



Datum van
inontvangstneming

:

13/07/2020

Zaak C-210/20

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

30 maart 2020

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 februari 2020

Verzoekende partijen:

Rad Service Srl. Unipersonale

Cosmo Ambiente Srl

Cosmo Scavi Srl

Verwerende partijen:

Del Debbio SpA

Gruppo Sei Srl

Ciclat Val di Cecina Soc. Coop.

Daf Costruzioni Stradali Srl, handelend als gevolmachtigde van de tijdelijke combinatie van ondernemingen die zij heeft opgericht met GARC SpA en Edil Moter Srl

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep tegen vonnis nr. 955/2019 van de Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (bestuursrechter in eerste aanleg Toscane, Italië; hierna: „TAR”) (derde kamer) betreffende de uitkomst van de aanbestedingsprocedure voor de gunning van werkzaamheden voor de sloop van ziekenhuisgebouwen in de stad Prato.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

De prejudiciële verwijzing krachtens artikel 267 VWEU betreft de verenigbaarheid van de Italiaanse regeling betreffende de mogelijkheid een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten en uitsluiting van de gunningsprocedure, en inzonderheid artikel 89 van de codice dei contratti pubblici (wet inzake overheidsopdrachten), met richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 en met de artikelen 49 en 56 VWEU.

Prejudiciële vraag

Verzet artikel 63 van richtlijn 2014/24 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 inzake de rechtsfiguur van beroep op de draagkracht van andere lichamen, samen met de beginselen van vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverlening in de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), zich tegen de toepassing van de Italiaanse regeling betreffende beroep op de draagkracht van andere lichamen en uitsluiting van de gunningsprocedure van artikel 89, lid 1, vierde volzin, van de codice dei contratti pubblici die is vervat in decreto legislativo nr. 50 van 18 april 2016, volgens welke de aanbestedende dienst de aan de aanbesteding deelnemende ondernemer altijd moet uitsluiten indien een nevenonderneming onjuiste verklaringen heeft afgelegd over het bestaan van in gezag van gewijsde gegane strafrechtelijke veroordelingen waarmee eventueel kan worden aangetoond dat een ernstige beroepsfout is begaan, zonder van hem te eisen of hem toe te staan dat ter vervanging van deze nevenonderneming een andere geschikte nevenonderneming wordt aangewezen, zoals daarentegen is vastgesteld voor andere gevallen waarin de entiteiten op wier draagkracht de ondernemer zich wil beroepen niet voldoen aan een relevant selectie criterium of waarin dwingende gronden voor uitsluiting bestaan?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 63 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

Artikelen 49 en 56 VWEU

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Codice dei contratti pubblici, vervat in decreto legislativo (wetsbesluit) nr. 50 van 18 april 2016, zoals gewijzigd bij decreto legislativo nr. 56 van 19 april 2017:

- artikel 80, lid 5, onder f bis), waarin is bepaald dat aanbestedende diensten „de ondernemer die in de lopende aanbestedingsprocedure of met betrekking tot

uitbestedingen van opdrachten op onwaarheden berustende documenten of verklaringen verstrekt” van deelname aan de aanbestedingsprocedure uitsluiten;

- artikel 89, lid 1, tweede, derde en vierde volzin: „De ondernemer die zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen, voegt [...] een door de nevenonderneming ondertekende verklaring bij waarin zij verklaart te voldoen aan de algemene eisen van artikel 80 en aan de technische eisen, en beschikt over de middelen waarop de hoofdaannemer een beroep wil doen. De ondernemer verstrekt de aanbestedende dienst bewijs dat hij over de noodzakelijke middelen zal beschikken door een door de nevenonderneming ondertekende verklaring over te leggen waarin deze onderneming zich jegens de inschrijver en jegens de aanbestedende dienst verplicht gedurende de gehele duur van de opdracht de aan de inschrijver ontbrekende noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen. In geval van valse verklaringen sluit de aanbestedende dienst de inschrijver van de procedure uit, onverminderd de toepassing van artikel 80, lid 12, op de ondertekenaars, en maakt hij de zekerheid te gelde”;

