



Datum van
inontvangstneming

:

04/05/2022

Zaak C-215/22

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:

23 maart 2022

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

10 juni 2020

Verzoekende partijen:

Research Consorzio Stabile Scarl, handelend in eigen naam en in hoedanigheid van lasthebber van het consortium van ondernemingen in oprichting (Research-Cisa)

C.I.S.A. SpA, handelend in eigen naam en in hoedanigheid van lastgever van hetzelfde consortium (Research-Cisa)

■■■■■ Costruzioni SpA, handelend in eigen naam en in hoedanigheid van lasthebber van het consortium in oprichting met Consorzio Stabile COM Scarl, C.N. Costruzioni Generali SpA en Edil.Co. Srl

■■■■■ - Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo di Impresa (nationaal agentschap voor de bevordering van investeringen en de ontwikkeling van ondernemingen)

Verwerende partijen:

■■■■■ Costruzioni SpA, handelend in eigen naam en in hoedanigheid van lasthebber van het consortium in oprichting met Consorzio Stabile COM Scarl, C.N. Costruzioni Generali SpA en Edil.Co. Srl

Research Consorzio Stabile Scarl, handelend in eigen naam en in hoedanigheid van lasthebber van het consortium van ondernemingen in oprichting (Research-Cisa)

C.I.S.A. SpA, handelend in eigen naam en in hoedanigheid van lastgever van hetzelfde consortium (Research-Cisa)

██████████ - Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo di Impresa

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

In het kader van een openbare aanbesteding voor de gunning van werken voor de bouw van een ziekenhuis is beroep ingesteld (door Rti Research) in verband met de onregelmatigheid van de offerte van de winnende inschrijver ██████████ alsook incidenteel beroep (door ██████████ omdat de toelating van Rti Research tot de aanbesteding onrechtmatig zou zijn wegens het niet voldoen aan een kwalificatievereiste, en beroep (door ██████████ tegen het vonnis in eerste aanleg.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Gelet op artikel 267 VWEU verzoekt de verwijzende rechter om verduidelijking over de vraag of nationale regels inzake de uitsplitsing, in het geval onderaanneming noodzakelijk is, van een kwalificatievereiste over meerdere onderaannemers of over onderaannemers en de inschrijvende onderneming, verenigbaar zijn met het Unierecht.

Prejudiciële vraag

Verzetten de artikelen 63 en 71 van richtlijn 2014/24 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014, in samenhang met de in de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) neergelegde beginselen van vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, zich tegen een uitlegging van de Italiaanse nationale regeling inzake noodzakelijke onderaanneming op grond waarvan een inschrijver die niet over de verplichte kwalificatie in een of meer subcategorieën beschikt, het ontbrekende vereiste niet mag aanvullen door een beroep te doen op meerdere onderaannemers, of door de bedragen die overeenkomen met de kwalificaties waarover deze onderaannemers beschikken bij elkaar op te tellen?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

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 (voor de EER relevante tekst), meer bepaald de artikelen 63 en 71

Overwegingen 1, 41, 78, 100 en 105, alsmede de artikelen 49 en 56 VWEU

Aangevoerde rechtspraak van het Hof van Justitie

Arresten van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni en ██████████ (C-94/12, punten 29-35); 14 januari 2016, Ostas celtnieks (C- 234/14, punten 23 en 28); 14 juli 2016, Wrocław - Miasto na prawach powiatu (C- 406/14, punt 33); 26 september 2019, ██████████ (C- 63/18, punten 27, 29 en 41-44); 27 november 2019, ██████████ en Consorzio Stabile Istant Service (C- 402/18, punten 39, 48 en 49), en 5 april 2017, ██████████ (C- 298/15, punt 55).

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici (wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016, wet inzake overheidsopdrachten), met name artikel 105

Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante „Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE” (decreet van de president van de Republiek nr. 207 van 5 oktober 2010 tot uitvoering en toepassing van wetsbesluit nr. 163 van 12 april 2006 tot invoering van het wetboek inzake overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter omzetting van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG), met name artikel 61

Decreto-Legge 28 marzo 2014, n. 47, Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015 convertito con modificazioni dalla [Legge] 23 maggio 2014, n. 80 (wetsbesluit nr. 47 van 28 maart 2014, spoedmaatregelen inzake de woningnood, de bouwmarkt en de Expo 2015, met wijzigingen omgezet bij wet nr. 80 van 23 mei 2014), met name artikel 12

