

**Rechtssache C-472/19**

**Vorabentscheidungsersuchen**

**Eingangsdatum:**

20. Juni 2019

**Vorlegendes Gericht:**

Conseil d'État (Frankreich)

**Datum der Vorlageentscheidung:**

14. Juni 2019

**Klägerin:**

Vert Marine SAS

**Beklagte:**

Premier ministre

Ministre de l'Économie und des Finances

---

**Der CONSEIL D'ÉTAT (Staatsrat, Frankreich)**

entscheidet

im streitigen Verfahren

[OMISSIS]

aufgrund des nachstehenden Verfahrens:

Mit Klageschrift und Erwiderung, die am 20. und am 26. September 2018 in das Register der Geschäftsstelle der Streitsachenabteilung des Conseil d'État eingetragen worden sind, beantragt die Gesellschaft Vert Marine,

1. die aus dem Schweigen des Premier ministre (Premierminister) auf ihren Antrag, die Art. 19 und 23 des Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (Dekret Nr. 2016-86 vom 1. Februar 2016 über Konzessionsverträge) aufzuheben, resultierende stillschweigende ablehnende Entscheidung wegen Befugnisüberschreitung für nichtig zu erklären;

2. dem Premier ministre aufzugeben, diese Bestimmungen aufzuheben und sie innerhalb von drei Monaten ab Zustellung der Entscheidung durch Bestimmungen zu ersetzen, die die Vereinbarkeit dieses Dekrets mit dem Unionsrecht gewährleisten;

[OMISSIS]

Sie macht geltend, dass die Rechtsvorschriften, deren Aufhebung sie beantragt:

- [OMISSIS] [Erwägungen zum nationalen Verfassungsrecht]
- ein System obligatorischer Ausschlüsse von der Angebotsabgabe einführen, das mit Art. 38 der Richtlinie 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe unvereinbar sei. **[Or. 2]**

Mit Klagebeantwortung, die am 26. Juli 2018 in das Register eingetragen worden ist, schließt sich der Premier ministre den Erklärungen des Ministre de l'économie et des finances (Wirtschafts- und Finanzminister) an.

Mit Klagebeantwortung, die am 27. Juli 2018 in das Register eingetragen worden ist, beantragt der Ministre de l'économie et des finances, die Klage abzuweisen. Er macht geltend, dass die Klage unzulässig sei, da die Gesellschaft Vert Marine kein Rechtsschutzinteresse habe, und die von ihr vorgebrachten Klagegründe unbegründet seien.

[OMISSIS]

Gestützt auf

- den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union,
- die Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014,
- den Code de la commande publique (Gesetzbuch über öffentliche Aufträge),
- den Code pénal (Strafgesetzbuch),
- den Code de procédure pénale (Strafprozessordnung),
- die Ordonnance Nr. 2016-65 (Verordnung Nr. 2016-65) vom 29. Januar 2016;
- das Décret Nr. 2018-1075 (Dekret Nr. 2018-1075) vom 3. Dezember 2018;

[OMISSIS]

in Erwägung nachstehender Gründe:

1. Die zuständige Stelle, die mit einem Antrag auf Aufhebung einer rechtswidrigen Regelung befasst wird, hat diesem Antrag unabhängig davon stattzugeben, ob diese Regelung schon bei ihrer Unterzeichnung rechtswidrig war oder ob sich die Rechtswidrigkeit erst durch später eingetretene rechtliche oder tatsächliche Umstände ergeben hat. Wenn die Behörde, die die streitige Regelung erlassen hat, nach Erhebung der Klage gegen die Weigerung, die Rechtsvorschriften aufzuheben, diese Regelung ausdrücklich oder implizit aufhebt, wird der entsprechende Rechtsstreit gegenstandslos. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn dieselbe Behörde die von ihr aufgehobenen Bestimmungen ohne Änderungen oder nur mit Änderungen rein formaler Art in eine neue Regelung übernimmt.
2. Nach Art. 19 Abs. 2 des Décret vom 1. Februar 2016 über Konzessionsverträge muss jeder Bewerber um eine Konzession sämtliche Unterlagen zum Nachweis dafür vorlegen, dass er nicht nach den Art. 39, 40 und 42 der Ordonnance vom 29. Januar 2016 über Konzessionsverträge von Konzessionsvergabeverfahren ausgeschlossen ist. Art. 23 Abs. 2 Unterabs. 2 dieses Décret sieht vor, dass unzulässige Bewerbungen ausgeschlossen werden und dass insbesondere [Or. 3] „Bewerbungen, die von Bewerbern eingereicht werden, die nach den Art. 39, 40, 42 und 44 der Ordonnance vom 29. Januar 2016 nicht an Vergabeverfahren teilnehmen dürfen, unzulässig“ sind.
3. Zwar ergibt sich aus den Akten, dass die Art. 19 und 23 des Décret Nr. 2016-86 vom 1. Februar 2016 über Konzessionsverträge durch das Décret du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique (Dekret vom 3. Dezember 2018 zum Regelungsteil des Gesetzbuchs über öffentliche Aufträge) aufgehoben wurden, doch wurden diese Bestimmungen nur mit rein formalen Änderungen in die Art. R. 3123-16 bis R. 2123-21 des Code de la commande publique übernommen. Daher ist der Antrag auf ihre Aufhebung nicht gegenstandslos geworden und als gegen die letztgenannten Artikel gerichtet zu verstehen.