- artikel 89, lid 3: „De aanbestedende dienst gaat overeenkomstig de artikelen 85, 86 en 88 na of de entiteiten op wier draagkracht de ondernemer zich wil beroepen, voldoen aan de relevante selectiecriteria en of er gronden voor uitsluiting in de zin van artikel 80 bestaan. De aanbestedende dienst eist dat een entiteit die niet voldoet aan een relevant selectie criterium of waartegen dwingende gronden voor uitsluiting bestaan, door de ondernemer wordt vervangen. In de aankondiging van een opdracht kan eveneens worden vermeld in welke gevallen een entiteit waartegen niet-verplichte gronden voor uitsluiting bestaan, moet worden vervangen, mits dit technische vereisten betreft.”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 Bij aankondiging van 3 januari 2018 heeft de Azienda Sanitaria Locale Toscana Centro (lokale gezondheidsdienst van Centraal-Toscane) een openbare aanbesteding uitgeschreven voor de gunning van werkzaamheden voor de sloop van ziekenhuisgebouwen voor een bedrag van 5 673 030,73 EUR.
- 2 Del Debbio SpA heeft aan deze aanbesteding samen met de ondernemingen Gruppo Sei Srl en Ciclat Val di Cecina Soc. Coop (hierna tezamen: „Del Debbio”) deelgenomen in een tijdelijke combinatie van ondernemingen. Bij de indiening van de offerte heeft zij verklaard een beroep te doen op de technische en beroepsbekwaamheden van het eenmansbedrijf Baronci Salvatore (hierna: „nevenonderneming”).
- 3 De aanbesteding is afgesloten met een voorlopige rangschikking, waarin Del Debbio op de tweede plaats was geëindigd. Vervolgens heeft de aanbestedende dienst de als eerste en de als tweede gerangschikte inschrijver uitgesloten. Del Debbio is uitgesloten omdat in de door de nevenonderneming verstrekte verklaring niets was vermeld over een onherroepelijk geworden vonnis waarbij aan de eigenaar, die tevens wettelijk vertegenwoordiger van deze onderneming is,

een met het openbaar ministerie overeengekomen straf was opgelegd (*patteggiamento*) – hetgeen volgens de nationale wetgeving uitdrukkelijk is gelijkgesteld aan een strafrechtelijke veroordeling – voor het strafbare feit van het onopzettelijk, in strijd met de voorschriften op het gebied van bescherming van de gezondheid en de veiligheid op de werkplek toebrengen van lichamelijk letsel.

- 4 Volgens de aanbestedende dienst heeft de nevenonderneming een valse en op onwaarheden berustende verklaring afgelegd, waardoor Del Debbio automatisch was uitgesloten.
- 5 De uitsluiting van Del Debbio is door de TAR bij vonnis nr. 955/2019 nietig verklaard. De als derde gerangschikte inschrijver heeft daartegen bij de verwijzende rechter hoger beroep ingesteld, en daarbij aangevoerd dat hij belang heeft bij de bevestiging dat Del Debbio rechtmatig is uitgesloten en bij een hogere positie op de ranglijst.

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 6 Del Debbio betoogt dat de aanbestedende dienst, na te hebben vastgesteld dat de verklaring van de nevenonderneming over de afwezigheid van strafrechtelijke veroordelingen onjuist was, niet automatisch tot uitsluiting had kunnen besluiten, maar overeenkomstig artikel 89, lid 3, van de codice dei contratti pubblici een termijn voor de vervanging van de nevenonderneming had moeten vaststellen. Indien artikel 89, lid 1, daarentegen aldus werd uitgelegd dat de uitsluiting van de inschrijver wegens de onjuiste verklaringen van de nevenonderneming niet kan worden hersteld, zou die bepaling in strijd zijn met artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU.
- 7 Daarnaast voert Del Debbio aan dat zij onmogelijk kon weten dat de eigenaar van de nevenonderneming was veroordeeld tot een met het openbaar ministerie overeengekomen straf, aangezien deze veroordeling niet bleek uit het door particulieren raadpleegbare strafregister.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 8 De Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) is van oordeel dat bij aanbestedingen een op onwaarheden berustende verklaring van de wettelijk vertegenwoordiger van een nevenonderneming volgens de Italiaanse wet automatisch tot gevolg heeft dat de aanbestedende dienst de inschrijver die een beroep doet op deze nevenonderneming moet uitsluiten, en dat het daarbij niet mogelijk is de onderneming te vervangen. Desalniettemin twijfelt deze rechter of de aldus uitgelegde nationale regeling in overeenstemming is met het Unierecht.
- 9 Het is inmiddels vaste rechtspraak dat in geval van beroep op de draagkracht van andere entiteiten een valse verklaring van een nevenonderneming tot gevolg heeft dat de ondernemer die een beroep doet op de draagkracht van deze