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 ██████████ treedt op als aanbestedende dienst van de regio Apulië en heeft een openbare aanbesteding uitgeschreven voor de gunning van werken voor de bouw van een nieuw ziekenhuis. De betreffende aankondiging is op 10 augustus 2018 gepubliceerd en het basisbedrag van de aanbesteding beliep 159 097 924,50 EUR.
- 2 Aan het einde van de selectieprocedure stond ██████████ op de eerste plaats en was Rti Research als tweede gerangschikt.
- 3 Rti Research heeft tegen het definitieve gunningsbesluit van 28 mei 2019 beroep ingesteld bij de Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (bestuursrechter in eerste aanleg Apulië, Italië), op grond dat de offerte van de winnende inschrijver in verschillende opzichten onregelmatig was. ██████████ heeft op haar beurt incidenteel beroep ingesteld, waarbij zij aanvoerde dat Rti Research onwettig tot de aanbestedingsprocedure was toegelaten, omdat zij niet aan een

kwalificatievereiste voldeed [Società Organismo di Attestazione (certificeringsinstelling; hierna: „OA”) voor categorie OS 18-B in klasse V.

- 4 De rechter in eerste aanleg heeft zowel het beroep ten principale als het incidentele beroep gedeeltelijk toegewezen. Dit laatste beroep werd gegrond verklaard wat betreft de klacht dat de leden van Rti Research en de drie betrokken onderaannemers niet aan voornoemd vereiste voldeden (zodanig dat het gerechtvaardigd was om Rti Research uit te sluiten van de aanbesteding).
- 5 ████████ Rti Research en ████████ hebben alle drie afzonderlijk hoger beroep ingesteld tegen het vonnis in eerste aanleg.
- 6 De verwijzende rechter heeft de door ████████ en ████████ ingestelde hoger beroepen bij deuluitspraak van 5 juni 2020 gedeeltelijk toegewezen. Wat de grond voor uitsluiting van Rti Research betreft, heeft de verwijzende rechter twijfels over de verenigbaarheid van de Italiaanse regeling met het Unierecht. Hij achtte het daarom noodzakelijk de behandeling van de zaak te schorsen in afwachting van de beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) over deze prejudiciële vraag.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 7 Het bestek van de aanbesteding (artikel 12.2.1) eist van de inschrijvers, op straffe van uitsluiting, dat zij in het bezit zijn van een door een OA afgegeven kwalificatiecertificaat voor het verrichten van (onder meer) bouwprestaties van categorie OS 18-B in klasse V.
- 8 De rechter in eerste aanleg was het met ████████ eens dat ten minste één lid van Rti Research of, subsidiair, een van haar onderaannemers in het bezit had moeten zijn van het verlangde certificaat waarmee het volledige bedrag van 3 799 896,24 EUR van de OS 18-B-werkzaamheden kon worden gedekt en dat dit vereiste in geen geval mocht worden uitgesplitst over meerdere ondernemingen. Hij baseerde zijn beslissing op de relevante bepaling van het bestek (artikel 12.2.1) en op de ten tijde van de feiten geldende nationale regeling, die volgens hem voorschrijft dat een ondernemer niet aan het betrokken kwalificatievereiste kan voldoen door de kwalificaties van zijn onderaannemers bij elkaar op te tellen. Bijgevolg moet de inschrijver (of, subsidiair, de onderaannemer) zelf en „ten volle” over de vereiste kwalificatie beschikken.
- 9 Rti Research stelt dat zij aan het vereiste in kwestie voldoet, ten dele op basis van haar klassering en ten dele door onderaanneming waarbij zij het in onderaanneming te geven gedeelte van de opdracht opdeelt.
- 10 Rti Research heeft in haar offerte – die vergezeld ging van de desbetreffende bewijsstukken – namelijk verklaard dat zij in het bezit is van een OA-certificaat voor categorie OS 18-B, klasse III (voor een bedrag van 1 033 000,00 EUR), aangegeven dat zij een beroep wilde doen op „kwalificerende” of „noodzakelijke”

onderaanneming om aan het deelnamevereiste te voldoen, en heeft te dien einde tevens de onderaannemers vermeld. Zij zou aldus hebben voldaan aan het vereiste inzake het bezit van een OA-certificaat voor categorie en klasse V, waarmee het volledige bedrag van de werkzaamheden kon worden gedekt.