Zur Zulässigkeit der Klage:

4. Aus den Akten ergibt sich, dass die Gesellschaft Vert Marine auf das delegierte Management von Sport- und Freizeiteinrichtungen spezialisiert ist und ihre wesentliche Tätigkeit auf der Ausführung von Konzessionsverträgen beruht, die öffentliche Körperschaften an sie vergeben. Sie ist daher befugt, eine Klage wegen Befugnisüberschreitung gegen die Weigerung zu erheben, die streitigen Rechtsvorschriften aufzuheben, da diese keine Maßnahmen zur Rechtsbefolgung (Compliance) vorsehen, die es einem Wirtschaftsteilnehmer, der sich um eine Konzession bewirbt, erlauben, die im Fall einer Verurteilung wegen bestimmter Delikte vorgesehenen Verbote der Angebotsabgabe zu vermeiden.
5. [OMISSIS]. [Erwägungen zum nationalen Verfahrensrecht]

Zur materiellen Rechtmäßigkeit der streitigen Rechtsvorschriften:

6. Die Gesellschaft Vert Marine macht geltend, dass die Art. 19 und 23 des Décret vom 1. Februar 2016, deren Bestimmungen in den Code de la commande publique übernommen worden seien, rechtswidrig seien, da sie Art. 39 der Ordonnance vom 29. Januar 2016 anwendeten, der nicht mit den Zielen von Art. 38 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe vereinbar sei.
7. Entgegen dem Vorbringen des Ministre de l'économie et des finances in der Klagebeantwortung könne ein solcher Klagegrund geltend gemacht werden, da die Bestimmungen der Art. 19 und 23 des Décret, die das Verzeichnis der Unterlagen zum Nachweis **[Or. 4]**, dass der Bewerber nicht von der Angebotsabgabe ausgeschlossen sei, festlegten, zur Anwendung des Art. 39 der Ordonnance erlassen worden seien.
8. Art. 38 der Richtlinie 2014/23/EU sieht zwingende oder fakultative Gründe für den Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern von den Verfahren zur Konzessionsvergabe vor. Abs. 4 führt auf, welche Verstöße bei einer Verurteilung eines Wirtschaftsteilnehmers zwingend zum Ausschluss von der Teilnahme an Konzessionsvergabeverfahren führen. Nach Abs. 9 dieses Artikels „*[kann j]eder Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der in den Absätzen 4 und 7 genannten Situationen befindet, ... Nachweise dafür erbringen, dass die Maßnahmen des Wirtschaftsteilnehmers ausreichen, um trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes seine Zuverlässigkeit nachzuweisen. Werden die Nachweise für ausreichend befunden, so wird der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nicht von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen. Zu diesem Zweck weist der Wirtschaftsteilnehmer nach, dass er einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat, die Tatsachen und Umstände umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden geklärt und konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder Verfehlungen zu vermeiden. Die von den Wirtschaftsteilnehmern ergriffenen Maßnahmen werden unter Berücksichtigung der Schwere und besonderen Umstände der Straftat oder des Fehlverhaltens bewertet. Werden die Maßnahmen als unzureichend befunden, so erhält der Wirtschaftsteilnehmer eine Begründung dieser Entscheidung. Ein Wirtschaftsteilnehmer, der durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung von der Teilnahme an Verfahren zur Auftrags- oder Konzessionsvergabe ausgeschlossen wurde, ist während des Ausschlusszeitraumes, der in dieser Entscheidung festgelegt wurde, nicht berechtigt, in den Mitgliedstaaten, in denen die Entscheidung wirksam ist, von der in diesem Absatz gewährten Möglichkeit Gebrauch zu machen.*“

Abs. 10 des Artikels lautet: *Die Mitgliedstaaten legen durch Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsvorschriften und unter Beachtung des Unionsrechts die Bedingungen für die Anwendung dieses Artikels fest. Sie legen insbesondere den höchstzulässigen Zeitraum des Ausschlusses für den Fall fest, dass der Wirtschaftsteilnehmer keine Maßnahmen gemäß Absatz 9 zum Nachweis seiner*