nevenonderneming om aan de vereisten voor deelname te voldoen, ingevolge artikel 80, lid 5, onder f bis), juncto artikel 89, lid 1, van de codice dei contratti pubblici van de aanbesteding wordt uitgesloten. Volgens deze rechtspraak bepaalt artikel 89 uitdrukkelijk dat een inschrijver wordt uitgesloten indien de nevenonderneming op wier draagkracht de inschrijver een beroep doet, een valse of onjuiste verklaring heeft afgelegd over de vervulling van de vereisten van artikel 80. In dat geval is artikel 89, lid 3, van de codice dei contratti pubblici volgens vaste rechtspraak niet van toepassing en kan de inschrijver de nevenonderneming derhalve niet vervangen. Een dergelijke vervanging is uitsluitend toegestaan in de andere gevallen waarin niet aan de betrokken vereisten voor deelname is voldaan.

- 10 De Consiglio di Stato wijst erop dat artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU ertoe strekt meer ondernemers die niet aan de vereisten voldoen, door vormen van medewerking met nevenondernemingen aan de aanbesteding te kunnen laten deelnemen. Daarnaast wordt met deze bepaling beoogd te garanderen dat de prestaties worden uitgevoerd door lichamen die daadwerkelijk een geschikte draagkracht en beroepsdiscipline hebben. Aan deze dubbele behoefte wordt voldaan door de mogelijkheid de nevenonderneming die niet aan de vereisten voldoet of waartegen een uitsluitingsprocedure loopt, te vervangen. Op grond van de Uniewetgeving waarborgt de aanbestedende dienst dat zo veel mogelijk ondernemers aan de aanbesteding deelnemen doordat de dienst „verplicht” wordt de mogelijkheid te bieden de nevenonderneming te vervangen en ertoe wordt aangezet ervoor te zorgen dat de overeenkomst snel wordt gesloten en uitgevoerd. Daarnaast zijn in de richtlijn de in de artikelen 49 en 56 VWEU uitgedrukte mededingingsbeginselen uitgewerkt.
- 11 Volgens de Consiglio di Stato rijst uit de vergelijking tussen de nationale voorschriften inzake een beroep op de draagkracht van andere lichamen en het Unierecht het vermoeden dat artikel 89, lid 1, vierde volzin van de codice dei contratti pubblici in strijd is met de beginselen en de voorschriften van artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU en niet verenigbaar is met de in de artikelen 49 en 56 VWEU neergelegde mededingingsbeginselen.
- 12 Artikel 89, lid 1, van de codice dei contratti pubblici sluit uit dat de nevenonderneming wordt vervangen en dus de fout wordt hersteld, in welke mogelijkheid lid 3 van dit artikel daarentegen voorziet voor alle overige dwingende uitsluitingsgronden. Het verschil in de regeling zou vanuit het oogpunt van het nationale recht worden gerechtvaardigd door de behoefte sancties op te leggen aan degenen die verantwoordelijk zijn voor een valse verklaring, waarbij de ondernemer verantwoordelijk is voor de juistheid van de verklaringen van de nevenonderneming.
- 13 De regeling van artikel 63 van de richtlijn maakt evenwel geen onderscheid en eist daarentegen dat de nevenonderneming in alle gevallen waarin er dwingende gronden tot uitsluiting bestaan, wordt vervangen.