- 11 Rti Research voegt daaraan toe dat noch in het bestek, noch in de nationale regeling beperkingen zijn gesteld aan kwalificerende onderaanneming waarbij het in onderaanneming te geven gedeelte van de opdracht wordt opgedeeld, en betwist derhalve het vonnis in eerste aanleg.
- 12 Voorts voert Rti Research aan dat de uitlegging die de rechter in eerste aanleg aan de in casu relevante regeling heeft gegeven met betrekking tot de mogelijkheid om de deelnamevereisten te splitsen, eveneens in strijd is met de beginselen van Unierecht die het Hof in zijn rechtspraak heeft geformuleerd.
- 13 ██████ is het eens met deze laatste twee argumenten van Rti Research en komt ook op tegen het vonnis in eerste aanleg.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 14 De verwijzende rechter is het niet eens met de uitlegging die de rechter in eerste aanleg geeft aan het bestek en de nationale regeling, die geen specifieke bepalingen bevat betreffende de mogelijkheid om het kwalificatievereiste uit te splitsen over onderaannemers.
- 15 In de nationale regelgeving vormt de kwalificatie die aan ondernemers wordt toegekend – op basis van een systeem dat is onderverdeeld in zogenoemde algemene en specialistische categorieën handelingen en verschillende bedragklassen (die voortvloeien uit het zogeheten OA-certificaat) – een basisvereiste voor deelname, waarbij de kwalificatie in een bepaalde categorie de ondernemers het recht geeft om werkzaamheden te verrichten die vallen onder de specialistische categorie waarvoor de kwalificatie werd toegekend, en voor een waarde die overeenkomt met de toegekende bedragklasse.
- 16 Er zijn twee categorieën werken, te weten de „belangrijkste” categorie (die kenmerkend is voor de te verrichten interventie en een hoger bedrag omvat) en „subcategorieën” (de categorieën werken die niet tot de belangrijkste categorie behoren en een lager bedrag omvatten). Als algemeen beginsel geldt dat het voor de deelname aan de aanbesteding en de uitvoering van de desbetreffende werken volstaat dat de inschrijver gekwalificeerd is in de belangrijkste categorie. In geval van gunning zal de inschrijver ook handelingen kunnen verrichten die tot de subcategorieën behoren, zelfs indien hij niet over de bijbehorende kwalificaties beschikt. In deze context is onderaanneming afhankelijk van de discretionaire keuzes van de geselecteerde inschrijver.
- 17 Van het hierboven beschreven algemene beginsel wordt afgeweken indien de als subcategorieën aangemerkte categorieën behoren tot bepaalde soorten

„specialistische” werken, waarvoor de referentieregeling de zogenoemde „verplichte kwalificatie” vereist. Deze werken kunnen niet rechtstreeks door de geselecteerde inschrijver worden uitgevoerd indien deze niet over de vereiste kwalificatie beschikt, en moeten dus in onderaanneming worden gegeven aan een daartoe bevoegd lichaam.

- 18 Het onderhavige geval behoort tot dit laatste type („noodzakelijke” of „kwalificerende” onderaanneming), aangezien het een inschrijver betreft die niet voldoet aan de uitvoeringsvereisten voor een subcategorie met verplichte kwalificatie (OS 18-B, klasse V, ten bedrage van 3 799 896,24 EUR).
- 19 Hoewel noodzakelijke onderaanneming door de nationale rechtspraak als verenigbaar met het huidige regelgevingskader wordt beschouwd (ook al wordt een en ander niet uitdrukkelijk geregeld in wetsbesluit nr. 50/2016), ligt de situatie anders voor noodzakelijke onderaanneming waarbij het in onderaanneming te geven gedeelte van de opdracht wordt opgedeeld, met name in het specifieke geval waarin de ondernemer aan het verplichte kwalificatievereiste voldoet door de bedragen waarvoor de diverse als zijn onderaannemers opgegeven ondernemers gekwalificeerd zijn, bij elkaar op te tellen.
- 20 De verwijzende rechter treft in de relevante nationale regeling geen impliciete beperkingen aan met betrekking tot kwalificerende en opgedeelde opdrachten.
- 21 Artikel 105, lid 4, van wetsbesluit nr. 50/2016 bepaalt dat de ondernemingen waaraan opdrachten worden gegund „de werken of de tot de opdracht behorende werkzaamheden, diensten of leveringen in onderaanneming mogen geven, mits de aanbestedende dienst daarvoor toestemming verleent, op voorwaarde dat: [...] b) de onderaannemer gekwalificeerd is in de desbetreffende categorie”. Lid 5 van dat artikel bepaalt voorts dat „voor de in artikel 89, lid 11, bedoelde werken en onverminderd de in dat lid vastgestelde beperkingen, het gedeelte van de opdracht dat eventueel in onderaanneming wordt gegeven, niet meer dan dertig procent van het bedrag van de werken mag bedragen en niet zonder objectieve redenen mag worden opgedeeld”.
- 22 Enerzijds merkt de verwijzende rechter op dat artikel 105, lid 5, van wetsbesluit nr. 50/2016 een uitdrukkelijk verbod invoert op het opdelen van een in onderaanneming gegeven gedeelte van een opdracht – waarvan overigens kan worden afgeweken in geval van „objectieve redenen” – maar dat is alleen van toepassing op zogenoemde zeer specialistische werken (of „SIOS”) van een bedrag van meer dan 10 % van de gehele opdracht. In de aanbesteding in kwestie valt categorie OS 18-B onder de zogenoemde SIOS, maar deze categorie bedraagt niet meer dan 10 % van de waarde van de opdracht.
- 23 Anderzijds wordt in artikel 61 van presidentieel decreet nr. 207/2010 slechts bepaald dat elke onderneming afzonderlijk haar eigen OA-kwalificatie verwerft [„Ondernemingen worden gekwalificeerd voor categorieën (...) werken (...) en (...) prestaties, en binnen de hun toegewezen categorieën geklasseerd volgens de in

