



Datum van inontvangstneming : 18/01/2021

Zaak C-642/20

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:

27 november 2020

Verwijzende rechter:

Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana
(Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

14 oktober 2020

Verzoekende partij:

Caruter s.r.l.

Verwerende partijen:

S.R.R. Messina Provincia S.c.P.A.

Comune di Basicò

Comune di Falcone

Comune di Fondachelli Fantina

Comune di Gioiosa Marea

Comune di Librizzi

Comune di Montagnareale

Comune di Oliveri

Comune di Piraino

Comune di San Piero Patti

Regione Siciliana - Urega - Ufficio regionale espletamento gare
d'appalti lavori pubblici Messina

Regione Siciliana - Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (bestuursrechter in tweede aanleg voor de regio Sicilië, Italië) tegen vonnis nr. 3150/2019 van de Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) per la Sicilia (bestuursrechter in eerste aanleg voor de regio Sicilië, Italië; hierna: TAR Sicilia) betreffende de gunning van een opdracht in het kader van een openbare aanbesteding voor het verrichten van veeg-, inzamel- en vervoersdiensten ter verwijdering van gesorteerd en ongesorteerd vast stedelijk afval, en andere openbare reinigingsdiensten in 33 gemeenten.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Verenigbaarheid van de nationale regeling inzake overheidsopdrachten als bedoeld in artikel 83, lid 8, van decreto legislativo (wetsbesluit) nr. 50 van 18 april 2016 met de in artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU vastgelegde Unieregeling inzake beroep op de draagkracht van andere entiteiten en met de in de artikelen 49 en 56 VWEU vervatte beginselen van vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.

De prejudiciële verwijzing is gebaseerd op artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vraag

„Verzet artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 inzake de rechtsfiguur van beroep op de draagkracht van andere entiteiten, gelezen in samenhang met de in de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) vervatte beginselen van vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, zich tegen de toepassing van de Italiaanse regeling inzake ‚selectiecriteria en mechanisme voor aanvulling of verduidelijking van de stukken’ als bedoeld in de voorlaatste volzin van artikel 83, lid 8, van de codice dei contratti pubblici (wetboek overheidsopdrachten), dat is vervat in wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016, op grond waarvan, ingeval gebruik wordt gemaakt van de rechtsfiguur van beroep op de draagkracht van andere entiteiten (als bedoeld in artikel 89 van het wetboek overheidsopdrachten zoals vervat in wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016), de leider van een tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen in ieder geval aan de meeste eisen moet voldoen en de meeste diensten moet verrichten?”

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 (PB L 94 van 28.3.2014, blz. 65), in het bijzonder artikel 63.

Mededingingsbeginselen van de artikelen 49, 56, 101 en 102 VWEU.

Aangevoerde nationale bepalingen

Artikel 83, lid 8, van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016 [GURI nr. 91 van 19 april 2016, Supplemento ordinario (gewoon supplement) nr. 10] (wetboek overheidsopdrachten; hierna: „d.lgs. nr. 50/2016”), zoals gewijzigd bij artikel 52, lid 1, onder c), van wetsbesluit nr. 56 van 19 april 2017 (GURI nr. 103 van 5 mei 2017, gewoon supplement nr. 22) [„Disposizioni integrative e correttive al Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50” (aanvullende en corrigerende bepalingen van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016); hierna: „d.lgs. nr. 56/2017”]:

„Selectiecriteria en mechanisme voor aanvulling of verduidelijking van de stukken (*soccorso istruttorio*): 8. De aanbestedende diensten vermelden in de aankondiging van de opdracht of in de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling de deelnemingsvoorwaarden, eventueel in de vorm van minimumeisen inzake draagkracht, samen met de geschikte bewijsmiddelen daarvoor, en verrichten een formele en grondige controle van de uitvoeringscapaciteit en de technische en beroepsbekwaamheden, met inbegrip van de personele middelen van de onderneming, alsook van de daadwerkelijk verrichte activiteiten. (...) De leider van een tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen moet in ieder geval aan de meeste eisen voldoen en de meeste diensten verrichten. (...)”

Artikel 89, lid 1, van d.lgs. nr. 50/2016, zoals gewijzigd bij artikel 56, lid 1, onder a), van d.lgs. nr. 56/2017:

„Beroep op de draagkracht van andere entiteiten: 1. De ondernemer kan voor een bepaalde opdracht alleen of in een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 45, aan de in artikel 83, lid 1, onder b) en c), bedoelde economische, financiële, technische en beroepseisen die gelden voor deelname aan een aanbestedingsprocedure, in ieder geval, doch met uitzondering van de eisen van artikel 80, voldoen door zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, waaronder de deelnemers aan de combinatie van ondernemers, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. (...)”