*Zuverlässigkeit ergreift. Wurde kein Ausschlusszeitraum durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung festgelegt, so darf dieser Zeitraum in den in Absatz 4 genannten Fällen fünf Jahre ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung und in den in Absatz 7 genannten Fällen drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis nicht überschreiten.“*

Diese Bestimmungen werden durch den 71. Erwägungsgrund der Richtlinie näher erläutert: *„Es sollte jedoch berücksichtigt werden, dass Wirtschaftsteilnehmer Maßnahmen zur Rechtsbefolgung (Compliance) treffen können, um die Folgen etwaiger strafrechtlicher Verstöße oder eines Fehlverhaltens zu beheben und weiteres Fehlverhalten wirksam zu verhindern. Diese Maßnahmen könnten insbesondere personelle und organisatorische Maßnahmen sein, wie der Abbruch aller Verbindungen zu an dem Fehlverhalten beteiligten Personen oder Organisationen, geeignete Personalreorganisationsmaßnahmen, die Einführung von Berichts- und Kontrollsystemen, die Schaffung einer internen Audit-Struktur zur Überwachung der Rechtsbefolgung oder die Einführung interner Haftungs- und Entschädigungsregelungen. Bieten derartige Maßnahmen ausreichende Garantien, sollte der jeweilige Wirtschaftsteilnehmer nicht länger allein aus diesen Gründen ausgeschlossen werden. Wirtschaftsteilnehmer sollten beantragen können, dass ihre Maßnahmen zur Rechtsbefolgung im Hinblick auf ihre etwaige Zulassung zum Vergabeverfahren geprüft werden. Es sollte jedoch den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, die genauen verfahrenstechnischen und inhaltlichen Bedingungen festzulegen, die in diesen Fällen gelten. Es sollte ihnen insbesondere frei stehen, zu entscheiden, ob sie es den jeweiligen öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern gestatten, die einschlägigen Bewertungen vorzunehmen, oder ob sie andere Behörden auf zentraler oder dezentraler Ebene mit dieser Aufgabe befassen.“* [Or. 5]

9. Art. 39 der Ordonnance vom 29. Januar 2016 über Konzessionsverträge, jetzt verankert in Art. L. 3123-1 des Code de la commande publique, sieht vor: *„Vom Verfahren zur Vergabe von Konzessionen sind ausgeschlossen: 1. Personen, die wegen eines der in den Art. 222-34 bis 222-40, 373-7, 373-3, 374-7, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 bis 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 bis 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 bis 441-7, 441-9, 445-1 bis 445-2-1 oder 450-1 des Code pénal, den Art. 1741 bis 1743, 1746 oder 1747 des Code général des impôts (Allgemeines Steuergesetzbuch) und, bei Konzessionsverträgen, die keine Konzessionsverträge im Bereich Verteidigung und Sicherheit sind, den Art. 225-4-1 und 225-4-7 des Code pénal genannten Delikten oder wegen Verheimlichung solcher Delikte sowie gleichwertigen im Recht eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union vorgesehenen Delikten rechtskräftig verurteilt worden sind. Die rechtskräftige Verurteilung eines Mitglieds der Geschäftsführung, des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans oder einer natürlichen Person mit Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnissen über eine juristische Person wegen eines dieser Delikte oder wegen Verheimlichung eines dieser Delikte führt zum Ausschluss der juristischen Person vom Konzessionsvergabeverfahren, solange die natürliche*

*Person diese Funktionen ausübt. Der Ausschluss vom Verfahren zur Vergabe von Konzessionen nach Abs. 1 gilt für fünf Jahre ab Verkündung der Verurteilung ...“*