punt 4.2 vermelde bedragen”], maar dit beginsel staat er niet aan in de weg dat de onderneming een beroep kan doen op onderaannemers en verbiedt evenmin dat aan het kwalificatievereiste voor een bepaalde categorie werken wordt voldaan door de kwalificaties van meerdere ondernemers bij elkaar op te tellen.

- 24 De verwijzende rechter wijst erop dat het betrokken artikel uitsluitend bepaalt dat „de kwalificatie in een categorie de onderneming het recht geeft om binnen de grenzen van de eigen klassering aan aanbestedingen deel te nemen en werkzaamheden te verrichten [...]; in het geval van consortia geldt deze bepaling voor elke onderneming die lid is van het consortium [...]”.
- 25 In het licht hiervan is de verwijzende rechter van oordeel dat de rechter in eerste aanleg Rti Research niet op basis van deze rechtsgrondslag had mogen uitsluiten.
- 26 Vanuit het oogpunt van het Unierecht herinnert de verwijzende rechter eraan dat onderaanneming met name wordt geregeld in de artikelen 63 en 71 van richtlijn 2014/24, en dat deze richtlijn eveneens de in de artikelen 49 en 56 VWEU neergelegde mededingingsbeginselen nader uitwerkt.
- 27 De verwijzende rechter merkt op dat het Hof in diverse arresten bovengenoemde bepalingen heeft aangehaald om de algemene draagwijdte te bevestigen van het recht van inschrijvers om een beroep te doen op de capaciteiten van meerdere ondernemers. Een dergelijke uitlegging strookt met de doelstelling om de markt voor overheidsopdrachten open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging, hetgeen niet alleen ten goede komt aan de in de lidstaten gevestigde ondernemers – en dan met name het midden- en kleinbedrijf – maar ook aan de aanbestedende diensten zelf.
- 28 De verwijzende rechter herinnert eraan dat het Hof erkent dat het beroep op onderaanneming – dat plaatsvindt ten tijde van de uitvoering van de opdracht en dat de toegang van ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf tot overheidsopdrachten kan bevorderen – op dezelfde wijze bijdraagt tot de verwezenlijking van de doelstelling van een zo groot mogelijke mededinging, als het beroep op de draagkracht van andere lichamen ten tijde van de aanbesteding [onder verwijzing naar met name de arresten van 26 september 2019, ██████ (C-63/18, punt 27), en 27 november 2019, ██████ en Corsorzio Stabile Instant Service (C-402/18, punt 39)].
- 29 In het licht van het Unierecht en de rechtspraak van het Hof inzake onderaanneming en inzake het beroep op de draagkracht van andere lichamen ten tijde van de aanbesteding, vraagt de verwijzende rechter zich af of het beginsel van de splitsing van vereisten kan worden uitgebreid tot onderaanneming.
- 30 Deze rechter wijst op de omzichtigheid waarmee de Italiaanse wetgever onderaanneming heeft opgenomen in het stelsel van overheidsopdrachten, hetgeen een gevolg is van een aantal overwegingen, zoals de mogelijkheid om via onderaanneming de beginselen van gunning via aanbesteding en van niet-overdraagbaarheid van de opdracht grotendeels te omzeilen, en het risico op

infiltratie door de maffia via onderaannemers (omdat er geen sprake is van voorafgaande controles van de identiteit van de voorgestelde onderaannemers en de kwalificatievereisten).