- 14 De vervanging van de nevenonderneming tijdens de procedure beantwoordt aan de – belangrijker geachte – behoefte te voorkomen dat de inschrijver wordt uitgesloten om redenen die niet rechtstreeks op hem kunnen worden teruggevoerd, en aldus, ook slechts indirect, te bevorderen dat een beroep op de draagkracht van andere entiteiten wordt gedaan.
- 15 Door te bepalen dat de inschrijver automatisch wordt uitgesloten, zonder de mogelijkheid te bieden de nevenonderneming die de onjuiste verklaring heeft verstrekt te vervangen, zou de nationale regeling in strijd kunnen zijn met het doel van openstelling van de markt en met de richtlijn, die niet voorziet in uitzonderingen op het algemene vervangingsmechanisme.
- 16 De Consiglio di Stato merkt voorts op dat de rechtsfiguur van beroep op de draagkracht van andere entiteiten tot doel heeft te bevorderen dat zo veel mogelijk ondernemers aan de markt van overheidsopdrachten deelnemen, door deze open te stellen voor ondernemingen die zelf niet voldoen aan de eisen van economische-financiële of technisch-organisatorische aard en het hun mogelijk te maken aan te tonen dat zij door een beroep te doen op nevenondernemingen wel aan de eisen voldoen.
- 17 De Consiglio di Stato merkt eveneens op dat de rechtsfiguur van beroep op de draagkracht van andere entiteiten in de rechtspraak van het Hof van Justitie steeds met een welwillend oog is bekeken. Zie bijvoorbeeld het arrest van 10 oktober 2013, SWM Costruzioni 2 en ██████████ C-94/12, EU:C:2013:646, punt 33: „[...] op grond van richtlijn 2004/18 [mag] de draagkracht van meerdere ondernemers [...] worden gecumuleerd om aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde minimumcapaciteitseisen te voldoen, mits bij die dienst wordt aangetoond dat de gegadigde of inschrijver die de draagkracht van een meer andere entiteiten inroept inderdaad zal beschikken over de middelen van die entiteiten die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn.”
- 18 Het Hof heeft ook verwezen naar het algemene doel overheidsopdrachten open te stellen „voor een zo groot mogelijke mededinging, dat de betrokken richtlijnen niet alleen ten gunste van de ondernemers nastreven, maar ook ten gunste van de aanbestedende diensten” (zie in die zin ook arrest van 23 december 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807).
- 19 In deze zin is ook relevant het arrest van 7 april 2016, Partner ██████████ (C-324/14, EU:C:2016:214), waarin het Hof heeft verklaard dat de bepalingen van Unierecht op het gebied van beroep op de draagkracht van andere entiteiten „het recht [erkennen] van iedere ondernemer om zich voor een welbepaalde opdracht te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten [...], mits bij de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat de gegadigde of de inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke middelen van die entiteiten, en het niet is uitgesloten dat de uitoefening van dat recht, gelet op het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken opdracht, in bijzondere omstandigheden kan worden beperkt”.

- 20 Het Hof heeft evenwel verduidelijkt dat eventuele nationale beperkingen aan de uitoefening van het recht zich op de draagkracht van andere entiteiten te beroepen strikt moeten worden beoordeeld, in het licht van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie. Op vergelijkbare wijze heeft de Consiglio di Stato in voltallige zitting geoordeeld in arrest nr. 23 van 4 november 2016.
- 21 De prejudiciële vraag is bepalend voor de beslissing in het geding. Indien het Hof van Justitie zou oordelen dat volgens het Unierecht niets aan de vervanging van de nevenonderneming in de weg mag staan, zelfs niet indien de nevenonderneming valse verklaringen heeft afgelegd over de vervulling van de algemene eisen van artikel 80, zou het geding moeten worden afgesloten met een vonnis waarin geïntimeerde in het gelijk wordt gesteld, en zou het besluit waarbij zij van de aanbesteding werd uitgesloten derhalve nietig moeten worden verklaard.
- 22 Indien het Hof daarentegen zou besluiten de uitlegging te aanvaarden volgens welke het Unierecht niet in de weg staat aan de toepassing van artikel 89, lid 1, zoals uitgelegd in de nationale rechtspraak, zou het geding moeten worden afgesloten met een vonnis waarbij de rechtmatigheid van het besluit tot uitsluiting wordt bevestigd.
- 23 Tot slot verzoekt de Consiglio di Stato het Hof de zaak te behandelen volgens de versnelde procedure als bedoeld in artikel 23 bis van het Statuut van het Hof en artikel 105 van het Reglement voor de procesvoering. Daartoe preciseert de Consiglio di Stato dat de prejudiciële vraag van principiële aard is, de aanbestedingsprocedure die in het geding aan de orde is, afhangt van de beslissing van het Hof van Justitie, en de betrokken aanbesteding de uitvoering van urgente werken van aanzienlijke waarde betreft.