10. Die Gesellschaft Vert Marine macht geltend, dass das französische Recht die Ziele der Richtlinie vom 26. Februar 2014 verkenne, da weder die in der vorstehenden Randnummer angeführten nationalen Bestimmungen noch eine andere Bestimmung die Möglichkeit vorsehe, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der mit rechtskräftigem Urteil wegen eines der in diesen Bestimmungen aufgeführten Delikts verurteilt worden und daher nach Art. 39 Abs. 1 der Ordonnance vom 29. Januar 2016 für fünf Jahre von Konzessionsvergabeverfahren ausgeschlossen sei, besondere Maßnahmen ergreifen könne, um dem Auftraggeber gegenüber seine Zuverlässigkeit nachzuweisen.
11. Wie über diesen Klagegrund zu befinden ist, hängt davon ab, ob die Richtlinie vom 26. Februar 2014 dahin auszulegen ist, dass sie den Gesetzgeber eines Mitgliedstaats uneingeschränkt daran hindert, einem Wirtschaftsteilnehmer, der von einem Ausschlussgrund wie den in Art. 39 Abs. 1 der Ordonnance vom 29. Januar 2016 genannten betroffen ist, nicht die Möglichkeit einzuräumen, Nachweise dafür zu erbringen, dass die von ihm ergriffenen Maßnahmen ausreichen, um trotz des Vorliegens des Ausschlussgrundes dem Auftraggeber gegenüber seine Zuverlässigkeit nachzuweisen, auch wenn es sich um besonders schwerwiegende Delikte handelt, die der Gesetzgeber ahnden wollte, um das öffentliche Auftragswesen zu entkriminalisieren und die Vorbildfunktion der Bewerber sicherzustellen.
12. Zudem macht der *Ministre de l'économie et des finances* in der Klagebeantwortung geltend, dass es im französischen Recht unterschiedliche Möglichkeiten gebe, wie z. B. die Aufhebung, mit der ein Gericht ein Verbot, einen Rechtsverlust oder einen Ausschluss einer Person aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung ganz oder teilweise aufheben könne, die gerichtliche Rehabilitierung, durch die alle Verbote und Rechtsverluste aufgrund einer Verurteilung aufgehoben werden könnten, und die Nichterwähnung der Verurteilung in Teil 2 des Strafregisters (Art. 132-21 des Code pénal, Art. 133-12 des Code pénal bzw. Art. 775-1 des Code de procédure pénale), und dass die Richtlinie es den Mitgliedstaaten freistelle, es jedem öffentlichen Auftraggeber oder jedem Auftraggeber zu gestatten, über die Eignung der Maßnahmen zur Rechtsbefolgung zu entscheiden, oder andere Behörden auf zentraler oder dezentraler Ebene mit diesen Aufgaben befassen. Die Entscheidung über den Klagegrund hängt daher auch davon ab, ob diese Möglichkeiten, **[Or. 6]** die von Gerichten umgesetzt werden, als zur Rechtsbefolgung geeignet angesehen werden können. Insoweit ist zu bestimmen, ob ein Gericht als eine Behörde auf zentraler oder dezentraler Ebene im Sinne des 71. Erwägungsgrunds der Richtlinie angesehen werden kann und ob die Voraussetzungen für gerichtliche Maßnahmen, wie sie im französischen Recht bestehen, mit Maßnahmen zur Rechtsbefolgung im Sinne der Richtlinie vergleichbar sind.

13. Diese Fragen sind ausschlaggebend für die Entscheidung des Rechtsstreits, über den der Conseil d'Etat zu befinden hat, und bereiten erhebliche Schwierigkeiten. Daher ist nach Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union der Gerichtshof der Europäischen Union damit zu befassen, und das Verfahren über die Klage der Gesellschaft Vert Marine ist bis zu seiner Entscheidung auszusetzen.

## BESCHLUSS

Art. 1: Das Verfahren über die Klage der Gesellschaft Vert Marine wird ausgesetzt, bis der Gerichtshof der Europäischen Union über die folgenden Fragen entschieden hat:

1. Ist die Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe dahin auszulegen, dass sie Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats entgegensteht, die im Hinblick auf das Ziel der Entkriminalisierung des öffentlichen Auftragswesens einem Wirtschaftsteilnehmer, der wegen eines besonders schwerwiegenden Verstoßes rechtskräftig verurteilt wurde und deshalb für fünf Jahre mit einem Verbot der Teilnahme an Konzessionsvergabeverfahren belegt wurde, die Möglichkeit verweigern, Nachweise dafür zu erbringen, dass die von ihm ergriffenen Maßnahmen ausreichen, um trotz des Vorliegens dieses Ausschlussgrundes dem öffentlichen Auftraggeber gegenüber seine Zuverlässigkeit nachzuweisen?

2. Wenn die Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 es den Mitgliedstaaten ermöglicht, die Beurteilung einer Maßnahme der Wirtschaftsteilnehmer zur Rechtsbefolgung anderen Behörden als dem betreffenden Auftraggeber zu überlassen, erlaubt diese Möglichkeit es auch, Gerichte mit dieser Maßnahme zu befassen? Falls ja, sind die im französischen Recht vorgesehenen Möglichkeiten der Aufhebung, der gerichtlichen Rehabilitierung und der Nichterwähnung der Verurteilung in Teil 2 des Strafregisters vergleichbar mit Maßnahmen zur Rechtsbefolgung im Sinne der Richtlinie?

[OMISSIS] [Or. 7] [OMISSIS] [Angaben zum Verfahren]