- 31 Die voorzichtigheidsgronden hebben de Italiaanse wetgever ertoe gebracht om in de huidige aanbestedingswet grenzen en beperkingen te stellen aan onderaanneming, een aanpak die echter door het Hof is afgekeurd [zie bijvoorbeeld de arresten van 26 september 2019, ██████ (C-63/18), en 27 november 2019, ██████ en Corsorzio Stabile Instant Service (C-402/18)].
- 32 De verwijzende rechter merkt op dat er tussen het beroep op de draagkracht van andere lichamen ten tijde van de aanbesteding enerzijds en onderaanneming anderzijds weliswaar aanzienlijke verschillen bestaan met betrekking tot de aansprakelijkheid van de nevenonderneming en diens rol bij de uitvoering van de opdracht, maar dat deze verschillen niet zo groot zijn in het geval van noodzakelijke onderaanneming. Bij noodzakelijke onderaanneming beschikt de aannemer immers niet over de kwalificaties die vereist zijn om een of meer gedeeltes van de opdracht uit te voeren, wat betekent dat hij deze in onderaanneming moet geven aan een onderneming die wel over die kwalificaties beschikt. Bovendien is het in geval van noodzakelijke onderaanneming verplicht om in het kader van de aanbesteding zowel de activiteiten die men in onderaanneming wil geven als de namen van de onderaannemers en de desbetreffende vereisten aan te geven (zodat de aanbestedende dienst reeds in de aanbestedingsfase de nodige controles kan verrichten), om zo de beschrijving „substantieel beroep op de draagkracht van andere lichamen ten tijde van de aanbesteding” te rechtvaardigen.
- 33 Aangezien de huidige aanbestedingswet op het gebied van het beroep op de draagkracht van andere lichamen ten tijde van de aanbesteding voorziet in de mogelijkheid om de vereisten uit te splitsen over meerdere nevenondernemingen, vraagt de verwijzende rechter zich af of die mogelijkheid moet worden uitgebreid tot onderaanneming.
- 34 De verwijzende rechter wijst erop dat het Unierecht toestaat dat de in het kader van een opdracht te verrichten prestaties in principe volledig en onvoorwaardelijk in onderaanneming kunnen worden gegeven, en tegelijkertijd erkent dat een aannemer die niet aan bepaalde vereisten voldoet, ten volle gerechtigd is om een beroep te doen op de capaciteiten van derden, waarbij onverlet blijft dat de aanbestedende dienst de bekwaamheid, efficiëntie en betrouwbaarheid van de onderaannemers moet kunnen beoordelen.
- 35 Deze rechter herinnert er tevens aan dat de rechtspraak van het Hof zich verzet tegen verbodsbepalingen in een nationale regeling inzake onderaanneming die algemeen en ongedifferentieerd van aard zijn. Instituten die de mededinging verruimen (zoals het beroep op de draagkracht van andere lichamen ten tijde van de aanbesteding en onderaanneming) kunnen worden onderworpen aan evenredige en incidentele beperkingen, die dus niet algemeen en abstract zijn, maar per geval

door de aanbestedende dienst worden vastgesteld – op basis van de specifieke kenmerken van de afzonderlijke aanbesteding en in het licht van eventuele factoren (de economische sector waarop de opdracht in kwestie betrekking heeft, de aard van de werkzaamheden, het soort vereiste kwalificaties) die kunnen rechtvaardigen dat er bepaalde beperkende voorwaarden worden opgelegd.

- 36 Volgens de verwijzende rechter kan uit het voorgaande worden afgeleid dat een algemeen beginsel van splitsbaarheid van het kwalificatievereiste (waarvan in uitzonderlijke gevallen eventueel kan worden afgeweken) ook moet gelden bij noodzakelijke onderaanneming.
- 37 De verwijzende rechter verzoekt het Hof om uitleg en een antwoord op de vraag of het Unierecht toestaat dat wordt uitgesloten dat het vereiste wordt uitgesplitst over meerdere onderaannemers of over onderaannemers en de inschrijvende onderneming. Dit aspect is van cruciaal belang voor de uitspraak in het hoofdgeding.