilitet eller fortabelse af rettigheder – og undladelse af at opføre dommen i attest nr. 2 fra strafferegisteret, i henholdsvis straffelovens artikel 132-21, straffelovens artikel 133-12 og strafferetsplejelovens artikel 775-1, og at direktivet lader det stå medlemsstaterne frit for at beslutte, om de ønsker at tillade de enkelte ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder at vurdere relevansen af overensstemmelsesforanstaltningerne eller at overdrage disse opgaver til andre myndigheder på centralt eller decentralt plan. Besvarelsen af det anbringende, der er fremsat i stævningen, afhænger ligeledes af, om sådanne mekanismer, der iværksættes af [org. s. 6] en retslig myndighed, kan betragtes som egnede overensstemmelsestiltag, hvilket forudsætter, at det afgøres, om en retslig myndighed kan betragtes som en myndighed på centralt eller decentralt plan i betydningen i 71. betragtning til direktivet, og om betingelser for indrømmelse af retlige foranstaltninger som dem, der findes i fransk ret, gør det muligt at sidestille dem med overensstemmelsestiltag i direktivets forstand.
13. Disse spørgsmål er afgørende for løsningen af den tvist, som Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) skal behandle, og giver anledning til alvorlige vanskeligheder. Af denne grund skal Domstolen forelægges spørgsmålene i medfør af artikel 267 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, og afgørelsen vedrørende den stævning, som selskabet Vert Marine har indgivet, udsættes, indtil Domstolens afgørelse foreligger.

TRUFFET FØLGENDE AFGØRELSE:

Artikel 1: Afgørelsen vedrørende den stævning, som selskabet Vert Marine har indgivet, udsættes, indtil Den Europæiske Unions Domstol har taget stilling til følgende spørgsmål:

1. Skal Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter fortolkes således, at det er til hinder for, at en medlemsstats lovgivning med henblik på at sikre etiske offentlige indkøb kan undlade at give en økonomisk aktør, der ved endelig dom er dømt for en særlig grov overtrædelse, og som af denne grund er udelukket fra at deltage i procedurerne for tildeling af koncessionskontrakter i en periode på fem år, mulighed for at fremlægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som denne har truffet, er tilstrækkelige til over for den ordregivende myndighed at bevise aktørens pålidelighed på trods af, at denne udelukkelsesgrund foreligger?

2. Når Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 giver medlemsstaterne mulighed for at overdrage opgaven med at vurdere aktørernes overensstemmelsestiltag til andre myndigheder end den ordregivende myndighed, betyder det så, at denne vurdering kan overdrages til en retslig myndighed? Besvares dette spørgsmål bekræftende, kan mekanismer som bestemmelserne i fransk ret om ophævelse, retlig rehabilitering og undladelse af at opføre dommen i attest nr. 2 fra strafferegisteret, da sidestilles med overensstemmelsestiltag i direktivets forstand?

[Udelades] [org. s. 7] [udelades] [proceduremæssige oplysninger]