Punten 7.3 en 7.4 van het bestek van de aanbesteding.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 De vennootschap S.R.R. Messina Provincia S.c.P.A. heeft een openbare aanbesteding uitgeschreven voor het verrichten van veeg-, inzamel- en vervoersdiensten ter verwijdering van gesorteerd en ongesorteerd vast stedelijk afval, en andere openbare reinigingsdiensten in 33 gemeenten in de provincie Messina.
- 2 Het totale bedrag van de diensten bedroeg 42 005 042,16 EUR exclusief btw, waarvan 823 628,28 EUR voor veiligheidskosten waarop niet kan worden gekort.
- 3 De opdracht, met een looptijd van zeven jaar, was verdeeld over drie percelen. Voor elk perceel waren de vereiste economische/financiële draagkracht en technische bekwaamheid gespecificeerd.
- 4 Bij de gunning werd het criterium van de economisch voordeligste inschrijving toegepast, die op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding (maximaal 70 punten voor de technische inschrijving, maximaal 30 punten voor de economische inschrijving) moest worden bepaald.
- 5 Perceel 1 werd gegund aan het tijdelijke samenwerkingsverband van ondernemingen ATI Caruter s.r.l. Perceel 2 werd gegund aan ATI Pizzo Pippo, terwijl ATI Caruter als tweede eindigde (ATI, associazione temporanea di imprese: tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen).
- 6 Tegen deze gunningen is principaal en incidenteel beroep ingesteld bij de TAR Sicilia en de Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana.
- 7 Verzoeker ATI Caruter betoogde dat de gunning van perceel 2 aan ATI Pizzo Pippo onrechtmatig was, aangezien laatstgenoemde uitsluitend middels beroep op de draagkracht van andere entiteiten zou hebben aangetoond te voldoen aan de eisen van punt 7.3 van het bestek, wat in strijd zou zijn met de geldende regelgeving. De TAR Sicilia heeft uitspraak gedaan bij vonnis nr. 3150/2019, waarbij enerzijds het principale beroep van ATI Caruter werd toegewezen door de gunning en de toelating van de inschrijver (ATI Pizzo Pippo) tot de aanbestedingsprocedure nietig te verklaren, en anderzijds het incidentele beroep van ATI Pizzo Pippo werd toegewezen door de beslissing tot toelating van de verzoekende partij in het hoofdeding (ATI Caruter) tot de aanbestedingsprocedure nietig te verklaren.
- 8 In de motivering van dit vonnis wijst de TAR Sicilia op de voorlaatste volzin van artikel 83, lid 8, van d.lgs. nr. 50/2016: „De leider van het tijdelijke samenwerkingsverband van ondernemingen moet in ieder geval aan de meeste eisen voldoen en de meeste diensten verrichten.” Er mag dus weliswaar zeker een beroep worden gedaan op de draagkracht van andere entiteiten, maar de leider van het samenwerkingsverband onderneming moet wel aan bovengenoemde voorwaarde voldoen. De leider van het samenwerkingsverband moet de grootste rol spelen en aan de meeste eisen voldoen, omdat hij tevens de meeste diensten

moet verrichten. Aangezien die leider dus in wezen ook aan het hoofd moet staan van het tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen, dient de wisselwerking te worden beoordeeld tussen enerzijds de basisregel op grond waarvan [door hem] aan de meeste eisen moet worden voldaan en de meeste diensten [door hem] moeten worden verricht, en anderzijds de thans algemeen aanvaarde mogelijkheid om een zeer breed beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten, waarbij ook aan de eisen kan worden voldaan door deelnemers van dezelfde combinatie van ondernemingen (artikel 89, lid 1, van d.lgs. nr. 50/2016).

- 9 Dat deze regel bij de deelnemende ondernemingen bekend was, blijkt tevens duidelijk uit punt 7.4 van het bestek, waarin uitdrukkelijk wordt gesteld: „aan het vereiste in punt 7.3 moet volledig worden voldaan door de leider van het tijdelijke samenwerkingsverband, het vereiste kan niet worden gesplitst”. Volgens de TAR Sicilia is deze regel legitiem omdat hij in overeenstemming is met de voorlaatste volzin van artikel 83, lid 8, van wetsbesluit nr. 50/2016 en omdat hij vanuit praktisch oogpunt redelijk is, aangezien ermee wordt beoogd te voorkomen dat de leider van het tijdelijke samenwerkingsverband een vennootschap is die niet aan de essentiële eisen voldoet en niet over de economisch-financiële draagkracht en/of technische en beroepsbekwaamheid beschikt die nodig zijn om de opdracht goed uit te voeren.
- 10 In het onderhavige geval kon ATI Pizzo Pippo volgens de TAR Sicilia geen beroep doen op de andere ondernemingen van het tijdelijke samenwerkingsverband waarvan hij de leider was, om aan te tonen dat hij voldeed aan de eisen van punt 7.3 van de aankondiging van de opdracht. Aangezien Pizzo Pippo dit wel heeft gedaan, heeft deze onderneming inbreuk gemaakt op zowel artikel 83 van d.lgs. nr. 50/2016 als het bestek van de aanbesteding.
- 11 Tegen vonnis nr. 3150/2019 van de TAR Sicilia is hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter door ATI Caruter (principaal hoger beroep) en door ATI Pizzo Pippo (incidenteel hoger beroep).
- 12 In het kader hiervan heeft ATI Pizzo Pippo aangevoerd dat het beroep op de draagkracht van andere entiteiten in casu operationeel is en niet ter garantie dient, waarbij dus de personele en materiële middelen die de materiële grondslag van het vereiste zelf vormen, concreet ter beschikking worden gesteld. De formulering van de Unieregels is duidelijk en voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid om „zich [te] beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere entiteiten” (artikel 63, lid 1, [vierde] alinea, van richtlijn 2014/24/EU).
- 13 Met het oog op deze redenering heeft de verwijzende rechter besloten in te gaan op het verzoek van ATI Pizzo Pippo om middels een prejudiciële verwijzing te vragen of de hierboven beschreven nationale regels verenigbaar zijn met de regels van het Unierecht.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 14 De verwijzende rechter merkt op dat de rechtsfiguur van beroep op de draagkracht van andere entiteiten van grote waarde is in het Unierecht voor zover ermee wordt beoogd de mededinging te bevorderen. In dit verband is de Italiaanse staat meermaals verweten het potentieel van deze rechtsfiguur niet voldoende te benutten. De regeling hieromtrent (artikel 89, lid 1, van d.lgs. nr. 50 van 2016) heeft aanleiding gegeven tot een in 2019 door de Europese Commissie ingeleide inbreukprocedure, waarvan een paragraaf geheel gewijd is aan het beroep op de draagkracht van andere entiteiten.
- 15 Deze rechter is van oordeel dat de regeling van artikel 83, lid 8, voorlaatste volzin, van d.lgs. nr. 50/2016 (*De leider van een tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen moet in ieder geval aan de meeste eisen voldoen en de meeste diensten verrichten*) mogelijk beperkingen oplegt aan het gebruik van een beroep op de draagkracht van andere entiteiten, in tegenstelling tot richtlijn 2014/24/EU, waarvan artikel 63, lid 1, geen beperkingen lijkt te stellen aan de mogelijkheid voor de ondernemer om zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten.
- 16 De prejudiciële verwijzing betreft dus een beslissend punt van het geschil met betrekking tot een in het incidentele hoger beroep aangevoerd middel dat – indien gegrond – zou leiden tot aanvaarding van de argumenten van de appellant in het incidentele hoger beroep, met alle gevolgen van dien voor de gunning van een opdracht in een vanuit sociaal en economisch oogpunt belangrijke aanbesteding.
- 17 De verwijzende rechter (wiens beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep) acht het daarom zinvol te preciseren dat het onderhavige geschil alleen kan worden beslecht aan de hand van een beslissing van het Hof van Justitie, aangezien alleen het Hof de prejudiciële vraag over de uitlegging van artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU kan beantwoorden.

Standpunt van de verwijzende rechter over de prejudiciële vraag

De verwijzende rechter is van mening dat de twee betrokken bepalingen (artikel 89, lid 1, en artikel 83, lid 8, van d.lgs. nr. 50 van 2016) op geen enkele manier tegenstrijdig zijn en aldus kunnen worden uitgelegd dat: a) de ondernemer op geen enkele beperking stuit bij het gebruik van de rechtsfiguur van beroep op de draagkracht van andere entiteiten teneinde bekwaamheden te verwerven waarover hij zelf niet beschikt; en b) het gebruik van een beroep op de draagkracht van andere entiteiten niet zo ver kan gaan dat het de regel ondermijnt op grond waarvan de leider van een tijdelijk samenwerkingsverband „in ieder geval” aan de meeste eisen moet voldoen en de meeste diensten moet verrichten. In dit verband herinnert de verwijzende rechter aan de rechtspraak van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) volgens welke de in artikel 83, lid 8, vastgelegde regel tot doel heeft ervoor te zorgen dat de leidende onderneming, gezien haar rol binnen de combinatie van ondernemingen en haar aansprakelijkheid jegens de aanbestedende dienst, als waarborg fungeert voor de

correcte uitvoering van de opdracht, hetgeen alleen kan worden gebaseerd op het feit dat die onderneming de voornaamste bijdrage levert tot het bewijs dat aan de deelnemingsvoorwaarden is voldaan en tot de uitvoering van de door de aanbestedende dienst verlangde diensten.

De verwijzende rechter verzoekt het Hof overeenkomstig artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering de versnelde procedure toe te passen, gezien het belang en de urgentie van de vraag.